

MÉXICO EN LA VÍA DEL FEDERALISMO COOPERATIVO. UN ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS EN TORNO A LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Legalidad y competencia*. III. *El sistema federal como mecanismo de distribución de competencias*. IV. *Las competencias “concurrentes” en el federalismo mexicano*. V. *Apuntes provisionales para la valoración del sistema de concurrencias*.

I. INTRODUCCIÓN

Es evidente que México atraviesa por un período en el que los problemas acumulados del régimen, obligan a replantear algunos aspectos básicos en torno a la vida institucional y normativa del país. Por décadas se ha asumido con poca criticidad el desfase que evidencian algunos de nuestros referentes jurídicos más importantes en relación con nuestra realidad social. El tema del federalismo es un buen ejemplo al respecto; después de años en los que se ha desarrollado la costumbre de creer que nuestro sistema federal es una “realidad oficial”, hoy se hacen palpables los efectos del centralismo efectivo de nuestra historia. Bajo ese reconocimiento se ha tenido que revisar la veracidad de nuestro supuesto origen federal y hemos encontrado una realidad distinta; sin embargo, el centralismo mexicano se encuentra severamente cuestionado; paso a paso, las entidades federativas se reivindican como dimensiones auténticas para la política regional.

Ante la presión de la sociedad, el discurso oficial se orienta a dar realidad a los ámbitos estatales; no obstante, por el centralismo acendrado del país, el único federalismo sincero que podemos desarrollar es el que se constituye del centro a la periferia; es decir, el federalismo que da realidad a los poderes locales a partir de una decisión política fundamental; sin embargo, nuestro diseño constitucional básico se alza sobre otro principio: el del federalismo dual de origen pacticio. El curso efectivo de los hechos

* Publicado en: *Homenaje a Fernando Alejandro Vázquez Pando*, México, Themis, 1996.

ha provocado que bajo el manto del artículo 124 constitucional, se reforme una y otra vez la Constitución para afianzar el predominio de los poderes centrales.

A partir de las últimas dos décadas se ha ensayado un mecanismo más auténtico para distribuir competencias, habiendo tomado el federalismo un nuevo impulso de tipo cooperativo a partir de las experiencias en educación y salubridad general. Para recibir este fenómeno se ha adoptado el poco feliz concepto de “facultades concurrentes”.

Más allá de la delimitación técnica del problema, es necesario discutir sobre la solución que debe darse a la ambigüedad constitucional que mantiene en una misma línea de validez formal disposiciones que sostienen un liberalismo de tipo clásico, con otros que sustentan al federalismo de tipo cooperativo. Al efecto es menester reconocer el federalismo como un proceso dinámico que atiende a los flujos efectivos del poder dentro de un régimen con base territorial. Es también necesario ubicar los parámetros clásicos de la discusión en torno a las categorías de legalidad y competencia. La necesidad de estas referencias mínimas orienta el desarrollo del presente ensayo. No se quiso analizar el objeto en su versión específicamente jurídica, sino que la intención fue darle entorno y dimensión, con el propósito de encontrar una directriz más rica para orientar el tema.

II. LEGALIDAD Y COMPETENCIA

1. *La legalidad: factor moderno para el control del ejercicio político*

A. *Legalidad y Estado de derecho*

En su clásica obra sobre el tema, Elías Díaz reduce a cuatro los rasgos medulares del Estado de derecho: imperio de la ley, división de poderes, legalidad de los actos de la administración y garantía de los derechos y libertades fundamentales.¹ Un análisis cuidadoso de la cuestión permite afirmar que el imperio de la ley, constituye la sustancia vertebral de la acción de cualquier Estado que somete su ejercicio a las directrices abstractas y generales de derecho. La ley es el principal elemento ordenador de la vida moderna porque concreta el ideal de racionalización del ejercicio político al reunir, en sí misma, los tres procesos descritos por Weber para explicar la formalización del derecho: generalización-reducción de la diversidad

¹ Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 8a. ed., Madrid, Taurus, 1981, p. 31.

causal de los hechos sociales; construcción-definición de la relevancia jurídica de ciertas acciones típicas que se producen dentro de una colectividad, y sistematización-formulación de reglas “completas” que se obtienen de la múltiple relación de casos considerados.²

La juridización del ejercicio político significa tecnificar el sentido de la acción de gobierno en un régimen determinado, a través de su encauzamiento por conductos normativos verificables. La tecnificación del ejercicio político reduce el peso de los factores personales en los actos de gobierno y compensa este decremento con el aporte de elementos de carácter institucional. La juridización de la vida pública en su sentido moderno, conlleva además un ideal democrático-participativo que legitima potencialmente a los miembros del grupo para influir en el perfil de las directrices jurídicas generales. De hecho, uno de los rasgos típicos de la modernidad consiste, precisamente, en la construcción de supuestos legitimadores; tal es el caso de la forma en que funciona la voluntad mayoritaria de los ciudadanos en los regímenes representativos.

Los instrumentos jurídicos con los que se equipa al Estado de derecho no pretenden sólo garantizar un sentido determinado de la conducta de los gobernados desde la perspectiva de los gobernantes; se trata también de ofrecer fórmulas que permitan operar los mecanismos de control en sentido inverso.³

Para este efecto se definen cauces procesales con los que se pretende garantizar la subordinación del ejercicio político a la ley. Se trata, en efecto, del desarrollo de técnicas específicas para el control de la legalidad, cuyo contenido consiste, fundamentalmente, en la verificación del encuadramiento de los actos de gobierno dentro de las hipótesis previamente definidas por la ley.

Los teóricos del Estado de derecho no han confiado todo el control de los actos públicos a los sistemas de verificación de tipo procesal y, en sus afanes, han querido proyectar el influjo ordenador del derecho, hasta concretarlo en fórmulas constitucionales con las que se persigue el equilibrio de las piezas que componen el régimen, a partir de un arreglo interno de contrapesos mecánicos e impersonales. Se aspira a que las fuerzas antagónicas que surjan en el seno del régimen se ajusten y se neutralicen de un modo natural a través de la operación normal del sistema. Para cumplir con estos fines de ordenación mecánica, el derecho deviene particularmen-

² Weber, Max, *Economía y sociedad*, 5a. ed., trad. de José Medina *et al.*, México, Fondo de Cultura Económica, 1981, pp. 509 y ss.

³ García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1983, pp. 13 y 55.

te funcional; el carácter abstracto y el alcance general de sus directivas, permite investir a los poderes constituidos con potestades acotadas, susceptibles de ser verificadas.

Para obtener del derecho sus mejores efectos ordenadores es necesario que las fórmulas normativas se estructuren como piezas de un sistema cerrado, es decir, que proyecten su acción tipificadora hacia todo el conjunto del espectro social. Algunos han denominado a esta pretensión omnicomprendensiva “dogma del legislador completo”,⁴ queriendo significar con ello que cualquier tipo de actividad social resulta potencialmente encuadrable en alguno de los ámbitos normativos previstos por el orden jurídico. Sobre este supuesto descansa la idea del imperio de la ley y, con ella, el llamado principio de legalidad. Los actos de gobierno, en general, deben contener un soporte normativo directo, al grado que, en un Estado de derecho, sólo se consideran legítimas las acciones públicas que pueden justificarse como el ejercicio de una potestad legalmente conferida.

B. El problema de la diversidad

El “dogma del legislador completo” es producto de la utopía de los codificadores racionalistas y del deslumbramiento que esta idea produjo entre las escuelas exegéticas; sin embargo, en cuanto se le somete a crítica desde una perspectiva realista, se hace evidente que su contenido axiomático sólo puede operar como un supuesto que apoya la construcción formal del derecho. Más allá de este límite se encuentra la realidad social, cuyos entramados se agitan sobre una diversidad fáctica de plano inabarcable a través de una actividad normativa deliberada.

La polaridad que suscita la confrontación entre la diversidad de la realidad social y las pretensiones de certeza del orden jurídico, obligan a pensar de nueva cuenta en el derecho como un orden híbrido en cuya función se articulan de manera compleja elementos normativos de carácter objetivo con factores orientadores de rango simbólico. Si asumimos que el rasgo sustancial de un orden jurídico lo proporciona su específico carácter técnico, es decir, su naturaleza instrumental —que consiste en ordenar comportamientos a través de controles normativos de carácter general—, deberá reconocerse que los preceptos normativos son hipótesis de conducta en cuyas fórmulas se sintetiza el sentido de numerosos casos afines; sin embargo, debido a la variabilidad de los comportamientos sociales,

⁴ Véase Pi-Sunyer, Carles Viver i, *Materias competenciales y tribunal constitucional*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 91-96.

siempre cabe la posibilidad de que existan zonas de acción descubiertas por los ámbitos hipotéticos de las normas. Reconocido el valor de esta afirmación, a lo más que puede aspirarse es a que la inercia que genera el trabajo de creación y aplicación del derecho cuando el orden jurídico acciona sobre los comportamientos típicos, produzca un sentimiento de regularidad extrapolable a los casos considerados anormales. Bajo esta última hipótesis, el orden jurídico puede calificarse como un sistema de control semicerrado que no evita finalmente la existencia en el comportamiento social de ciertas zonas de incertidumbre.⁵

Aunque el resultado de un ejercicio crítico revela la debilidad del “dogma del legislador completo”, el orden jurídico formalmente necesita construirse sobre el supuesto de la suficiencia de los ámbitos normativos. En todo caso, el derecho debe producir regularidad y certeza a las relaciones sociales; en ocasiones, esa función la desempeña anticipando o previniendo las situaciones conflictivas de una manera específica; en otros momentos, a través de prohibiciones expresas de conductas no deseadas y, en un tercer sector, a partir de evocaciones simbólicas que se extraen del sentido general que asumen las soluciones jurídicas a los casos regulares y que se extienden para la solución de casos marginales.

La función judicial es la vía idónea para adaptar y desarrollar el sistema de órdenes generales que contiene el derecho. A través de las sentencias, las normas se individualizan y adquieren los matices que requieren las peculiaridades de un caso. Por otra parte, de la generalización de los precedentes judiciales se generan también normas de alcance general. Sin la tarea de los jueces, por lo tanto, sería inmanejable la tensión que se produce entre las necesidades de certeza que las sociedades pretenden resolver con el derecho, por un lado, y la diversidad consustancial a la realidad social, que constituye el otro polo. La función judicial juega como una especie de filtro dialéctico entre el orden jurídico y la realidad; al mismo tiempo, el ejercicio de juzgar funge como mecanismo idóneo de control para garantizar a los gobernados la legalidad de los actos de los gobernantes. De la acción judicial debe obtenerse simultáneamente adaptación, desarrollo y certeza para el orden jurídico.

Así, cuando se reconoce la insuficiencia del “dogma del legislador completo”, debe también asumirse bajo un parámetro realista, la imposibilidad de que la acción gubernativa trascorra siempre sustentada por preceptos legales específicos. Y no se trata sólo de aceptar que en el ejercicio

⁵ Cf. Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrión, México, Nacional, 1978, pp. 155-169.

político subyace de manera permanente una tendencia natural a la exorbitancia, sino de reconocer que de la interacción natural entre gobernantes y gobernados pueden surgir intercepciones imprevisibles; no es esperable que ante la ausencia de una disposición jurídica habilitante, los poderes constituidos se automarginen y que su repliegue genere zonas de vacío en la función de gobierno. Lo más lógico será que los poderes públicos se muevan de manera continua para conseguir el cumplimiento de sus cometidos y que su acción se encuentre fundamentada en potestades previa y legalmente conferidas; sin embargo, esto no excluye la eventualidad de que las zonas intersticiales sean cubiertas a partir de su tipificación forzada en los moldes comunes, o bien, a través de la sobreextensión artificiosa de estos últimos. Así se explica que una gran cantidad de actos públicos no autorizados expresamente, queden asimilados al marco jurídico general, que sirve de referencia al ejercicio político y que bajo este supuesto, el derecho resulte una técnica de control de la incertidumbre necesaria.⁶

Lo expuesto hasta aquí llega a la conclusión de que el principio de legalidad es más un símbolo de la legitimidad moderna —cuya expresión se realiza en ámbitos técnicos de solapada laxitud—, que un sistema de anticipación regulativa con plenitud efectivamente acreditada. En realidad, los mecanismos que garantizan la legalidad protegen de manera principal los casos de conflicto flagrante entre gobernantes y gobernados, pero siempre dejan sin ocupar un rango donde ocurren actos que no resultan previsibles desde el punto de vista legislativo.

Los problemas vinculados a la competencia inciden precisamente en el marco general que se ha trazado, porque implican la definición anticipada del sentido de los actos públicos y, en consecuencia, descansan en la posibilidad de delinear materias y potestades a la manera propia de los actos legislativos.

Hasta qué punto es posible acotar campos objetivos de acción para los poderes constituidos a través de los cauces de la ley, es en este sentido, la pregunta principal, y más si se tienen en cuenta el carácter dinámico de cualquier régimen político en el que, de manera fatal, se suscitan ajustes coyunturales al ocurrir la distribución efectiva del poder entre sus distintos agentes y aparatos.

⁶ Pi-Sunyer, C. Viver i, *op. cit*, pp. 33-47.

2. *La competencia como técnica jurídica para acotar el poder*

A. *Potestades jurídicas*

Como lo expresa García de Enterria, “la legalidad atribuye potestades a la administración, precisamente... Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley y por ella delineado y construido”.⁷

Vale la pena insistir en la última parte del párrafo transcrita y dejar claro, de una vez, que las normas que definen ámbitos materiales de acción para los poderes públicos, efectivamente reconstruyen la realidad social y la traducen al ámbito artificial donde el derecho transcurre.

Así, el proceso de atribución y distribución de potestades es el contrapunto formal del ejercicio efectivo del poder que, como bien se argumentó en el pensamiento weberiano, dentro de un Estado nacional implica un grado elevado de concentración en el ejercicio y el arbitraje de la fuerza. La racionalización jurídica de los actos de poder conlleva la idea de su tecnificación que, en este caso, se concreta en el diseño de fórmulas normativas para balancear el efecto de los actos de autoridad, en beneficio del control posterior que puedan ejercer sobre ellos los gobernados. Dividir el control y contrapesarlo amerita definir ámbitos de acción con criterios pretendidamente objetivos. Bajo esta perspectiva, debe aceptarse como posible el desmembramiento funcional de los poderes constituidos y, sobre todo, la existencia de una capacidad para anticipar con precisión el contenido de las materias sobre las que han de construirse los campos competenciales específicos que enmarcarán la acción de los órganos públicos.

El proceso para decantar la naturaleza de las potestades públicas ha seguido un trayecto paralelo al de otras categorías del derecho público; en concreto, ha sido necesario reenviar su sentido al de alguna institución del derecho privado —el derecho subjetivo en este caso— con el propósito de encontrar un apoyo conceptual básico y a partir de él, efectuar el descubrimiento de las peculiaridades de la nueva categoría jurídica. La noción de potestad entronca con la idea general de poder jurídico; su naturaleza responde al concepto de facultad de querer y de obrar conferida por el derecho;⁸ sin embargo, se distingue claramente de las potestades de tipo personal, porque la investidura no proviene de una relación horizonte-

⁷ García de Enterriá, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 5a. ed., Madrid, Civitas, 1990, t. I, pp. 440 y ss.

⁸ *Loc. cit.*

tal generadora de vínculos y obligaciones recíprocos. La potestad pública tampoco obedece al orden de facultamientos de tipo privado porque, en este caso, se trata de una habilitación de rango institucional; el destinatario es necesariamente un órgano o aparato que aplica o arbitra para su ejecución determinadas disposiciones normativas. Por esta razón, no caben en el caso de estas potestades conceptos como el de obligación o el de derecho en sentido personal; se trata más bien de auténticos cometidos públicos a los que los juristas anglosajones han emparentado correctamente con el sentido y la estructura de los actos fiduciarios. Bajo este orden de ideas, la sociedad idealmente representada en las asambleas constituyentes o legislativas, es la que habilita a determinados órganos para que actúen en beneficio público, sobre la base de materias previamente construidas y acotadas.

B. La construcción de las materias

En el caso de las potestades públicas sucede a un mismo tiempo que la ley habilita a los actores y tasa el ámbito preciso de su acción: en esto consiste substancialmente la técnica de control de los actos públicos que se desarrolla a partir del principio de legalidad. Los actos mediante los cuales se habilita de manera concreta a un órgano público para actuar en el cumplimiento de los cometidos del Estado y, concretamente, los que tasan la medida de su participación, son los que constituyen la competencia en sentido formal. Técnicamente, la capacidad de acción de un órgano público se construye con la traducción de las potestades que engloban las tareas de gobierno en materias objetivamente descritas, en cuya definición se atiende a cierto tipo de bienes o de actividades. Desde un punto de vista administrativo, la competencia supone la atribución específica de ciertas funciones estatales a órganos determinados.⁹

La dificultad mayor al construir legislativamente los ámbitos competenciales estriba en el carácter complejo de la realidad social y, por lo tanto, en las numerosas interconexiones que engloban los procesos sociales. Cortar la realidad en aspectos materiales de carácter convencional apareja siempre un ejercicio relativamente artificioso. En los hechos, la operación de los órganos constituidos provoca encuentros, conflictos y solapamientos que sólo pueden superarse a través de la interpretación judicial de los ámbitos competenciales. Los órganos jurisdiccionales, a su vez, deben dar

⁹ *Cfr.* Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, 11a. ed., México, Porrúa, 1993, pp. 724 y ss.

contenido preciso a los actos competenciales atendiendo a las específicas necesidades comunitarias del momento en el que conocen de una determinada controversia. Las fórmulas específicas de solución judicial deben ser producto de un balance delicado entre el sentido institucional que el derecho protege y las emergencias sociales de cada época.

Para construir los ámbitos competenciales, tanto el legislador como los agentes del Poder Judicial, deben partir de la tipificación de actividades, bienes y, en menor medida, fines. Suelen preferirse en lo posible los criterios de tipo objetivo que atienden al género específico de ejercicio: la recaudación, la planeación, la educación, etcétera, o bien a clases de bienes: bosques, fauna silvestre, patrimonio monumental, etcétera;¹⁰ sin embargo, se suscitan casos de actividades que presentan un carácter de naturaleza transversal y que involucran bienes o acciones que pueden estar considerados bajo otros criterios de clasificación; por ejemplo, la actividad turística que integra acciones de fomento, regulación, fiscalización y control, si se opta por contemplar su objeto desde la perspectiva de la autoridad. Desde la óptica de los agentes empresariales ligados al turismo, éstos realizan actos que son, antes que otra cosa, negocios mercantiles; incluso se da el caso que la actividad turística involucre de manera directa ciertas operaciones inmobiliarias y financieras.

El rasgo predominante para atender cada sector de la realidad social está dado primero por decisiones de tipo constitucional: en este nivel se decide la naturaleza de un acto de acuerdo con el principio de la división de poderes. Dentro de la lógica de un sistema federal, también se determina en la Constitución la distribución competencial entre los distintos órdenes de gobierno. Ya en el terreno específicamente administrativo, la distribución y el desarrollo de potestades se ejecuta a través de la acción legislativa y de la reglamentaria; en la ley deben resolverse en forma consistente tanto la estructuración constitucional de los órganos constituidos, como la aclaración de los límites específicos de su ejercicio. Un buen sistema competencial tiene que abarcar incluso los criterios de solución para los casos de concurrencia y solapamiento.

Desde la perspectiva del gobernado, el Estado se concreta en los actos de autoridad que ejercitan los órganos jurídicamente instituidos. La distribución competencial de los cometidos o potestades públicas produce en el gobernado el efecto de una institucionalidad múltiple que acciona sobre su esfera de movimiento desde distintos focos. Un empresario, por caso, entiende con la autoridad recaudatoria sus asuntos fiscales, con la autoridad laboral los temas de seguridad en el trabajo, con las agencias ambientales

¹⁰ Viver I PI- Sunyer, C., *op. cit.*, pp. 36-47.

lo relativo a descargas y emisiones a la atmósfera, con las oficinas reguladoras del comercio los tópicos de precios y de estímulos a la producción, por sólo citar algunas de las situaciones probables. Con objeto de dar orden a este abanico complejo de relaciones, es indispensable que las autoridades arreglen sus actos al sentido preciso de las normas legales que habilitan su ejercicio; sin embargo, es muy probable que la complejidad de este entramado conduzca de manera frecuente a los traslapamientos y a las usurpaciones competenciales. Por más eficiente que se suponga el control de la acción pública a partir del despliegue del principio de legalidad, los conflictos competenciales y los casos de exorbitancia estarán permanentemente acechando la relación con los gobernados y el ejercicio combinado de las acciones de los órganos de gobierno. Jurídicamente no se puede abordar el tema de la competencia sin atender con el mismo énfasis la fase de la solución de conflictos competenciales. De hecho, la técnica legislativa para atribuir competencias no es más que un segmento en la construcción de los respectivos ámbitos de acción de los órganos de gobierno; los matices, adaptaciones y soluciones finas no pueden realizarse de forma apriorística; es necesario, en todo caso, probar y contrastar los campos competenciales a partir de su despliegue objetivo.

Como sucede con el dogma racionalista del legislador completo, en el caso de la atribución de competencias, el derecho trabaja también sobre un supuesto, el de la posibilidad de efectuar el otorgamiento preciso de potestades a ciertos órganos institucionales operativos. Esta hipótesis, por el carácter semicerrado del ordenamiento jurídico, debe a su vez conducir a otra: la de la controlabilidad de las excepciones, exorbitancias, conflictos y solapamientos, ya que éstos son de plano inevitables.

3. La índole de las normas de competencia

A. Aspectos estructurales

De los teóricos contemporáneos del derecho, quizá sea Hart el que con más claridad haya explicado la naturaleza diversa del material jurídico. La propuesta hartiana se dirige contra la línea reduccionista promovida por Austin y Kelsen, según la cual el derecho está compuesto por órdenes o mandatos generalmente obedecidos y respaldados por amenazas. Este tipo de caracterización es precisa para denotar un cierto tipo de normas jurídicas, pero deja al margen otro estrato muy importante de reglas de derecho que no responden a la estructura de este esquema básico. Entre las normas que escapan al modelo simple del positivismo están, precisamente,

las de competencia y, junto con ellas, todas las reglas que fijan condiciones de creación, adaptación y aplicación de las disposiciones jurídicas. A este último tipo de normas, Hart las llama reglas secundarias, reservando a las órdenes respaldadas por amenazas el carácter de reglas primarias. El derecho, según este punto de vista, se caracteriza por ser un sistema complejo en el que se articulan las reglas primarias con las secundarias.¹¹ Sin la referencia específica a estas últimas no serían explicables todos los aspectos vinculados a la regulación del orden jurídico como sistema ordenador. Los problemas de pertenencia del material jurídico, jerarquización, adaptación a los hechos y, en general, todas las proyecciones del derecho como factor de una institucionalidad especializada, quedarían fuera del campo de explicación, porque todos estos aspectos pertenecen al ámbito de las normas secundarias.

La concepción de Alf Ross coincide en parte con la de Hart. Para el primero de los mencionados, el derecho está compuesto por normas de conducta —las que prescriben una cierta línea de acción— y normas de competencia —las que crean o estabilizan un poder o una autoridad—. La explicación de Ross acerca de la relación entre derecho y poder tiene claras referencias weberianas y parte de la base de que “una visión realista no ve al derecho y el poder como cosas opuestas” y por lo tanto, concluye que “el poder no es algo que se encuentra ‘detrás’ del derecho, sino algo que funciona por medio del derecho”.¹² Bajo estos argumentos es posible afirmar que el orden jurídico no contiene sólo elementos de tipo normativo, sino que también entraña una vertiente institucional. Las normas de competencia devienen de una zona de intersección funcional entre el derecho y el poder, porque si bien ordenan indirectamente conductas, su función es habilitante; invisten los actos de gobierno y los enmarcan dentro de un estilo de ejercicio que sólo admite legitimación a través de la legalidad.

En un sentido similar Hart escribió que: “dondequiera que haya un sistema jurídico es menester que exista alguna persona o cuerpo de personas que emitan órdenes generales respaldadas por amenazas y que esas órdenes sean generalmente obedecidas... Esa persona o cuerpo debe ser internamente supremo y externamente independiente”.¹³ En la argumentación hartiana se percibe claramente la consustancialidad que existe entre el derecho, la organización de los Estados modernos y la forma concreta en

¹¹ Hart, H. L. A., *op. cit.*, pp. 23-32 y 99-123.

¹² Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, EUDEBA, 1963, pp. 56 y ss.

¹³ Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 32

la que estos ejercen el poder. Precisamente, este estilo moderno de ejercer la función de gobierno da cabida a normas jurídicas de naturaleza distinta a las que se perfilan con un énfasis principalmente represivo. Los órdenes jurídicos de los Estados contemporáneos prevén numerosas reglas que no se esbozan directamente bajo el influjo de la amenaza de sanción, sino que se construyen como reglas habilitantes, encaminadas a dos propósitos principales: a ampliar el campo de acción de los particulares, o bien, a investir de capacidad de acción a los órganos especializados en la creación, adaptación y aplicación del derecho. Por el carácter democrático participativo de los Estados modernos, sus órdenes jurídicos no deben consistir solamente en la ordenación vertical y coactiva de los comportamientos, sino que requieren de la construcción de campos propicios para el ejercicio de las libertades privadas. En este sentido, las reglas de derecho no se ofrecen sólo en versiones represivas; también otorgan formas positivas de enlace para dar regularidad y estabilidad a las relaciones de los sujetos sociales que no se encuentran prohibidas.¹⁴ Las libertades individuales, por su parte, requieren de un sistema de garantías que abra los espacios normativos propicios para su desarrollo y que contenga las eventuales irrupciones del poder público contrarias a la “libre iniciativa personal”.

Así, el tema principal debe plantearse en torno a la caracterización de las normas de competencia como piezas peculiares de los ordenamientos jurídicos modernos.

B. Naturaleza de las normas de competencia

En términos kelsenianos, la competencia es simplemente capacidad jurídica y, en cuanto tal, resulta una forma específica de *facultamiento* que no se distingue sustancialmente de cualquier otra investidura jurídica. Las peculiaridades de las normas de competencia, bajo esta lógica, proceden del carácter especial que tienen los órganos que finalmente resultan revestidos o habilitados por las normas que los facultan. En el caso de los *órganos comunitarios*, como los denomina Kelsen, hay dos factores que establecen una distinción respecto de los órganos comunes y un dato central que necesariamente los identifica. Hay que decir, primero, que todos los órganos de un orden jurídico se caracterizan por la capacidad de producir normas, así se trate de normas individualizadas; sin embargo, los órganos comunitarios funcionan como aparatos productores especializados en virtud de

¹⁴ *Ibidem*, p. 39.

una determinada división del trabajo.¹⁵ Además, dichos órganos son depositarios de un reconocimiento especial, ya que los sujetos vinculados por un determinado orden jurídico les atribuyen representatividad; es decir, están dispuestos a entender sus actos como sucesos que se producen a nombre de la colectividad. Según las aserciones kelsenianas, no podría localizarse la naturaleza especial de las normas de competencia dentro de su propio contorno; en todo caso, sus peculiaridades derivan de la especial naturaleza de los *órganos comunitarios* y ésta, a su vez, debe buscarse en el ámbito orgánico-político, más que en los derroteros normativos del derecho.¹⁶

Para Kelsen, una norma jurídica está completa y es independiente cuando prescribe una sanción; por este motivo, las reglas de competencia no pertenecen al rubro de las normas independientes; su naturaleza es complementaria y sólo adquiere pleno sentido jurídico dentro de la *Teoría pura*, cuando se les observa en su relación con el conjunto del ordenamiento y, particularmente, como fases o etapas de las normas coactivas.¹⁷ Hart, sin embargo, se opone a esta visión fragmentaria de las normas de competencia y se pronuncia por reconocerles plenitud. El rasgo que Hart describe como determinante para la caracterización de las normas de competencia —aunque expresa ciertas reservas— es que las normas primarias —como las penales por ejemplo— consisten fundamentalmente en la imposición de deberes; mientras que las normas secundarias, entre las que se encuentran las que atribuyen potestades, son fórmulas que dan la pauta para la creación de obligaciones. “Las potestades que ellas confieren —dice Hart— son potestades para crear reglas generales o para imponer deberes a particulares que, de otra manera, no estarían sometidas a ellos”.¹⁸ Así, las reglas que confieren potestades constituyen una variante del derecho que, en este caso, acciona en su efecto ordenador de los comportamientos de un modo distinto al mero control de naturaleza coercitiva.

Las potestades legislativas y judiciales —creación, adaptación y aplicación del derecho— son formas fuertes de las normas competenciales y quizás el primer rasgo claro que las caracteriza sea su estructura autoobligatoria, ya que vinculan también a los agentes del órgano que las emite.¹⁹ Además de esta característica peculiar autoprescriptiva, tales reglas habilitantes operan como límites de la acción legislativa y judicial. Justa-

¹⁵ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 5a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1986, p. 164.

¹⁶ *Ibidem*, p. 168.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 67-70.

¹⁸ Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 42.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 82-88.

mente sobre esta idea de poderes o potestades circunscritas se actualiza la aspiración suprema del Estado de derecho; es decir, se le otorga vigencia al principio del imperio de la ley. La técnica jurídica es, en el caso de las potestades, un sistema de límites cuya transgresión conduce a la nulidad. El orden jurídico previene procedimientos a través de los cuales es posible anular los efectos de los actos exorbitantes de los poderes constituidos, con los que se consuma el sistema de garantías de las libertades privadas.

En el ámbito del Estado de derecho, la idea de los límites normativos a la acción del soberano resulta fundamental. No se trata, como se ha explicado antes, sólo de regular la conducta de los gobernados, sino que es también necesario que el derecho invista a los poderes instituidos y construya sus ámbitos de competencia como cotos cerrados. El derecho funge como factor estructural del poder público, al grado que modernamente no hay poder que no sea jurídico. Como lo expresa Hart, las reglas del derecho “son constitutivas del soberano”, en la medida en que fijan los roles institucionales y operativos que definen la función pública. Se puede afirmar que la competencia no representa un dato externo del ejercicio del poder político, sino que es un componente endógeno y consustancial a la función pública.

La investidura jurídica de índole competencial no cubre a personas concretas; su proyección es totalmente impersonal y se refiere a órganos o aparatos institucionales con un perfil de tipo funcional. Los agentes del gobierno no son, en esta perspectiva, sino operadores de cometidos comunitarios. La competencia, entonces, no es potestad del agente específico que opera el órgano constituido de que se trate, sino un rango de operación funcional al que debe ceñirse el agente público al mover el aparato comunitario a su cargo. De aquí que las normas de competencia no tengan destinatarios en sentido subjetivo, sino que sus receptáculos sean siempre impersonales. Este rasgo siempre ha pesado en la caracterización de las normas de competencia, como lo comprueba la referencia inicial que se hizo a la *Teoría pura del derecho*.

Para concluir, es conveniente recordar que tanto para Hart como para Ross, el verdadero carácter de las normas de competencia radica en la capacidad que otorgan a determinados órganos para obligar; es decir, para generar situaciones jurídicas que modifiquen el *status obligacional* de los gobernados, generando nuevos deberes o directivas de comportamiento. Ni Hart ni Ross proyectan estas ideas al campo de la administración pública, ambos juristas se refieren más a las tareas judicial y legislativa; sin embargo, sus argumentos pueden reconducirse sin dificultad al ámbito ejecutivo, donde se produce el desarrollo de menor nivel del encuadramiento de la acción pública, puesto que el ejercicio administrativo supone la eje-

cución de potestades definidas previamente por los órganos que producen las directrices generales de acción; sin embargo, la mayor lejanía del poder ejecutivo respecto del ejercicio original de potestades, no debe ser motivo para menospreciar a los órganos administrativos en relación con el tema competencial, pues a nivel ejecutivo, se produce el mayor número de controversias en razón de la distribución específica de potestades; en dicho ámbito es donde acontece de manera más nítida y profusa la relación entre gobernantes y gobernados.

III. EL SISTEMA FEDERAL COMO MECANISMO DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

1. *El federalismo como proceso*

El resguardo normativo del sistema federal ha sido proverbialmente confiado a las cartas constitucionales, porque se considera que la opción por una organización de tipo federal reviste el carácter de una decisión política fundamental, y por lo tanto, su garantía debe someterse al amparo de las normas constitucionales de una carta con características rígidas.²⁰ El problema jurídico principal que plantea la organización federal es, sin lugar a dudas, el del reparto de competencias entre los órganos centrales y los estados miembros. La forma de resolver el reparto de potestades cambia según se conciban las cosas desde la perspectiva del federalismo *dual*, o se observen desde la óptica de un sistema federal de corte *cooperativo*, como se ha dado en llamar a la posición que reconoce la existencia de flujos dinámicos en la asignación de potestades, generados en momentos posteriores al acto constitucional.²¹ Bajo este último supuesto, se admite que el sistema federal está en evolución continua y que los ajustes que reciente se verifican a través de la interpretación judicial, e incluso legislativa, pero en todo caso tales movimientos no debieran causar rectificaciones constitucionales en los perfiles básicos del sistema.

A. *Federalismo dual: de lege lata*

Desde el surgimiento de los Estados modernos se hizo patente la índole territorial de su ejercicio político. Las soluciones a los problemas vincu-

²⁰ La Pergola, Antonio, *Los nuevos senderos del federalismo*, trad. de Agustín S. de Vega y Augusto Martín de la Vega, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 255.

²¹ Véase Schwartz, Bernard, *El federalismo norteamericano actual*, trad. de Juan Manuel Ruigómez, Madrid, Civitas, 1984, pp. 39-43 y 48-59.

lados a la soberanía tuvieron desde su origen una doble referencia: por una parte, la definición de potestades sobre el territorio y, por la otra, la determinación de atribuciones sobre las personas. En ambos casos, el ejercicio centralizado y uniforme del poder supuso la existencia de un orden jurídico unitario con posibilidades de proyectarse sobre el conjunto del territorio estatal. Asimismo, la consolidación de los modernos Estados nacionales aparejó la necesidad de definir los órganos de gobierno como entes de tipo territorial. Bajo esta perspectiva, se hizo menester entroncar dos tipos de criterios para dotar de atribuciones a los poderes constituidos y ambas vertientes fueron atendidas por los modernos poderes constituyentes: fue necesario acotar el tipo de función desde el punto de vista de la división de poderes y fue también indispensable distribuir territorialmente el ejercicio de las funciones de gobierno.

Las peculiaridades históricas de los Estados Unidos de América y, en especial, la preexistencia de diferentes colonias, llevaron a pensar la distribución territorial de los poderes constituidos dentro de un Estado nacional en términos distintos. Dejando a salvo los pormenores históricos del federalismo norteamericano, puede señalarse que el problema principal a resolver desde el punto de vista constitucional, suponía una fórmula de composición que, por una lado, garantizara unidad y coherencia del ejercicio político en los términos que lo requiere un Estado nacional de características modernas; pero, por otra parte, la nueva unidad política tendría que respetar la previa existencia de entidades independientes a las que habría que garantizarles autonomía territorial en materias de su exclusiva incumbencia y, también, un cierto rango de acción constituyente y gubernativa dentro de los sublímites territoriales que correspondieron a las antiguas colonias. El experimento de la confederación no satisfizo los requerimientos de unidad y cohesión, necesarios para mantener vinculadas y en armonía a las entidades confederadas. Fue preciso darle curso al federalismo, propiamente dicho, para encontrar el balance adecuado entre fuerzas políticas de carácter centrífugo con las de naturaleza centrípeta. El corolario constitucional se fijó en torno a la idea paradójica de la unidad indispensable con la que se buscaría mantener la diversidad de la vida comunitaria en las entidades federadas.²² Era adecuado para ello generar un orden dual con disposiciones de alcance territorial exclusivo para cada entidad y, a la vez, con disposiciones generales de alcance territorial integral. Evidentemente mantener un ejercicio constitucional permanente

²² Mouskheli, M., *Teoría jurídica del Estado federal*, trad. de Armando Lázaro y Ros, México, Nacional, 1981, pp. 149 y ss.

a dos niveles de gobierno es algo que entraña dificultades mayores de acoplamiento y de técnica distributiva; los mismos obstáculos impiden la traducción fluida de los balances efectivos de un poder que se construye en dos dimensiones dentro de un territorio, a los planos de certeza técnica y de legalidad que pretende el ordenamiento jurídico.

Las técnicas clásicas para distribuir competencias entre un ámbito federal y otro local estriban, ya sea en una atribución taxativa a cada uno de los órdenes, con la consecuente rigidez que puede conferir un mecanismo de este tipo, o bien, en la atribución taxativa a sólo uno de los órdenes, mientras que el otro queda semiacotado por una cláusula de tipo residual, donde caben todas las atribuciones no conferidas expresamente a la primera de las jurisdicciones. Aunque la segunda fórmula proporciona en principio mayor flexibilidad que la primera, también resulta insuficiente para contener los movimientos coyunturales que suponen reajustes en el balance efectivo de la distribución del poder entre el centro y las unidades periféricas.²³ Cabe aclarar que en este tipo de balances coinciden también los Estados centralistas, porque aún sin reconocer políticamente regiones, entidades o autonomías, dichos regímenes deben adecuar el ejercicio político a las demandas territoriales, que plantean frecuentemente matices comunitarios insoslayables.²⁴ Un régimen democrático-participativo difícilmente se puede sustraer en forma deliberada de las decisiones de carácter local y de su influjo comunitario; quizá por ello, al federalismo se le ha identificado como una fórmula compatible con la modernidad democrática.

Las fórmulas de organización federal, en cuanto a los asuntos constitucionales, no escapan al diseño de la diversidad social. Las Constituciones escritas a fin de cuentas no son más que racionalizaciones tipificadoras que fijan modelos de comportamiento a despecho de la dinámica social. En cuanto una sociedad estabiliza normativa e institucionalmente su régimen de relaciones, empieza de forma simultánea a presionarlo hacia el cambio; porque el rango de imprevisibilidad en el sentido real de las conductas es siempre una variable importante. Esto provoca que los instrumentos reguladores deban prever una cierta apertura que se expresa en la previsión de procedimientos para su reforma y adaptación. Las Constituciones, como otros códigos de inspiración racionalista, padecen el agobio de la historia, al grado que la verdadera caracterización de los fenómenos jurídicos de índole constitucional debería enfocarse primordialmente al proceso dia-

²³ *Ibidem*, pp. 330-336.

²⁴ Rolla, Giancarlo, “El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las regiones de Italia: Aspectos de su evolución”, trad. de A. Saiz Arnaiz, *Revista Vasca de Administración Pública*, t. III, núm. 36, mayo-agosto de 1993, pp. 210-214.

léctico que se establece entre el texto y la realidad. La estructura efectiva de un Estado demanda continuamente su modulación jurídica, pero desde otro punto de vista, los valores constitucionales positivizados en una determinada carta son factores que ofrecen resistencia tenaz contra las transformaciones. Como quiera que sea, la Constitución debe prever la forma más segura posible para que su contenido se adapte a las emergencias sociales, sin comprometer la seguridad y certeza de un Estado, para ser regular y efectivo, debe considerar a los dos polos: el de la fuerza ordenadora de la realidad social y el de la fuerza normativa del derecho.

En un sistema federal, los flujos continuos de poder entre el centro y la periferia son inevitables. En algunos casos, se trata de la construcción de un núcleo de poderes centrales a partir de entidades soberanas preexistentes; en otros, por el contrario, existe previamente un poder unificado que decide su descentralización y, bajo este supuesto, la tarea principal consiste en dotar de entidad regional a ciertos órganos de ejecución limitada, abriendo nuevos espacios políticos para la decisión y el ordenamiento de la vida comunitaria. Además de estas dos variables principales, se suscitan otras derivadas de las modernidades mentiroosas de ciertos Estados como el nuestro, que asumen los perfiles constructivos de un federalismo de tipo pacticio, sin que posean los rasgos históricos para darle realidad a ese pretendido pacto de origen. Manejar el federalismo en un plano aparente y encubrir con su perfil un ejercicio centralizado, acarrea distorsiones que después muy difficilmente podrán enmendarse en beneficio de una vida institucional sana.

La disyuntiva que ofrecen las concepciones del federalismo se plantea entre dos posiciones fundamentales: la del federalismo dual, que se sustenta en la idea de que la distribución de competencias entre dos órdenes de gobierno es posible y puede mantener su operación fundamental, aun en contra de los embates dinámicos de la realidad, y la del federalismo cooperativo, que entiende este sistema como un proceso permanente de distribución de atribuciones, reconociendo en todo momento que los balances específicos de competencias se alteran y se ajustan de acuerdo con las variantes que presenta la realidad.²⁵ Para resumir esta antinomia, se podría afirmar que el federalismo dual acepta la existencia de ámbitos fijos, mientras que el federalismo cooperativo se pronuncia por la naturaleza móvil de sus límites.

Las desventajas principales del federalismo dual tienen que ver con el carácter excesivamente rígido del modelo; sus taxaciones estrictas no permiten los trasvases competenciales. La idea fuerza que sostiene al fe-

²⁵ La Pergola, Antonio, *op. cit.*, pp. 55-60 y 262.

ederalismo dual consiste en la contención de la acción expansiva de los poderes centrales sobre los periféricos. El móvil de este tipo de fórmula es de naturaleza defensivo-preventiva, pues se parte del reconocimiento de una tendencia centralizadora, natural en el ejercicio del poder político dentro de un Estado nacional. La antítesis del dualismo es el monismo concentrador, que absorbe las entidades políticas federadas y disuelve los núcleos locales de decisión. Paradójicamente, el constitucionalismo norteamericano, si bien mantuvo con celo ejemplar la independencia de las colonias asociadas, produjo unos de los poderes políticos centrales más eficientes que se conozcan en la historia universal. Se trata de un poder estatal discreto hacia el interior que, a pesar de no ostentar aparatos pesados, no por ello puede calificarse como menor, políticamente hablando.

La fórmula de federalismo dual —se ha dicho— es correlativa a la época del mercado libre. La contención intencionada de los poderes centrales, evita la excesiva proyección del poder político sobre la dimensión privada, lo que resulta muy conveniente a la lógica del “dejar hacer”. So pretexto de limpiar los ámbitos locales de la injerencia central, se consigue, en paralelo, el confinamiento de los poderes federales dentro de un ámbito muy estrecho de acción.²⁶

B. Federalismo dinámico: de lege ferenda

La técnica de federalismo dual, es decir, su traducción en un sistema mecánico de garantías jurídicas, se logra por varias vías; primero, a semejanza del principio de legalidad y de la protección de las esferas privadas, las atribuciones y potestades federales quedan constitucionalmente encapsuladas en la definición expresa de las facultades a los poderes federales. La acción libre de los órganos centrales; es decir, exterior a sus respectivas burbujas competenciales, se califica como exorbitante y siempre puede ser repelida a través de planteamientos procesales ante los órganos judiciales de carácter supremo.

Un ejercicio político de tipo policiaco, como el que reclaman los designios de *Laissez Faire*, se expresa apenas por las tareas elementales de salvaguarda y protección externa al sistema de mercado; sin embargo, ante la crisis de éste último como mecanismo toral de distribución de beneficios y cargas económicas, surge la necesidad de generar políticas nacionales de tipo intervencionista, o si se prefiere el sentido keynesiano: terapéutico. Las nuevas soluciones económicas han desbordado los actos estrictamente

²⁶ Schwartz, Bernard, *op. cit.*, pp. 43-48.

vigilantes del Estado gendarme, con tal de brindar alternativas al mercado maltrecho. Dichas políticas económicas no sólo impactaron el espacio tradicional de las libertades privadas, sino que su efecto repercutió también, contra los valladores clásicos del federalismo dual.²⁷ El que se haya reconocido al Estado benefactor como agente económico activo, generó una avalancha de acciones federales sobre el espacio de los poderes locales. El ajuste de los ámbitos económicos trajo como consecuencia el correspondiente movimiento de los centros de decisión política. Así, la crisis que se inicio en los Estados Unidos en 1929, al tiempo que anuncio el fin del mercado autorregulado, constituyó también el inicio de la rectificación paulatina del federalismo dual.

Los hechos expuestos hasta aquí permiten apreciar el carácter móvil que define a la distribución regional del poder: primero fueron las colonias emancipadas las que protagonizaron un pacto de transferencia de facultades hacia los poderes centrales, creados por su propio acuerdo. Luego, aunque las entidades federales tomaran prevenciones contra el crecimiento desmesurado del “Leviatán federal”, este fue engrosando sus poderes y capacidades hasta postrar a las entidades locales reduciéndolas a la situación de meros poderes orbitales. La excesiva centralización ha sido calificada como patología de la organización federal, aunque a últimas fechas, parece haber iniciado su involución y repliegue, a través de lo que podría considerarse un incipiente renacimiento del federalismo dual. En la historia del federalismo se registra un cierto movimiento pendular, en el cual se ajustan los flujos de poder que recorren los vasos internos del federalismo. Esto ha llevado a algunos autores perspicaces a caracterizar el sistema federal como un proceso y no meramente como mecanismo estático de la distribución de competencias, al que generalmente protege como salvaguarda final una Constitución de tipo rígido.

Entender al federalismo como proceso supone observarlo “como la unidad dialéctica de dos “tendencias” contradictorias: la tendencia a la unidad y la tendencia a la diversidad”.²⁸ Y a esta primera mancuerna de polos opuestos se podrían agregar otras; por ejemplo, la que se establece con la disyuntiva que califica al federalismo como estructura o como proceso, es decir, como maquinaria distributiva de carácter fijo o como flujo dinámico de las corrientes de poder que se desplazan hacia alguno de los polos federales, modificando los equilibrios básicos con cada una de sus nuevas acentuaciones. Una tercera mancuerna radica en la antítesis centro-

²⁷ *Loc. cit.*

²⁸ García-Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza-Universidad, 1984, p. 218.

periferia. El centro alberga el núcleo que conforman los poderes de alcance general, acotados y reducidos a los espacios de acción expresamente conferidos por el orden constitucional, mientras la periferia está compuesta por la pluralidad de los estados miembros y por sus ámbitos competenciales de tipo residual.

La relación de los poderes locales con el centro supone un vínculo individual de cada entidad considerada por separado, que se produce de forma análoga a la manera en que ocurre la relación entre el individuo y el Estado en las sociedades modernas. Esta visión de los vínculos individuales sólo admite la excepción que deriva de la denominada “compact clause”, sobre cuyas bases se autoriza la acción colegiada de las entidades federativas;²⁹ pero, en general, se persigue que los poderes locales no recurran a las alianzas políticas con sus homólogos, porque bajo este tipo de acciones suelen desarrollarse los gérmenes secesionistas.

La idea del federalismo dual debió revisarse críticamente, porque la realidad de las tendencias expansivas de los poderes centrales volvió insuficientemente su sistema de límites estáticos; sin embargo, no debe olvidarse que, en un sentido original, el sistema dual es idealmente compatible con la técnica constitucional de los Estados modernos; al igual que ésta, persigue la definición de límites fijos al ejercicio del poder y su control mediato a través de procedimientos que garantizan el sometimiento de los órganos públicos a la legalidad. El sistema dual, en síntesis, ofrece como principal argumento a su favor, el de la certeza. Sus criterios fijos de atribución de competencias hacen previsible para el gobernado la acción de los poderes constituidos. Por eso, bajo el influjo del federalismo dual no deberían quedar restos de incertidumbre en el ejercicio concreto de los actos de autoridad y, por lo tanto, los gobernados nada habrían de temer acerca de la doble jurisdicción que se proyecta sobre sus ámbitos particulares, ya que se trataría, en todo caso, de órdenes coextensos e independientes que no generarían una doble presión sobre la esfera de las libertades privadas.

No obstante lo anterior, los cambios de énfasis en la distribución real del poder hacen dudosa la efectividad de los límites fijos, porque en la práctica, las barreras formales tienden a relativizarse. Por ejemplo, en un caso como el norteamericano, dado que los poderes centrales actúan habilitados por facultades estrictamente acotadas, y que los estados lo hacen favorecidos por una cláusula residual, hubiera sido esperable que los interpretes judiciales, dieran un sentido estricto a las normas que definen las potestades de los poderes centrales; sin embargo, la tendencia eclosiva de éstos

²⁹ La Pergola, Antonio, *op. cit.*, pp. 253 y 55.

últimos, presionó hacia una interpretación laxa que dio paso a las tesis de los poderes implícitos o conexos que, como se sabe, ofreció un campo propicio para la expansión federal a costa de los ámbitos locales.

Considerar al federalismo como proceso facilita la comprensión de los ajustes políticos que invariablemente se producen en el seno de cualquier Estado; pero, aún reconocido el valor explicativo de esta tesis, subsiste el problema de la merma de certeza que producen los continuos ajustes de tipo competencial. No basta con reconocer que los centros efectivos de decisión se mueven pendularmente entre el núcleo y la periferia; es también necesario dirimir cómo el derecho puede darle un cierto sentido estable a tales flujos, porque de lo contrario se comprometería la idea básica de la legalidad en el Estado de derecho.

2. *Las formas clásicas de solapamiento competencial*

A. *La llamada competencia concurrente*

En la práctica del federalismo norteamericano ha tenido cabida un criterio de atribución de competencias, cuyo origen no radica en la literalidad de la norma constitucional. En virtud de criterios de oportunidad se ha llegado a admitir que los estados miembros legislen sobre materias que originalmente se habían atribuido a la federación, siempre y cuando, no lo hagan contra una prohibición constitucional expresa y no se trate de materias que por su naturaleza demanden un estatuto uniforme para todo el territorio nacional. Estos casos —valga la expresión paradójica— constituyen una usurpación legítima de facultades, cuyos efectos se mantienen hasta en tanto el poder legislativo central no asuma el ejercicio de su competencia original. Una vez que el Congreso de la Unión legisla sobre la materia que ha originado la “conurrencia”, cesan los efectos de la regulación local.³⁰

Cabe aclarar que, cuando se habla de concurrencia, nunca se trata de un ejercicio simultáneo de competencias, sino de la ocupación emergente de una materia federal por parte de los estados miembros, cuya legitimidad transitoria ha sido reconocida por el poder judicial en atención a la titularidad primigenia de cada estado para autorregularse. Dicho en otros términos, mediante el pacto federal los estados fundadores delegaron en los poderes centrales determinadas materias competenciales que ellos poseían; si por alguna razón los poderes centrales no han podido ejercer algunas de ellas, resulta lógico que la autoridad local reasuma la función,

³⁰ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 15a. ed., México, Porrúa, 1977, pp. 127-130.

hasta en tanto no exista un ejercicio efectivo de dicha facultad por parte del poder central.

La llamada competencia concurrente supone una vida local intensa que compite con los centros de decisión federal por el control de las conductas y de las actividades de los gobernados. La competencia por las potestades trasciende las posibilidades de control inmediato del poder central y es una forma coyuntural de cubrir vacíos eventuales relativos al ejercicio de una atribución, no a su titularidad. En principio, el sistema federal reposa también sobre el dogma del legislador completo; así, las materias competenciales siempre serán locales o federales, y no se considera la posibilidad de que exista alguna materia o potestad fuera de los dos ámbitos que componen el federalismo.

La competencia “concurrente” constituye un auténtico caso de solapamiento, porque implica mantener de forma temporal la vigencia de determinadas normas que carecen de un apoyo constitucional directo. Para legitimar este tipo de ejercicio transitorio, la Suprema Corte de los Estados Unidos debió remontarse al espíritu original del pacto que dio origen a la federación. En un país como México, los mentises de nuestro federalismo, no alcanzan todavía para producir una vida local realmente independiente y, por eso, los casos de competencia “concurrente” prácticamente no existen. No hay en las entidades federales el arrojo que les haga reivindicar un ámbito de competencia no ocupado por la federación, a pesar de no tenerlo conferido, simplemente porque no existe la tradición histórica que justifique y haga concebible ese ejercicio. Tampoco es esperable entre nosotros que la Corte autorizará un solapamiento en favor de los poderes locales, ya que prácticamente no se producen conflictos judiciales entre la federación y los estados que hubieran podido ser resueltos en ese sentido. Por estas razones, las llamadas facultades “concurrentes” no ofrecen un banco de experiencias efectivas para nuestro federalismo, se trata en síntesis, de una práctica exótica que eventualmente pudiera ser recibida, si alguna vez el sistema federal mexicano, en su revitalización, lograra romper con el letargo local y con la falta de compromiso del Poder Judicial hacia la interpretación auténtica de la Constitución.

B. Las facultades implícitas

Como ya se expresó, esta tesis es también producto de la teoría interpretativa de la Suprema Corte de los Estados Unidos. Ahora sus contenidos son material común para los analistas del sistema federal y por eso no se reproducirán aquí con detalle; sin embargo, si conviene retener la idea

básica del planteamiento: por facultades implícitas debe entenderse que los poderes federales son competentes para desarrollar aquellas acciones que puedan considerarse instrumentales para el ejercicio de las facultades que tienen explícitamente concedidas.³¹ En este caso, el solapamiento judicial consiste en darle a las atribuciones expresas de los poderes constituidos una interpretación laxa, contrariando con ello la lógica habitual que se utiliza para resolver los conflictos de aplicación entre una norma general y aquella que ejerce una restricción excepcional sobre su ámbito de validez. La técnica más explorada para resolver este tipo de conflictos, parte del principio de que la norma que proyecta la restricción excepcional debe ser interpretada siempre en sentido estricto, porque si su ámbito se abre, necesariamente se confunde con el campo de aplicación de la norma general. En el caso que nos ocupa, la norma genérica tiene que ser la cláusula residual que beneficia con su apertura a los gobiernos locales. El papel de la norma restrictiva corresponde jugarlo a la atribución taxativa de competencias a los poderes federales. Según esta asignación de papeles, la norma que contiene atribuciones expresas no admitiría una interpretación extensiva, analógica, conexa o teleológica; su ámbito tendría que quedar determinado de manera estricta; sin embargo, bajo la tesis de las facultades implícitas, la norma restrictiva queda definida como una regla semiabierta; el efecto no puede ser otro que la proyección del poder central sobre los ámbitos locales y, a su vera, la legitimación del traslape que se consuma con el reconocimiento judicial al ejercicio del poder federal, el cual se efectúa sin apoyo normativo expreso.

La tesis que nos ocupa, revela un flujo efectivo de carácter centralista, cuya práctica ha tenido como saldo lógico el incremento del peso específico de los poderes centrales en relación con las periferias. Como sucede en otros casos del solapamiento, estos traslapes causan incertidumbre entre los gobernados, porque estos dejan de contar con un criterio objetivo y anticipado que les permita calcular los despliegues de los órganos públicos, a partir de situaciones predefinidas.

Hemos tomado dos ideas que ayudan a entender la idea del solapamiento competencial. En el caso de las facultades llamadas concurrentes, el flujo encubierto por el traslape beneficia a los estados miembros; en la hipótesis de las facultades implícitas, ocurre lo contrario, porque se legitima la interferencia por parte de los órganos centrales en los poderes locales.

En nuestro país, se ha desarrollado una variable “débil” de las tesis de las atribuciones implícitas a través de ciertas tesis jurisprudenciales. Bajo el influjo de estas sentencias, se ha llegado a admitir que la Federación

³¹ *Ibidem*, pp. 123-127.

tienen facultades para legislar en aquellas materias que la Constitución habilita su intervención, aunque no se reconozca expresamente la potestad legislativa en el artículo 73 de la carta. “Es notorio que las facultades legislativas de la federación —expuso la Corte— no son únicamente las consignadas de modo expreso en el artículo 73 de la Constitución, puesto que diversas disposiciones de la misma Carta Fundamental, se refieren a esas facultades sobre materias distintas de las especificadas en el mencionado precepto, en cuanto tales disposiciones imparten competencia y jurisdicción a la Federación”.³²

IV. LAS COMPETENCIAS “CONCURRENTES” EN EL FEDERALISMO MEXICANO

Después de que nuestro país asumió en el texto del artículo 124 de la Constitución vigente la fórmula clásica del federalismo dual —“Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”—, el articulado de la carta, ha sido retocado en varias ocasiones para otorgarle al federalismo mexicano matices peculiares. Al respecto, destacan dos cuestiones principales: la adopción en ciertas materias de las llamadas leyes generales o leyes marco, a partir de las cuales se autoriza la distribución de competencias por parte del legislador secundario entre los distintos órdenes de gobierno; tarea que antes estuvo reservada de manera exclusiva a la Constitución. Cabe decir que la recepción de esta nueva técnica se ha realizado a través de adiciones al artículo 73 constitucional y, para el efecto, se ha adoptado la poca afortunada expresión que alude a las potestades “concurrentes”. Tal ha sido el caso de materias como: educación, salud, asentamientos humanos, protección al ambiente y equilibrio ecológico, y con algunos rasgos distintos, tributación y vías de comunicación. El otro factor trascendente para la organización federal mexicana es el fortalecimiento de las atribuciones del Municipio impulsado desde la Constitución. Las reformas al artículo 115 han enriquecido el marco de competencia de los ayuntamientos, aunque por regla general en detrimento de las facultades propias de las entidades federativas. Además de estas dos orientaciones constitucionales mencionadas como antecedentes para entender el carácter específico del federalismo mexicano, hay que tomar en cuenta también, la manera particular en que la organización formalmente federal de nuestra República ha encubierto un ejercicio de tipo centralista. Los

³² XXXVI, p. 1067, Controversia Constitucional entre la Federación y el Estado de Oaxaca, 15 de octubre de 1932, mayoría de 14 votos (tomado de la Constitución y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación), 6 vols., t. III, p. 1778.

disimulos, adaptaciones y encubrimientos han generado una vida federal *sui generis*, a cuyo través deben observarse los ajustes a los que se hizo referencia inicialmente.

1. *El federalismo artificial*

A. *La utopía norteamericana*

El proceso constitucional mexicano ha sido complicado; sus vicisitudes son de sobra conocidas para referirlas pormenorizadamente, pero si un dato tiene que rememorarse por su constancia histórica, es la falta de adecuación del ropaje institucional de tipo moderno a las condiciones políticas reales de la sociedad mexicana durante el siglo XIX. A fin de cuentas, la efectiva desarticulación social y étnica, el paso por un modelo colonial que inhibió la vida civil y las fuertes tradiciones autoritarias, dieron al traste con cualquier posibilidad de vida institucional en sentido moderno. No obstante, los moldes occidentales fueron puntualmente recibidos y la Constitución de 1857 se alzó como un verdadero monumento a la modernidad imposible.

El paradigma norteamericano supuso antecedentes coloniales muy distintos a los españoles y produjo, por ello, la existencia relativamente moderna de las unidades políticas independientes. El federalismo norteamericano fue el producto de un auténtico arreglo entre ex colonias, que finalmente encontraron una fórmula afortunada de coexistencia al generar una gran dimensión nacional respetuosa de sus autonomías. En nuestro país, el federalismo fue consecuencia de la adopción de una idea y de la fidelidad a una causa política de tipo partidario. En realidad, México ha sido siempre un país centralista; sin embargo, la recepción del federalismo, a fuerza de situarse como un objetivo del discurso político, ha terminado por generar un deseo común de vida federal. A partir de nuestras Constituciones se ha proyectado una especie de federalismo didáctico —casi siempre contradicho por el curso de los acontecimientos políticos— que ha servido de faro orientador, a lo largo de casi siglo y medio, a un proceso de paulatina y accidentada descentralización.

Una mirada crítica sobre la Constitución de 1917, demuestra que la fórmula del federalismo dual a la norteamericana no podía subsistir como orientación efectiva, porque en el contexto de la carta se prohíja un poder descomunal que beneficia a uno de los órganos centrales: el Presidente de la República. Así, sólo guisa de ejemplo: si las legislaturas locales tienen capacidad para regular en los Códigos Civiles la situación patrimonial dentro de su territorio, la autoridad federal puede, ejerciendo el derecho de imponer modalidades a la propiedad privada, redefinir los límites de este

derecho y, por ende, rectificar el sentido de la legislación elaborada por la asamblea local. La sobrevivencia dentro de la Constitución de los rasgos autoritarios propios de nuestra tradición política, dificulta sobremanera la maduración de los niveles más elementales de la organización de tipo federal. La concentración política, financiera, productiva, demográfica, etcétera, genera asimetrías que no son manejables dentro de la lógica de una federación.

No obstante, hoy las entidades federativas existen y sus gobiernos responden a una línea de homologación orgánica que tiene su origen en la propia Constitución. Dentro de cada entidad subsisten, a su vez, municipios libres que fungen como una pieza más para la aproximación territorial de los poderes constituidos a los gobernados. Los municipios, por su lado, padecen generalmente la misma marginación por parte de los poderes estatales que éstos resienten de los poderes del centro. Así, los estados federados son entidades reales, aunque semivacías desde el punto de vista del ejercicio efectivo del poder. Hasta fechas muy recientes la incipiente pluralidad política comienza a darle contenido a los espacios locales como dimensiones con un peso político específico. Cabe decir que, sin pluralismo real, el sistema federal naufraga dentro de la lógica unitaria; se ahoga en las posturas de bloque típicas de los régimenes de sólo un partido.

Los efectos más nocivos de la simulación federal tienen que ver con el ocultamiento correlativo al que se presta el autoritarismo centralista. Las apariencias immunizan contra el surgimiento de los verdaderos procesos locales; el falso federalismo es realmente un mecanismo de tipo orbital que selecciona los aspectos trascendentales de la vida social y económica, y los reúne entorno de los núcleos centrales, sustrayéndolos de los ámbitos comunitarios donde deberían ventilarse.

El discurso oficial ha dado espacio a la ambigüedad haciendo artilugios con el tiempo, porque, por un lado, ha supuesto que la adopción constitucional del sistema nos convirtió de facto en un Estado federal; sin embargo, en los momentos de sinceridad, cuando se trata realmente de democratizar y descentralizar las decisiones políticas, el federalismo adquiere el carácter de proceso o de hecho en construcción y bajo la lógica de esta última línea argumental, se suele reconocer que el federalismo mexicano, pese a sus apariencia formal, tiene un carácter fundacional respecto de los poderes locales, que no pueden ser sino el producto constructivo de los órganos centrales.³³

³³ Véase, en el mismo sentido Tena Ramírez, Fernando, *op. cit.*, p. 126; García-Pelayo, M., *op. cit.*, p. 215, y Mouskheli, M., *op. cit.*, p. 147.

B. *El dualismo infuncional*

Si es verdad que México es un país en vía de democratización y que dicho proceso debe pasar por la activación de los ámbitos estatales como instancias políticas de tipo federal, lo primero que tendríamos que concluir es que nuestro sistema constitucional es el principal escollo para realizar tal proceso, porque la fórmula clásica del federalismo dual no es la adecuada cuando se trata de favorecer un proceso de construcción periférica a partir de la acción de los poderes centrales. El federalismo dual obedece a un pacto de entidades autónomas que ceden determinadas competencias a los órganos centrales que constituyen, pero sin renunciar totalmente a su auto-determinación; ésta queda protegida por una competencia residual que los deja seguir actuando como entidades políticas dentro de su territorio. En Canadá, por ejemplo, el proceso federal presenta un sentido inverso, ya que los poderes centrales son reconocidos constitucionalmente como artífices de las entidades periféricas. En este caso, la fórmula constitucional que se utiliza tiene un sentido opuesto a la estadounidense: así, mientras las potestades locales se enumeran taxativamente, el ámbito competencial de los poderes centrales se beneficia con la cláusula residual. La descentralización, entonces, ocurre como una decisión impulsada desde los poderes centrales y, por eso, como un proceso que se arbitra por los mismos órganos federales, según las directrices de la propia Constitución.

La falta de idoneidad de la fórmula dual del federalismo para acompañar un proceso de descentralización paulatina, se manifiesta en una prevalencia total de los órganos federales respecto de los estatales. La carga competencial correspondiente a los poderes del centro termina siendo abrumadora respecto de la competencia definida a partir de la cláusula residual que delinea los ámbitos locales. Así, mientras el núcleo de atribuciones federales se va engrosando de manera constante, los espacios competenciales de los Estados miembros se tornan precarios, incompletos, o bien, interferidos por las potestades de tipo transversal, definidas a favor de los órganos centrales. Materias como trabajo, educación, turismo, desarrollo urbano, tienen por naturaleza fuertes connotaciones regionales; sin embargo, forman parte de la enorme franja de potestades federales con la cual los órganos del centro atraviesan la vida comunitaria de las entidades federativas.

Como quiera que haya sido, antes de que ocurriera formalmente la adulteración de la fórmula dual por la recepción de importantes procesos cooperativos, en el ordenamiento jurídico mexicano se asumía que la distribución de competencias debía tener siempre sede constitucional. Aunque la Constitución se hubiera reformado en innumerables ocasiones

para dar paso a nuevas potestades de los poderes federales, a nadie se le ocurría pensar que una atribución competencial llegara a tener un origen que no fuera directamente la norma constitucional;³⁴ sin embargo, nuestro sistema federal habría de cambiar y en sus hechos posteriores hemos tenido que descubrir la ruptura de este principio. En la actualidad, el llamado “Constituyente Permanente” ha conferido atribuciones “concurrentes” a la federación y a los estados en materia de educación, salud, asentamientos humanos y conservación, y protección del ambiente. En todos estos casos, la distribución de competencias la realiza el legislador secundario a través de una ley general o ley marco, como también se les conoce, con la consecuente “desconstitucionalización” del proceso distributivo.

2. *La “desconstitucionalización” de la atribución de competencias*

A. *Las “concurrentias” mexicanas*

Queda claro que las llamadas *facultades concurrentes* en el federalismo estadounidense, no tienen una equivalencia puntual en la práctica jurídica mexicana. Aquí no se ha dado el caso de que las legislaturas locales produzcan leyes sobre materias atribuidas a la federación y, mucho menos, que la Suprema Corte haya decidido al respecto que los legislativos estatales tuvieran una especie de facultad provisional para regular aquellas actividades no cubiertas por la legislatura central, aun cuando esta última estuviera investida para hacerlo. En México, se ha utilizado el concepto de *facultades concurrentes* para caracterizar, sin mucho rigor, un conjunto de fenómenos más bien heterogéneos; a saber:

a) *Concurrencia de jurisdicciones*. El artículo 104 constitucional al definir la jurisdicción de los tribunales federales, dispone en su fracción I que, “cuando dichas controversias —las del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales— sólo afectan intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del

³⁴ En el sentido apuntado se puede atar la siguiente tesis jurisprudencial: “La Constitución señala la competencia de las autoridades federales y locales, y es notoriamente falso que cuando se trate de disposiciones de orden público, pueden intervenir las autoridades locales en las cuestiones reservadas a las federales o la inversa, pues de admitirse esta solución, se destruirían los principios básicos del sistema federal, se perdería el principio de orden al aplicar la Constitución, se destruiría la relación que existe entre las diversas autoridades, y se produciría una verdadera anarquía en la aplicación de las leyes”; t. LVII, p. 991, Amparo de revisión en materia de trabajo 1659/38, Planas Juana, 29 de julio de 1938, unanimidad de 5 votos (tomado de *La Constitución...*, nota 32), t. II, p. 1037.

actor, los *jueces y tribunales del orden común* de los Estados y del Distrito Federal". En este caso, como puede constatarse, la Constitución no obliga a una discriminación tajante de jurisdicciones; al contrario, permite que la competencia judicial para resolver controversias privadas sobre asuntos civiles o penales quede a la elección del actor. Debe aclararse, sin embargo, que una vez determinado el órgano judicial —local o federal— que conoce del asunto en cuestión, el cauce procesal seleccionado deberá mantenerse hasta su terminación ordinaria dentro de la jurisdicción elegida. Ello quiere decir, que los tribunales federales y los locales no convergen simultáneamente en el conocimiento del caso; lo que sucede es que en determinado momento, ambas jurisdicciones son elegibles de manera disyuntiva por el actor.

b) *Concurrencia de tipo ejecutivo*.³⁵ De manera muy cuestionable, el Constituyente de 1917 recibió de su antecesor de 1857, un precepto francamente incompatible con la lógica que consagra el artículo 124 vigente; este es el caso del artículo 120 constitucional, donde se dispone que: "Los gobernadores de los Estados están obligados a publicar y *hacer cumplir las leyes federales*". Dejando a un lado el problema de la publicidad local de las leyes federales, ya de por sí complicado, resulta muy difícil brindar una explicación satisfactoria que armonice la última parte del precepto transcrita con la lógica mutuamente excluyente del federalismo dual. Según los términos puntuales del artículo 120 constitucional, los ejecutivos locales están capacitados para *aplicar disposiciones jurídicas de la federación*. Esta norma orilla a confundir los ámbitos materiales de acción ejecutiva entre la federación y los estados, porque según el sentido del precepto, los gobernadores actuarían como agentes de la federación dentro de su propio territorio; ello sin excluir la acción ejecutiva —en este caso sí concurrente— de la federación. Cabe efectuar otra lectura sobre el artículo 120 que, aunque menos plausible desde el punto de vista gramatical, llevaría a reconocer en el precepto una intención ultra federalista. Según este segundo criterio, el 120 constitucional estaría apoyando la descentralización ejecutiva sin propiciar la descubierta federal.

La jurisprudencia poco o nada ha aportado para resolver el alcance de la segunda parte del artículo en cuestión; por su lado, Tena Ramírez —quien mejor enfoca los asuntos de distribución de competencias en el medio mexicano— se pronuncia por desaparecer de plano este precepto de la carta constitucional, ya que no encuentra ninguna fórmula inteligente para

³⁵ Cfr. Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, México, UNAM, 1994, t. II, p. 12.

compatibilizar su sentido con el sistema del 124 constitucional.³⁶ Detrás del análisis sentencioso de Tena Ramírez pueden encontrarse, en efecto, problemas muy graves de incertidumbre jurídica, ya que de reconocerse una competencia ejecutiva indistinta a la federación y a los estados, podría quedar cuestionada la certeza y la responsabilidad de los actos de autoridad. Los gobernados no tendrían cómo esperar razonablemente la acción de uno u otro de los poderes ejecutivos en el caso de la aplicación de las leyes federales.

Hoy existe un precepto constitucional que produce un efecto parecido al del artículo 120; me refiero a la fracción VI del artículo 116 de la Constitución. Allí se establece que “La Federación y los Estados, en los términos de *ley, podrán convenir la asunción por parte de éstos del ejercicio de sus funciones*, la ejecución y operación de obras y la prestación de servicios públicos *cuando el desarrollo económico y social lo haga necesario*”. De la fracción transcrita se pueden extraer consecuencias muy importantes: que la federación está facultada, si lo autoriza una ley, a convenir con los estados la transferencia de cualquier acto ejecutivo; que la competencia del órgano estatal que se llegare a beneficiar de este tipo de traslado estaría sustentada por la disposición genérica de una ley federal y por la atribución específica proveniente de las cláusulas de un convenio y, finalmente, que no existe más un coto cerrado para la distribución de potestades entre la federación y los estados, sino que, por esta vía, la federación podría consumar cualquier proceso de descentralización de atribuciones ejecutivas.

Para brindar un marco que ayude a la comprensión cabal de las concurrencias de tipo ejecutivo, es necesario ubicarlas dentro de la gran tendencia alternativa de construcción del federalismo mexicano, que parte de la “desconstitucionalización”³⁷ de la distribución de competencias y de la reasignación de potestades entre los distintos órdenes de gobierno, a través de leyes generales del Congreso de la Unión.

c) *Concurrencias de tipo legislativo*.³⁸ En nuestro lenguaje constitucional se llaman concurrencias legislativas las que derivan de la atribución combinada, segmentaria y hasta compartida, que efectúa el Constituyente en favor de los distintos órdenes de gobierno, en relación con una materia competencial específica, a través de la distribución que se establece en una ley del Congreso llamada “ley general”. Los casos más típicos en

³⁶ Tena Ramírez, F., *op. cit.*, pp. 172-174.

³⁷ Véase Rolla, Giancarlo, *op. cit.*, p. 211.

³⁸ El uso específico de “concurrencias legislativas” está tomado de diversas conferencias sustentadas en foros académicos por Manuel González Oropeza.

nuestra experiencia constitucional los representan las materias de salud, educación, asentamientos humanos y protección al ambiente. Aunque con algunas diferencias importantes participan también de este tipo de procesos la materia tributaria y las comunicaciones. No es aquí el lugar para desarrollar en forma pormenorizada la historia constitucional de cada una de las materias apuntadas, pero sí debe hacerse un señalamiento mínimo para cada una de ellas:

- 1) *Salud.* Desde 1908 en que se formó la Constitución de 1857 para conferir algunas atribuciones a la federación en materia de salubridad general, relacionadas con puertos y zonas fronterizas, se ha desarrollado poco a poco un proceso de consolidación de un Sistema Nacional de Salud, cuyos parámetros los fija el poder central a través de una ley del Congreso que distribuye segmentos complementarios de regulación y ejecución entre la federación y los estados. Los pasos intermedios para llegar a la concepción del Sistema Nacional de Salud fueron: la ratificación en la Constitución de 1917 del sentido de la reforma de 1908; la federalización de otras actividades relacionadas con la salubridad general (véase bases de la actual fracción XVI del artículo 73 constitucional) y, finalmente, la definición de la atribución del Congreso Federal para determinar cuáles son los temas de salubridad general a través de la legislación secundaria.³⁹ Los puntos de llegada del proceso al que nos referimos lo constituyen, por un lado, la adición al artículo 4o. constitucional del 3 de febrero de 1983, según la cual: “Toda persona tiene derecho a la protección a la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y *establecerá la concurrencia* de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución” y, por el otro, la propia Ley General de Salud, publicada el 7 de febrero de 1984, la cual reúne todas las condiciones de una auténtica ley-marco, como veremos después.
- 2) *Educación.* Originalmente la Constitución de 1917 establecía una genuina concurrencia de la federación y los estados. Como excepción al artículo 124 constitucional, tanto uno como otro orden de gobierno eran capaces para regular y organizar el servicio educativo. Este panorama comenzó a variar en 1921, año en el que se perfilaron en la Constitución algunos rubros de acción educativa específicamente federal. El giro definitivo del sistema ocurrió en 1934, cuando se adi-

³⁹ Tena Ramírez, F., *op. cit.*, pp. 408-414.

cionó la fracción relativa del artículo 73 constitucional, para autorizar al Congreso a “dictar leyes encaminadas a *distribuir* convenientemente entre la Federación, los Estados y los Municipios el ejercicio de la función educativa y las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público, buscando ampliar y coordinar la educación en toda la República”. Como se observa, esta reforma habilitó al Congreso para distribuir potestades a los distintos órdenes de gobierno, generando con ello la desnaturalización del sistema del artículo 124 constitucional.⁴⁰ La tendencia persistió con la reforma de 1946 y sus efectos se extienden hasta la fecha, encontrando el proceso su momento cenital con la Ley General de Educación del 15 de julio de 1995. Este instrumento legal persigue dos propósitos centrales: mantener la organización del sistema educativo nacional y catalizar el proceso de descentralización del servicio educativo a los estados, rompiendo así el “monolito” que se había gestado a lo largo de seis décadas en torno a la Secretaría de Educación Pública.

- 3) *Asentamientos humanos*. La materia constituye un nuevo enfoque de la propiedad inmobiliaria dentro los centros de población, la que tradicionalmente se había considerado materia local. El proceso tiene origen en la adición al artículo 27 constitucional que se efectuó en 1976. En el párrafo 3o. de dicho precepto, se estableció que la nación sería competente para “ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población”. Complementariamente se introdujo la actual fracción XXIX-C del artículo 73 constitucional: (El Congreso tiene facultad) “Para expedir las leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los Estados y de los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de asentamientos humanos, con objeto de cumplir con los fines previstos en el párrafo 3o. del artículo 27 de esta Constitución”. De las disposiciones transcritas llama la atención que el objeto de la nueva materia en realidad lo constituyen acciones para conseguir la ordenación y la planeación urbanísticas, y que el sistema de planeación de los asentamientos humanos supone la participación explícita de los municipios, al grado de que la ley-marco deberá también fijar la competencia de éstos, en franca postración de los órdenes locales. Es también notorio que en esta materia se hace explícito, por primera vez, el sistema de concurrencias legislativas, ya

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 422-432.

que la ley-marco tiene el propósito no sólo de fijar el horizonte general de la materia, sino también de que los legislativos de los Estados respondan dentro de sus ámbitos con sendas leyes que regulen los temas de competencia local. Como en los casos de las materias anteriores, la culminación legal del sistema lo constituye la Ley General de Asentamientos Humanos del 26 de mayo de 1976.

En relación con las facultades municipales en materia urbanística, el proceso fue redondeado en 1983 con la reforma al artículo 115 constitucional, con la cual, se intentó fortalecer la gestión de ese ámbito de gobierno a través de una iniciativa procedente del centro. Con todo lo laudable que esta intención reúna no es posible desentenderse del vicio de origen que supone un sometimiento afrentoso de los poderes locales, así haya sido en aras de la consolidación municipal.⁴¹

4) *Protección al ambiente*. Desde sus orígenes, el artículo 27 constitucional introdujo un criterio de aprovechamiento responsable de los recursos naturales, apartándose así de los criterios exclusivamente explotacionistas de la legislación administrativa del porfiriato. Al respecto, hay que rememorar el célebre fragmento del párrafo 3o. del artículo 27 constitucional, donde puede leerse que la nación tendrá en todo tiempo el “derecho de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y cuidar su conservación”. En momentos mucho más recientes —6 de julio de 1971—, el Constituyente atendió por primera vez la materia ambiental, pero la enfocó de manera parcial aludiendo a la contaminación como factor de riesgo para la salud; tal adición recayó en la base 4a. de la fracción XVI del artículo 73 constitucional.

La protección al ambiente no fue recibida como materia autónoma en la Constitución, sino hasta que se reformó el artículo 25 de la carta en 1983.⁴² A dicho precepto se le agregó una disposición que corresponde al actual párrafo 6o., del seguimiento tenor: “Bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolas a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de

⁴¹ Véase Azuela, Antonio, “La distribución de competencias en la regulación de los usos del suelo”, Carmona Lara, Carmen (coord.), *Ambiente y energía*, México, UNAM-Pemex, 1995, pp. 13-21.

⁴² Véase para una amplia reseña del proceso Brañes, Raúl, *Manual de derecho ambiental mexicano*, México, Fondo Cultura Económica-Fundación mexicana para la educación ambiental, 1994, pp. 61-92.

los recursos productivos, cuando su conservación y *el medio ambiente*”. No obstante esta incorporación, hubo todavía que esperar hasta 1987, en el que se modificaron los artículos 27 y 73 constitucionales para dar cabida expresa a las acciones de “preservación” y “restauración” del equilibrio ecológico, reconociéndolas desde entonces como cometidos de los poderes públicos. La técnica de la ley-marco volvió por sus fueros y se positivizó una vez más, ahora en la fracción XXIX, inciso *G* del artículo 73 constitucional; allí se facultó al Congreso “para expedir las leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los Gobiernos de los Estados y de los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico”. Como se aprecia, en este caso se reproduce íntegramente la solución que se dio con la incorporación de la fracción XXIX-C del mismo artículo 73 constitucional, en el caso de los asentamientos humanos. Y como sucedió con la cuestión urbanística, también en materia ambiental hubo actividades y materias que antes se encontraban sujetas a la jurisdicción local y que pasaron desde entonces al ámbito federal, bajo una óptica novedosa: en este caso, la de la protección y conservación del ambiente.

Como en las distintas materias mencionadas, al final del proceso mediante el que se reconoció la materia ambiental, se encuentra también una ley-marco: la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente; a partir de ella, se han expedido las leyes locales que atribuyen competencia en sus respectivos ámbitos a los gobiernos estatales y municipales.

- 5) *Coordinación fiscal*. La materia tributaria fue, junto con la de educación, una verdadera excepción a la fórmula del federalismo dual que existió desde el origen de la Constitución. La necesidad de facultar simultáneamente a la federación y a los estados para fijar, regular y recaudar contribuciones es de fácil justificación: no se entendería la dualidad de órdenes de gobierno, si cualquiera de los ámbitos reconocidos no contara con los recursos fiscales necesarios para llevar a cabo su operación relativamente autónoma. Aun bajo este supuesto, la realidad centralista del Estado mexicano terminó por imponerse: primero, la Constitución empezó reconociendo algunas fuentes de recaudación exclusivas para el centro; después, el órgano judicial que interpreta la Constitución determinó que la federación estaba facultada para fijar impuestos sobre todas las materias atribuidas expresamente al poder central;⁴³ sin embargo, esta técnica no fue la adecuada para eliminar

⁴³ Tena Ramírez, F., *op. cit.*, pp. 362-370.

el rango donde la doble tributación puede aparecer en perjuicio de los gobernados; en tal virtud, durante las últimas cuatro décadas, las cosas se han orientado hacia la construcción de un sistema fiscal único con participaciones proporcionales para la federación y los estados. Dicho sistema no puede ser, sino potestativo para las entidades federales; sin embargo, en los hechos ha devenido fórmula única para que las autoridades locales hayan podido allegarse de los recursos necesarios para su gestión administrativa.

La facultad tributaria parcialmente convergente no ha tenido salida por la vía de la ley-marco, porque en este caso no se trata de distribuir competencias fragmentarias en torno a una misma materia, sino de coordinar un ejercicio simultáneo sobre ámbitos recaudatorios parcialmente coincidentes. La solución en este caso se ha concretado en dos leyes sucesivas de coordinación fiscal, la de 1953 y la de 1978 que está vigente. El objeto de esta ley, consiste en armonizar las tareas impositivas entre la Federación y los Estados para evitar tributaciones dobles, constituir un Fondo General de Participación y regular la forma específica de concurso para las entidades que deciden convenir con la federación su incorporación al sistema. La Ley de Coordinación Fiscal no es entonces una ley-marco, pero sí un instrumento jurídico que participa de la tendencia cooperativa del federalismo y que apunta a la consolidación de los poderes periféricos a partir de un proceso paulatino de descentralización arbitrado desde el centro.

B. Las leyes generales o leyes-marco

En México se le ha dado el nombre de leyes-generales a las que elabora el Congreso de la Unión para cumplir con dos propósitos simultáneos: primero, distribuir competencias entre la federación y los estados, otorgando las bases para el desarrollo de las leyes locales correlativas y, segundo, establecer en su propio cuerpo normativo el régimen federal para regular la acción de los poderes centrales en la materia de que se trate. El objeto de una ley-marco puede consistir en la regulación de un sistema nacional de servicios, como sucede con la educación y la salubridad general, o bien, puede enfocarse al establecimiento de un sistema nacional de planeación, como en la hipótesis de los asentamientos humanos. En todo caso estas leyes ordenan verdaderos complejos de actividades, cuya naturaleza transversal impide que sean atendidas desde un solo nivel de gobierno.

Cabe mencionar, que las leyes-marco han hecho eco de la tendencia constitucional que ha desembocado en las reformas del artículo 115 de

la carta constitucional con el propósito de fortalecer el municipio. En casos como el de la Ley General de Asentamientos Humanos, se definen de manera directa las atribuciones de los ayuntamientos, cerrando así la posibilidad de que sean las legislaturas de los estados las que distribuyan competencias entre los órganos de la entidad federativa y los municipios.

Desde el punto de vista de la estructura del orden jurídico, las leyes-marco constituyen una novedad por dos causas fundamentales: por un lado, “desconstitucionalizan” la atribución de competencias entre los dos órdenes de gobierno, dejando la función de reparto en el Congreso Federal que, de este modo, se transforma en juez y parte del proceso. Este rasgo conlleva el reconocimiento solapado de la superioridad jerárquica de los poderes centrales y de la necesidad correlativa de que sean éstos los principales artífices en la construcción de los poderes periféricos. El segundo aspecto, es también una novedad trascendente porque las leyes-marco, al supraordinar formalmente el nivel legislativo federal respecto del local, violentan la lógica del federalismo dual, que en todo caso se refiere a dos órdenes competenciales separados y coextensos, como los ha calificado nuestra doctrina.

Como argumentos favorables a las leyes generales suelen esgrimirse los siguientes: se concilian mejor con la realidad de un federalismo que se construye del centro hacia la periferia; son instrumentos normativos proclives a la regulación de procesos, más que de situaciones fijas y, finalmente, clarifican de forma precisa las competencias que corresponden a cada uno de los ámbitos de gobierno, pero así como existen apologistas de las leyes-marco, éstas también tienen detractores, quienes las han tachado principalmente porque: rompen el diseño constitucional básico que deriva del artículo 124 constitucional; suscitan desconfianza y falta de certeza por la excesiva flexibilidad de sus mecanismos distribuidores de competencias y, también, porque no promueven un auténtico federalismo, sino que concentran las decisiones básicas en los órganos centrales. En los dos polos de la discusión hay razones de peso; sin embargo, las leyes-marco son una realidad jurídica que ha probado eficacia y que muy difícilmente dejará de ser utilizada; en tal virtud, ha llegado la hora de encontrar mejores fórmulas constitucionales para su fundamentación y su manejo.

Para una descripción somera del modelo normativo de una ley-marco deben tomarse en cuenta los siguientes elementos:

a) El *apartado teleológico*, donde se enumeran los criterios rectores y las finalidades del sistema competencial que regula la ley;

- b) La *definición de su objeto*, que puede consistir en la organización de un sistema nacional de servicios, de un sistema de planeación o en la simple distribución de actos de autoridad dentro de una determinada materia;
- c) El *mecanismo distribuidor de competencias*, el cual admite variantes como se muestra en los siguientes casos:

- 1) *La Ley General de Asentamientos Humanos* distribuye competencias entre la Federación, los estados y los municipios, estableciendo primero todas las acciones que integran el ejercicio público que se considera concurrente (regular, planear, etcétera); luego, proporciona la enunciación taxativa de las potestades para cada uno de los niveles de gobierno, incluyendo a los ayuntamientos. Cabe mencionar que, además, la ley fija de manera expresa las facultades que corresponden a los poderes locales según la división de poderes, es decir, se refiere específicamente a las facultades legislativas y a las ejecutivas. La mayor parte de su articulado se dedica a la regulación de un sistema para la adecuación y planeación del desarrollo urbano a nivel “macro”, reservando a las leyes de desarrollo urbano de los estados la regulación de la mayor parte de los actos ejecutivos hacia los gobernados.
- 2) *La Ley General de Salud* efectúa la distribución de competencias sólo por lo que se refiere a la materia de salubridad general, dejando a las legislaturas locales la regulación de la salubridad local. Esta ley se dirige a establecer la participación regional de los distintos niveles de gobierno en la realización de las acciones que componen el sistema nacional de salud. Uno de sus aspectos más llamativos es que, en alguna de sus disposiciones, se alude a las acciones que “temporalmente” deben desarrollar los órganos centrales en las entidades federativas, dejando entrever que el propósito del legislador sobre tales potestades es que los poderes locales terminen asumiendo por cuenta propia dichos ejercicios (artículo 13, fracción III). La ley regula de manera franca un proceso de descentralización y, por lo tanto, su articulado no se refiere sólo a materias fijas, sino que también establece directrices para normar las trasferencias paulatinas de los servicios de salud hacia los estados.
- 3) *La Ley General de Educación* atribuye competencias ejecutivas de carácter exclusivo para normar la participación de la entidades centrales y locales en la presentación del servicio educativo nacional; después, se regulan determinadas materias cuyo ejercicio se considera concurrente, es decir, que se pueden desarrollar indistintamente por cada uno de los niveles de gobierno involucrados. En un artículo aparte, se faculta a los ayuntamientos de los municipios para prestar servicios educativos de cualquier naturaleza o modalidad (artículo 15).

4) *La Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente.*

Hace una distribución de competencias poco precisa porque se utilizan categorías de rango abierto, por ejemplo: política general; criterios ecológicos generales; hechos que por su “naturaleza y complejidad requieren de la participación de la federación”; etcétera. Sobre estas bases es difícil obtener certeza en la atribución de potestades, lo que complica la técnica de la ley-marco, cuyo propósito principal consiste en distribuir las competencias de manera específica, tal como lo exige la base constitucional contenida en la fracción XXIX-G del artículo 73 de la carta constitucional. Debe mencionarse que esta ley, deja en libertad a las legislaturas locales para hacer el reparto de competencias entre los poderes de la entidad y los ayuntamientos.

Es probable que los evidentes defectos que presenta esta ley en su sistema distributivo respondan a una intención deliberada de que la autoridad central aproveche la oportunidad que brindan sus criterios abiertos para ocupar tales espacios, ello porque posiblemente se hubiera considerado inviable el desarrollo de las acciones a las que se refiere la ley por parte de las entidades federativas, las cuales no contaban de inicio con los instrumentos técnicos y administrativos para desarrollar sus atribuciones en torno a las cuestiones ambientales.

d) *La atribución específica a la autoridad federal para la aplicación de la ley.* Por regla general esta función recae en una Secretaría de Estado que funge como órgano coordinador del sistema de servicios o de planeación previsto por la ley.

e) *Los mecanismos de coordinación.* En virtud de que las leyes generales persiguen un propósito descentralizador, todas contienen disposiciones relativas a la cooperación competencial entre los distintos niveles de gobierno. El instrumento generalmente aceptado para los efectos cooperativos son los *convenios de coordinación*.

f) *Los mecanismos de concertación.* En los procesos mexicanos de planeación, las leyes-marco operan bajo la convicción de que la gestión pública debe mantener un amplio nivel de apertura hacia los gobernados, e incluso, definir cauces específicos para la participación corresponsable de los ciudadanos. En tal virtud, todas las leyes-marco prevén la posibilidad de concertar acciones con los agentes sociales interesados.

C. Consideraciones sobre la coordinación de competencias

Cuando los acuerdos de coordinación tienen por objeto trasladar potestades originalmente definidas a favor de la federación hacia los gobiernos locales y éstas no implican actos que produzcan efectos hacia los gobernados, no presentan ningún problema desde el punto de vista de la legalidad; sin embargo, cuando estos mecanismos pretenden ser utilizados como cauces para transferir actos de autoridad que afectan la esfera de derechos de los gobernados, las cosas adquieren un matiz más complejo, que conviene analizar a la luz de las experiencias existentes.

- Primera hipótesis: La ley-marco define una zona específica de concurrencia, independiente de las facultades exclusivas de la federación y de los estados, y que en general, no implica actos de molestia hacia los gobernados (artículo 14 de la Ley General de Educación).
- Segunda hipótesis: La ley-marco autoriza expresamente el traslado de actos ejecutivos, competencia de la federación a los poderes locales. Vale citar el ejemplo del artículo 161 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente: “Las entidades federativas y los municipios, podrán realizar actos de inspección y vigilancia, para la verificación del cumplimiento de esta ley en asuntos del orden federal. Para tal fin, la Federación y las entidades... con la intervención de los municipios, celebrarán los acuerdos de coordinación pertinentes” (en el mismo sentido puede citarse el artículo 14 de la Ley de Coordinación Fiscal).
- Tercera hipótesis: La ley-marco establece mecanismos de coordinación que dan origen a entidades públicas descentralizadas, en cuya integración participan tanto los poderes federales como los locales; a dichas entidades la ley les atribuye capacidad para realizar actos de autoridad según lo dispongan los convenios de coordinación respectivos (fracción III del artículo 20 y fracción IV del artículo 21, ambos de la Ley General de Salud).

El problema técnico-jurídico que se plantea en torno a los convenios de coordinación atañe precisamente a la determinación de la extensión que puede otorgarse al objeto de dichos instrumentos. Se debe dilucidar concretamente si es posible, que la federación traslade en forma temporal o definitiva a través de tales instrumentos potestades específicas a los estados y, además, si el convenio de referencia puede servir de base para que la autoridad local ejerza la potestad transferida, realizando incluso actos “de molestia” a los particulares. La solución del problema depende de dos po-

los opuestos: por una parte, el de la necesidad de certeza que se concreta en el principio de legalidad, según el cual toda potestad pública debe provenir directamente de la ley. Del otro lado, pesa el imperativo de la descentralización de la vida nacional, que supone transferencias de atribuciones a los poderes periféricos de un modo parsimonioso y responsable.

Si se tratara de acercar razonablemente los dos polos antes referidos sin violentar el marco constitucional vigente podría afirmarse que:

- Para trasladar determinado cúmulo competencial que implique actos de autoridad a través de un convenio de coordinación, es necesario que la ley-marco autorice de manera expresa dicha transferencia. Este es el caso de los artículos 20 y 21 de la Ley General de Salud, del artículo 14 de la Ley de Coordinación Fiscal y del artículo 161 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente.
- En cualquier caso, la competencia que vaya a ser objeto de traslado debe corresponder exclusivamente a actos de tipo administrativo. No pueden incluirse actividades reglamentarias, normalizadoras y mucho menos legislativas.

En apoyo de estos criterios, hay que recordar dos preceptos constitucionales que rondan necesariamente sobre el tema: el malhadado artículo 120 y el 116 en su fracción VI. En todo caso, la transmisión competencial a través de convenios que proyectan sus efectos más allá de las simples acciones de colaboración, contravienen el sentido hermético del principio de legalidad. Queda todavía por ver, cuál será la recepción de este tipo de proyecciones en las decisiones judiciales en el mismo texto constitucional. De cualquier modo, los mecanismos de coordinación de tipo traslativo son coherentes con la *ratio legis* de las leyes-marco y con la intención de descentralización que las alienta. Por otro lado, hay que tener claro que estos procedimientos no serán nunca armónicos con la fórmula semicerrada de distribución de competencias que consagra el artículo 124 constitucional.

V. APUNTES PROVISIONALES PARA LA VALORACIÓN DEL SISTEMA DE CONCURRENCIAS

1. *Premisas*

Antes de sacar conclusiones apresuradas sobre el sistema constitucional de potestades concurrentes, es necesario establecer algunas premisas que operen como supuestos del tema, a saber:

- En nuestro ordenamiento jurídico, tradicionalmente la distribución de competencias entre la federación y los estados se había efectuado por vía constitucional a través de un sistema semicerrado, cuya sede principal era el artículo 124 de la carta. Las únicas excepciones a este mecanismo básico estuvieron dadas en torno a las materias de tributación y educativa.
- En apego estricto al principio de legalidad, en México siempre se ha entendido que la competencia de cualquier órgano ejecutivo debe tener un sustento expreso en la ley, aun más, si el acto de que se trata es de los llamados “actos de molestia” a los particulares, porque su realización afecta o pueda afectar la esfera de los derechos privados.
- En nuestro medio no se ha dado reconocimiento y eficacia a la fórmula que establece la “conurrencia” ejecutiva a la que se refiere el artículo 120 constitucional, por lo que las leyes federales han sido comúnmente ejecutadas por los órganos de la administración pública federal a través de sus propios aparatos, salvo en los casos de coordinación fiscal y de coordinación en materia de salud.
- Ya se ha aceptado que la tendencia centralista en el ejercicio del poder ha desvirtuado la idea fuerza del sistema federal y, por lo tanto, se ha perfilado una tendencia descentralizadora o de construcción del sistema federal desde el centro, que se expresa en diversas reformas constitucionales y en una intención cada vez más clara de transferencia paulatina de potestades a las entidades federativas y a los municipios.
- Las reformas constitucionales “descentralizadoras” no son compatibles con la letra del sistema dual recogido en el artículo 124 constitucional, porque este último precepto opera sobre la base de un ámbito cerrado y otro semiabierto que se ofrecen como referencias fijas; por lo tanto, su sistema no favorece la gradualización de las transferencias del centro hacia la periferia, sino que se refiere a campos competenciales de tipo estático.
- Que en contravención a la lógica del 124 constitucional, hoy existen *leyes generales* que distribuyen competencias entre los distintos órdenes de gobierno, con el propósito de lograr una descentralización paulatina de la vida nacional y que dichas leyes suponen acciones coordinadas y cooperativas de los poderes constituidos en los distintos ámbitos de gobierno, las cuales van más allá de las simples acciones de colaboración, al grado que involucran en numerosas ocasiones auténticas transferencias competenciales de actos de autoridad.

2. Consideraciones conclusivas

Las premisas expuestas orientan la conclusión al reconocimiento que en nuestra carta constitucional coexisten dos tendencias distributivas distintas: una que se basa en el diseño ortodoxo del federalismo dual, cuya sede se ubica en el artículo 124 de la carta, y otra que propende a la descentralización decidida y arbitrada desde el centro, cuyos referentes normativos se encuentran en el artículo 4o., párrafo cuarto; 73, fracciones XXV, XXIX, XXIX-C y XXIX-G y 116, fracción VI, estos preceptos, aunados a la lectura ultrafederalista del artículo 120, constituyen un bloque muy importante de disposiciones que relativizan el sistema del artículo 124 constitucional.

Cuando Tena Ramírez trata el asunto de las facultades del Congreso de la Unión para legislar en materia de educación y salubridad general, habla de éstas como excepciones al ámbito del artículo 124 constitucional;⁴⁴ sin embargo, a la vista del importante desarrollo que han tenido las llamadas facultades concurrentes, para las que se ha adoptado la técnica de las llamadas leyes-marco, no es posible mantener la calificación de situaciones “excepcionales” o “impurezas” del sistema federal sobre tales procesos. La técnica de distribución de competencias según la cual, la ley federal reparte potestades entre la federación y los estados, incluyendo las de tipo legislativo, obedece a un sistema opuesto al del federalismo dual. Esta contratendencia supone un proceso cuyo desarrollo ocurre en varias fases:

- La primera, implica la ampliación del régimen competencial de los órganos centrales, a los que se atribuye “nuevas materias” —la planeación de los asentamientos humanos o la protección al ambiente, por ejemplo—.
- La segunda, conlleva al reconocimiento de la transversalidad de tales materias que hace imposible un ejercicio integralmente centralizado y, por lo tanto, conduce a la definición de espacios competenciales de naturaleza parcial y complementaria entre los distintos ordenes de gobierno.
- La tercera, donde se concreta la determinación de zonas exclusivas de ejercicio para cada tipo de autoridad y la apertura de una franja de coordinación, que supone la asunción paulatina de los actos ejecutivos por parte de los poderes locales.

El tipo de proceso descentralizador descrito arriba, responde muy claramente al rumbo que ha tomado la construcción de autonomías regionales

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 408 y 430.

en países con regímenes unitarios, por ejemplo Italia. En tales casos, es a través de leyes-marco que los órganos centrales responsabilizan paulatinamente a las autoridades regionales del ejército de determinados cometidos públicos, cuyas decisiones ameritan una mayor proximidad geográfica y comunitaria con los gobernados.⁴⁵ Este tipo de descentralización parsimoniosa se dirige al afianzamiento de las autonomías regionales, pero sin que ello implique la renuncia final de los órganos centrales al arbitraje del proceso en su nivel de decisión más general. Cabe decir que esta guisa de desarrollo se aviene mucho mejor a las circunstancias históricas mexicanas; sin embargo, como nuestra carta constitucional profesó desde su origen una militancia formal dentro del federalismo de tipo pactista, no ha sido, sino hasta décadas recientes, que esta forma de distribución de facultades ha tomado rasgos propios, constituyéndose como una alternativa importante para el federalismo mexicano.

La dificultad que entraña retrotraer el sentido del discurso oficial en torno al federalismo de tipo pactista, ha provocado que la nueva tendencia cooperativa no encuentre todavía acogida entre los constitucionalistas ni entre los miembros del órgano judicial encargado de interpretar la Constitución. Ello explica por qué los especialistas tratan hasta ahora el sistema de concurrencias legislativas simplemente como una anormalidad de los principios del federalismo dual. Resulta difícil prever hasta qué punto es posible armonizar los dos sistemas; en principio, se debe reconocer que tales mecanismos obedecen a procesos de curso histórico antítetico: en el caso del federalismo dual, la base es un desarrollo de tipo pactista; en la hipótesis del sistema de concurrencias legislativas, se trata de un trayecto descentralizador a partir de poderes concentrados que ejercen en forma unitaria. Dentro de la experiencia mexicana, la técnica de las concurrencias legislativas se ha utilizado para consolidar la posición funcional y participativa de los poderes estatales en procesos extensivos arbitrados desde el centro. Bajo esta perspectiva, podría sugerirse que la fórmula primigenia del federalismo dual es el objetivo, mientras que la fórmula cooperativa resultaría el medio para alcanzarlo; sin embargo, este orden de conceptos no coincide con la secuencia formal del federalismo mexicano, donde se asumió la existencia originaria de entidades políticas autónomas, como en el caso estadounidense. Otra posibilidad para entender el federalismo cooperativo que surge de las concurrencias legislativas, consiste en caracterizarlo como una fase o tramo de ajuste del federalismo dual respecto del proceso histórico mexicano; pero aun en este segundo entendido, sigue

⁴⁵ Rolla, Giancarlo, *op. cit.*, p. 209.

siendo difícil explicar cómo coexisten en la misma carta preceptos que regulan procesos de signo contradictorio.

En la misma línea socio-histórica, quienes han estudiado al federalismo más allá de sus contornos específicamente jurídicos, han concluido que el sistema de tipo dual es difícil de conciliar con realidades que no se atienden a un sistema desarrollado de mercado. En cambio, el federalismo cooperativo responde con más coherencia a los requerimientos de una economía interferida por la acción pública.

Los mecanismos de tipo cooperativo presentan problemas muy importantes desde el punto de vista de su legalidad. La progresiva flexibilización que supone el traslado de competencias del centro a la periferia entraña dos momentos riesgosos: primero, la “desconstitucionalización” de la distribución de competencias y sus reubicación a nivel de la ley secundaria, y segundo, el otorgamiento de facultades a las entidades locales a través de convenios de coordinación, así se encuentren estos procesos normados de una manera genérica en la ley. Según estas consideraciones, a mayor flexibilidad en el proceso de distribución de competencias, cabrían mejores condiciones para la descentralización, aunque ello no implicaría el sacrificio de condiciones importantes de legalidad y certeza.

El problema principal del federalismo mexicano en este momento, no es eliminar las contradicciones que históricamente se han generado, sino ofrecer condiciones de relativa estabilidad para sortear el trayecto que debe llevar a la revitalización de las dimensiones locales. La regulación del movimiento descentralizador seguramente exigirá algunos costos transitorios inevitables, los cuales, lamentablemente, recaerán sobre los gobernados, porque son estos en última instancia, quienes habrán de resentir la incertidumbre de la transición.

Jurídicamente la cuestión a dirimir consiste en cómo aplicar dentro del texto constitucional las dos orientaciones a las que se encuentra sujeto el sistema federal; para ello pueden perfilarse varios escenarios:

Primero: Mantener la ambigüedad y apostar a que la acción paulatina del poder judicial produzca certidumbre a través de la jurisprudencia. Las sentencias judiciales pueden orientarse a su vez en dos sentidos: optar por sostener la “pureza” del federalismo dual y, en consecuencia, detener las transferencias de atribuciones por vía de convenios de coordinación; o bien, decidir en favor del carácter vinculante de estos últimos, siempre que las transferencias encuentren apoyo expreso en la ley. Cabe aclarar que las situaciones de ambigüedad son frecuentes en la historia de la Constitución de 1917, basta recordar cómo coexistieron durante muchas décadas los pa-

rámetros clásicos de organización de un Estado moderno, con un proyecto autoritario de reforma social que interfirió continuamente los espacios privados.

Segundo: Modificar la distribución de competencias en la Constitución reduciendo los campos de acción federal a favor de las entidades federativas; esto haría involucionar el proceso de centralización natural de nuestro régimen político y fijaría de manera cierta los nuevos ámbitos de acción de los distintos niveles de gobierno.

Tercero: 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 locales. De este modo coexistirían dos sistemas de distribución de atribuciones y no cabría duda sobre la constitucionalidad del ejercicio de las potestades descentralizadas.

De los tres escenarios descritos es probable que el segundo no tenga ni siquiera oportunidades mínimas de viabilidad. El primero tiene la desventaja de la enorme presión que la realidad ejerce sobre el orden jurídico en su conjunto, apremiando una respuesta cierta en un breve plazo; sin embargo, es el más acorde con la forma habitual de solución en nuestro país: la no solución. El tercero de los escenarios tiene a su favor la energía actual de la tendencia descentralizadora que se impulsa desde la presidencia y que responde a la aspiración regional de agentes importantes del proceso político. La tacha que puede recaer a este escenario es que finalmente neutralizará la ambigüedad, legitimándola. No obstante, este tercer escenario ofrece tanto certeza como oportunidad; por eso, quizás a la postre sea el que se imponga.

Todavía tendremos que esperar para que la auténtica maduración del federalismo mexicano sea una realidad completa, mientras tanto, la interpretación constitucional del Poder Judicial será un factor de suma importancia para fincar los perfiles definitivos del sistema federal en México. Si bien, como lo afirma Tena Ramírez, “el Poder Judicial sólo puede verificar la competencia de las autoridades a la luz de la ley que la establece, y no puede crearla por sí mismo, porque suplantaría en sus funciones al poder legislativo”⁴⁶ también es cierto que la adaptación genuina de cualquier institución jurídica a las prácticas sociales depende en buena medida de su consolidación por la vía jurisdiccional. Esto es todavía más pertinente

⁴⁶ Tena Ramírez, F., *op. cit.*, p. 410.

cuando el contexto constitucional es en sí paradójico y da cabida a dos tendencia de sentido diverso. En circunstancias tan equívocas, la definición precisa de los límites competenciales depende, en mayor grado, de la interpretación constitucional que efectúe el Poder Judicial a la luz de las tendencias efectivas de la sociedad. Son pertinentes al respecto las palabras de Giancarlo Rolla sobre el tema de la distribución de competencias: “La distribución de competencias no opera en el plano abstracto sino en el concreto, no siendo suficiente para determinarla la mera referencia al dictado de la Constitución”.⁴⁷

⁴⁷ Rolla, Giancarlo, *op. cit.*, p. 213.