

## LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS LEGISLATIVAS TRATÁNDOSE DE DERECHOS FUNDAMENTALES PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

Roberto NIEMBRO O.

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Tres cuestiones sobre los derechos fundamentales*. III. *Notas sobre el federalismo*. IV. *Los derechos fundamentales en el federalismo mexicano*. V. *Conclusiones*.

### I. PLANTEAMIENTO

La relación entre federalismo y protección de los derechos parece haber sido un tema ampliamente descuidado por la doctrina constitucional. El presente ensayo tiene por objeto ayudar a revertir esta tendencia en un ámbito muy concreto como es la distribución de competencias legislativas en materia de derechos fundamentales en los estados compuestos, particularmente, en el federalismo mexicano. En otras palabras, lo que quiero descifrar es la relación existente entre las competencias del legislador y los derechos y libertades previstos en la Constitución. Como base de estas ideas está la fuerza expansiva de los derechos, en el sentido de que estos encarnan los valores básicos sobre los que se asienta el entero ordenamiento jurídico, de manera que todo el proceso de creación y aplicación del derecho y, por ende, la distribución de competencias, ha de estar inspirado por ellos.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Chen, P. (2002), "Federalism and Rights: a neglected relationship", en N. Colman McCabe (ed.), *Comparative federalism in the devolution era*, Maryland, Lexington books, p. 305.

Sobre el particular pueden plantearse fundamentalmente dos cuestiones interrelacionadas. La primera se refiere a los derechos que pueden ser previstos en las constituciones de las entidades federativas, que en principio pueden desarrollar, concretar y añadir nuevos derechos en el ámbito de sus competencias. La segunda es la distribución de las competencias para desarrollar los derechos previstos en la Constitución federal, la cual nos plantea el conflicto permanente entre la existencia de una pluralidad de centros de producción legislativa en que se concreta el principio federal, y el reconocimiento del principio de igualdad entre los habitantes de las entidades federadas. Sobre este último tema centraremos nuestros esfuerzos, no sin antes hacer una precisión metodológica. Como se podrá observar en el desarrollo del trabajo, es necesario tratar temas tan complejos como la doble dimensión de los derechos en el Estado social, las normas de competencia, los modelos federales, etc., que exigen por sí mismos más de un ensayo de estas dimensiones. En tal sentido, sólo se expondrán las ideas que sirvan de para sustentar la tesis que se propone.

Dicho esto, lo primero que quiero señalar es la extrañeza que causa el descuido de la doctrina mexicana sobre un tema como este, pues si tenemos en cuenta que desde las revoluciones liberales una vez determinados los derechos que se quieren proteger, la tarea subsecuente e impostergable del constituyente es diseñar el Estado para la consecución del tal objetivo, consideraciones entre las cuales puede estar el sistema federal.<sup>2</sup>

¿Por qué entonces el abandono? En mi opinión por dos razones. La primera tiene que ver con la ampliación de la cultura de los derechos que nos plantea los problemas del orden jurídico en términos de derechos fundamentales.<sup>3</sup> Esto hace que incluso en aquellos supuestos en los que las previsiones legales sólo inciden indirectamente sobre los derechos fundamentales, se planteen consideraciones de

<sup>2</sup> Ruipérez, J. (2001), "Principio democrático y federalismo. El Poder Constituyente como único soberano posible en el Estado políticamente descentralizado", en R. Modoro y P. de Vega (dirs.), *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, UNAM, pp. 2709-2766.

<sup>3</sup> Con esta idea me refiero a la notable preocupación por los derechos humanos que se da con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, convirtiéndolos en la razón principal de cualquier orden democrático.

este tipo. La segunda radica en las aprietos en que nos sitúa el tema, pues requiere el estudio de los títulos competenciales de cada ente y sus respectivos límites, así como la resolución de las dificultades que nos plantea la superposición de títulos, la ausencia de derechos y deberes en los listados de competencias o su dudosa adscripción a títulos horizontales.<sup>4</sup>

Pues bien, con vista a resolver los retos que se plantean, el primer paso consistirá en realizar un breve relato sobre el tránsito del Estado liberal, donde los derechos fueron concebidos sólo como límites frente al poder, al Estado constitucional y social de Derecho (del cual los sistemas federales son una manifestación concreta) en el que se exige una posición activa del poder como medio para hacerlos efectivos, acorde con las consecuencias de lo que Mattias Kumm ha denominado como revolución total de los derechos.<sup>5</sup>

Sólo en este contexto, podremos entender la doble dimensión de los derechos y por tanto la *paradoja de la regulación*, es decir, la necesidad de actuación de los poderes públicos para hacer efectivos los derechos fundamentales, que en primer término reviste un carácter normativo.<sup>6</sup> En otras palabras, nuestro primer objetivo es comprender la vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales "*ello significa que los poderes públicos –y, en primerísimo lugar, el legislador– están constitucionalmente obligados a llevar a cabo una tarea de promoción de derechos fundamentales, tendente a favorecer la plena efectividad de los mismos*",<sup>7</sup> para posteriormente ver cómo es que esta concepción afecta al federalismo, y eventualmente indagar qué herramientas nos brinda para hacerlos efectivos.

De manera subsecuente, se hará un breve estudio de la estructura e interpretación de las normas constitucionales para saber en qué

<sup>4</sup> Cabellos Espiérrez, M. A. (1997), "Distribución competencial y regulación de los derechos y deberes constitucionales. Posibilidades y límites de Estado y Comunidades Autónomas", *Revista Vasca de Administración Pública*, 49, pp. 9-61.

<sup>5</sup> Total Rights: The Structure of the European Rights Revolution, título utilizado para el seminario impartido en mayo de 2009 en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

<sup>6</sup> De Asís Roig, R. (1992), *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Debate, pp. 98 y ss. Puede considerarse como una paradoja en tanto el concepto de límite no tiene el significado de abstención sino de actuación.

<sup>7</sup> Díez-Picazo, L. M. (2008), "Desarrollo y regulación de los derechos fundamentales", *Sistema de derechos fundamentales*, Pamplona, Thomson Civitas, pp. 107-136.

casos dichas disposiciones otorgan derechos fundamentales y, en su caso, cuáles son sus implicaciones frente al legislador. Es decir, adoptaremos una visión teórica de los derechos.

Como tercer apartado se hará una breve explicación de lo que es un sistema federal, una norma competencial (como eje rector de los sistemas compuestos), y se dará una breve mirada a los modelos de partida (americano) y de acercamiento (alemán) del federalismo mexicano, que nos ayuden a determinar cuál es el ente competente para regular los derechos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CM).

Es común afirmar que en los sistemas federales de inspiración norteamericana, como es el caso mexicano, la distribución de competencias es un asunto claro, en tanto existe una regla que deslinda las atribuciones de la federación y los estados. Así, el artículo 124 de la Constitución<sup>8</sup> mexicana establece que la federación tiene las facultades expresamente atribuidas, mientras que los estados cuentan con las residuales.<sup>9</sup>

Conforme a esta lógica, se presupone que la regulación de los derechos no presenta mayor complicación, ya que dicha obligación pertenecerá al ente titular de la materia donde pueda encuadrarse su contenido. Es decir, se hace objeto de reparto no al derecho como tal, sino a materias que constituyen su objeto (protección al medio ambiente), o a áreas del ordenamiento jurídico (legislación civil) cuya regulación implica, entre otros muchos aspectos, la regulación de determinado(s) derecho(s).

Como se sabe, esta es una de las posibles formas en que se lleva a cabo la distribución de competencias en materia de derechos fundamentales, mas no la única. Puede suceder que los mismos derechos se conviertan en materias competenciales y por ende se citen en las listas de competencias, como sucede en algunos casos en Alemania,

<sup>8</sup> “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados”. Véase la tesis de rubro: “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LA FEDERACIÓN, LAS ENTIDADES FEDERATIVAS Y LOS MUNICIPIOS”.

<sup>9</sup> La regla para el Distrito Federal es la contraria, tal y como lo dispone el artículo 122, apartado A, fracción I, que establece que corresponde al Congreso de la Unión legislar en lo relativo al Distrito Federal, con excepción de las materias expresamente conferidas a la Asamblea Legislativa.

o que se prevea la posibilidad de que el centro legisle sobre la generalidad de los derechos constitucionales a fin de asegurar la igualdad mínima de éstos en todo el Estado.<sup>10</sup>

Como será expuesto con mayor detalle en el cuerpo del trabajo, la supuesta claridad en la distribución de competencias es una idea falaz, y más tratándose de derechos fundamentales, por las siguientes razones: 1. En algunos sistemas federales la atribución de ciertas competencias a la federación no necesariamente excluye la actuación de los estados. 2. La sencillez de la separación por exclusión (si es que así se entiende) es aparente, en tanto se ha visto modulada por lo que conocemos como temperamentos, es decir, aquellas excepciones al federalismo dual como son las facultades compartidas que desde hace unos años son cada vez más prolijas. 3. El sentido de norma competencial resulta imbricado, pues en algunos casos es todo menos claro si cierta disposición atribuye o no una competencia. 4. La delimitación de las materias que se contienen en las normas competenciales es de contornos muy vaporosos, y aun cuando es posible hacerlo, puede darse un entrecruzamiento material. 5. El recurrente establecimiento en distintas normas constitucionales del sujeto y la materia competencial. 6. La estructura de las normas constitucionales que contienen derechos fundamentales, hacen de su “localización” y la determinación de su “contenido” una tarea ardua, lo cual al tratar de conjugarse con una materia competencial se convierte casi en imposible. 7. La incidencia que tiene en estos temas las decisiones de las Cortes constitucionales.<sup>11</sup>

Veamos algunos ejemplos. El artículo 2, párrafo 4, de la Constitución señala: “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. *El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico*”.

<sup>10</sup> Cabellos Espiérrez, M. A. (2006), “Los derechos como materia competencial. Igualdad y diversidad en materia de derechos en las constituciones alemán, española e italiana”, *Derecho constitucional para el siglo XXI*, Navarra, Thomson Aranzadi, pp. 4533 y ss.

<sup>11</sup> Un buen ejemplo de la complejidad que tiene definir las materias competenciales es el de la educación. Véase la Controversia Constitucional 29/2000.

Esta obligación de reconocer a los pueblos y comunidades indígenas ¿otorga una competencia?, y si es así, ¿a quién? ¿Crea un derecho colectivo a ser reconocidas como tales o es sólo un deber constitucional y/o garantía institucional? En terminología de Hohfeld, ¿tal disposición contiene un derecho subjetivo, una libertad, potestad o inmunidad, y sus correlativos, deber, no-derecho, incompetencia o sujeción?

El artículo 73, fracción XXIX-O de la CM, establece que el Congreso tiene facultad para legislar en materia de protección de datos personales en posesión de particulares. El artículo 60, señala que el derecho a la información será garantizado por el Estado, y establece la obligación de la federación, estados y el Distrito Federal de dar acceso a la información que posean. Tenemos entonces que tratándose de datos personales en posesión de particulares el órgano competente para legislar es el Congreso de la Unión, mientras que todos los niveles de gobierno son competentes para los datos en posesión de las autoridades.

¿Los estados no pueden legislar en materia de datos personales en posesión de los particulares? ¿Es la atribución expresa de la federación un motivo de exclusión de la legislación estatal o simplemente representa un deber reforzado de la federación? ¿Qué pasa si algún estado ya legisló en la materia en tanto la facultad podía entenderse como residual?

El artículo 40., primer párrafo, establece que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia. ¿Cómo sabemos cuál es el nivel de gobierno competente para dictar dicha ley, más aún, cuando no existe una materia competencial relativa a la familia? ¿O es que esta disposición está creando una materia sobre “la organización y desarrollo de la familia”?

Aunque pudiera parecer, estas preguntas no resultan tan descabelladas. Como prueba está la siguiente opinión: “Los derechos fundamentales obligan a todos los poderes del Estado, con independencia de la distribución competencial que se haga. Aparte del deber de respeto, las autoridades de los distintos niveles de gobierno también tienen la obligación la obligación positiva de tomar todas las medidas que sean pertinentes para tutelar y hacer eficaz un derecho”.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Carbonell, M. (2004), “Derechos fundamentales y distribución de competencias”, *Los derechos fundamentales en México*, México, IJ-UNAM, CNDH, pp. 115-122.

¿Es esto así? ¿Es la respuesta tan evidente? ¿Cuáles son las implicaciones para la protección de los derechos? ¿Se justifica por el principio de homogeneidad o cada quien debe actuar en su esfera?

En pocas palabras, el trabajo que se emprende a continuación nos permitirá por un lado, tener claridad respecto a cuál es el nivel de gobierno competente para regular nuestros derechos y, por el otro, atribuir responsabilidades cuando sea omiso en su protección, exigir su actuación, e idear posibles mecanismos de defensa ante su pasividad. Determinaciones que adquieren gran relevancia en la actualidad mexicana, en la que el Poder Legislativo tiene una alta incidencia en el goce efectivo de nuestros derechos.

## II. TRES CUESTIONES SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### 1. Del Estado de derecho al Estado constitucional. La doble dimensión de los derechos fundamentales

#### A. Ideas generales

En el presente apartado pretendo dar una breve explicación del paso del Estado de Derecho al Estado constitucional, que nos permita comprender cómo los derechos fundamentales constituyen no sólo derechos subjetivos sino también valores objetivos que se traducen en la existencia de un deber general de protección y promoción por parte de los poderes públicos.

Consideraciones que, por otro lado, han dado lugar a la concepción institucional de los derechos fundamentales según la cual éstos tienen un carácter configurador del orden jurídico y político, y que ha hecho patente como la efectividad de los derechos fundamentales no depende sólo de las previsiones del constituyente, sino también de la configuración del ordenamiento jurídico por el legislador y de la actuación de la administración y los tribunales.<sup>13</sup> Empecemos.

Son muy diversas las circunstancias que han permitido el arribo a lo que hoy denominamos Estado constitucional. La primera etapa de

<sup>13</sup> Díez-Picazo, nota 7, pp. 57-77.

evolución es la que va del Estado absolutista al Estado de Derecho, la cual tuvo como causas la ausencia de libertades, la concentración del poder y la irresponsabilidad de los titulares de los órganos del Estado que caracterizaron al antiguo *Leviatán*. Este cambio tuvo un trasfondo filosófico, consistente en una particular concepción de la dignidad de la persona, pues se transformó en el eje de toda actuación estatal, convirtiéndose así en el fin mismo del Estado.<sup>14</sup>

Posteriormente, a principios del siglo XX, derivado de la evidente insuficiencia del liberalismo y del formalismo decimonónico, surgió el aspecto social del Estado constitucional, que pretendió paliar las desigualdades económicas que produjo la mera igualdad formal ante la ley. Así, por ejemplo, Hermann Heller percibió con claridad esta situación y planteó la transición del Estado liberal (de derecho) al Estado social de derecho, que serviría como correctivo a las distorsiones del liberalismo. En esta lógica, el Estado debía intervenir siempre que la economía de mercado hiciera peligrar las condiciones mismas del mercado libre o pudiera causar daños significativos a la economía nacional o al medio ambiente.<sup>15</sup> Este paso se ve también reflejado en relación con los diferentes tipos de normas, mientras que en el Estado liberal los límites son negativos, esto es, prohibiciones de actuar para sus órganos, en el Estado social las normas imponen obligaciones de actuación que se traducen en una diferente estructuración de los poderes públicos.<sup>16</sup>

Por su parte, el aspecto democrático fue objeto de importantes previsiones apenas acabada la segunda posguerra, pues este terrible acontecimiento provocó un cambio profundo en la teoría política y constitucional. Entre sus características tenemos: el reconocimiento de los partidos políticos; la garantía de procesos electorales libres e imparciales; la descentralización del poder, incluyendo las formas del Estado federal y regional; el fortalecimiento de la organización,

<sup>14</sup> Cossío Díaz, J. R. (1989), "Sobre el Estado Social y Democrático de Derecho", *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, CEPC, pp. 25-42.

<sup>15</sup> Heller, H. (2002), *Teoría del Estado*, G. Niemeyer (pról.), L. Tobio (trad.), México, FCE, pp. 55 y ss.

<sup>16</sup> Ansuátegui Roig, F. J. (2007), *La conexión conceptual entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales. Modelos y evolución*, Lima, Grijley, p. 101.

Para una visión crítica de la los derechos sociales véase Bockenforde, E. W. (2000), "Origen y cambio del concepto del Estado de Derecho", *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, pp. 17-45.

facultades y funcionamiento de los cuerpos representativos; la adopción de formas de democracia semidirecta, etcétera.

La interrelación de todos estos ingredientes ha permitido que los valores materiales de igualdad y libertad convivan, dando pie a lo que se denomina Estado social y democrático de derecho. En este tenor, Rodolfo Vázquez propone: "un Estado de derecho debe incluir la referencia tanto al valor de la libertad como al de la igualdad. En este sentido sugeriría que una visión menos estrecha y, por supuesto, más sustantiva del Estado de Derecho debiera adjetivarse para concluir con la propuesta de un Estado liberal igualitario de derecho".<sup>17</sup>

Pues bien, en este Estado constitucional se nos presenta la referida paradoja de la regulación, consistente en que los derechos fundamentales necesitan de la colaboración legislativa para su plena eficacia. Así, los derechos se presentan como límite y objeto de la ley, o al revés, la ley es su amenaza y garantía.<sup>18</sup>

Otra forma de describir esta paradoja es mediante la teoría institucional de los derechos fundamentales, que subraya su dimensión objetiva y de la cual se hace derivar —a veces— una atribución de competencias al legislador que, en ocasiones, actúa en detrimento de la vertiente subjetiva. De acuerdo con ello, el legislador tiene que promocionar los derechos fundamentales, más aún cuando la efectividad de los mismos requiere de un mínimo de organización y procedimiento, circunstancia que no resulta extraña si somos conscientes que aquéllos no existen en el vacío sino en el seno de todo un ordenamiento jurídico.

Lo que subyace es una concepción de los derechos en la cual no hay contraposición entre el individuo y el Estado, pues es en éste donde puede desarrollarse aquél. Por esta razón, todos los bienes jurídicos cuya protección es condición del mantenimiento de la comunidad, constituyen condiciones de posibilidad de los derechos fundamentales. En síntesis, la teoría institucional de los derechos se vincula a la defensa de una armonización entre las exigencias del Estado social y las exigencias de la libertad.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Vázquez, R. (2006), "Estado de derecho y globalización", *Entre la libertad y la igualdad, Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Trotta, p. 193.

<sup>18</sup> Ansuátegui Roig, F. J., *op. cit.*, nota 15, p. 32.

<sup>19</sup> Barranco Avilés, M. C. (2000), "La idea de institución en la cultura jurídica española. Su relación con los derechos fundamentales", *Teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, pp. 172-180.

Ahora bien, ¿todos los derechos exigen el mismo nivel e intensidad de actuación por parte de los poderes públicos, y por ende, del legislador? En otras palabras, tratándose de derechos fundamentales, el legislador ¿está siempre obligado al ejercicio de sus competencias?<sup>20</sup> A ello dedicamos las siguientes líneas.

### B. Decidir no legislando. La teoría sobre la inconstitucionalidad por omisión

Antes de comenzar es necesario hacer algunas anotaciones. 1. El objetivo de este apartado es analizar la posibilidad de calificar como inconstitucional la pasividad del legislador, y de ser así, en qué casos puede hacerse. El interés de responder a esta interrogante radica en que de hacerlo negativamente, el reclamo que pudiera hacerse al legislador sería a lo sumo de carácter político. 2. No entro en el debate de la legitimidad del control llevado a cabo por los tribunales constitucionales por ser este un aspecto relativo a la cuestión de las garantías y separable de la discusión fondo, que es la que ahora nos interesa.<sup>21</sup> 3. Es necesario tener en cuenta que de la mayoría de las normas competenciales no se desprende la obligación del órgano titular de ejercer su competencia, es decir, cabe la posibilidad de interpretarlas como normas permisivas, por lo que resulta necesario construir argumentos “externos” para derivar dicha obligación y así poder deslegitimar al legislador en caso de que no lo haga.<sup>22</sup> Dicho esto, es tiempo de pasar a su estudio.

<sup>20</sup> La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha diferenciado entre competencias legislativas de ejercicio potestativo y ejercicio obligatorio. Véanse las tesis de rubro: “ÓRGANOS LEGISLATIVOS. TIPOS DE FACULTADES O COMPETENCIAS DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN FUNCIONAL DE PODERES”. “PRINCIPIO DE DIVISIÓN FUNCIONAL DE PODERES. SUS CARACTERÍSTICAS”.

<sup>21</sup> Peña Freire, A. M. (1997), “La garantía frente a la inactividad del legislador”, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, pp. 219-226. Para una visión crítica de su control por parte de los tribunales constitucionales véase Ahumada Ruiz, M. A. (1991), “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 8, p. 169.

<sup>22</sup> De esta opinión es Prieto Sanchís quien considera: “De entrada, las normas de competencia parecen presentarse como normas regulativas o de comportamientos y, más concretamente, como permisos, aunque también pueden adoptar la forma de obligaciones”. Prieto Sanchís, L. (2005), “Normas primarias y normas secundarias”, *Apuntes de teoría del derecho*, Madrid, Trotta, p. 69.

La inconstitucionalidad por omisión se ha planteado principalmente en relación con el cumplimiento de los derechos fundamentales que requieren de una regulación para ser efectivamente aplicados, o más en general, con los deberes de actuación impuestos constitucionalmente.<sup>23</sup> No se trata entonces de aquellas normas autoaplicativas, como podría ser el derecho a la libertad religiosa en su aspecto interno o la libertad de expresión, sino más bien de normas que requieren de un desarrollo legislativo para su eficacia, que van desde el derecho a la tutela judicial efectiva hasta la mayoría de los derechos sociales, como el derecho a una vivienda digna, derecho a la salud, etcétera.<sup>24</sup>

Como premisa ineludible para comprender este instituto tenemos a la Constitución como norma suprema, es decir, vinculante tanto para el Estado como para los particulares con jerarquía superior.<sup>25</sup> A este respecto, la concepción que se tenga de la Constitución resulta determinante, ya sea que se entienda como norma que establece sólo límites o que incluye también órdenes al legislador de realizar determinadas misiones o de perseguir determinados fines. En el primer caso, una visión minimalista de la Constitución, el silencio legislativo no constituye una infracción constitucional, mientras que en el segundo, una visión maximalista, sí lo es. Más aún, dentro de esta última postura puede distinguirse entre quien considera a la Ley Fundamental como una norma dirigente, para la cual los poderes del Estado son meros ejecutores, de aquellos que la ven como una norma abierta en la cual los contenidos son tantos como los posibles en el marco constitucional, aunque haya la obligación de decidir si no desea infringirse la Constitución.<sup>26</sup> Así, los adeptos de la inconstitucionalidad por omisión parten de la siguiente idea:

<sup>23</sup> Para Gomes Canotilho es necesario estar frente a una obligación concreta, normas constitucionales que necesiten de regulación para darles operatividad práctica, o se incumpla una orden de legislar determinada.

<sup>24</sup> Ello no implica considerarlos como normas programáticas, sino ser conscientes que más allá de su efecto directo resulta indispensable una regulación que permita hacerlos exigibles en su totalidad.

<sup>25</sup> Tajadura Tejada, J. (2007), “Inconstitucionalidad por omisión y derechos sociales”, en M. Carbonell (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, IJ-UNAM, p. 283.

<sup>26</sup> Villaverde Menéndez, I. (1997), *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill, pp. 16 y ss. Para una réplica interesante véase Fernández Rodríguez, J. J. (1998), “Constitución dirigente vs. Constitución abierta”, *Inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, pp. 74 y ss.

La cuestión de inconstitucionalidad se da no solamente por acción, cuando el sujeto de derecho viola una norma constitucional, sino también por omisión cuando el sujeto encargado de desarrollar un precepto de la Constitución no lo hace durante un tiempo relativamente prolongado, dando lugar, con esta omisión, al incumplimiento de dicho precepto o a la negación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.<sup>27</sup>

En mi opinión, si se quiere ser congruente con la doble dimensión de los derechos fundamentales, aceptando la obligación de las autoridades, incluso del legislador, de llevar a cabo acciones positivas para la protección de los derechos, debe partirse de la posibilidad de omisiones inconstitucionales del legislador. Lo que resulta más complicado es determinar si en todos los casos se exige esa actuación, es decir, si existe un deber general de regular los derechos fundamentales para efectos de tildar de inconstitucional la omisión, o si sólo existe cuando hay un mandato concreto y determinado.

## 2. Una mirada a los derechos desde la teoría del derecho. La complejidad de su estructura e interpretación

En esta segunda parte haré una clasificación de los derechos conforme a su estructura que nos permita analizar el texto constitucional y definir en qué casos nos encontramos frente a un derecho, y de ser así, cuál es el tipo de relación que establece, pues como fue ejemplificado en la introducción, en algunas ocasiones las disposiciones constitucionales nos plantean serias dudas. Más aún cuando tendemos a suponer equivocadamente que existe un único tipo de relación al que pueden reconducirse todas las posibles situaciones jurídicas: la relación que se establece entre el titular de un derecho subjetivo y el sujeto de una obligación jurídica, sin percatarnos además, de que en un mismo artículo aparecen, en realidad, un complejo ramillete de diversos tipos de derechos subjetivos, libertades, etcétera.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Dermizaky Peredo, P. (2002), "La inconstitucionalidad por omisión", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 6, pp. 63-71.

<sup>28</sup> En este tema seguimos muy de cerca la explicación que hace Aienza, M. de la teoría de Hohfeld, en "Una clasificación de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos. Homenaje a Joaquín Ruiz Giménez*, 4, pp. 29-43.

Según nos explica Hohfeld, existen cuatro tipos de modalidades jurídicas activas (derecho subjetivo, libertad, potestad e inmunidad) y otras modalidades pasivas (deber, no-derecho, incompetencia y sujeción). Estas ocho figuras pueden estar unidas entre sí por dos tipos de relaciones: de correlación y de oposición. Analicemos una por una.<sup>29</sup>

1. Derecho subjetivo ↔ deber, ⊗ no-derecho.
2. Libertad ↔ no-derecho, ⊗ deber.
3. Potestad ↔ sujeción, ⊗ incompetencia.
4. Inmunidad ↔ incompetencia, ⊗ sujeción.

Es preciso observar, como señala Aienza, que las dos primeras modalidades activas y sus correlativas (derecho subjetivo/deber, libertad/no derecho) surgen como consecuencia de la existencia de *normas de comportamiento*, es decir, de normas que establecen que ciertas conductas son obligatorias, prohibidas, permitidas o facultativas. Por el contrario, las dos últimas modalidades activas y sus correlativas pasivas (potestad/sujeción, inmunidad/incapacidad) surgen como consecuencia de (o, si se prefiere, presuponen) la existencia de *normas de competencia*.

Dentro de la categoría de derecho subjetivo, cabe distinguir cuatro situaciones típicas, según que el deber correlativo consista en efectuar una acción positiva o bien en abstenerse de actuar, y según cuál sea el estatus deóntico de la acción del titular del derecho, consistente en exigir, facilitar, hacer posible o colaborar a que el titular del deber efectúe la conducta X. Así tenemos: 1. El titular del derecho está *facultado* para exigir (facilitar o colaborar) una acción positiva o negativa. 2. El titular del derecho está *obligado* a exigir (facilitar o colaborar) una acción positiva o negativa.

Por su parte, la libertad como conducta libre o facultativa, en tanto no es obligatoria ni prohibida, puede estar unida: 1. Al ejercicio de un derecho que tenga como deber correlativo una abstención. 2. Al

<sup>29</sup> ↔ correlación, ⊗ oposición.

ejercicio de un derecho que tenga como deber correlativo acciones positivas. 3. No se presente conjuntamente con derechos.

Por lo que se refiere a las potestades como posibilidad de producir efectos jurídicos —continúa diciendo Atienza—, pueden distinguirse según su ejercicio sea facultativo u obligatorio, y según los titulares de las mismas sean los particulares (los ciudadanos) o bien los órganos públicos. Así, por ejemplo, la obligación de legislar para hacer efectivos los derechos fundamentales es una potestad de un órgano público de ejercicio potestativo u obligatorio, de la cual pueden surgir libertades, no-derechos, derechos y obligaciones para los ciudadanos.

Finalmente, se encuentran las inmunidades que hacen incompetente al sujeto pasivo para alterar mediante cierto acto la situación jurídica del titular de la inmunidad.

Pues bien, este mapa conceptual sobre los tipos de relación jurídica que puede arrojar una disposición constitucional, no es de aplicación automática sino requiere de la labor del intérprete de la norma. Así, y para seguir con el ejemplo dado en la introducción, para poder determinar si la obligación constitucional de reconocer a los pueblos y comunidades indígenas es un derecho subjetivo, una libertad, una potestad o una inmunidad, es necesaria la interpretación del operador jurídico, para posteriormente proceder a determinar su contenido.

La interpretación de los derechos fundamentales está asociada a la interpretación de la Constitución. En este sentido, los cánones de interpretación constitucional pueden ser trasladados al campo de los derechos fundamentales. Sin embargo, tal aplicación no debe considerarse como una identificación plena con los criterios de interpretación de los derechos, en la cual debe tomarse en cuenta su doble carácter que ya hemos explicado, esto es, como facultades y potestades, y como elementos esenciales del ordenamiento jurídico.<sup>30</sup>

Una de las directrices sobre la que me interesa llamar la atención es la que nos indica la necesidad de entender a la Constitución no como un mero agregado caótico sino como una totalidad ordenada o sistémica,<sup>31</sup> pues, como sucede en el tema que nos ocupa, se trata

<sup>30</sup> Carpio Marcos, E. (2005), "La interpretación de los derechos fundamentales", en E. Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, pp. 321-384.

<sup>31</sup> Vigo, R. L. (2005), "Directivas de la interpretación constitucional", *De la ley al derecho*, México, Porrúa, pp. 105-139.

de conjugar la interpretación de los derechos y la de las normas competenciales. En otras palabras, el reto es embonar de la manera más coherente posible la parte orgánica y dogmática de la Constitución, tarea que se complica por los términos utilizados en su texto, especialmente por las normas iusfundamentales, "si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios".<sup>32</sup>

De igual forma interesante son los que se refieren a la posición preferente y a la fuerza expansiva de los derechos fundamentales. Así, todo el ordenamiento jurídico debe interpretarse de conformidad con los mismos, y en caso de conflicto entre las normas sobre derechos y normas sobre poder, la controversia debe resolverse a favor de las primeras. Asimismo, el contenido y régimen jurídico (titularidad, eficacia, límites) de los derechos debe encontrarse en principio en la Constitución y en las fuentes a las que ella remita.

### III. NOTAS SOBRE EL FEDERALISMO

#### 1. Introducción

El federalismo consiste en una forma vertical de distribución del poder, en donde sobre un mismo territorio existen dos fuentes de autoridad que gozan de autonomía, siendo la Constitución el medio por el cual se distribuye. Puede considerarse como una posición intermedia entre el estado unitario y la confederación, pues hay una soberanía compartida y división de poderes entre dos o más niveles de gobierno, cada uno de los cuales tiene relación directa con los ciudadanos. La primera experiencia federal se plasma en la Constitución Americana de 1787, aunque sus orígenes teóricos puedan remontarse a la obra de Althusius "*Politica Methodice Digesta*" (1603).

<sup>32</sup> Zagrebelsky, G. (2007), "El derecho por principios", *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Madrid, Trotta, pp. 209-230. Dworkin denomina a los principios como "un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure un situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad". Dworkin, R. (2002), "El modelo de las normas", en *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, p. 72.



Una de las razones que se han dado para su adopción es la función de garantía que cumple la retención de un número de poderes por parte de los estados que evita una indebida concentración del poder central que pudiera reducir los derechos de los ciudadanos,<sup>33</sup> constituyéndose junto con la división horizontal de poderes, en lo que James Madison denominó como la “doble protección de los derechos”.<sup>34</sup>

Entre las tareas que se plantean al federalismo tenemos: 1. Determinar la forma de separar las funciones de gobierno; 2. Decidir qué corresponde a cada nivel de gobierno y; 3. Expresar constitucionalmente tales decisiones.<sup>35</sup>

#### A. Separación de funciones

Sin perjuicio de abundar un poco más cuando se trate de los modelos americano y alemán, baste decir que estos dos representan formas paradigmáticas en que esta separación se ha llevado a cabo. En el primero, conocido como federalismo legislativo, determinadas materias son asignadas a los respectivos niveles de gobierno, siendo enteramente responsables de su regulación e implementación. En teoría, se trata de un sistema de esferas separadas, donde cada nivel actúa de manera aislada. En el segundo, denominado federalismo administrativo, las responsabilidades son compartidas, pero cada nivel de gobierno con roles distintos. El gobierno federal elabora las leyes con la participación de los gobiernos estatales en la cámara alta, mientras que éstos llevan a cabo su implementación.

#### B. Qué para quién

La cuestión a decidir es qué tareas deben ser asignadas a cada nivel de gobierno. Según Dicey, aquellas materias que no fueran de interés común debían dejarse en manos de los estados. Los fundadores de los sistemas federales asignaron las materias dependiendo de cómo

<sup>33</sup> Zimmerman, J. F. (2008), *Contemporary American Federalism. The Growth of National Power*, Albany, State University of New York Press, p. 5.

<sup>34</sup> Hamilton, A. et al. (2004), *El federalista*. G. R. Velasco (pról. y trad.), México, FCE, pp. 219-223.

<sup>35</sup> Biglino, P. (2007), *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*, Madrid, CEPC, p. 131.

podía darse una mejor ejecución. En la actualidad se habla, según la lógica económica, de costos y beneficios, determinando que cualquier función que tenga repercusiones sobre un territorio significativo debe ser atendida por el nivel de gobierno más alto.

#### C. La definición competencial

Existen muy diversas técnicas para abordar la problemática de la distribución de competencias entre las distintas entidades territoriales. La técnica del llamado “sistema de lista” es la más característica del Estado federal y tiene dos opciones típicas.<sup>36</sup> Según la primera, se establece una lista de competencias pertenecientes a la federación, dejando las restantes a los estados. Su explicación radica en la unión de estados previamente independientes, por lo que se atribuyen las competencias tasadas a la federación en tanto se quieren limitar sus poderes. Estados Unidos es el caso típico.

Al contrario, cuando se trata de una descentralización, ya sea para evitar la secesión de las unidades territoriales o por cualquier otra circunstancia, lo natural es la atribución de competencias limitadas a las unidades integrantes. Es lo que se conoce como federalismo de devolución, como el de la India. Comúnmente esto se hace fijando una lista de competencias para los estados, o una para la federación y otra para los estados, agregando la cláusula residual a favor de la primera, pues se entiende a la Constitución como un orden total y al poder de los estados miembros como una creación de la misma. A cualquiera de estas opciones es común añadir algunas competencias compartidas y/o concurrentes.

Un detalle importante sobre las listas es determinar si son listas exhaustivas o indicativas, en tanto las primeras limitan, mientras que las segundas son consideradas como un fortalecimiento de los poderes enumerados. Para Biglino, en el federalismo de integración, la lista no es exhaustiva “porque puede jugar, a favor de la federación, una cláusula de poderes implícitos que le permite llevar a cabo las acciones necesarias para hacer efectivas las competencias que la

<sup>36</sup> Fernández Segado, F. (2003), *El federalismo en América Latina*, México, CEC México-Centroamérica, IJ-UNAM, Corte de Constitucionalidad República de Guatemala, p. 85.

Constitución le garantiza expresamente”,<sup>37</sup> cosa que no sucede en el federalismo de devolución, donde “se intenta suprimir cualquier espacio de indeterminación competencial”.<sup>38</sup>

Asimismo, es necesario definir si las competencias son exclusivas o concurrentes (explícito o implícito), ya que en los estados federales como el americano “la atribución de poderes a la federación no supone, necesariamente, que los estados no puedan seguir ejerciendo en su propio territorio poderes similares a los que también posee la federación”.<sup>39</sup> Al contrario sucede en el federalismo de devolución, en el cual hay una distribución excluyente, de acuerdo con la idea de hacer una estricta separación competencial. En esta tarea, las Cortes constitucionales tienen algo importante que decir.

## 2. Las normas de competencia

### A. Ideas generales

El tema de las normas de competencia puede considerarse como uno de los más complejos e interesantes de la teoría del derecho, en tanto otorgan un carácter distintivo que aportan este tipo de normas a los ordenamientos jurídicos. Así lo muestra el debate que suscita su naturaleza, en el cual han participado teóricos y filósofos del derecho tan importantes como Kelsen, Von Wright, Alchourrón y Buligyn, Hart, Ross, etc. De tal forma, las propias normas del derecho establecen quién, cuándo y cómo puede ingresar o eliminar normas del conjunto.<sup>40</sup>

Según explica Ferrer Beltrán, existen tres tesis clásicas del carácter de las normas de competencia, i) la que sostiene que son normas que establecen obligaciones indirectas; ii) la que sostiene que conceden permisos a las autoridades para realizar acciones normativas; y iii) la que les atribuye un carácter definitorio y rechaza cualquier concepción que implique la atribución de un carácter prescriptivo a las mismas.

<sup>37</sup> Biglino, *op. cit.*, nota 33, p. 170.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 177.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 170.

<sup>40</sup> En la explicación y desarrollo de este apartado seguimos la interesantísima obra de Ferrer Beltrán, J. (2000), *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid, CEPC, BOE, p. 187.

El término *competencia* es de uso común entre los juristas, y de especial interés para los que nos dedicamos al estudio del derecho constitucional. En tal sentido, nos preguntamos si tal o cual disposición fue expedida por la autoridad competente, pues de no ser así, existe la posibilidad de nulificar el acto o ley en cuestión por violación del principio de legalidad, según el cual el Estado solamente puede hacer lo que el orden jurídico le autoriza a realizar.

Ahora bien, debe distinguirse entre competencia y normas de competencia, pues por un lado puede darse la primera sin la segunda (por ejemplo, a través de una norma prescriptiva),<sup>41</sup> y por el otro, las normas de competencia pueden expresar alguna otra norma simultáneamente, ya sea una regla de incompetencia o bien alguna norma de conducta acerca del uso de la competencia<sup>42</sup> (estas últimas se refieren a las obligaciones y prohibiciones de las autoridades en el ejercicio de su competencia, que no siempre son fáciles de discernir de las normas competenciales).

Por otro lado, las reglas constitutivas expresan las condiciones de actualización de la competencia (básicamente reglas procesales), que sumadas a las anteriores, nos dan una tipología tripartita de los motivos de irregularidad de una norma (o de un acto jurídico), a saber: i) la emisión por un *sujeto* incompetente, ii) la violación de alguna *norma de conducta* acerca del uso de la competencias y, iii) el incumplimiento de alguna de las *condiciones* de actualización de la competencia.

En términos generales, el término competencia se relaciona con el poder jurídico para modificar el sistema jurídico, ya sea añadiendo o eliminando normas, y en las que se suele distinguir tres aspectos; el personal, el material y el procesal, no pocas veces establecidos en distintas disposiciones jurídicas. De ahí que las normas de competencia (formuladas o derivadas),<sup>43</sup> pueden definirse como aquellas que facultan a determinados individuos para crear normas o actos jurídicos válidos, modificando el sistema jurídico, es decir, conceden una competencia.

<sup>41</sup> En un sentido amplio podría decirse que también son normas de competencia.

<sup>42</sup> También se les conoce como normas acerca de la competencia.

<sup>43</sup> Las normas formuladas son las expresamente promulgadas, mientras que las derivadas se obtienen como consecuencia lógica de otras normas.

Las partes integrantes de este tipo de normas son: i) Un sujeto (órgano o personas privadas). ii) Un poder para crear normas o actos jurídicos válidos, que se ejerce conforme a reglas procesales y limitado por el principio de *lex superior*. iii) Un tipo de acto, es decir: *regular* una determinada materia, *emitir* un determinado texto normativo, *derogar* normativas, *armonizar* la regulación existente sobre una materia, *permitir*, *prohibir* u *obligar* una determinada conducta. iv) Una materia (sujeta a interpretación).

Finalmente, de igual importancia es la distinción entre normas de competencia sin más, las que van acompañadas de una norma permisiva de su ejercicio, y en las que existe una regla que prescribe su uso.

#### B. El elemento material de las normas de competencia

Una de las partes integrantes de la norma competencial es la materia sobre la que se tiene competencia, y cuya definición práctica es la que mayor complejidad presenta, más aún cuando pretende hacerse en abstracto. En otras palabras, de lo que se trata es de establecer la extensión del sector de la realidad acotado por el correspondiente título competencial. La importancia de esta tarea radica, como lo dice el Tribunal Constitucional español, en que:

el orden de competencias y la definición de las que, en cada caso, se ejerzan, no puede quedar a merced de las alegaciones de las partes, sino que deben ser determinadas en atención a los criterios objetivos que sobre cada materia establecen la Constitución, los Estatutos de Autonomía y las leyes a las que éstos y aquella se remiten.<sup>44</sup>

Ahora bien, la pregunta fundamental es si es posible la definición de las competencias.<sup>45</sup> Para Viver, es absurdo pretender dar un contenido exhaustivo y definitivo de las materias precisando *a priori* todas las

<sup>44</sup> Terol Becerra, J. M. (2002), "En torno a la sustantividad de las materias competenciales", en *Espacios naturales protegidos y medio ambiente*, Madrid, CEPC, pp. 159-193.

<sup>45</sup> En la exposición y desarrollo de este tema nos apoyamos en la excelente monografía de Viver, C. (1989), *Materias competenciales y tribunal constitucional*, Barcelona, Ariel, p. 251.

actividades abstractas encuadrables en las mismas, aplicando criterios formalistas y de forma mecánica, o pretender que pueden ejercerse sin mutuos condicionamientos o interferencias. Por el contrario, lo único que se busca es definir un núcleo fundamental de cada ámbito, establecer los criterios que permitan alargarlos a actividades conexas, e instaurar principios generalizables de prevalencia con los que solventar los problemas del entrecruzamiento entre las materias, pero nunca pensar en que puede llegarse a una perfecta y acabada clasificación en la que cualquier actividad pública pueda subsumirse a través de un mero silogismo de subsunción en esos ámbitos supuestamente configurados.

De ahí que, resulta imposible delimitar conceptos como cultura o comercio si les damos el significado que tienen en el lenguaje ordinario, en el sociológico, en el técnico o científico. Las normas que definen ámbitos materiales acotan la realidad con carácter artificial, convencional y contingente, y por ende deben interpretarse como conceptos jurídico-normativos.

Como nos explica el magistrado del Tribunal Constitucional español, lo primero que debemos distinguir es entre titularidad y ejercicio de las competencias, pues una cosa es que al ejercerse las competencias se produzcan inevitablemente interferencias y otra distinta es que sea inevitable la duplicidad entre las materias. Lo que, además, nos sirve para permitir que el título actúe como límite y pauta de orientación de la capacidad concretizadora de los actos de ejercicio.

Asimismo, debemos tener claro que la reglas competenciales tienen distintos principios de clasificación (no siempre excluyentes): en unos casos se designa la materia por referencia a un bien u objeto físico concreto; en otros se alude a instituciones o entidades de índole económica, cultural, recreativa; a disciplinas jurídicas o ramas del derecho; a institutos jurídicos; a actividades públicas o privadas; a actividades definidas de modo finalista o directivo, etcétera.

Ahora —como nos sigue diciendo Viver— el problema principal es cómo se definen en concreto los ámbitos materiales contenidos en las listas competenciales, es decir, cuál es su proceso de interpretación y aplicación. Para el citado autor, existen los siguientes pasos. El primero consiste en una definición inicial de las materias en conflicto, describiendo su contenido, sin tener en cuenta todavía los posibles vacíos y entrecruzamientos que pueden producirse entre las materias.

Esta fase depende esencialmente del concepto de materia adoptado (jurídico-normativo o de experiencia), de los elementos tenidos en cuenta para la definición de las materias (objeto, contenido y fin), y de las fuentes de las que se extraen estas predefiniciones (legislación, praxis jurídica, doctrina y jurisprudencia). En segundo lugar, hay una redefinición que solventa las duplicidades, vacíos y antinomias. La pregunta es bajo qué criterios y dentro de qué límites. Finalmente, se califican materialmente los actos, resoluciones y disposiciones objeto de litigio y se encuadran en la materia correspondiente.

Ahora bien, este proceso de interpretación se ve modulado dependiendo la concepción que se tenga del razonamiento que se lleva a cabo: objetiva, finalista o mixta. Estudiémoslas por separado.

Según la concepción objetiva, las competencias se definen únicamente a partir de dos elementos: potestades o funciones jurídicas (legislación, ejecución) y las materias. No se distribuyen competencias señalando objetivos o fines a alcanzar por los poderes públicos, pues ya se encuentran incorporados. Esto no significa que puedan desaparecer por completo de la interpretación y aplicación de las reglas competenciales, sino sólo ser utilizados como elementos complementarios y excepcionales para cualificar el objeto y el contenido de las actividades que forman las distintas materias.

Las materias a su vez están formadas por dos elementos; el *objeto material* constituido por el sector de la realidad social, jurídicamente calificado y acotado, designado por referencia a bienes, instituciones o entidades, etc., pero que en última instancia se refieren a actividades humanas que se realizan sobre los mismos, y el *contenido material*, que es la actividad que los poderes públicos pueden ejercer sobre las actividades sociales que conforman el objeto material, por ejemplo, programación, planificación, ordenación, etc., que no puede ser confundido con las funciones jurídicas (legislar, reglamentar, etc.), pues sobre el mismo pueden ejercerse diversas potestades. Según esta teoría, la fuente principal para determinarlos —el objeto y contenido— es la legislación vigente en el momento en que entró en vigor la Constitución, aunque acepta otras fuentes complementarias.

Se utilizan como criterios de redefinición el principio de especialidad, que consiste en un simple contraste entre los títulos presuntamente solapados, y los de instrumentalidad y conexión material, por los cuales se hace una ponderación de las actividades objeto de

disputa, encuadrándolas en las materias con las que mantienen una mayor conexión instrumental o material.

Por último, califica materialmente los actos de ejercicio competencial a partir únicamente del objeto y del contenido. Prescinde de los efectos que pueda introducir en otras materias y de los fines secundarios o derivados que pueda perseguir. El único fin al que atiende es el que le permite identificar el tipo de actividad social y de actuación pública que caracteriza cada materia.

Otra forma de abordar el tema es el planteamiento finalista. En él la ponderación de los fines se convierte en el criterio exclusivo o, cuando menos predominante para determinar el alcance de las materias. En la primera fase se definen las materias como un conjunto de fines y objetivos a alcanzar por los poderes públicos a través de cualquier tipo de actuación. Se prescinde del objeto y contenido objetivo de las materias o se les reconoce un valor secundario, puesto que, dadas determinadas circunstancias, cualquier actividad, atendiendo a sus efectos o a sus fines, puede encuadrarse en su ámbito material. Las fuentes de las cuales se extraen, suelen ser las mismas que las utilizadas en los enfoques objetivos.

Aquí, la redefinición suele hacerse a partir de los actos de ejercicio, sin ponderar títulos o tipos de actividad en los que previamente se encuadran, pasando de inmediato a la tercera fase. Así, en caso de vacío o de solapamiento, se recurre exclusivamente a los efectos o fines del acto concreto de ejercicio y se incluye en la materia en que éstos tengan mayor incidencia o mayor coincidencia de fines. El objeto y el contenido objetivamente definidos tienen un valor secundario, de manera que actividades objetivamente pertenecientes a una materia, o actos pertenecientes a estas actividades, pueden ser atraídos por su fin o por sus efectos prácticos hacia otras materias.

Por último, está la concepción mixta, en la que las ponderaciones finalistas aparecen, bien como equiordenadas respecto a las objetivas, bien como subordinadas o subsidiarias. Se considera que las competencias no se configuran únicamente a partir de potestades o funciones jurídicas y de materias, sino también de fines u objetivos a alcanzar. En el proceso de interpretación se efectúan ponderaciones objetivas y finalistas, declarando prevalente la materia que, según estas ponderaciones, tiene más relieve en cada caso concreto.

Al igual que en la concepción finalista, suele obviarse la segunda fase, siendo la calificación de los actos concretos la parte fundamental, la cual se hace atendiendo a su objeto y contenido, a los efectos prácticos que pueden producir, y a los objetivos o fines secundarios que pretenden alcanzar. Privilegiando, en caso de contradicción entre la calificación objetiva y finalista, por la materia con la cual se tiene mayor conexión. Así pues, también en este tipo de planteamientos una actividad que objetivamente pertenece a una materia puede encuadrarse en otra en atención a los fines perseguidos por esta actividad o a los efectos que presumiblemente pueda producir.

### 3. La distribución de competencias en el federalismo americano

A continuación trataré de explicar la distribución competencial en dos de los modelos federales más representativos (americano y alemán) y a los cuales se ha acercado más el federalismo mexicano, que nos permitan ilustrar las diferentes posibilidades que nos brinda esta forma de descentralización del poder.<sup>46</sup>

En el sistema americano, conocido como federalismo dual, la división de la función legislativa se lleva a cabo por el artículo 1, secciones 8 y 10, y la X enmienda de la Constitución, que establecen una lista tasada de facultades para la federación, prohibiciones a los estados, y facultades residuales para éstos, siendo cada nivel de gobierno responsable de legislar e implementar en su propia esfera las materias que le son atribuidas, previéndose sólo los derechos de autor en la lista competencial. Detrás de este diseño está la experiencia centralizadora de Gran Bretaña y la debilidad de la Confederación de 1777.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> Colman McCabe, N. (2002), "Our Federalism, Not theirs: Judicial Comparative Federalism in the United States", *Comparative federalism in the devolution era*, Maryland, Lexington books, pp. 1 y ss.

<sup>47</sup> Hueglin, T. y Fenna, A. (2006), *Comparative federalism. A systematic inquiry*, Québec, Broadview press, p. 7. Esta visión del federalismo americano no es unánime, como lo demuestra la opinión de Elazar, D. J. (1984), *American federalism, a view from the status*, Nueva York, Harper & Row, p. 3, que lo califica de cooperativo, donde, como su nombre lo indica, hay una cooperación entre niveles. De esta misma opinión es Gerston, L. N. (2007), *American Federalism, A concise introduction*, Nueva York, M. E. Sharpe, p. 10.

Ahora bien, como señala Schambek, la distribución de competencias no ha de verse sólo estáticamente, esto es, petrificada en la forma que le diera la Constitución en un momento histórico concreto, sino que debe verse adaptada dinámicamente a las respectivas exigencias de tiempo y lugar,<sup>48</sup> tal y como lo muestra la experiencia constitucional norteamericana. En ella pueden distinguirse tres etapas: "Federalismo de poderes limitados", "Federalismo de los derechos", y "Federalismo de estados soberanos". Analicemos cada una de ellas.<sup>49</sup>

En su fundación el gobierno nacional fue limitado por poderes enumerados, de manera que se protegía a los estados. Lo que éstos hicieran con su "poder de policía" no era cuestión del gobierno nacional o de las cortes federales, salvo en tres casos: 1. Se tratara de leyes retroactivas o que vulneraran la obligatoriedad de los contratos. 2. Se relacionara con la facultad del Congreso para regular el comercio entre estados. 3. Se refiriera a la facultad del Congreso para emitir la Ley de Esclavos Fugitivos.

Posteriormente, con la introducción de las enmiendas XIII y XIV se altera significativamente el balance del poder federal al prohibirse a los estados dictar leyes que pudieran vulnerar los derechos de cualquier ciudadano. De tal forma, se dio un nuevo poder a la federación para proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a las violaciones de los estados en la creación, aplicación y ejecución de las leyes estatales, protección que desafortunadamente sería rechazada por la Corte Suprema en los *Slaughter-House Cases* reduciendo su ámbito de protección, y que volvería a ser ampliada hasta la expansión de la cláusula del debido proceso.<sup>50</sup>

El hito fundamental de esta segunda etapa es la *Civil Rights Act* de 1964, que supuso, por parte de los estados, la aprobación del uso de los poderes del Congreso Federal para apoyar los esfuerzos de aquellas entidades deseosas de hacer valer los derechos de las minorías raciales

<sup>48</sup> Fernández Segado, nota 34, pp. 86-87.

<sup>49</sup> Barnett, R. *Three Federalisms* (en línea) (ref. 19 de mayo de 2009). Disponible en: <http://lsr.nellco.org/georgetown/fwps/papers/23/>.

<sup>50</sup> Como tendremos oportunidad de conocer, una diferencia importante entre el federalismo americano por un lado, y el alemán y mexicano por otro, es que en estos últimos las unidades integrantes están obligadas a respetar los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, sin necesidad de un acto formal expreso de recepción de los mismos en sus respectivos documentos constitucionales.

y forzar a las reticentes a cumplir con los estándares constitucionales. Lo que además —dice Elazar—, sería la formalización de las relaciones cooperativas en el ámbito de los derechos, en el que desde tiempo atrás se consideraba podían legislar y hacer cumplir las leyes tanto la federación como los estados.<sup>51</sup> De lo que se puede concluir, dice Tarr, que la protección de los derechos es una responsabilidad concurrente —tanto el gobierno federal como el de los estados participan en la garantía de los derechos—, a través de las garantías constitucionales y de las leyes.<sup>52</sup>

El tercer periodo comienza con el *New Deal*, en el cual se da una clara centralización apoyada por la Corte ante la amenaza de Roosevelt de reformar su estructura por haber declarado inconstitucionales sus iniciativas legislativas. Este cambio se ve plasmado en el caso *National Relations Labor Board v. Jones and Laughlin Steel Corporation*.

Conforme a esa tendencia, la Corte Suprema hace una amplia interpretación de las facultades implícitas y la cláusula de comercio, que sirve para borrar la idea de los poderes enumerados del poder federal, convirtiendo a su legislación en un medio igualador en el disfrute de los derechos fundamentales.<sup>53</sup>

De igual importancia sería el ejercicio de la *preemption*, que permite al Congreso Federal desplazar la legislación de los estados en materias concurrentes, con base en la cláusula de supremacía del derecho federal (ya utilizada en 1819 en *McCulloch v. Maryland*). Dicha situación cambiará con la oposición de los republicanos al convertirse en mayoría en 1994,<sup>54</sup> así como por el liderazgo en la Corte Suprema del Justice Renquist, limitando la expansión progresiva del poder federal.<sup>55</sup>

<sup>51</sup> Elazar, D. J. (1996), "Federalism, diversity, and rights", *Federalism and rights*, Maryland, Rowman & Littlefield, p. 33.

<sup>52</sup> Tarr, A. (2005), "Federalismo y la protección de los derechos en los Estados Unidos", *Derechos y libertades en los estados compuestos*, Barcelona, Atelier, p. 40.

<sup>53</sup> Sánchez Ruiz, A. I. (1997), "Federalismo cooperativo versus dual federalism: las peculiaridades del sistema alemán respecto del federalismo norteamericano", *Federalismo e integración europea. La distribución de competencias en los sistemas alemán y comunitario*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, p. 28.

<sup>54</sup> Hueglin, T. y Fenna, A., *op. cit.*, nota 45, pp. 94-96.

<sup>55</sup> Con casos como *New York v. the United States* y *Printz v. the United State*, y posteriormente *United States v. Lopez*.

#### 4. La distribución de competencias en el federalismo alemán

El federalismo alemán es una constante en su historia constitucional, aunque su concreta configuración institucional y su propia concepción, no ha sido la misma en todos los periodos históricos. Sus últimas cuatro etapas van de la Constitución del II *Reich* de 1871, pasando por la República de Weimar, hasta la Ley Fundamental de Bonn, después del infortunio del III *Reich*. En este sentido, puede hablarse de tres grandes periodos del federalismo alemán, de los cuales, por cuestión de espacio, sólo nos detendremos en el último.<sup>56</sup>

Según Alberti Rovira, el federalismo en la República de Bonn fue tanto una imposición de las potencias aliadas como un deseo de las fuerzas políticas alemanas de la posguerra. Con ella se introduce firmemente el principio social de precedente weimariano, donde el federalismo se revela como un método organizativo adecuado para hacer frente a la complejidad del Estado y la sociedad actuales y las tareas y funciones que ésta impone.

En cuanto a la distribución competencial hay que decir que se trata de un sistema de compenetración mutua, a diferencia de los sistemas de separación perfecta (si es que hay alguno), donde hay una recíproca influencia. Mientras la federación tiene atribuida básicamente la función legislativa, los estados ejercen fundamentalmente los poderes de ejecución, y participan en la formación de la voluntad legislativa mediante la representación gubernativa en la Cámara Alta, que lo hace "*un Estado básicamente central en lo tocante a la legislación y básicamente federal en lo tocante a la administración*".<sup>57</sup>

El artículo 30 de la Ley Fundamental dispone que el ejercicio de los poderes estatales y el cumplimiento de las funciones públicas corresponde a los *Länder* en tanto la propia Constitución no disponga o permita otra regulación. El artículo 70.1, *Grundgesetz* (en adelante GG), establece que los *Länder* tienen derecho a legislar en la medida en que la Ley Fundamental no confiera facultades legislativas

<sup>56</sup> En la exposición y desarrollo del federalismo alemán seguimos muy de cerca la excelente monografía de Alberti Rovira, E. (1986), *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, Madrid, CEC, pp. 7-25.

<sup>57</sup> Miebach, K. M. (2001), *El federalismo en la República Federal de Alemania*, Bonn, Inter Naciones, p. 31.

a la federación. Contrario a lo que pudiera parecer, de este mismo artículo 30 se concluye que el *Bund* tiene competencias expresas e implícitas, pues según su texto “en tanto la GG no disponga o permita otra regulación”, es posible extraer competencias por medio de la interpretación constitucional. Así tenemos, como competencias no escritas: las que son a causa de la naturaleza de las cosas, a causa de conexión objetiva, y las anejas.<sup>58</sup>

Por otro lado, están las dobles competencias o superposición de potestades, donde ambas instancias coinciden en algunos sectores con iguales poderes, en las cuales el *Bund* no puede agotar la regulación de las materias que tenga atribuidas hasta el extremo de incluir en la misma otras que se disponen de forma autónoma, y sólo está autorizado a entrar en aquellas materias que pertenecen consecuente o coherentemente a otras que ya tiene atribuidas.

Por cuanto toca a las facultades expresamente previstas en la Constitución —continúa Alberti—, deben distinguirse tres periodos. El que llega hasta 1994, el posterior a éste y que termina con la reforma de 2006, y el régimen vigente.

Hasta el año de 1994 las diversas técnicas de legislación existentes son: legislación exclusiva, legislación concurrente, legislación marco y legislación de principios. En las materias de la primera categoría, básicamente previstas en el artículo 73, GG, los *Länder* sólo pueden legislar si a ellos los autoriza expresamente una ley federal.

En la legislación concurrente tanto el *Bund* como los *Länder* pueden ejercer poderes legislativos, pero sobre la base de la preferencia del derecho federal, de tal forma que si el primero utiliza sus facultades desplaza la legislación de los segundos, siempre y cuando se cumpla con alguna de las condiciones habilitadoras previstas en la cláusula de necesidad del artículo 72.2, GG.

Según los artículos 75 y 98.3 hasta entonces vigentes, existía una concurrencia de las potestades legislativas en la que correspondía al

<sup>58</sup> Las primeras son las que por su naturaleza intrínseca sólo pueden ser reguladas por el *Bund*, a menos que estén claramente atribuidas a los *Länder*. Las segundas son aquellas que necesitan ser reguladas por el *Bund*, para poder regular razonablemente una materia que tiene atribuida explícitamente, en otras palabras, constituye un presupuesto indispensable. Mientras que las anejas, no comportan una expansión de las materias del *Bund*, sino una prolongación de las funciones que la federación ejerce en una materia sobre la que ya dispone competencias.

*Bund* la determinación de los principios, bases o líneas directrices, y a los *Länder* la legislación dentro de dichos límites, que debían dejar un espacio sustancial a su disposición, conocida como legislación marco. Muy semejante a esta técnica, está la legislación básica o de principios, utilizada primordialmente como instrumento para articular las tareas comunes.

Ahora bien, las facultades concurrentes y marco sirvieron a la federación para vaciar los poderes de los *Länder*.<sup>59</sup> Ante esta situación, con la reforma constitucional de 1994 se modificaron los presupuestos del artículo 72, LF y se introdujo expresamente una vía de acceso al Tribunal para exigirle su control, lo que según algunos sería el primer paso hacia un federalismo competitivo.<sup>60</sup>

Posteriormente, vendrá la reforma de 2006 que pretende dar solución a diversos problemas que venían plateándose desde hace tiempo, como la parálisis legislativa que había causado el complejo proceso de negociación entre las Cámaras, así como la falta de claridad frente al ciudadano de quien era el responsable del contenido de una determinada ley o, de que la misma no se llegara a aprobar, lo cual dificultaba la atribución de responsabilidades.<sup>61</sup>

Esto se explica por la amplia participación que tenía el Consejo Federal en la aprobación de las leyes federales (alrededor del 60%), pues en los casos en que la mayoría de los representantes de los gobiernos de los *Länder* fueran de signo distinto al de la Dieta Federal, complicaba su negociación y aprobación. Además, tenía por incon-

<sup>59</sup> Cabellos Espiérrez, M. A. (2005), “Distribución de competencias y control jurisdiccional en el federalismo alemán”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 75, pp. 289-324.

<sup>60</sup> Artículo 72.

1. En el ámbito de la legislación concurrente, los *Länder* tienen la facultad de legislar mientras y en la medida en que la federación no haya hecho uso mediante ley de su competencia legislativa.

2. La federación tiene en este ámbito el derecho a legislar cuando y en la medida en que la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o la preservación de la unidad jurídica o económica en interés general del Estado haga indispensable una regulación legal federal.

3. Puede ser determinado por medio de ley federal que una regulación legal federal para la que ya no se dé más la indispensabilidad en el sentido del apartado 2 pueda ser sustituida por derecho de *Land*.

<sup>61</sup> Gutiérrez Gutiérrez, I. (2005), “La fallida reforma del federalismo alemán”, *Teoría y realidad constitucional*, 16, pp. 377-396.

veniente ocultar qué Cámara, y por ende qué partido político, era el responsable del entrampamiento parlamentario.

En esta tesitura, esta importante reforma reduce alrededor de un tercio el número de materias respecto de cuya regulación es indispensable el asentimiento del Consejo Federal, hace un reparto más definido de competencias entre la federación y los *Länder*, suprime la legislación marco, y reduce el número de materias concurrentes en las que se debe de cumplir con la cláusula de necesidad.<sup>62</sup>

Ahora, por lo que toca a la distribución en materia de derechos la Ley Fundamental reconoce expresamente tanto al *Bund* como a los *Länder* la facultad para regular derechos y deberes de los ciudadanos,<sup>63</sup> lo cual ha exigido un punto de equilibrio que evite el menoscabo o el detrimento de unas normas constitucionales en favor de otras, de tal manera que no ceda el principio federal ante una supuesta fuerza uniformizadora de los derechos fundamentales.<sup>64</sup>

#### IV. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL FEDERALISMO MEXICANO

##### 1. Contexto

El federalismo en México puede clasificarse como parte esencial de nuestro diseño constitucional, pues refleja junto al principio democrático y de Estado social decisiones básicas sobre valores sociales y políticos en mutua influencia. La inspiración de nuestro sistema se encuentra en el modelo americano, “pero con notas distintas y peculiaridades que con los años se han acentuado y perfilado, hasta constituir un régimen de características surgidas de la realidad y necesidades del pueblo mexicano”.<sup>65</sup> Además, no puede olvidarse

<sup>62</sup> Gómez Orfanel, G. y Arroyo Gil, A. (2007), “El reparto territorial de facultades legislativas y el Bundesrat en el federalismo alemán (1871-2006)”, *Cuadernos de Derecho Público*, 26, pp. 217-275.

<sup>63</sup> Así, el artículo 73, fracciones 2 y 3, de la LF, establecen como facultad exclusiva de la federación legislar sobre ciudadanía y libertad de movimiento, los cuales son establecidos como derechos fundamentales por la propia Constitución.

<sup>64</sup> Barceló, M. (1991), *Derechos y deberes constitucionales*, Madrid, Cuadernos Civitas, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònoms, pp. 33 y ss.

<sup>65</sup> Carpizo, J. (2003), “Sistema federal mexicano”, en *Estudios constitucionales*, México, Porrúa, 4a. ed., p. 86.

ni minusvalorarse la fuerte influencia de la estructura territorial implantada por España en América, a través de los municipios, cabildos, intendencias y diputaciones provinciales.<sup>66</sup>

Se establece por primera vez en el Acta Constitutiva de 1824, así como en la Constitución de ese mismo año y cuya vigencia llega hasta finales del año 1835. Se retoma en el acta de reformas de 1847 y subsiste hasta 1853. Se instaura de nueva cuenta con la Constitución de 1857, aunque por la invasión francesa y el largo gobierno del general Porfirio Díaz sería letra muerta. Finalmente, se vuelve a establecer en la Carta de 1917 teniendo como base a su antecesora y cuyo camino estará definido por el régimen autoritario que se vivió durante 70 años, convirtiéndolo en un “federalismo centralizado”. Esta situación empezaría a cambiar con las reformas políticas del último tercio del pasado siglo, al permitir la participación de las minorías políticas en el Congreso, y que culmina en el año 2000, donde ningún partido goza de mayoría absoluta en ambas Cámaras.

Al respecto, resulta de gran relevancia la reforma constitucional de 1994 que hizo de nuestro más Alto Tribunal un factor determinante en el tránsito de un federalismo nominal a un federalismo normativo, pues como dice Serna de la Garza, el federalismo sólo puede funcionar si existe un sistema de justicia constitucional plenamente eficaz, capaz de resolver conflictos de competencia que de manera recurrente aparecen bajo el federalismo.<sup>67</sup>

A partir de entonces, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tendría facultad para conocer de las controversias suscitadas entre la federación, los estados y los municipios; entre el Ejecutivo Federal y el Congreso de la Unión; entre los Poderes de las entidades federativas, o entre los órganos de gobierno del Distrito Federal.<sup>68</sup> Además, de estar en posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de normas generales, ya fuera por vicios formales y/o materiales. En palabras del ministro Cossío Díaz, tenemos:

<sup>66</sup> Fernández Segado, *op. cit.*, nota 34, p. 8.

<sup>67</sup> Serna de la Garza, J. M. (2002), “Federalismo y sistemas de distribución de competencias legislativas”, *Estado de Derecho y transición jurídica*, México, IJ-UNAM, p. 233.

<sup>68</sup> Es cierto que la controversia constitucional existía ya en nuestro sistema constitucional, sin embargo, es a partir de la novena época donde cobra relevancia.



un control de regularidad constitucional encaminado a permitir, por la vía de la juridificación del federalismo, la asignación de competencias “propias” de los diversos órganos de gobierno que integran esta última estructura; igualmente y de modo indirecto, son el medio para lograr que las integraciones políticas presentes en cada uno de tales órganos, presenten sus conflictos juridificados y, desde esa perspectiva, estén en posibilidad de lograr la realización de sus propias pretensiones conforme a lo definido por la Suprema Corte.<sup>69</sup>

## 2. Distribución competencial

El carácter federal del Estado mexicano se plasma en los artículos 40 y 41 de la Constitución federal:

Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Artículo 41. El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

Por su parte, el principio rector de la distribución de competencias se establece en el artículo 124:

Artículo 124. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados.

Al respecto —como ha puesto de manifiesto Serna de la Garza—, es interesante reparar en su devenir histórico, pues la Constitución de 1824 no previó un artículo semejante. El primer antecedente se encuentra en el artículo 80 del primer proyecto de Constitución de 1842, que disponía: “Todas las atribuciones y facultades que no se otorgan específicamente al Congreso nacional, Poder Ejecutivo y

<sup>69</sup> Cossío Díaz, J. R. (2008), “Consideraciones preliminares”, en *La controversia constitucional*, México, Porrúa, p. 5.

Suprema Corte de Justicia, se entenderá que quedan reservadas a los departamentos”.<sup>70</sup>

Posteriormente, en los artículos 14 y 15 del voto particular de Mariano Otero al Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, se establece: “Los poderes de la Unión derivan de la Constitución, y se limitan sólo al ejercicio de las facultades expresamente designadas en ella misma, sin que se entiendan permitidas otras por falta de expresa restricción”. “Sobre los objetos sometidos al Poder de la Unión, ningún estado tiene otros derechos que los expresamente fijados en la Constitución, ni otro medio legítimo de intervenir en ellos que el de los poderes generales que la misma establece. La Constitución sólo reconoce como legítima entre todos o entre algunos de los estados, la relación que constituyó y actualmente constituye su federación”. En términos muy parecidos serán redactados los artículos 20 y 21 del Acta del 47.

La utilización del adverbio “expresamente” en estos artículos no es casual, pues, como nos explica Otero, se pretendió establecer un sistema rígido de distribución de competencias que pudiera evitar la intromisión de los poderes federales en los asuntos internos de las entidades federativas, así como la injerencia de algunas de ellas en ámbitos de competencia de la federación.

Cabe recalcar que hasta ese momento no estaba establecida la reserva a favor de los estados, que vendría a aparecer hasta el artículo 48 del Proyecto de Constitución de 1856, muy parecido a la X Enmienda de la Constitución americana, estableciendo: “Las facultades o poderes que no estén expresamente concedidos por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservados a los estados o al pueblo respectivamente”. Fórmula que pasará a la Constitución de 1857 y más tarde a la de 1917, en los términos siguientes: “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados”.

Para el maestro Elisur Arteaga, de aquí derivan dos principios constitucionales. De acuerdo con el primero, las facultades de los poderes federales son enumeradas, de forma que si una facultad no ha sido otorgada a la federación debe suponerse le corresponde a los

<sup>70</sup> En la exposición y desarrollo de estos antecedentes seguimos el trabajo ya citado de Serna de la Garza, nota 64.

poderes locales. En caso de duda, el intérprete debe suponer que los poderes centrales tienen vedado actuar, y los poderes locales tienen la facultad reservada y conferida, salvo prohibición expresa o límite derivado de un derecho fundamental.<sup>71</sup>

De tal manera, pareciera ser que nuestro sistema tiene como base una clara y rígida distribución de competencias. Sin embargo, como lo explica Carpizo,<sup>72</sup> esto no es del todo cierto, pues en la propia Constitución encontramos, además de las facultades expresamente atribuidas a la federación,<sup>73</sup> las siguientes: facultades federales implícitas;<sup>74</sup> facultades atribuidas a las entidades federativas, expresa o tácitamente;<sup>75</sup> facultades prohibidas a la federación;<sup>76</sup> facultades prohibidas a las entidades federativas, absoluta<sup>77</sup> y relativamente;<sup>78</sup> facultades coincidentes; facultades coexistentes; facultades de auxilio,<sup>79</sup> y facultades que emanan de la jurisprudencia, todo lo cual hace más complejo su entendimiento.

De estas, las que se prestan a mayor indeterminación son las coincidentes y coexistentes, pues muchas veces no es claro ante qué tipo de fenómeno nos encontramos: una materia que puede ser ejercida indistintamente por dos entes; una duplicidad de ejercicio de funciones jurídicas sobre un mismo ámbito material; una duplicidad de actuación pública sobre un mismo tipo de actividad desde dos ámbitos materiales; una diversidad de actuaciones públicas sobre un mismo objeto o; una misma actuación sobre objetos de naturaleza idéntica pero acotados y distinguidos mediante criterios externos como pueden ser el del interés o del territorio.<sup>80</sup>

Pues bien, a pesar de todas estas excepciones, consideramos que el federalismo mexicano sigue basándose en la separación de materias y

<sup>71</sup> Arteaga Nava, E. (2005), "La interpretación constitucional", *Interpretación constitucional*, Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), México, Porrúa, t. I, pp. 61-120.

<sup>72</sup> Carpizo, *op. cit.*, nota 63, p. 94.

<sup>73</sup> Artículo 73.

<sup>74</sup> Artículo 73, fracción XXX.

<sup>75</sup> Artículo 116, fracción IV.

<sup>76</sup> Artículo 24, párrafo segundo.

<sup>77</sup> Artículo 117.

<sup>78</sup> Artículo 118.

<sup>79</sup> Artículo 120.

<sup>80</sup> Para Serna, la introducción de estas fórmulas de flexibilización sólo es posible una vez que se ha consolidado el Estado nacional, ya sea por medios autoritarios o por mecanismos de defensa de la Constitución plenamente operantes.

no sólo de funciones. Ello implica, si no quiere vaciarse de contenido a los preceptos constitucionales de distribución de competencias, que en su interpretación se presume la separación y no el solapamiento o duplicidad, a menos, claro está, que la Constitución disponga lo contrario.

### 3. La distribución de competencias en el federalismo mexicano tratándose de derechos fundamentales previstos en la Constitución federal

Como se hizo mención en la introducción, el objeto de este trabajo es resolver cuál es la distribución de competencias legislativas tratándose de derechos fundamentales previstos en la Constitución federal, no así del problema distinto de la previsión de derechos en las constituciones locales. Expliquemos cómo surge nuestra inquietud.

Como se sabe, en México hubo durante muchos años un desafortunado descuido de la investigación jurídica y de los planes y materiales de estudio de las escuelas de derecho, incluyendo el derecho constitucional. No es sino hasta la última década en que surgen estudios con una nueva perspectiva y con teorías innovadoras para nuestro sistema. En este contexto está la influyente obra sobre derechos fundamentales en México del profesor Miguel Carbonell, quien ha venido a colmar un vacío existente sobre el estudio completo y sistematizado de los derechos previstos en la Constitución mexicana. Así, a partir de su publicación en el año 2004, esta obra se ha convertido en un referente obligado para los estudiosos de los derechos en México.

En esta tesitura, me propuse el análisis de una parte específica de la misma referente a la relación entre derechos fundamentales y distribución de competencias en el federalismo mexicano, pues en ella se afirma que en esta materia no rige la distribución de competencias y, por ende, todos los niveles de gobierno se encuentran obligados no sólo a respetarlos sino a tomar las medidas positivas necesarias para hacerlos efectivos, incluyendo al poder legislativo.

El objetivo de las siguientes líneas es analizar la tesis que tal profesor presenta como una construcción teórica muy interesante y que nos ayuda a contrastar nuestro punto de vista, en el entendido de que la elaboración de una dogmática constitucional más fuerte y acabada

es tarea de todos y de la capacidad de un diálogo abierto y plural sobre los beneficios o perjuicios que puede acarrear una determinada postura. Comencemos el debate.

*A. En materia de derechos fundamentales,  
¿rige el principio de distribución  
de competencias?*

Después de darnos una breve explicación sobre la distribución de competencias en el federalismo mexicano, el multicitado autor se pregunta lo siguiente: ¿cómo afecta el sistema de distribución de competencias a las facultades de los distintos niveles de gobierno en materia de derechos fundamentales? ¿Qué le corresponde hacer a cada autoridad en materia de derechos?

Y afirma lo siguiente: “si atendemos al *criterio de universalidad* de los derechos podemos sostener que, en principio, todas las autoridades –sin importar el nivel de gobierno al que pertenezcan– deben respetarlos. A la misma conclusión se puede llegar si tomamos en cuenta el principio de *supremacía constitucional*: en virtud de que la Constitución obliga a todas las autoridades, la distribución de competencias no puede servir de excusa para desatenderse de las obligaciones que los derechos generan para las autoridades.<sup>81</sup> Cita además el artículo 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos, conocido como la cláusula federal.<sup>82</sup>

De esta forma, concluye que todos los derechos fundamentales suponen obligaciones de respeto para todos los niveles de gobierno; que hay algunos derechos que contienen “obligaciones reforzadas” de respeto, en virtud de que así lo indica algún precepto constitucional (por ejemplo, cuando asigna una competencia determinada); todas las autoridades tienen el deber de utilizar todos los medios jurídicos

<sup>81</sup> Carbonell, *op. cit.*, nota 11, p. 119.

<sup>82</sup> 1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

y de otro tipo que tengan a su alcance para hacer eficaces y desarrollar todos los derechos fundamentales, a menos que la Constitución expresamente asigne algún tipo de competencia sobre cierto derecho en particular, caso en el cual las autoridades no competentes deberán de abstenerse de legislar o actuar en la materia.

Como anotación previa, y antes de entrar al estudio de la valoración de la tesis expuesta, debe notarse que hay una contradicción en la misma, pues por un lado se sostiene que la atribución de una competencia es sólo un deber reforzado, y por el otro considera que en tal caso las autoridades no competentes deben abstenerse. Dicho lo anterior, es momento de dar mi opinión.

Fue Elazar quien señaló que el federalismo, la protección de los derechos, y la idea de la sociedad civil son tres de las invenciones más importantes de los gobiernos democráticos, siendo el federalismo y los derechos una mancuerna para el desarrollo de una sociedad civil más exitosa, más democrática, más pacífica y más progresiva.<sup>83</sup> Así, la variable federal no es un mero factor de organización institucional, sino de comprensión de la teoría de la democracia y, en consecuencia, de las condiciones normativas que han de exigirse al ejercicio político del poder para alcanzar una comunidad justa. De esta forma, la distribución multinivel del poder afecta directamente a la concepción política de la libertad en una sociedad democrática y, por tanto, el correcto entendimiento de la administración político-constitucional de los derechos fundamentales.<sup>84</sup>

Junto a ello, la inevitable simultaneidad de legisladores de los derechos fundamentales abre una abanico de distintas políticas legislativas y decisiones de preferencia en la elección y selección, no de su contenido último, pero sí de las políticas públicas que configuran el entorno del derecho y que coadyuvan a su objetivación como valor

<sup>83</sup> Elazar, *op. cit.*, nota 49, pp. 1-10.

<sup>84</sup> Cabe aclarar que esta no es una posición unánime. Por ejemplo, Choper piensa que la idea de que el federalismo fue construido para proteger, o que en la realidad protege, los derechos constitucionales no tiene ninguna base lógica o histórica. Las cuestiones de la libertad individual son problemas de principio, mientras que los del federalismo están relacionados con consideraciones prácticas. Citado por Jacobsohn, G. (1996), “Contemporary constitutional theory, federalism, and the protection of rights”, *Federalism and rights*, Maryland, Rowman & Littlefield, pp. 29-55.

de una comunidad y horizonte de actuación de sus poderes públicos.<sup>85</sup> El *quit* de la cuestión es entonces hacer del federalismo una estructura que refuerce la causa de los derechos y no obstruya su realización.

Para ello tenemos dos opciones, la primera que propugna el profesor Carbonell (teoría de la no distribución), y la segunda, más clásica pero no por ello menos protectora, según la cual la regulación de los derechos corresponderá al ente habilitado conforme a la distribución competencial que se haga en la Constitución, interpretando por un lado el contenido del derecho, y por el otro la materia referida en la norma competencial. Por ahora, basta analizar la teoría de la no distribución.

Lo primero que puede decirse es que este tipo de construcciones no resultan extrañas en este tiempo de los derechos,<sup>86</sup> en el que con el noble afán de hacerlos realidad, utilizamos la fuerza expansiva de los mismos como argumento capaz de justificar cuestiones que en el pasado nos parecían imposibles y que al final pueden resultar contraproducentes, pues se olvidan de las garantías más básicas del Estado constitucional como la división –horizontal o vertical– de poderes. Es lo que Elazar denomina como los excesos de la teoría contemporánea de los derechos.

Así, creo –siguiendo a Barceló– que se parte de una premisa equivocada, pues se considera que la fuerza igualadora de los derechos y deberes rompe con el pluralismo legislativo que se desprende del principio federal, lo cual es una valoración axiológica que nada tiene que ver con una lectura positiva de la Constitución. Como dice Barceló, sólo la Constitución puede establecer que una determinada norma tenga una, más o menos, fuerza igualadora; sólo la Constitución decide qué materias deberán tener un tratamiento unitario, qué materias deberán tener un tratamiento homogéneo y qué materias podrán tener un tratamiento heterogéneo; y sólo la Constitución, y no una valoración axiológica, puede exonerar a una determinada materia de pertenecer a un determinado ámbito competencial.<sup>87</sup>

No se nos malentienda. No defendemos el *statu quo* en materia de protección de derechos, el cual sin duda está muy por debajo del

<sup>85</sup> Caamaño, F. (2007), Sí pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía), *Revista Española de Derecho Constitucional*, 79, pp. 36-47.

<sup>86</sup> Tomo prestada la famosa frase de Bobbio.

<sup>87</sup> Barceló, *op. cit.*, nota 62, pp. 41 y ss.

ideal y con mucho camino por andar. Tampoco queremos con ello desanimar la innovación de garantías para su protección, más aún cuando en la actualidad su violación se da desde muy diferentes frentes. Lo único que pretendemos al rechazar tesis como la expuesta, es conjugar las viejas herramientas del Estado liberal con los fuertes y justificados argumentos que nos brinda este nuevo constitucionalismo. Vayamos al grano.

En mi opinión, podríamos estar de acuerdo con la afirmación de que “*los derechos fundamentales obligan a todos los poderes del Estado*”, mas no con la idea de que ello es “*con independencia de la distribución competencial que se haga*”. No cabe duda que todas las autoridades, sean federales o locales, están obligadas a respetar los derechos fundamentales,<sup>88</sup> con fundamento en el principio de universalidad, pero ello no implica que se merme la distribución competencial. Como ya se ha dicho, ésta es junto con la división horizontal del poder la primera garantía de su protección, precisamente porque las normas de competencia amplían las posibilidades de actuación del sujeto al que se atribuye la competencia. Con mayor razón, si así se dificulta la determinación responsabilidades de la autoridad omisa,<sup>89</sup> pues si todas están igualmente obligadas, abrimos la puerta a la exculpa por la falta de cooperación y la atribución de la falta al otro nivel de gobierno.

A este respecto, procede hacer una distinción entre la posición de la autoridad frente al aspecto negativo y positivo de los derechos, y su relación con la distribución competencial. Nos parece que la vinculación negativa de los poderes públicos a los derechos no presenta mayor complejidad en cuanto a la distribución de competencias, y en ese sentido, podemos afirmar que todas las autoridades, con independencia del nivel de gobierno al que pertenezcan tienen una obligación de respeto. Ahora bien, el problema se presenta cuando de actuaciones positivas se trata, pues por muy justificadas que estén

<sup>88</sup> Esta posición no era tan clara para el constitucionalismo Americano de los padres fundadores, pues no olvidemos que la vinculatoriedad de los poderes locales a la *Bill of rights* se produjo sólo por medio de la incorporación que permitió la XIV enmienda, en tanto se pensaba que aquélla sólo vinculaba a los poderes federales. Idea acorde, claro está, con la concepción de un orden parcial que tenían los redactores de la Constitución americana.

<sup>89</sup> Como tuvimos oportunidad de argumentar, somos partidarios de la inconstitucionalidad por omisión.

en algún derecho, no debe olvidarse que es ejercicio de poder y por ende susceptible de violar los derechos en que paradójicamente se amparan. De esta forma, se nos presenta la necesidad de la autoridad para hacerlos efectivos y por tanto justificamos su actuación, pero olvidamos el peligro que ello implica. Sólo si somos conscientes de esta paradoja, es que vemos la importancia de la distribución de competencias.

No es que se contradiga la vinculación positiva de los poderes públicos, sino que utilizamos la garantía de la división vertical de poderes para contrarrestar el peligro que implica el ejercicio legítimo de la facultad legislativa y para deslindar con claridad a la autoridad responsable, reduciendo en lo posible la incertidumbre, tal y como se quiso hacer con la reforma al federalismo alemán de 2006. De tal manera que, si el legislador federal y/o local no hacen ejercicio de sus facultades incidiendo de manera negativa en el ejercicio de un derecho, podamos utilizar nuestra primera herramienta política para sancionarlos, esto es, el voto. En una sociedad democrática no puede ser de otro modo.

Otro argumento en contra de la “teoría de la no distribución”, es la calidad de norma superior de la Constitución, que hace indisponible para las partes la ordenación de las competencias. En mi opinión, de seguir dicha teoría, la participación de los estados en el procedimiento de reforma constitucional, así como de la mayoría agravada que se requiere para la misma perdería su sentido. En pocas palabras, se desvirtuaría el ordenamiento federal y se dejaría sin protección el autogobierno de las entidades federativas, que no olvidemos puede ser considerado en sí mismo un principio fundamental.

Con ello, no intento negar la evidente interrelación entre los distintos centros de poder o la necesidad de establecer mecanismos de cooperación, sino dejar en claro que no sustituyen las reglas de competencia, pues sólo se refieren a su ejercicio, es decir, no suponen un desapoderamiento de la titularidad de las competencias. Una cosa es afirmar, como lo hace el profesor Carbonell, que la distribución de competencias no rige en la protección de los derechos, y otra es decir que sí rige pero que precisamente de esa distribución pueden resultar competencias compartidas, como es el caso de la seguridad. Lo cual tampoco significa que bajo el principio de heterogeneidad federal se posibiliten intensivas restricciones de los derechos fundamentales.

Si todo lo dicho es correcto, mi posición podría resumirse de la siguiente manera. La constitución federal extiende su radio de acción a todos los poderes públicos. En el desarrollo legislativo de los derechos participan los estados conforme al principio competencial, y respetando los límites establecidos por la propia Constitución federal. En otras palabras, corresponde a cada nivel de gobierno competente asegurar la concreción de los derechos en su ámbito respectivo, tanto en su desarrollo como en su limitación. De tal forma, rige el principio del paralelismo que autoriza una regulación diferenciada de los derechos en cada territorio, que si bien conlleva un riesgo para la igualdad de trato entre los ciudadanos más allá de lo razonable, es una cuestión genética de un Estado políticamente descentralizado y de la indeterminación de los derechos fundamentales.<sup>90</sup>

Detengámonos un momento sobre este punto. Es común encontrar en la discusión y diseño de los sistemas federales la preocupación sobre un piso básico de derechos iguales para todos los ciudadanos con independencia de su residencia. Así, por ejemplo la siguiente opinión: “Dejar que la decisión sobre el aborto pueda resolverse de manera distinta por cada estado es inaceptable e incoherente, al contravenir el principio de igualdad bien entendido. Una vez que el derecho a abortar ha sido identificado como fundamental, es decir, como medio necesario para lograr la aspiración filosófica de la comunidad hacia la igualdad, entonces no puede permitirse que las diferentes percepciones locales se plasmen en ley”.<sup>91</sup>

Esta parece ser una demanda justificada pues parece difícil explicar que los derechos fundamentales varíen significativamente de un estado a otro, más aún si entendemos que una cierta uniformidad en derechos puede ayudar a construir un sentimiento de integración. Subrayamos la palabra significativamente, pues, como se ha tratado de demostrar, la diversidad es parte esencial del federalismo, y por tanto sólo en los casos de un trato diferenciado no justificado, como podría ser la violación del contenido esencial de los derechos, tendría razón de ser una regulación común no prevista expresamente en la Constitución.

<sup>90</sup> Esta postura es conforme con lo que la Suprema Corte ha denominado como la “autonomía en el ejercicio de las competencias”, véase la tesis de rubro: “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LOS DIVERSOS ÓRDENES JURÍDICOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL TIENEN AUTONOMÍA FUNCIONAL Y ASIGNACIONES COMPETENCIALES PROPIAS”.

<sup>91</sup> Caamaño, *op. cit.*, nota 82, p. 34.

En otras palabras, lo que se nos plantea es cómo conjugar ese mínimo común y los tratos diferentes que se pueden dar en las entidades federativas derivados de la distribución competencial.

Una de las soluciones que se han ideado al respecto, es la existencia en algunas constituciones de previsiones que acaban dotando de competencia al Estado sobre la generalidad de los derechos constitucionales a fin de asegurar una igualdad mínima de éstos en todo el Estado. Es lo que sucede con el art. 149.1.1 de la Constitución española, indirectamente con el art. 72.2 de la Constitución alemana y más claramente con el art. 117.II.M de la Constitución italiana.

Otra posibilidad que se ha considerado en la doctrina ante una eventual diferenciación de trato es el “derecho a escapar”, así si la regulación de un estado sobre la pornografía o el aborto es demasiado restrictiva para un ciudadano, este puede cambiar su residencia a otro estado. Si bien esta “solución” no cambia en nada la situación general de los ciudadanos en todo el territorio, pues los derechos siguen estando en manos de las unidades territoriales, trata de conjugar la diferenciación intrínseca del federalismo con los derechos de los ciudadanos. Desafortunadamente no parece ser un medio idóneo, si se toma en cuenta que un cambio de este tipo implica grandes costos y sacrificios.

En conclusión, si bien pueden idearse mecanismos para solucionar la cuestión de la diversidad que plantea el federalismo, considero que ésta debe ser vista como un bien a tutelar al igual que los demás derechos fundamentales, no sólo por ser una decisión del constituyente, sino porque permite una pluralidad de opciones en la regulación de los derechos, que si no viola su contenido esencial, puede constituirse en una pieza esencial de un estado deliberativo y democrático.

### *B. Si rige, pero ¿cómo saber cuál es el nivel de gobierno competente?*

Si la conclusión obtenida en el apartado anterior es correcta, esto es, que la distribución competencial sí rige tratándose de derechos fundamentales a pesar de los riesgos de una diferenciación más allá de lo permitido, en tanto la diversidad propia del federalismo es una oportunidad para el diálogo, debemos responder a nuestro interlocutor ¿qué sucede con aquellos derechos en los que la Constitución

no establece ni da pista alguna sobre la autoridad que puede legislar en la materia?

Esta pregunta es inevitable, pues como lo demuestra la opinión del prestigiado investigador, esta dificultad plantea serias dudas acerca de la aplicabilidad del “principio federal” a los derechos fundamentales. En sus palabras: “Sostener que se reducen a la exclusiva competencia de las legislaturas locales parece un sin sentido, ya que entonces podríamos pensar que el Congreso de la Unión no tiene ninguna competencia en materia de no discriminación, de libertad de expresión, de libertad de imprenta, entre otros derechos; si ese criterio fuera válido serían inconstitucionales, entre otras, la Ley de Imprenta, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación y la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental”.<sup>92</sup>

En términos argumentativos, lo que esta interrogante nos plantea son dos problemas simultáneos y concatenados, el de relevancia, en tanto existen dudas sobre cuál es la norma aplicable al caso, y el de interpretación, es decir, de cómo ha de entenderse la norma o normas aplicables al caso.

Pues bien, si nos detenemos en los razonamientos antes esgrimidos, aparece de inmediato una falacia naturalista, en tanto pretende justificar la competencia federal sobre no discriminación, libertad de expresión, etc., que constituye una proposición normativa, en una proposición fáctica como es la expedición de la Ley de Imprenta, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, etc. En otras palabras, lo que hace es derivar la competencia federal del hecho de la expedición de ciertas leyes federales, cuando la argumentación debería ser precisamente lo contraria. Además, y de forma un tanto escondida, lo que este argumento exige es que demos por puesto lo que se pretende probar, es decir, que el Congreso federal tiene competencia en tales materias, pues lo contrario sería un sinsentido.

Paso por paso. A mi parecer, lo que hay en el fondo de esta posición es un reclamo al Constituyente de atribuirle a los estados conforme a la regla del artículo 124, la regulación de derechos como a la no discriminación, libertad de expresión, etc. Es la cuestión que calificamos en la exposición del federalismo como división vertical del poder, de

<sup>92</sup> Carbonell, *op. cit.*, nota 9, p. 122.

“qué para quién”, en la cual se decide que tareas corresponde a cada nivel de gobierno. En ese sentido, quizá estaríamos de acuerdo en que tales materias necesiten de una regulación uniforme, sin embargo, eso es una consideración distinta.

En segundo lugar, la calificación de ser una decisión sin sentido, justificada o no, recae en el poder de reforma de la Constitución, y por muy carente de razón que nos parezca, nuestra interpretación no puede subvertir las competencias otorgadas a los estados. La única vía constitucionalmente posible es la reforma prevista en el artículo 135.

Si esto es así, tenemos entonces que dar solución a la pregunta planteada. ¿Cómo saber cuál es el ente titular en los casos que no hay claridad constitucional? Es aquí donde cobra importancia la exposición hecha sobre la estructura e interpretación de los derechos, así como de las normas competenciales y las materias que contienen. El proceso de razonamiento sería el siguiente.

Lo primero que tendremos que resolver es si tal o cual disposición constitucional reconoce o no un derecho fundamental, esto es, un derecho subjetivo o una libertad. De ser así, pasaremos al contenido de las normas competenciales, con el objetivo de encuadrar el derecho fundamental en alguna materia prevista en el listado federal o en alguna otra parte de la Constitución. Aquí entrarán en juego las distintas teorías sobre la interpretación de las materias, objetiva, finalista y mixta. Suponiendo que hemos llegado a tal punto con relativo éxito, se nos puede presentar el problema de que la norma competencial no asigne con claridad el sujeto titular, pues como vimos en el apartado correspondiente, los elementos de esas normas pueden presentarse de forma separada, y por tanto tengamos que hacer una interpretación sistemática.<sup>93</sup> Demos algún ejemplo.

El artículo 4o., párrafo 3o., establece que toda persona tiene derecho a la protección de la salud, y que 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 la Constitución. Este último artículo, a su vez señala

<sup>93</sup> La Suprema Corte ha realizado un ejercicio muy loable para describir el proceso que realiza en la definición de competencias, véase la Controversia Constitucional 31/2006.

que el Congreso de la Unión tiene facultad para dictar leyes sobre salubridad general.

En principio, esta disposición nos plantea un derecho frente al estado de carácter prestacional de ejercicio facultativo, que genera un deber correlativo preponderantemente por parte del Estado a efectuar una acción positiva.

Ahora bien, su contenido tiene un haz de conductas diversas. Por ejemplo, conforme al mismo corresponde al Estado asegurar la asistencia médica una vez que la salud, por la causa que sea, ha sido afectada. También genera la obligación del Estado de preservar el bien jurídico protegido por la Constitución, es decir, la salud (conforme a la OMS es un Estado de bienestar físico, síquico y social, tanto del individuo como de la colectividad); tal protección supone la obligación del Estado de abstenerse de dañar la salud, así como de evitar que particulares, grupos o empresas la dañen. De igual forma, el derecho a la salud obliga a los particulares; por ejemplo, los establecimientos médicos privados están obligados a proporcionar un servicio de urgencia a cualquier persona que lo requiera, con independencia de que pueda o no pagarlo.<sup>94</sup>

Hecho esto, interpretaremos la norma de competencia: “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 la Constitución”. Vayamos por partes.

1. Potestad que otorga: al referirse a la fuente *ley* está otorgando un poder para crear normas jurídicas de carácter general, abstracto e impersonal.
2. Su contenido (o tipo de acto): *definir y establecer*.
3. Materia sobre el que recae el acto: bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, y concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general.
4. Sujeto: La federación.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 814.

Reparemos en el tercer elemento, la materia. Como se ve, existen dos objetos distintos, por un lado, el establecimiento de bases y modalidades para el acceso a los *servicios de salud*. Es decir, se trata de una cuestión muy precisa (bases y modalidades para el acceso) sobre una "submateria" (servicios de salud). ¿En esto encaja el derecho a la protección de la salud? Sí, en tanto la asistencia médica que está obligado a prestar el Estado se hace a través de los servicios de salud.

Por otra parte, está la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. En este caso, lo que se trata es de establecer un régimen compartido sobre la materia de "salubridad general", es decir, una parte de la materia corresponde a la federación y otra a los estados, conforme lo disponga la primera. ¿En ésta encaja el derecho a la protección de la salud? Sí, pues según el artículo primero de la Ley General de Salud, que tiene como fundamento la materia de la salubridad general, señala que su objeto es reglamentar el derecho a la protección de la salud, es decir, por vía del legislador se equipara la materia "salubridad general" con el derecho a la salud, lo cual equivale hacer al derecho a la salud una materia competencial. ¿Y qué de su contenido? El artículo 3o. de la propia Ley nos da la respuesta.<sup>95</sup> ¿Y qué le corresponde a cada nivel de gobierno? El artículo 13 nos da la respuesta.<sup>96</sup>

<sup>95</sup> Artículo 3o. En los términos de esta Ley, es materia de salubridad general:

(...)

II. La atención médica, preferentemente en beneficio de grupos vulnerables.

(...)

IV. La atención materno-infantil.

IV bis. El programa de nutrición materno-infantil en los pueblos y comunidades indígenas.

V. La salud visual.

VI. La salud auditiva.

<sup>96</sup> Artículo 13. La competencia entre la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general quedará distribuida conforme a lo siguiente:

A. Corresponde al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Salud:

I. Dictar las normas oficiales mexicanas a que quedará sujeta la prestación, en todo el territorio nacional, de servicios de salud en las materias de salubridad general y verificar su cumplimiento.

II. En las materias enumeradas en las fracciones I, III, V, VI, XVII bis, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, XXVII, XXVIII y XXIX, del artículo 3o. de esta Ley, organizar y operar los servicios respectivos y vigilar su funcionamiento por sí o en coordinación con dependencias y entidades del sector salud.

(...)

Se nos podría objetar que hemos escogido un caso más o menos definido por ley, y por tanto cuando no haya disposiciones que reglamenten la materia este trabajo puede ser bastante complejo y de muy poca seguridad, pues por ambos lados, el de los derechos y de las normas competenciales, está lleno de indeterminación.

En mi opinión, estos retos se plantean en el derecho más a menudo de lo que pensamos y es necesario hacerles frente con todas las herramientas que tenemos, pues, además, no parece haber otra salida si queremos conservar el principio federal. Si esto es así, la fuerza de la argumentación será nuestra única aliada.

## V. CONCLUSIONES

1. Son muy diversas las circunstancias que han permitido el arribo a lo que hoy denominamos Estado constitucional. La primera etapa de transición es la que va del Estado absolutista al Estado de Derecho, en la segunda se introduce el aspecto social, y finalmente la vertiente democrática.
2. En el Estado social y democrático los derechos fundamentales constituyen no sólo derechos subjetivos sino también valores objetivos que se traducen en la existencia de un deber general de protección y promoción por parte de los poderes públicos. Así se nos presenta la paradoja de la regulación, consistente en que los derechos fundamentales necesitan de la colaboración legislativa para su plena eficacia.
3. Si se quiere ser congruente con la doble dimensión de los derechos fundamentales, debe partirse de la posibilidad de omisiones inconstitucionales del legislador.
4. La inconstitucionalidad por omisión se ha planteado principalmente en relación con el cumplimiento de los derechos fundamentales que requieren de una regulación para ser

B. Corresponde a los gobiernos de las entidades federativas, en materia de salubridad general, como autoridades locales y dentro de sus respectivas jurisdicciones territoriales:

I. Organizar, operar, supervisar y evaluar la prestación de los servicios de salubridad general a que se refieren las fracciones II, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII, XXVIII bis y XXX del artículo 3o. de esta Ley, de conformidad con las disposiciones aplicables.

(...)



- efectivamente aplicados, o más en general, con los deberes de actuación impuestos constitucionalmente. La identificación del nivel de gobierno competente para regular un derecho fundamental, nos permite atribuir responsabilidad a quien incurra en este vicio.
5. Tendemos a suponer equivocadamente que existe un único tipo de relación al que pueden reconducirse todas las posibles situaciones jurídicas: la relación que se establece entre el titular de un derecho subjetivo y el sujeto de una obligación jurídica. Según Hohfeld, existen cuatro tipos de modalidades jurídicas activas (derecho subjetivo, libertad, potestad e inmunidad) y otras modalidades pasivas (deber, no-derecho, incompetencia y sujeción).
  6. La interpretación de los derechos fundamentales está asociada a la interpretación de la Constitución. En este sentido, los cánones de interpretación constitucional pueden ser trasladados al campo de los derechos fundamentales. Sin embargo, tal aplicación no debe considerarse como una identificación plena con los criterios de interpretación de los derechos, en la cual debe tomarse cuenta su doble carácter.
  7. Una de las peculiaridades de la interpretación constitucional deriva de los términos utilizados en la Constitución, especialmente por las normas iusfundamentales. Ello implica una nueva comprensión de la interpretación que atienda a su estructura, y aplique un método diferente en el que se parta del problema con el que la sociedad se encuentra.
  8. El federalismo consiste en una forma vertical de distribución del poder, en donde, sobre un mismo territorio, existen dos fuentes de autoridad que gozan de autonomía, siendo la Constitución el medio por el cual se distribuye.
  9. Una de las razones que se han dado para su adopción es la función de garantía que cumple la retención de un número de poderes por parte de los estados, que evita una indebida concentración del poder central que pudiera reducir los derechos de los ciudadanos.
  10. Como forma de distribución vertical del poder, el federalismo plantea tres tareas distintas. Primero, la forma de separar las funciones de gobierno. Segundo, determinar qué corresponde a

- cada nivel de gobierno. Tercero, expresar constitucionalmente tales decisiones.
11. El tema de las normas de competencia puede considerarse como uno de los más complejos e interesantes de la teoría del derecho. Así lo muestra el debate que suscita su naturaleza.
  12. Debe distinguirse entre competencia y normas de competencia. El término competencia se relaciona con el poder jurídico para modificar el sistema jurídico, ya sea añadiendo o eliminando normas. Las normas de competencia (formuladas o derivadas) son aquellas que facultan a determinados individuos para crear normas o actos jurídicos válidos, modificando el sistema jurídico, es decir, conceden una competencia.
  13. La importancia del orden de competencias y la definición de las que, en cada caso, se ejerzan, no puede quedar a merced de las alegaciones de las partes, sino que deben ser determinadas en atención a los criterios objetivos que sobre cada materia establecen la Constitución, y las leyes a las que aquella se remita.
  14. Debe distinguirse entre titularidad y ejercicio de las competencias, pues una cosa es que al ejercerse las competencias se produzcan inevitablemente interferencias y otra distinta es que sea inevitable la duplicidad entre las materias.
  15. El proceso de interpretación de las materias puede dividirse en tres etapas: definición, redefinición y encuadramiento, que se encuentra condicionado por la teoría que se adopte: objetiva, finalista o mixta.
  16. En el federalismo americano la división de la función legislativa se lleva a cabo por el artículo 1, secciones 8 y 10, y la X enmienda, que establecen una lista tasada de facultades para la federación, prohibiciones a los estados, y facultades residuales para éstos, siendo cada nivel de gobierno responsable de legislar e implementar en su propia esfera las materias que le son atribuidas, previendo en su lista competencial sólo los derechos de autor. Su funcionamiento ha cambiado con el tiempo.
  17. El hito fundamental en la distribución competencial sobre derechos fundamentales es la *Civil Rights Act* de 1964, que supuso por parte de los estados la aprobación del uso de los poderes del Congreso Federal para apoyar los esfuerzos de

aquellas entidades deseosas de hacer valer los derechos de las minorías raciales y forzar a las reticentes a cumplir con los estándares constitucionales.

18. El federalismo alemán es una constante en su historia constitucional. En él, existen facultades exclusivas de los *Länder* y del *Bund*, facultades concurrentes, marco (hasta 2006), y de principios. Como competencias no escritas están: las que son a causa de la naturaleza de las cosas, a causa de conexión objetiva, y las anejas. Su característica principal es la distribución de la función ejecutiva y legislativa entre los respectivos niveles de gobierno.
19. La Ley Fundamental reconoce expresamente tanto al *Bund* como a los *Länder* la facultad para regular derechos y deberes de los ciudadanos, lo cual ha exigido un punto de equilibrio que evite el menoscabo o el detrimento de unas normas constitucionales en favor de otras.
20. El federalismo mexicano de inspiración americana e influencia española, se vio sujeto al devenir político de nuestro país. Existen facultades expresas e implícitas de la federación, atribuidas a las entidades federativas, prohibidas a la federación, prohibidas a las entidades, coincidentes, coexistentes y de auxilio.
21. En México sí existe distribución de competencias tratándose de derechos fundamentales, que les brinda una mayor protección, y para lo cual debe hacerse una interpretación de los derechos y de las normas competenciales, cuya mejor garantía queda en la argumentación jurídica.