

FEDERALISMO Y DERECHO A LA SALUD

FEDERALISM AND THE RIGHT TO HEALTH

José María SOBERANES DÍEZ*
Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, UATx
josemariasd@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-7400-8302>

Fecha de recepción: 30 de marzo de 2023
Fecha de aceptación: 12 de agosto de 2023

Resumen:

El texto aborda la cuestión del destinatario de los derechos humanos, especialmente en el contexto del federalismo mexicano, destacando la importancia de identificar una autoridad específica responsable de promover y proteger los derechos. Se analiza el federalismo mixto en México, donde se combinan diversas formas de repartir competencias. Partiendo del derecho a la protección de la salud como un derecho concurrente, prestado tanto por la Federación como por las entidades federativas, el trabajo busca analizar cómo opera el federalismo mexicano en relación con este derecho, considerando normas nacionales e internacionales. Para ello, el texto se divide en cuatro apartados: el primero es una introducción, el segundo analiza los modelos federalistas en general, el tercero se enfoca en el caso mexicano y el cuarto examina el derecho a la protección de la salud como un derecho concurrente.

Summary:

The text addresses the issue of the recipient of human rights, especially in the context of Mexican federalism, emphasizing the importance of identifying a specific authority responsible for promoting and protecting rights. It analyzes mixed federalism in Mexico,

* Investigador Nacional nivel II del Sistema Nacional de Investigadores del CONAHCYT.

where various forms of distributing competencies are combined. Starting with the right to health protection as a concurrent right provided by both the Federation and the federative entities, the work aims to examine how Mexican federalism operates in relation to this right, considering national and international standards. The text is divided into four sections: the first is an introduction, the second analyzes federalist models in general, the third focuses on the Mexican case, and the fourth examines the right to health protection as a concurrent right.

Palabras clave: Estado, federalismo, derecho, salud.

Keywords: State, federalism, law, health.

I. Introducción

Desde las primeras declaraciones de derechos es por todos aceptado que el Estado es el destinatario de los derechos humanos. Esta se trata, sin embargo, de una afirmación muy general. Para el constitucionalismo y, sobre todo, en el ámbito procesal es importante poder establecer un destinatario concreto, una autoridad que sea responsable de promover, respetar garantizar y proteger los derechos. La forma de dividir el poder y, específicamente, la forma de Estado que se adopte, tiene incidencia en la determinación del destinatario.

Al respecto es interesante la experiencia mexicana, no solo por haber adoptado el federalismo como forma de Estado, pues cabrían otros ejemplos, sino también por contar con un federalismo mixto, en el que se combinan diversas formas de repartir las competencias.

Dentro de la variedad de derechos humanos reconocidos por México, respecto al federalismo llama la atención el derecho a la protección de la salud, puesto que constitucionalmente se trata de un derecho concurrente, es decir, que debe ser prestado tanto por la Federación como por las entidades federativas.

Conforme a esta norma norteamericana existen dos ámbitos de competencia, que son excluyentes: o la facultad es federal o es local; no puede ser de ambos. Siendo de un ámbito, es a éste a quien corresponde legislar, administrar y juzgar en esa materia. De ahí que la expresión “dual” quiera significar esta bifurcación.

A la luz de lo anterior es que resulta importante clarificar cuál de los diversos órdenes jurídicos, y en qué medida, deben intervenir en la prestación del derecho de protección a la salud. Por ello es que este trabajo intentará ocuparse de la cuestión.

Conforme a esta norma norteamericana existen dos ámbitos de competencia, que son excluyentes: o la facultad es federal o es local; no puede ser de ambos. Siendo de un ámbito, es a éste a quien corresponde legislar, administrar y juzgar en esa materia. De ahí que la expresión “dual” quiera significar esta bifurcación.

Tratar esto también es interesante a la luz de normas internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que, en los estados federales, como es México, el gobierno nacional debe cumplir con las disposiciones relacionadas con materias sobre las que tiene competencia (artículo 28).

Así pues, para poder analizar cómo opera el federalismo mexicano respecto al derecho a la protección de la salud, analizaremos los modelos federalistas en general (apartado II), para después aterrizarlo al caso mexicano (apartado III) y, en específico, al derecho en cuestión (apartado IV).

II. Los modelos realistas

Como preámbulo debe señalarse que a grandes rasgos existen dos modelos federalistas en el mundo: el dual y el cooperativo. El primero tiene origen norteamericano. La Constitución estadounidense de 1789 creó dos ámbitos de poder exclusivos y recíprocamente limitados situados en un plano de absoluta igualdad; sin embargo, no estableció una distribución competencial entre ellos. Esto sucedió en la Décima Enmienda, ocurrida dos años después (15 de diciembre de 1791), en donde expresamente se dijo que “Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, queda reservados a los Estados respectivamente o al pueblo”.

Esta técnica de distribución tiene lógica en el federalismo por integración de comunidades soberanas, puesto que las competencias de la autoridad central son creadas *ex novo*, mientras que los estados miembros conservan todos los poderes que ya poseían y que no le transfirieron a la

Unión.¹ En los sistemas federales con origen en un proceso de descentralización, en cambio, las competencias de las comunidades territoriales son taxativamente enumeradas por regla general.²

Se siga una u otra técnica, en ambos casos se distinguen las facultades federales y las locales. Esta división constituye el soporte de lo que fue denominado por Corwin “federalismo dual” (*dual federalism*),³ quien remite, no obstante, su origen a las ideas plasmadas en los artículos 39 y 46 de *El Federalista* de Hamilton.

Conforme a esta norma norteamericana existen dos ámbitos de competencia, que son excluyentes: o la facultad es federal o es local; no puede ser de ambos. Siendo de un ámbito, es a éste a quien corresponde legislar, administrar y juzgar en esa materia. De ahí que la expresión “dual” quiera significar esta bifurcación.

En términos jurisprudenciales, llegó a tener su máximo rigor en el caso *Hammer vs Dagenhart*,⁴ en el que la Suprema Corte de los Estados Unidos declaró inconstitucional una ley federal por no contar con facultades expresas para regular el comercio de bienes fabricados por niños. No obstante, el federalismo dual ha sido matizado. Por una parte, el precedente del caso *Hammer* fue abandonado en el contexto de las políticas del *New Deal*, y en 1941⁵ comenzó una línea jurisprudencial en la que abrió el entendimiento de las facultades federales, permitiendo que casi cualquier cuestión pudiera entenderse como parte de la facultad federal para regular el comercio entre estados, lo que estuvo vigente hasta hace dos décadas.⁶

Por otra parte, también ha sido matizado, producto de los nuevos roles del Estado, que interviene más en la vida social y económica, que se ha sumado a la asignación de estas importantes facultades a la Federación,⁷ lo que provocó un fenómeno llamado

¹ TAJADURA, Javier, “Estudio preliminar” en Tajadura, Javier, *et al.*, *Federalismos siglo XXI*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 52

² *Ibid.* Hay que subrayar que esta es una regla común, pero no siempre es así, como ocurre en México que, pese a ser un federalismo por descentralización, utiliza la fórmula del federalismo por integración.

³ CORWIN, Edward, *The twilight of the Supreme Court. A history of our Constitution*, New Haven, Yale University Press, 1934.

⁴ *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918).

⁵ *United States v. Darby Lumber Co.*, 312 U.S. 100 (1941).

⁶ En el año de 1995 se establecieron por primera vez límites a la interpretación tan abierta de la facultad de legislar el comercio entre los estados, en el caso *United States v. Alfonso López, Jr.*, 514 U.S. 549 (1995), con lo cual la “Corte Rehnquist” inició una nueva línea jurisprudencial sobre el federalismo.

⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El federalismo en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 19.

“neofederalismo”⁸ o “estado federal unitario”, según la clásica fórmula de Hesse, con la que busca expresar la preponderancia de la federación.⁹

Un ejemplo claro es México, en donde se han hecho múltiples reformas constitucionales para atribuirle facultades a la Federación. Al día en que esto se escribe se han realizado ochenta y dos reformas al artículo 73 constitucional, que es el que establece las facultades del Congreso de la Unión, siendo el precepto más reformado de todos.

En este contexto es que surgió el segundo modelo federalista, el cooperativo. Las bases teóricas las sentó Morton Grodzins con una metáfora culinaria. Señaló que el federalismo no era pastel de tres niveles, sino de uno jaspeado (*marble cake*) o un pastel arcoíris (*rainbow cake*), que se caracteriza por una mezcla inseparable de ingredientes de diferente color.¹⁰ En este sentido, el federalismo presupone la coparticipación de poderes y estados entre las distintas esferas de gobierno excluyendo toda rigidez.¹¹

Pero fue en Alemania donde ocurrió su desarrollo normativo. A finales de los años sesenta del siglo XX, ese país se percató de que vivía sumergido en una catástrofe educativa, de la cual los *Länder* (estados) tenían buena parte de la culpa. Ante esta situación, se optó por una reforma constitucional, que hizo que las competencias de los *Länder* pasaran a ser responsabilidad compartida con el *Bund* (Federación), a la que se sumó una reforma al sistema tributario. Con eso se creó un nuevo nivel: las tareas compartidas que dieron origen al federalismo cooperativo.¹²

Efectivamente, no era alternativa transferir la facultad local a la Federación, puesto que existían *Länder* que realizaban bien su tarea educativa. Tampoco lo era quedarse con el la distribución de ese momento, pues el *Bund* se vería imposibilitado a apoyar a los estados, ya que

⁸ DURAND, Charles, “El Estado federal en el derecho positivo” en BERGER, G. et al., *Federalismo y federalismo europeo*, Madrid, Tecnos, 1965, p. 213.

⁹ HESSE, Konrad, “El Estado federal unitario” en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 6, julio-diciembre 2006 (publicación electrónica consultable en <http://www.ugr.es/~redce/>). El original de este trabajo, en alemán, es de 1962.

¹⁰ Esta idea se encuentra a lo largo de la obra de GRODZINS, Morton, *The american system. A new view of government in United States*, Chicago, Rand Mac Nally, 1960.

¹¹ FERNÁNDEZ SEGADO, *op. cit.*, p. 24.

¹² NAGEL, Klaus Jürgen, “El federalismo alemán. ¿Más cooperación o nueva asimetría?” en *Revista de estudios públicos*, núm. 118, oct-dic 2002, p. 69.

invadiría su competencia. Por ello era necesario un nuevo modelo, que permitiera la actuación federal en unos casos.

A partir de entonces, se pudieron distinguir las materias exclusivamente federales, materias exclusivamente locales, materias coincidentes, y la legislación marco o básica en las materias que son compartidas.¹³ Esto, sin embargo, fue matizado en la reforma a la Ley Fundamental de Bonn de 2006.

III. El federalismo en México

Salvo el breve periodo de 1836 a 1841,¹⁴ México ha sido una federación, y ha contemplado el sistema dual desde el primer proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, del 25 de agosto de 1842, cuyo artículo 80 a la letra disponía: “Todas las atribuciones y facultades que no se otorgan específicamente al Congreso nacional, Poder Ejecutivo y Suprema Corte de Justicia, se entenderá que quedan reservadas a los departamentos”. Esta fórmula se repitió en el artículo 71 del segundo proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, del 2 de noviembre de 1842.

En el voto particular de Mariano Otero al Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, del 5 de abril de este año, contempló un sistema rígido de distribución de competencias, que eventualmente sería previsto en el Acta Constitutiva y de Reformas en sus artículos 20 y 21.¹⁵

En la *Constitución Política* de 1857¹⁶ se previó de manera clara que las facultades que no estaban expresamente concedidas a los funcionarios federales se entendían reservadas a los

¹³ LÓPEZ PORTOS, María Begoña, *Los nuevos modelos federales*, tesis doctoral, España, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, p. 60.

¹⁴ Sobre las ideas y debates en torno al naciente federalismo mexicano, así como el paso al centralismo, puede consultarse SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Y fuimos una federación*, México, Porrúa, 2013; y del mismo autor *Y los conservadores tomaron el poder*, México, Porrúa, 2014.

¹⁵ “Art. 20. Sobre los objetos cometidos 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.

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

¹⁶ A la letra dijo: “117. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución á los funcionarios federales, se entienden reservadas á los Estados”.

estados, y que correspondía a los tribunales de la federación juzgar los casos que versaran sobre la aplicación de las leyes de este ámbito.¹⁷

La Constitución de 1917 siguió la línea de sus antecesoras en el establecimiento del federalismo dual, y su artículo 124 dispuso que las facultades que no estuvieran expresamente concedidas por carta magna a los funcionarios federales se entienden reservadas a los estados.¹⁸

De acuerdo con ello, existen dos ámbitos de competencias claramente delimitados: el federal y el local, siendo propias cada una de las materias legislativas de cada uno de ellos. Del ámbito federal son propias las materias que expresamente indica la Constitución, a las que podemos llamar tasadas. Del ámbito local son propias el resto, a las que podemos llamar residuales. De esta forma, la facultad para legislar en materia de comercio corresponde a la Federación, porque expresamente se le concedió al Congreso de la Unión esta facultad.

Así pues, de acuerdo con el texto original, existían facultades federales y facultades locales. Había facultades que podían pensarse compartidas. Es el caso de la materia administrativa. Sin embargo, esta es una disciplina académica, no una materia competencial. Si bien existe la ciencia del derecho administrativo, desde el punto de vista constitucional existen materias diversas que se le encomiendan a los ejecutivos que no pueden confundirse, aunque, por estar referidas a la actividad administrativa sean estudiadas en una misma disciplina. Así, por ejemplo, competencialmente son distintas las vías generales de comunicación y el inmobiliario urbano, aunque ambos aspectos sean tratados académicamente por administrativistas.

Pero existía una distinción entre dos ámbitos que era intrínseca a cada una, de forma que la federación podía legislar respecto a la administración federal, y los estados, respecto a la administración local. Por ejemplo, el Congreso de la Unión solo podía legislar sobre la creación de empleos públicos de la Federación, pero no de empleos públicos locales, y viceversa.

De acuerdo a esto, pueden distinguirse materias federales y las materias locales. De conformidad con el modelo dual adoptado desde el siglo XIX, las materias federales tendrían que

¹⁷ Expresamente dispuso “97. Corresponde á los tribunales de la federación, conocer: I. De todas las controversias que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales”.

¹⁸ Textualmente se dispuso: “Art. 124.- Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”.

ser legisladas, administradas y juzgadas por autoridades federales; y las materias locales deberían ser legisladas, administradas y juzgadas por autoridades de ese nivel de gobierno.

No obstante, en el texto original de la Constitución de 1917 comenzó el resquebrajamiento del sistema dual, porque se permitió que los jueces locales aplicaran leyes federales, al establecer que en los asuntos que solo se afectarían intereses particulares y que versaran sobre la aplicación de leyes federales podrían ser resueltos por tribunales locales a elección del actor.¹⁹

Textos constitucionales de otras naciones de los años posteriores también resquebrajaron el modelo dual rígido. Por ejemplo, la Constitución austriaca de 1920 distinguió entre materias que legislaría y ejecutaría el estado federal (art. 10), de materias que legislaría el estado federal pero que serían ejecutadas por los estados (art. 11).

Esta línea fue seguida en la reforma al artículo 123 constitucional del 21 de noviembre de 1962, en que se dispuso que la aplicación de leyes laborales correspondería a las autoridades locales, salvo en determinadas industrias, con lo cual se permitió la aplicación de leyes federales por autoridades locales, rompiendo uno de los presupuestos básicos del federalismo dual.

Pero más allá de la posibilidad de aplicación de leyes, el abandono al federalismo dual se produjo a través considerar que una misma materia era propia de más de un ámbito de gobierno. Esto sucedió con la materia educativa, con la reforma al artículo 3º, de 1934, en que se dispuso que el Congreso de la Unión tenía facultad de dictar leyes para distribuir la función educativa entre la Federación, los estados y los municipios.²⁰

¹⁹ Así decía el artículo 104 constitucional original, cuyo espíritu se mantiene, aunque se haya modificado algo la redacción: “Art. 104.- Corresponde a los tribunales de la Federación conocer: I.- De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre cumplimiento y aplicación de leyes federales, o con motivo de los tratados celebrados con las potencias extranjeras. Cuando dichas controversias sólo afecten a intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales locales del orden común de los Estados, del Distrito Federal y Territorios. Las sentencias de primera instancia serán apelables para ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado. De las sentencias que se dicten en segunda instancia, podrán suplicarse para ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, preparándose, introduciéndose y substanciándose el recurso en los términos que determinare la ley”.

²⁰ Textualmente dispuso la reforma al artículo 3º constitucional del 13 de diciembre de 1934: “ARTÍCULO 3º. [...] El Congreso de la Unión, con el fin de unificar y coordinar la educación en toda la República, expedirá las leyes necesarias, destinadas a distribuir la función social educativa entre la Federación, los Estados y los Municipios, a fijar las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público y a señalar las sanciones aplicables a los funcionarios que no cumplan o no hagan cumplir las disposiciones relativas, lo mismo que a todos aquellos que las infrinjan”.

Se trató de una norma muy innovadora, puesto que determinó que una materia podía ser legislada por dos ámbitos de competencia, sin que existiera un motivo intrínseco que permitiera distinguir qué le corresponde a cada quién. En efecto, si se quiere establecer una escuela y puede hacerlo tanto la federación como el estado, no existe en la naturaleza de la función educativa una regla que permita determinar si debe hacerlo la federación o el estado, como puede existirlo en la creación de empleos federales. Esto hace necesaria la existencia de una ley que sea la que determine qué aspectos de la materia corresponden a cada ámbito.

Estamos, pues, en presencia de una nueva categoría: las materias concurrentes, que son aquellas que corresponden a dos ámbitos, y cuyas concreciones no se derivan de la naturaleza de la materia. Con ello se adoptó un esquema de federalismo cooperativo. Esto se hizo sin el soporte teórico, porque éste se originó treinta años después. Por ello, podemos decir que el federalismo cooperativo desde el plano normativo —mas no teórico— es originalmente mexicano.

A la materia educativa le han seguido otras muchas: asentamientos humanos (1976), salud (1983), protección al medioambiente (1987), protección civil (1999), turismo (2003), cultura (2004), entre muchas otras. Hoy en día contamos con veintiocho facultades concurrentes.²¹

Así pues, en el federalismo mexicano existen materias federales, que son las expresamente reservadas para este ámbito; las materias concurrentes, que son las que corresponden a dos ámbitos, y cuya naturaleza no permite distinguir qué aspectos corresponden a cada uno, por lo que se requiere una decisión legislativa, y las materias locales, que son aquellas que no están reservadas a la federación y no son concurrentes.²²

²¹ Las materias de: sistema nacional anticorrupción, seguridad pública, protección civil turismo, cultura, educación, partidos políticos, organismos electorales, y procesos electorales, responsabilidades administrativas de los servidores públicos, endeudamiento público, afectación de participaciones para cubrir los empréstitos y obligaciones de pago, tipos penales y sus sanciones sobre de secuestro, desaparición forzada de personas, otras formas de privación de la libertad contrarias a la ley, trata de personas, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como electoral, contabilidad gubernamental, mecanismos alternativos de solución de controversias, con excepción de la materia penal, organización y el funcionamiento de los registros civiles, los registros públicos inmobiliarios y de personas morales, transparencia gubernamental, acceso a la información y protección de datos personales en posesión de las autoridades, organización y administración homogénea de los archivos públicos y funcionamiento del Sistema Nacional de Archivos, mejora regulatoria, justicia cívica e itinerante, salud asentamientos humanos, protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico, cultura física y deporte, pesca y acuacultura, fomento y desarrollo sustentable de la actividad cooperativa, derechos de niñas, niños y adolescentes, responsabilidad hacendaria y derechos de las víctimas.

²² Para profundizar sobre la distribución competencial en México puede verse FAYA VIESCA, Jacinto, *El federalismo mexicano*, México, Porrúa, 2004.

De esta forma, las materias concurrentes son una expresión del federalismo cooperativo, junto a la posibilidad de celebrar convenios de coordinación entre los diversos órdenes de gobierno respecto a las facultades que les son propias, como lo autoriza la propia Constitución respecto a la prestación de servicios municipales por parte de los estados (artículo 115, fracción III, párrafo penúltimo), o la asunción de facultades estatales por parte de la Federación (artículo 116, fracción VII).

1. *Las leyes generales*

El federalismo tiene dos perspectivas desde el que puede ser analizado: la vertical y la horizontal. La vertical hace referencia a las relaciones entre la Federación y los estados. La horizontal, por su parte, se refiere a las relaciones entre las diversas entidades federativas.

Un federalismo dual, en el que tanto la Federación como los estados tienen perfectamente delimitadas sus competencias no es ajeno a problemas que pueden presentarse desde la perspectiva horizontal. En efecto, la existencia de órdenes jurídicos locales propios en determinadas materias puede producir tratamientos jurídicos diversos a situaciones esencialmente iguales. Sería el caso de una sentencia dictada en un estado que debe surtir ciertos efectos en el territorio de otro estado.

Ante esta situación, desde la Constitución norteamericana de 1787 se estableció que cualquier acto jurídico celebrado en un estado tendría plena validez en los demás, precisando que el Congreso tendría facultad de prescribir, mediante leyes generales, la forma en que tendrían efectos.²³ Esta fórmula fue copiada por la Constitución mexicana de 1857²⁴ y reproducida por la Constitución de 1917, en su artículo 121.

De esta forma surgió el concepto de leyes generales para solucionar los problemas que pudieran surgir del federalismo desde la perspectiva horizontal.

²³ Textualmente indica: “Artículo Cuarto. Primera Sección. Se dará entera fe y crédito en cada Estado a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los demás. Y el Congreso podrá prescribir, mediante leyes generales, la forma en que dichos actos, registros y procedimientos se probarán y el efecto que producirán”.

²⁴ A la letra indicaba: “115. En cada Estado de la federación se dará entera fe y crédito á los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El congreso puede, por medio de leyes generales, prescribir la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos y el efecto de ellos”.

Ahora bien, con el surgimiento del federalismo cooperativo y de las materias concurrentes brota un problema desde la perspectiva vertical, que consiste en cómo determinar qué aspecto de cada materia corresponde a cada nivel. En efecto, en el federalismo dual no existe este problema, porque una materia corresponde a un nivel o a otro. Pero en las materias concurrentes no puede desprenderse qué aspecto corresponde a cada ámbito.

Desde la perspectiva dual, por ejemplo, si la materia laboral corresponde a la Federación, los estados no pueden dictar una ley sobre las relaciones de trabajo. Pero, desde la perspectiva cooperativa, si la materia de salud corresponde a dos ámbitos, no puede saberse de antemano a quién le incumbe el tratamiento de enfermedades cardíacas y a quién el de padecimientos gástricos.

Ante esta problemática, el federalismo cooperativo ha recurrido a la antigua fórmula de las leyes generales para evitar esos problemas, siendo estas normas las que distribuyen las competencias entre cada uno de los ámbitos a los que la Constitución les permite tratar una misma materia.

De esta forma, en el sistema jurídico mexicano las facultades concurrentes implican que las entidades federativas, los municipios y la Federación “puedan actuar respecto de una misma materia, pero será el Congreso de la Unión el que determine la forma y los términos de la participación de dichos entes a través de una ley general”.²⁵

La función de reparto competencial que tienen las leyes generales en el orden jurídico del país genera que tengan una posición preferente respecto a otras leyes, como lo ha entendido la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Aunque en algún caso había comenzado a construir esta idea, no fue hasta que interpretó el artículo 133 constitucional cuando expresamente lo determinó.

El artículo 133 constitucional dispone que la propia Constitución, los tratados internacionales y las leyes del Congreso de la Unión forman la “Ley Suprema de la Unión”. Este precepto ha generado dudas sobre cuál es la jerarquía que tiene cada una de las normas ahí

²⁵ Jurisprudencia P./J. 142/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. xv, enero de 2002, p. 1042.

descritas. La cuestión fue abordada por la Suprema Corte. Uno de los presupuestos de este análisis fue determinar qué significa la expresión “leyes del Congreso de la Unión”, respecto a lo cual sostuvo que

debe entenderse que las leyes del Congreso de la Unión a las que se refiere el artículo constitucional no corresponden a las leyes federales, esto es, a aquellas que regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal, sino que se trata de leyes generales que son aquellas que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano.²⁶

De esta forma, las leyes generales, junto con los tratados internacionales y la Constitución, conforman un orden jurídico superior, llamado “Ley Suprema de la Unión”, que sería similar a la expresión “bloque de constitucionalidad” utilizada en otras naciones.²⁷

Dentro de este bloque —determinó la Corte—, la Constitución ocupa un rango mayor, seguido por los tratados internacionales y, finalmente, por las leyes generales.²⁸ Este criterio, sostenido en 2007, debe ser actualizado a la luz de la reforma de derechos humanos de 2011, de forma que se estime que la Constitución y los derechos humanos contemplados en tratados internacionales se encuentran en la cúspide del bloque de constitucionalidad, seguido por las disposiciones no iusfundamentales de tratados, y por las leyes generales.

Ahora bien, las leyes generales no se reducen a establecer una división de competencias en una determinada materia, sino que también contienen las exigencias mínimas de regulación, por lo que han sido llamadas también “leyes base”²⁹ o “leyes marco”.³⁰

Con base en lo anterior, la Corte ha entendido que las leyes generales “distribuyen competencias entre los distintos niveles de gobierno en las materias concurrentes y sientan las bases para su regulación”.³¹ De esta forma, pueden y deben existir leyes locales en las materias

²⁶ Tesis P. VII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXV, abril de 2007, p. 5.

²⁷ Sobre este concepto puede consultarse el ya clásico libro de FAVOREU, Louis, y Francisco RUBIO LLORENTE, Francisco, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Civitas, 1991.

²⁸ Tesis P. IX/2007, de rubro “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXV, abril de 2007, p. 6.

²⁹ Expresión usada por la exposición de motivos de la Constitución venezolana de 1999.

³⁰ Expresión usada en Alemania. SERNA DE LA GARZA, José María, *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 84.

³¹ Jurisprudencia P./J. 5/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXI, febrero de 2010, p. 2322.

concurrentes, que se ajusten a estos lineamientos mínimos, pudiendo aumentar los aspectos que se regulan, pero no disminuirlos.³² De no existir leyes locales, no habría una concurrencia, sino solo una ejecución por autoridades locales de leyes federales, con lo que serían en realidad competencias legislativas de la Federación.

IV. Federalismo y salud

Vistos los rasgos generales de la distribución competencial que el federalismo mexicano implica, corresponde ahora analizar el caso específico de la salud.

1. Aspectos generales

Para empezar, hay que señalar que el texto original de la Constitución de 1917 estableció como facultad del Congreso de la Unión dictar leyes sobre salubridad general de la República.³³

Bajo una primera lectura parecería que, siendo facultad de uno de los poderes de la unión, la materia de salud sería federal, bajo las reglas del federalismo dual entonces imperante. Sin embargo, la expresión completa conlleva un adjetivo: “general de la República”. Con ello parecería que se hacía una distinción entre una “salubridad general” y una “salubridad local”.

En este sentido se pronunció la Suprema Corte al afirmar que los estados podrían legislar “sobre salubridad específica o local de sus territorios, de conformidad con el artículo 124 de la propia Carta Magna”.³⁴ Con base en ello, por ejemplo, se consideró constitucional que los congresos locales legislaran sobre productos tóxicos psicotrópicos-hipnóticos.³⁵

Ese criterio suponía una dificultad: distinguir entre la salubridad general y la salubridad local. Ante este problema, que la misma Suprema Corte reconoció, el máximo tribunal optó por

³² *Ibid.*

³³ Expresamente dispuso: “El Congreso tiene facultad [...] XVI.- Para dictar leyes sobre ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.”

³⁴ Tesis de rubro: “SALUBRIDAD GENERAL Y LOCAL, FACULTADES DE LOS CONGRESOS DE LA UNIÓN Y DE LOS ESTADOS PARA LEGISLAR EN MATERIA DE (DECRETO NÚMERO 454, DEL ESTADO DE TAMAULIPAS, PUBLICADO EL 13 DE ENERO DE 1943).”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, volumen 69, primera parte, p. 39.

³⁵ Tesis de rubro “SALUBRIDAD LOCAL, LAS DISPOSICIONES EMITIDAS POR LA LEGISLATURA DE BAJA CALIFORNIA EN MATERIA DE, NO INVADEN LA ESFERA DE LA FEDERACIÓN, EN MATERIA DE SALUBRIDAD GENERAL (PSICOTRÓPICOS). (DECRETO NÚMERO 96 DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA QUE ADICIONÓ EL CÓDIGO PENAL DE DICHA ENTIDAD).”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, volumen 76, primera Parte, p. 61.

una solución casuística al señalar que “la dificultad consistirá en precisar lo que es salubridad general de la República y lo que corresponde a salubridades generales locales, lo cual debe decidirse mediante un examen concreto en cada caso de que se trate, y es más bien una cuestión de hecho que deben decidir los tribunales³⁶

En atención a ese criterio, en la casuística resolvió la Suprema Corte en asuntos posteriores que se consideraría de salubridad general la desocupación y demolición de las casas que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, puesto que la salubridad no solo comprendía las medidas tendientes a impedir que se propaguen las enfermedades o a combatirlas, sino también las que tienden a prevenirlas.³⁷

Esta distribución de competencias se abandonó en la reforma constitucional del 3 de febrero de 1983, en la que se reconoció el derecho a la protección de la salud. Sin modificar la norma original de competencia al Congreso de la Unión, se dispuso en el artículo 4º que la ley debía establecer “la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.”

Como puede observarse, esta reforma le dio el carácter de concurrente a la materia de salubridad general. Pero lo hizo en términos del artículo 73. Esa referencia a otro precepto puede entenderse como una asignación competencial. En efecto, en la primera parte del enunciado se establece que la ley debe establecer la concurrencia, como si fuera una reserva de fuente, pero no asigna competencias. En la segunda parte, en la que remite al artículo 73, realiza la asignación competencial, dándole facultades al Congreso de la Unión para dictar la legislación correspondiente.

Teniendo el carácter de concurrente, debe ser una ley general emitida por el Congreso de la Unión la que determine qué aspectos de la salubridad deben ser atendidos por la Federación y cuáles por las entidades federativas; y la que establezca los mínimos normativos en materia de

³⁶ Tesis de rubro “SALUBRIDAD GENERAL DE LA REPÚBLICA.”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. xxxii, p. 411

³⁷ Tesis de rubro “SALUBRIDAD GENERAL (DESOCUPACIÓN Y DEMOLICIÓN DE EDIFICIOS).”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. cxxii, p. 1357.

salubridad, que pueden ser desarrollados por las entidades federativas, en los aspectos que les correspondan.³⁸

Con base en esa facultad, el Congreso de la Unión emitió la Ley General de Salud mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación 7 de febrero de 1984, es decir, un año después de la reforma constitucional.

Hay que señalar que la competencia constitucional del Congreso General no está circunscrita a tratar el federalismo sanitario en un cuerpo normativo único. Pueden establecerse los mínimos normativos y distribuirse competencias en otras leyes, junto con la antes referida. De hecho, eso ocurre. Por ejemplo, en la Ley General para el Control del Tabaco y en la Ley del los Institutos Nacionales de Salud encontramos normas de ese tipo. Para efectos de este trabajo, sin embargo, nos centraremos en el cuerpo legal principal, que es la Ley General de Salud.

En ese cuerpo normativo se enuncia todo lo que se considera parte de la salubridad general (artículo 3º). Posteriormente se hace la distribución de competencias (artículo 13), indicando lo que le corresponde al Ejecutivo federal (en el apartado A), y lo que les corresponde a las entidades federativas (en el apartado B).

Para este trabajo resulta ocioso analizar cada una de las facultades, puesto que es objeto de múltiples reformas. Hasta el día que esto se escribe se ha modificado en dieciocho ocasiones el artículo 13, que hace el reparto competencial. Pero como en muchas de sus fracciones hace referencia a lo que se considera salubridad general, los cambios en el artículo 3º, que lo define, también tienen impacto en la distribución competencial. En entendimiento de la salubridad general ha sido objeto de casi ochenta modificaciones. Así pues, podríamos hablar de casi cien cambios en menos de cuarenta años a la distribución competencial. Por ello resulta ocioso señalarlas en este trabajo, como se dice al inicio del párrafo.

Sin embargo, podemos tomar en cuenta los verbos usados en el reparto competencial. Dentro de la enunciación de las facultades federales encontramos verbos como: normar,

³⁸ En este sentido se ha pronunciado la Suprema Corte, por ejemplo, en la jurisprudencia P./J. 20/2011, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 6.

organizar, programar, evaluar y coordinar. Mientras que dentro de la enunciación de las facultades locales encontramos verbos como: operar, desarrollar o llevar a cabo.

De el uso de estas palabras podemos extraer una conclusión muy genérica: que la prestación de servicios de salud corresponde a las entidades federativas; mientras que la Federación corresponderá tanto la rectoría como la prestación de los servicios.

Este reparto competencial es genérico, puesto que puede variar en cada entidad federativa. En efecto, la Ley General de Salud establece que la distribución de competencias puede quedar sujeta a convenios específicos firmados por la Federación y el gobierno de cada entidad,³⁹ que es una de las modalidades del federalismo cooperativo, como se ha visto. Estos convenios son los que permiten que la Federación se ocupe de la prestación de servicios de salud en entidades con mayores rezagos; mientras que las entidades con mayor desarrollo pueden ocuparse de estos servicios por si mismas.

2. Competencias constitucionales de la Federación

Es importante señalar que tanto el reparto competencial legal como el que se haga, en su caso, por un convenio, tiene como límite respetar una facultad de *ex Constitutione* corresponde a la Federación: el Consejo de Salubridad General. En efecto, la fracción XVI del artículo 73 constitucional prevé la existencia de un organismo denominado Consejo de Salubridad General, que depende directamente del presidente de la República, sin intervención de ninguna autoridad. Siendo un órgano federal, solo puede ser normado por el Congreso de la Unión.

Ese Consejo puede dictar disposiciones generales que son obligatorias en todo el país. Sin embargo, en caso de que versen sobre medidas contra el alcoholismo o sustancias que “envenenen al individuo y degeneren la raza”, deben ser revisadas después por el Congreso de la Unión. En los demás casos no se requiere de revisión legislativa.

³⁹ Expresamente indica: “Artículo 18.- Las bases y modalidades de ejercicio coordinado de las atribuciones de la Federación y de las entidades federativas en la prestación de servicios de salubridad general, se establecerán en los acuerdos de coordinación que suscriba la Secretaría de Salud con los gobiernos de las entidades federativas [...]”

También *ex Constitutione* es facultad de la Secretaría de Salud, las medidas que se tomen para hacer frente a epidemias de carácter grave o de enfermedades exóticas. Estas medidas, sin embargo, deben ser sancionadas posteriormente por el presidente de la República.

3. *Normativa local*

El artículo 13 de la Ley General de Salud, al realizar la distribución competencial, tanto en lo que se refiere a la Federación como a las entidades federativas, se refiere a aspectos administrativos. Por ello, cabría preguntarse si las entidades federativas tienen la posibilidad de emitir una legislación local en los aspectos que le corresponde prestar, o si bien únicamente les corresponde atender al marco normativo que establece esa ley.

La cuestión fue planteada a la Suprema Corte de Justicia de la Nación hace unos años. Cuando la ciudad de México era un Distrito Federal, emitió una ley para la protección de la salud de la población no fumadora. Esa norma se impugnó aduciendo que a las autoridades locales únicamente les correspondía actuar bajo la regulación emitida por el Congreso de la Unión.

Al conocer de esa impugnación, la Suprema Corte reconoció que si bien la Ley General de Salud no hace referencia expresa a una facultad legislativa sino a aspectos administrativos, debe entenderse que también incluye una atribución para legislar. Eso lo sustentó en dos razones: que la concurrencia constitucional no se limita al ámbito administrativo; y que las autoridades sanitarias locales no pueden improvisar sobre las medidas de prevención al tabaquismo ni pueden tomar medidas de control y de vigilancia espontáneamente, sino que requieren de un marco referencial que les permita actuar.⁴⁰

A la luz de este criterio jurisprudencial es posible afirmar que las entidades federativas pueden emitir legislación local en los aspectos de la salud que les corresponde prestar.

4. *Municipios*

⁴⁰ Acción de inconstitucionalidad 119/2008 publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 850.

Llama la atención que los municipios no son sujetos de la concurrencia constitucional, a diferencia de otras materias, como la educación o el turismo, en donde sí lo son. Tampoco la Ley General de Salud les atribuye competencias, como es lógico, pues al hacerlo estaría trasgrediendo el texto constitucional.

Sin embargo, la realidad nos muestra que hay servicios de salud prestados por municipios; y las leyes municipales de algunos estados prevén la existencia de direcciones de salud en los ayuntamientos. Por ello cabe preguntarse sobre la constitucionalidad de estas medidas.

Al respecto hay que señalar que el artículo 116, fracción VII, en su segundo párrafo autoriza que los municipios puedan asumir la prestación de servicios públicos estatales mediante un convenio celebrado con su estado.

Atendiendo a esa norma, y a que la salubridad es una materia concurrente, la Ley General de Salud prevé que, en los acuerdos de coordinación celebrados entre la Federación y las entidades federativas para la distribución competencial, pueden definirse las directrices de la descentralización de servicios de salud de los gobiernos de los estados a los municipios.⁴¹

V. Referencias bibliográficas

CORWIN, Edward, *The twilight of the Supreme Court. A history of our Constitution*, New Haven, Yale Univesrity Press, 1934.

DURAND, Charles, “El Estado federal en el derecho positivo” en Berger, G. *et al.*, *Federalismo y federalismo europeo*, España, Madrid, Tecnos, 1965.

FAVOREU, Louis, y Francisco Rubio Llorente, *El bloque de la constitucionalidad*, España, Madrid, Civitas, 1991.

FAYA VIESCA, Jacinto, *El federalismo mexicano*, México, Porrúa, 2004.

⁴¹ Expresamente indica la Ley General de Salud “Artículo 21.- Los acuerdos de coordinación que se celebren se sujetarán a las siguientes bases: [...] VI. Definirán, en su caso, las directrices de la descentralización de los gobiernos de los estados a los municipios;”

- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El federalismo en América Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- GRODZINS, Morton, *The american system. A new view of government in United States*, Chicago, Rand Mac Nally, 1960.
- HESSE, Konrad, “El Estado federal unitario” en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 6, julio-diciembre 2006.
- LÓPEZ PORTOS, María Begoña, “Los nuevos modelos federales”, España, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, Tesis Doctoral.
- NAGEL, Klaus Jürgen, “El federalismo alemán. ¿Más cooperación o nueva asimetría?” en *Revista de estudios públicos*, núm. 118, octubre-diciembre 2002.
- SERNA DE LA GARZA, José María, *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Y fuimos una federación*, México, Porrúa, 2013.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Y los conservadores tomaron el poder*, México, Porrúa, 2014.
- TAJADURA, Javier, “Estudio preliminar” en Tajadura, Javier, *et al.*, *Federalismos siglo XXI*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

VI. Tesis y Jurisprudencia

- Jurisprudencia P./J. 142/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XV, enero de 2002.
- Tesis P. VII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXV, abril de 2007.
- Tesis P. IX/2007, de rubro “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXV, abril de 2007.
- Jurisprudencia P./J. 5/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXI, febrero de 2010.
- Tesis de rubro: “SALUBRIDAD GENERAL Y LOCAL, FACULTADES DE LOS CONGRESOS DE LA UNIÓN Y DE LOS ESTADOS PARA LEGISLAR EN MATERIA DE (DECRETO NÚMERO 454, DEL ESTADO DE TAMAULIPAS, PUBLICADO EL 13 DE ENERO DE 1943).”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, volumen 69, primera parte.

Tesis de rubro “SALUBRIDAD LOCAL, LAS DISPOSICIONES EMITIDAS POR LA LEGISLATURA DE BAJA CALIFORNIA EN MATERIA DE, NO INVADEN LA ESFERA DE LA FEDERACIÓN, EN MATERIA DE SALUBRIDAD GENERAL (PSICOTRÓPICOS). (DECRETO NÚMERO 96 DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA QUE ADICIONÓ EL CÓDIGO PENAL DE DICHA ENTIDAD).”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, volumen 76, primera parte.

Tesis de rubro “SALUBRIDAD GENERAL DE LA REPÚBLICA.”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. XXXII.

Tesis de rubro “SALUBRIDAD GENERAL (DESOCUPACIÓN Y DEMOLICIÓN DE EDIFICIOS).”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. CXXII.

Jurisprudencia P./J. 20/2011, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXIV, agosto de 2011.