

## CAPÍTULO V

### LAS FACULTADES RESIDUALES DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

Los Estados miembros poseen los llamados poderes residuales de conformidad con el artículo 18, párrafo 1º de la Constitución brasileña de 1946, que establecía al respecto: "Los Estados se reservan todos los poderes que, implícita o explícitamente, no les sean prohibidos por esta Constitución."

La Constitución de 1967, en el artículo 13, párrafo 1º, también expresa: "Competen a los Estados todos los poderes no conferidos por esta Constitución a la Unión o a los Municipios."

En la reforma de octubre de 1969 se modificó la redacción al disponerse, en el mismo precepto: "A los Estados se les confieren todos los poderes que, explícita o implícitamente no les sean prohibidos por esta Constitución."

Se conserva de esta manera un principio que proviene del artículo 21, de la Carta Magna de 1937, y que a su vez fue consignado en el artículo 7º, fracción IV, de la Constitución de 1934; y en el artículo 65, fracción II, de la Ley Fundamental de 1891, y que tiene su origen en la Enmienda X de la Constitución de los Estados Unidos de 1787.

Como es natural, resulta indispensable delimitar las competencias recíprocas entre la Unión y los Estados miembros, usándose comúnmente al respecto la técnica de atribuir determinadas competencias expresas a la Unión y a los Estados miembros, en cuanto las facultades no previstas, que forman un campo un tanto indefinido de las competencias reservadas, son conferidas, por regla general, a los Estados miembros. Es claro que tales facultades remanentes se pueden asignar tanto a la Unión como a los Estados miembros, pero la técnica brasileña se ha orientado en el sentido de otorgarla a los Estados miembros.

La expresión común "poderes residuales" equivale o debe considerarse como sinónima de Facultades remanentes y ambos provienen de vocablos estadounidenses, pues de acuerdo con la terminología norteamericana los poderes remanentes (*remaining powers*) se equiparan a los residuales o facultades reservadas (*reserved powers*). Los poderes remanentes son aquellos que, no habiendo sido delegados a la Unión pero tampoco negados a las Entidades federativas, se reservan a éstos o a sus propios pueblos, en una definición que resulta válida tanto para el federalismo brasileño como para el estadounidense.

Ferguson y McHenry definen los poderes remanentes de la siguiente manera: "El gobierno de los Estados posee una concesión indefinida de los poderes remanentes que no son otorgados al gobierno federal ni prohibidos a los propios Estados. El carácter oscilante de esta situación está indicada en el lenguaje de la Décima Enmienda."<sup>9</sup>

Una vez expuesta la idea sobre los poderes reservados, los mismos autores la explican en esta forma: "Los poderes reservados son aquellos que no fueron delegados al gobierno federal. Algunos son conservados por los Estados, en tanto que otros que las Entidades federativas tienen prohibición de ejercer, fueron reservados al pueblo."<sup>10</sup>

Aun cuando normalmente se atribuyen los poderes reservados a los Estados miembros, la historia constitucional nos demuestra, que en la práctica tales poderes residuales funcionan de manera ilusoria, ya que las funciones delegadas a la Unión son muy amplias y tienden a crecer de manera irresistible, como ha ocurrido en los Estados Unidos, en Alemania, en Brasil y en la generalidad de los países federales.<sup>11</sup>

Históricamente se ha sostenido que la idea del poder remanente se asocia con el federalismo estadounidense, y a este respecto Madison subrayó acertadamente que pocas eran las facultades del gobierno federal de los Estados Unidos, relativos especialmente a las relaciones externas, tales como la guerra, la paz, el comercio, en tanto que eran numerosos los derechos que se asignaban a las Entidades federativas en el curso normal de la vida.<sup>12</sup> Además, en la formación política norteamericana, los *States* eran comunidades independientes y soberanas, que antes de asociarse estaban celosas de sus prerrogativas, pretendiendo ceder lo menos posible al gobierno federal, y de ahí deriva la técnica utilizada de reservar los poderes a los propios Estados miembros.

En la división de competencias del régimen federal, si se hace un estudio comparativo de las constituciones federales, se descubre que normalmente las prerrogativas de la Unión son especificadas y consignadas en forma expresa, otorgándose a los Estados miembros el campo indefinido y que no es susceptible de enumeración exacta, de las otras competencias, que constituyen los poderes residuales o remanentes.

El sistema se estableció primeramente en los Estados Unidos a partir del año de 1791, con la Enmienda X, y fue adoptado por numerosos países como Suiza en su Constitución de 1948 (artículo 3º de la Carta de 1874); por Australia en su Carta de 1900 (artículo 51); en Argentina en su Constitución de 1853 todavía en vigor (artículo 104, que equivale al artículo 97 del texto reformado en 1949 y derogado en 1955); Venezuela en su Constitución

<sup>9</sup> *The American Federal Government*, McGraw-Hill Book Company Inc., 1950, p. 87.

<sup>10</sup> *Op. ult. cit.*, p. 360.

<sup>11</sup> Cfr. Lowell Field, *Governments in Modern Society*, New York, 1951, pp. 329 y ss.

<sup>12</sup> *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1943, p. 202.

de 1947 (artículo 120 que equivale al artículo 17, ordinal 7º de la Ley Suprema vigente de 1961); México en su Carta Magna de 1917 (artículo 124); Austria en el artículo 15 de su Constitución Federal de 1920, reformada en 1929 y todavía en vigor; y en Alemania a partir de la Carta de 1871 (artículo 4); la de 1919 (artículos 6 a 10) y actualmente en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en su artículo 70, el cual dispone: "El derecho de legislar corresponde a las provincias en la medida en que la presente Ley Fundamental no otorga facultades legislativas a la Federación."<sup>13</sup>

En lo tocante al sistema utilizado sobre las facultades residuales en la Unión Soviética, se pretende que durante el régimen de la Ley Fundamental de 1925 (artículo 3º), estas facultades residuales pertenecían a las repúblicas federadas, pero en la actualidad se discute sobre este aspecto, afirmando los tratadistas Szyzbera y Von Schelting, que tales poderes remanentes corresponden *ipso facto* a la Unión, estimando que la preeminencia de la competencia federal se ha ampliado en detrimento de las que corresponden a las repúblicas federadas, como en el caso del régimen cooperativo, de las asociaciones de toda especie, reglamentos de trabajo, derechos de autor, así como la facultad legislativa en estas materias, destacando que los tratadistas del derecho público soviético sostienen la existencia de una especie de presunción tácita en relación con este desarrollo.<sup>14</sup>

En efecto, si es verdad que las repúblicas se asocian libremente y que tienen también la facultad de secesión, de acuerdo con lo que establecen los artículos 13 y 17 de la Constitución Federal de la URSS de 1936, una vez asociadas, aspiran al establecimiento del Estado Socialista de obreros y de campesinos, en un sistema de economía socialista para el desarrollo de la riqueza social, de la vida de los trabajadores, y de la independencia y defensa de la Unión Soviética.

Por otra parte, existen Cartas que otorgan los poderes residuales a la Unión, como ocurre con la Constitución de Canadá, de 1867, en su artículo 91; con la Constitución de África del Sur de 1909 en su artículo 85 (que equivale al artículo 84, parágrafo 1 de la Constitución de la República Sud-

<sup>13</sup> Cfr. André y Suzanne Tunc, *Le Système Constitutionnel des Etats Unis d'Amérique. Histoire Constitutionnelle*, París, 1954, p. 89; Giese, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (La Ley Fundamental de la República Federal Alemana), Frankfurt A. M., 1955, pp. 116-117.

<sup>14</sup> "L'Etat et le Droit dans l'Union Soviétique", en *La Science Politique Contemporaine*, UNESCO, París, 1950, p. 392; Andrei Vyshinsky, *The Law of the Soviet State*, Nueva York, 1951, p. 228. En relación con la división de competencias en el Estado Federal, cfr. Dicey *Introduction a l'étude du Droit Constitutionnel*, París, 1902, p. 137; Georges Burdeau, *Traité de Science Politique*, París, 1949, tomo II, p. 434; Strong, *Modern Political Constitutions*, Londres, 1925, p. 10; Duguit, *Traité du Droit Constitutionnel*, París, 1923, tomo III, 2ª Ed., pp. 68-69; Maurice Duverger, *Manuel du Droit Constitutionnel et de Science Politique*, 1948, p. 188; Michel Mouskhely, *La Theorie du fédéralisme*, en "La Technique et les Principes du Droit Public, Études en l'honneur de Georges Scelle", Lib. Gén. de Droit et de Jurisp., París, 1950, tomo I, p. 397; Georges Scelle, *Manuel de Droit International Public*, París, 1948, p. 278.

afriicana de mayo de 1961); y con la reciente Carta Fundamental de la India de 1949, ya que esta última no sólo otorga a la Unión competencia sobre las materias que no se enumeran en el artículo 248, es decir, le confiere las llamadas competencias residuales, sino que además autoriza que la misma Unión legisle sobre los asuntos de competencia de los Estados miembros, en cuanto el Consejo de los Estados lo resuelva así o lo exija el interés nacional, en una declaración hecha por la mayoría de las terceras partes de los integrantes del citado Consejo, según lo establece el artículo 249 de la misma Constitución hindú.

De la síntesis realizada se desprende que en la generalidad de las federaciones los poderes residuales o remanentes pertenecen a las Entidades federativas, como ocurre en los Estados Unidos, República Federal Alemana, Austria, Australia, Brasil, Venezuela, México y Argentina, excepto algunos países en los cuales las referidas facultades residuales se confieren a la Unión, como en el caso de Canadá, la India y Sudáfrica, y de acuerdo con la opinión de algunos autores, también en la Unión Soviética.

Es decir, la adjudicación de los poderes residuales a los Estados miembros resulta de Enmienda X de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que establece lo siguiente: "Los poderes que no son delegados en los Estados Unidos por la Constitución, ni le son negados por ella a los Estados, son reservados respectivamente, a los Estados o al pueblo." Esta enmienda reconoció una situación de hecho, ya que los Estados entonces asociados en la Federación, amenazaban no ratificar la Carta de 1787 si no se establecía una disposición expresa confirmando la reserva de facultades. Esta Enmienda X fue elaborada inmediatamente por el Primer Congreso, según se puede descubrir en los estudios sobre la historia constitucional estadounidense.<sup>15</sup>

No obstante el citado precepto sobre las facultades remanentes la competencia de la Unión se fue ampliando de manera incesante, admitiéndose que los poderes residuales no podían contradecir en ningún momento a las facultades implícitas, es decir, las que se infieren de los poderes delegados y que son indispensables para el ejercicio de estos últimos.

Por este motivo la doctrina estadounidense alude a los llamados poderes inherentes, que derivan las propias prerrogativas del Estado Federal como una persona de derecho público internacional, a la que se confiere la soberanía.<sup>16</sup> La jurisprudencia norteamericana se orientó favorablemente en este sentido, y en la misma forma lo aceptó el Tribunal Supremo Federal del Brasil, que acogió la existencia de las facultades inherentes, en su sentencia de 30 de enero de 1907, al aceptar el derecho de expulsión de un extranjero como atributo de la soberanía nacional y preexistente a su ingreso en el territorio brasileño.

<sup>15</sup> Cfr. Carl Brent Swisher, *American Constitutional Development*, 1943, p. 42.

<sup>16</sup> Cfr. John Ferguson y Dean McHenry, *The American Federal Government*, 1950, p. 360.

Es natural que se autoricen los poderes inherentes como un recurso necesario para subsanar omisiones de las facultades delegadas, excepto si existe un poder residual expreso, como en un principio se admitió en la jurisprudencia estadounidense.<sup>17</sup>

Pero esta posición fue modificada hasta cierto punto a partir de la segunda guerra mundial, al elaborarse un amplio régimen de intervención en el plano económico, llegando a dominar el principio de la cooperación entre los Estados miembros sobre el espíritu de competencia, y en la actualidad el concepto de los poderes delegados y reservados ha sido objeto de una revisión crítica por parte del profesor William Winslow Crosskey en su libro *A Política e a Constituição na História dos Estados Unidos*.

Por otra parte, la expansión del poder federal se justifica también doctrinariamente ya que la Constitución original de los Estados Unidos no mencionaba la disposición de los poderes residuales, que se introdujo expresamente en la Enmienda X, objetivando la defensa de los "States rights".

En nuestra época existe un margen para una mayor unidad nacional, por el hecho de que todos los Estados federales necesitan de una mayor fuerza en el plano internacional, que puede obtenerse a través de una mayor unidad, que se facilita por las comunicaciones rápidas que permiten los actuales medios de transporte, y por otra parte la Unión actúa con un régimen de cooperación en la solución de los problemas de la vida social y económica de las Entidades federativas.

<sup>17</sup> Cfr. Evans y Fenwick, *Cases on American Constitutional Law*, Chicago, 1942, p. 46. Edward S. Corwin, *La Constitución norteamericana y su actual significado*, Buenos Aires, 1942, p. 207.