

Administración financiera y derecho público mexicano*

(Notas para una meditación crítica)

León Cortiñas-Peláez**

Al Dr. Gonzalo M. Armenta-Cauxirón (Las Tapias/Sinaloa, 1924) catedrático por oposición en la UNAM, presidente de la Academia Mexicana de Derecho Fiscal, ex-rector de la Universidad Autónoma de Sinaloa; al Lic. Jacinto FAYA-VIESCA (Torreón, Coahuila, 1941), ex-vicepresidente nacional del INAF de México, catedrático y vanguardia de la docencia e investigación del derecho de las finanzas públicas en la Universidad Autónoma de Coahuila; a la memoria del profesor y codificador latinoamericano don Ramón VAims-CosTA (Montevideo/Uruguay, 1908-1997); Ciencia con conciencia.

Sumario: I. Introducción. / I. De algunas ideas-fuerza. / 2. De apuntamientos concretos, respecto de una contribución inabarcable. / II. La disciplina y sus fuentes. / 3. Normatividad y principios jurídicos. / 4. A) **La tridimensionalidad de la ciencia (que no pura técnica) jurídica.** / 5. Teleología coesencial del cometido financiero: Elementos extranormativos del derecho y Constitución. / 6. B) **Constitución y fundamentación tridimensional.** / 7. Hacia una diferente jerarquización de las fuentes del derecho financiero mexicano. / 8. Abandono del individualismo mercantil-fiscal en nuestro derecho público. / 9. Imposición del artículo 89 (I) de la Constitución. / 10. La relevancia de las leyes-marco. / III. Del poder público y de la ciencia del derecho financiero. / III. A) **Democracia, inversión financiera y costumbres constitucionales.** / 12. Entaña hispánica y modelos anglosajones. / 13. B) **Polivalencia y heteronomía de los derechos financiero y tributario.** / 14. La rama financiera del derecho administrativo. / 15. Método objetivo e instituciones. / 16. Desvirtuación del bicameralismo congresional. / 17. Sensibilidad axiológica de la vera ciencia / 18. C) **Lo penal y lo tributario: la participación comunitaria en el financiamiento del gasto público.** / IV. Intervencionismo y valores éticos. / 19. A) **El principio de subsidiariedad.** / 20. El devenir del intervencionismo. / 21. Centralización absoluta y desvirtuación del estado de derecho. / 22. B) **La fraternidad y la igualdad, los grandes ausentes en "la pura libertad" de la hora de la globalización.** / 23. Un "bien triste fin de siglo". / 24. La "mano invisible" y la ética del intervencionismo. / V. Hacia una visión "macro" de lo hacendario. / 25. Concepción moderna y antiguallas italianas de la disciplina. / 26. A) **Importancia cuantitativa y cualitativa de lo fiscal en derecho federal mexicano.** / 27. a) Importancia institucional de la materia fiscal. / 28. b) Importancia "hacendaria" de la materia fiscal. / 29. B) **El nuevo "universo hacendario mexicano".** / 30. C) **Hacia la teoría general de los cometidos del Poder Público,** / VI. Ciencia moderna y confusión judicialista. / 31. **Del atraso científico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.** / 32. A) Los modos públicos de adquirir el dominio y la SCJN. / 33. B) **Los contratos administrativos de la SCJN.** / 34. C) **La inexistencia de funciones "impropias" del Poder Público ante la SCJN.** / 35. D) **La personalidad única de derecho público del Estado y la SCJN.** / 36. E) **Continuación: imprecisión de la SCJN.** / 37. F) **La inmunidad tributaria de los entes públicos.** / VII. Defensa del federalismo. / 38. A) **El principio del artículo 124 de la Constitución.** / 39. a) El complejo de paternalismo (familiar, penal, administrativo, jurisprudencial). / 40. b) **Las finanzas municipales intervencionistas.** / 41. c) El rigor analítico de García de Enterría: Lo funcional y lo operativo. / 42. d) El "federalismo de ejecución" en México. / 43. e) **La crítica del profesor MONTAÑEZ-OJEDA: severidad y atenuaciones.** / 44. B) **La desvirtuación del artículo 124 de la Constitución federal.** / 45. a) El deslinde competencial que surge de la Constitución federal. / 46. b) Un estado federal "de facto" unitario. / 47. c) **Federalismo saludable y cripto-centralismo enfermizo.** / 48. C) **De la explotación prehispánica al saqueo europeo.** / 49. a) Actualidad atroz de Alexander von Humboldt. / 50. b) **Transnacionales y reorganización autoritaria del Estado.** / 51. c) **Autoritarismo y coordinación fiscal.** / 52. d) **Desigualdad e irresponsabilidad: de la familia al Estado.** / 53. D) **inexistencia del federalismo ante finanzas "unitarias".** / 54. a) **Coordinación fiscal y regresividad tributaria.** / 55. b) **La primera perplejidad: Las técnicas al primitivo servicio de la centralización.** / 56. c) **La segunda perplejidad: El modelo estadounidense y el qué de nuestra mala "copia".** / 57. d) **La tercera perplejidad: Negatividad federal de los "subsidios en bloque".** / VIII. **Lucha contra la ignorancia.** / 58. **Del derecho como estructura normativa social.** / IX. **Del horizonte bibliográfico.**

* Discurso de ingreso, como académico numerario, a la Academia Mexicana de Derecho Fiscal, leído en la sesión del jueves 27 de noviembre de 1997, bajo la presidencia del Prof. y Mag. Dr. Luis Humberto DELGADILLO-GUTIÉRREZ y con el comentario del Prof. y Mag. Lic. Rafael IBA- RRA-GIL; los tres, profesores por oposición en la Universidad Nacional Autónoma de México.

** Profesor-investigador en la Universidad Autónoma Metropolitana (México) y, en periodo sabático (1993-1994) en la Universidad Carlos III de Madrid (beca sabática del Ministerio de Educación y Ciencia de España), en misión de la UAM (Azcapotzalco); **ex-Maitre-assistant de droit public** en la Universidad de París 1 (Pantheon-Sorbonne); profesor honorario de la Universidad Mayor de San Marcos (Lima, Perú) y de la Universidad de Guadalajara (Jalisco, México); investigador honorario de la Fundación Alexander von Humboldt (Bonn, Alemania); licenciado en Ciencias jurídicas por la Universidad Autónoma de Nuevo León (Monterrey); doctor en Derecho (Uruguay, Venezuela), Investigador Nacional de México (SEP). Dirección postal: Villa Olímpica 11-902-14020 México (22) Telefax: (...52.5) 3947492 UAM/Az.-D.D. MEXICO.

I. Introducción

1. *De algunas ideas-fuerza.* Séanos permitido apuntar seguidamente en favor o en contra algunas ideas-fuerza que la doctrina financiera mexicana pone de manifiesto, sin perjuicio de señalar brevemente ciertas divergencias que su rica y variada aportación plantea, especialmente a quienes no quieren empequeñecerse en las limitaciones del mero legista y buscan, conjuntamente, crecer en los creativos senderos del jurista, científico con conciencia. Esto como preceptúan en México autores como CORTINA-GUTIÉRREZ, FLORES-ZAVALA y GARZA-GONZÁLEZ; y ejemplarmente en la doctrina-comparada y entre tantos otros, Pierre LALUMIÈRE, Mario PUGLIESE, Louis TROTABAS y Ramón VALDÉS-COSTA entre los ya idos, así como José FERREIRO-LAPATZA, Massimo Severo GIANNINI, Pierre LAVIGNE, Fernando SAINZ DE BUJANDA, Klaus TIPKE y Klaus VOGEL entre los actuales.

2. *De apuntamientos concretos, respecto de una contribución inabarcable.* Las inquietudes y los horizontes planteados, sucesiva y hasta paralelamente por los indicados Maestros de la doctrina financiera mexicana, son de una excepcional riqueza, agudos, creativos y frecuentemente provocativos.

Nos fundaremos en sus principales obras generales, haciendo particularmente hincapié en algunos subtemas que se antojan determinantes en la reciente o próxima evolución de las instituciones financieras y administrativas mexicanas. De su señalamiento creemos surgirá la valía prospectiva de sus cogitaciones de docencia, investigación, asesoría y hasta litigio, éste en defensa de los intereses supremos de México, tal cual se encuentran imperativamente reglados en la versión prístina de la Constitución de 1917, felizmente actualizada en tantos y complejos preceptos mediante la siempre creativa operación del (derivado) Poder Constituyente permanente (1917-1997).

En definitiva, estas reflexiones sólo tienden a confirmar la riqueza tanto constructiva como crítica de la doctrina mexicana, en una reflexión académica, administrativa y forense, que se extiende durante casi setenta años (1930-1998), paralelamente a la vigorosa y no siempre unívoca normatividad de las instituciones de nuestro país. En efecto, la doctrina mexicana del Derecho Financiero ha realizado una contribución relevante a la reflexión de problemas capitales, no sólo de nuestro México y en el siglo XX, sino de cara a nuestra América Latina y en estos umbrales del tercer milenio.

II. La disciplina y sus fuentes

3. *Normatividad y principios jurídicos.* Ante la avalancha de adiciones y modificaciones, ahora semestrales, a las principales disposiciones del derecho financiero y tributario federal resulta importante la *distinción entre* quienes se limitan a enseñar *legislación* financiera y tributaria y quienes acometen la más perdurable tarea de sistematizar los *principios del derecho financiero y tributario*. En este sentido, importa destacar que:

"El conocimiento de los principios e institutos es lo más importante y lo único perdurable. Dominándolos, el análisis de los tributos en particular -siempre cambiantes y por regla general defectuosamente legislados- no ofrece dificultades; ignorándolos, ese análisis es puramente formal y letrista. La ley tributaria, como todas las leyes, sólo puede ser cabalmente entendida y, por lo tanto, correctamente interpretada por quienes conozcan los principios e institutos de la disciplina respectiva, en los cuales se concretan los principios generales de Derecho".

4. A) *La tridimensionalidad de la ciencia (que no pura técnica) jurídica.* La complejidad del fenómeno financiero, en su vertiente jurídica, lleva a una consideración sumamente rica de la misma, atendiendo tanto a los elementos normativos como a los elementos extranormativos de lo jurídico. En este sentido, hasta podría hablarse de una implícita adhesión a las recientes corrientes tridimensionalistas de la ciencia jurídica las cuales, superando las rigideces del normativismo vienés, de los años diez y veinte de nuestro siglo, postulan la integración en el estudio del derecho, en cuanto ciencia y no como pura técnica, de *tres elementos (regla, valores y realidad)*, tal cual hoy lo formulan justilósofos destacados. Así, HERNÁNDEZ-GIL, Miguel REALE, Julio-Luis MORENO y Werner GOLDSCHMIDT, prolongando en nuestros días las clásicas aportaciones de Edgar BODENHEIMER, Hermann HELLER y Rudolf SMEND.

5. *Teleología coesencial del cometido financiero: Elementos extranormativos del derecho y Constitución.* Por ello, nuestra doctrina concluye, que la actividad financiera del poder público es un cometido dominado por un *principio político finalista*, si bien su contenido es de carácter económico. En efecto, el cometido financiero comprende aspectos políticos, económicos, normativos e inclusive sociológicos, de donde ninguna doctrina está exenta de crítica, por lo cual parece razonable colocarse en un justo

medio y afirmar que, si bien la actividad financiera tiene base económica, no puede desconocerse en el estudio jurídico-científico de este cometido del poder público, la influencia de *elementos extranormativos como el político y el sociológico*, que tienen importancia preponderante.

6. B *Constitución y fundamentación tridimensional*. En el derecho mexicano positivo vigente, es la *Constitución Nacional de 1917*, con sus adiciones y modificaciones de los últimos ochenta años (1917-1997), el crisol más rico de esta fundamentación tridimensional del derecho financiero. Al respecto, las bases constitucionales actuales no se limitan a los clásicos preceptos liberales provenientes del Estado liberal burgués de Derecho de 1856-57, sino que exigen su sistemática integración con las normas democráticas y sociales de la Constitución del siglo XX. Sin olvidar la posible resurrección del alcance clásico olvidado de disposiciones que, como las re-actualizadas por nuestra doctrina reciente relativas a los *reglamentos de policía* (actuales artículos 16, párrafo 2o. y 21 párrafo lo., 2a. frase), podrían implicar potencialmente *toda una revolución en la teoría de las fuentes* del derecho mexicano si se recuerda que para los fundadores de la ciencia de la administración en los tiempos del Iluminismo y de las primeras constituciones políticas de Europa Continental, la voz "policía" tenía un sentido amplísimo, equivalente al sentido lato posterior de "servicios públicos", en el concepto de la doctrina clásica francesa.

7. *Hacia una diferente jerarquización de las fuentes del derecho financiero mexicano*. En verdad, algunos autores no entran en momento alguno a un estudio sistemático de las bases constitucionales actuales del derecho financiero mexicano; con esta postura ciertamente anterior a la segunda guerra mundial y que es empero compartida *de facto* por mayoría de los autores mexicanos de derecho administrativo y de derecho específicamente financiero y tributario, la materia se priva de una consideración sustantiva en profundidad. Así, *se entroniza a la ley formal como la primera de las fuentes y*, paradójicamente, con *clara deformación de litigante*, atrincherado únicamente en el capítulo constitucional de las garantías individuales instrumentado como defensa de intereses particulares mediante "el amparo-casación", se desampara en esta disciplina, que algunos califican como "el derecho de los ricos", a todos aquellos que nunca tienen ingresos suficientemente solventes como para los gastos del litigio fiscal, y sí necesitan de una adecuada exposición y defensa de la organización administrativa

prestacional. Esta es, en efecto, factor quizá decisivo en el perfeccionamiento de "libertades concretas" (seguro social, vivienda, educación, subsistencias populares, transportes colectivos, etc.), cuya apoyatura última radica en el aparato y funcionamiento de la administración pública financiera y tributaria.

Estas consideraciones nos llevarían a proponer una jerarquización diferente de las fuentes mexicanas, teniendo en cuenta no sólo el clásico artículo 133 de la Constitución, sino el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, ratificado por México y por ende integrante de la Ley Suprema de la Unión. Por cierto que, recientemente, en el Anteproyecto de Nuevo Ordenamiento Administrativo Procedi- mental (NOAP) para el Distrito Federal (noviembre de 1995), [Alegatos, UAM-A, núm. 28, 1994, pp. 539- 564], así pareceríamos haber intentado formularlo:

"ARTICULO 2o. Interpretación y supletoriedad. (Omissis). Las reglas que consagren derechos de los interesados o las que impongan deberes a la administración, no dejarán de aplicarse, en ningún caso, por alguna insuficiencia de su reglamentación, y ésta será suplida por los principios capitales del ordenamiento jurídico, de las instituciones y de la Constitución Nacional; por los principios generales del derecho, por los fundamentos de las leyes análogas, por las doctrinas generalmente más admitidas y por la equidad."

8. *Abandono del individualismo mercantil-fiscal en nuestro derecho público*. Frente a la rigidez de la concepción tradicional tenemos el imperativo científico y ético de reivindicar la riqueza y la flexibilidad de una concepción moderna del derecho público, en la cual se abandona la "postura defensiva" del constitucionalismo legalista y liberal de 1856-57 y se tiende a la asunción en su plenitud, de las responsabilidades y cometidos del poder público, en el marco del Estado democrático y social de Derecho preceptuado por la Constitución de 1917 y sus adiciones y modificaciones de estos últimos ochenta años (1917-1997).

9. *Implosión del artículo 89 (I) de la Constitución*. Respecto del reglamento, *resulta cada vez más discutible la clásica referencia al artículo 89 frac. I de la Constitución*, que no lo menciona en absoluto y que, en su amplitud ("proveyendo en la esfera administrativa a la exacta observancia de las leyes"), parecería más bien referirse a *la totalidad de los actos administrativos* presidenciales referidos en el artículo 92, así como a los actos presidenciales "prospectivos" mencionados en el nuevo artículo 26, todos ellos a tener en cuenta en el listado contemporáneo de las fuentes del derecho financiero moderno.

10. *La relevancia de las leyes-marco.* Suele plantearse, en derecho comparado y recientemente en nuestra doctrina, el *tema de la legitimidad de las leyes-marco*, con las cuales, tanto en los países anglosajones como en los de Europa continental, tiende a superarse la quizá insalvable "*incapacidad técnica y particularmente matemática*" del Congreso de la Unión, poder tradicionalmente encargado de la emisión de las leyes formales. Su progresiva adopción, inicialmente pragmática y hoy formalmente dogmática en numerosas constituciones posteriores a 1960, obliga al abandono de las rigideces constitucionales que nos legaran los siglos XVIII y XIX, y a la búsqueda de nuevos equilibrios y de fórmulas más sutiles como, consolidando en cierta medida las prácticas anglosajonas y escandinavas posteriores a 1929, las formulara la Constitución francesa del 4 de octubre de 1958, en sus hoy mundialmente célebres artículos 37 y 34. En este horizonte comparativo, el Poder Legislativo ha comprendido (con Maurice DUVERGER y Georges VEDEL) no sólo *la inactualidad de una interpretación rígida de la separación de los poderes, sino la necesidad de distinguir entre un poder de acción* (el Ejecutivo) *un poder de control político* (el Legislativo), reivindicando para éste la determinación de los principios legislativos de la nación y la fiscalización prolija de su articulación concreta por el Ejecutivo.

III. Del poder público y de la ciencia del derecho financiero

11. A) *Democracia, inversión financiera y costumbres constitucionales.* Importa en dicho contexto, el señalamiento relativo a la trascendencia que se atribuye al clima democrático para el fomento de la inversión, conjuntamente con la estabilidad política y económica, el nivel cultural, la eficiencia de la política exterior e interior, y el correcto funcionamiento institucional de las esferas administrativa y jurisdiccional. En efecto, el inversionista extranjero examina primero todos esos factores extranormativos y normativos del derecho del país receptor, para decidir si hace o no la inversión proyectada.

Las costumbres constitucionales son en ello más relevantes que tantos, retóricos como incumplidos, preceptos de nuestra pretendida "*juridicidad mediterránea*". Juristas firmemente anclados en las categorías y prácticas del mundo europeo continental, excelentes concededores de las fuentes italiana y francesa del derecho positivo mexicano en materias administrativa y financiera, forman parte empero de quienes han sido vitalmente seducidos por las

prácticas quizá irracionales, pero ciertamente funcionales del mundo anglosajón, particularmente en su prístina versión inglesa. Por ello, no debe escandalizarnos su visión del estado de derecho como una realidad materialmente consuetudinaria, cuya eficacia no depende tanto de la geométrica perfección de su andamiaje normativo cuanto mucho más de las costumbres, del nivel económico y cultural, del índice social imperante; así, hacen referencia a un hecho notorio:

"Encima de la Ley escrita fundamental hay otro ordenamiento distinto de formas sociales vivas y actuantes que, en un grado mayor o menor erifcauzan y dirigen el acontecimiento diario, la actividad ciudadana, las costumbres del pueblo. Existen frecuentes discrepancias entre lo que está legislado y lo que se vive".

12. *Entraña hispánica y modelos anglosajones.* Debe así conectarse un poco más *la extranormalidad psicosocial* con la normatividad aparente de nuestras instituciones. Por ello, en las actuales circunstancias latinoamericanas y «mexicanas, posteriores a la implosión del bloque socialista en 1989 y a la llamada globalización planetaria de la economía, que parecen amenazar la supervivencia de nuestros valores y forma de vida; ante el mestizaje de las técnicas jurídicas, operante ya en la Unión Europea desde 1993 y obviamente avizorable en el horizonte de la Iniciativa para las Américas y del Tratado (norteamericano) de Libre Comercio desde 1994, merecen atención estas consideraciones:

"Entre nosotros es apenas perceptible **lo español** en las formas jurídicas esenciales de la emancipada Nueva España, y así ocurre también en todas las repúblicas hispanoamericanas, pero desde otro aspecto es obvia la influencia española en los hechos cotidianos y en los grandes cauces nacionales, frecuentemente soslayados por los congresos constituyentes al copiar el modelo anglosajón, tan ajeno a sus costumbres ancestrales. Las asambleas legisladoras se hacen la ilusión de apoyarse en los yacentes estratos históricos, pero la entraña viva del país una y otra vez desborda la superficialidad legisladora, que se mantiene escrita, pero muerta".

13. B) *Polivalencia y heteronomía de los derechos financiero y tributario.* En el desenvolvimiento jurisdiccional del derecho federal de las finanzas públicas mexicanas, la doctrina tiene clara conciencia de que hay, para el Tribunal Fiscal de la Federación, una ruta muy amplia, todavía en estos años finales del siglo XX, para entretener los principios del derecho financiero y tributario y de la economía financiera, permitiendo, pero siempre dentro del marco jurídico, que el régimen financiero y tributa-

rio se use con fines extrafiscales de diversa naturaleza, contribuyendo a la ecuación exacta del progreso y de la justicia social.

14. *La rama financiera del derecho administrativo.* Estando así la fiscalidad en sentido amplio orientada al cumplimiento estricto de los mandatos constitucionales de 1917 y los concordantes posteriores, la doctrina por su parte prescinde de la pretendida "autonomía" formalista e individualista del derecho tributario, para conceptuarlo, por cierto al igual que la doctrina estadounidense y francesa, en México adoptada por nuestra mejor doctrina, como uno de los elementos de la rica rama financiera del derecho administrativo, subsumido éste igualmente en la imperatividad de las reglas constitucionales y de los principios capitales sancionados por el ordenamiento mexicano.

15. *Método objetivo e instituciones.* Ahora bien, éstos revelan la maestría precursora de la doctrina mexicana en la comprensión (que nos parece natural cuatro décadas más tarde) de las relaciones entre el hecho económico y el hecho jurídico, entre los fundamentos del supremo ordenamiento jurídico-co-político y su difícil concreción legislativa y jurisprudencial, dificultad acentuada en tierras cuyas estructuras sociales arcaicas privilegian de facto la distribución regresiva del ingreso y del egreso nacionales, la concentración del excedente económico, la potenciación de las unidades económicas, disfrazadas en lo nacional y en lo internacional por sistemas normativos individualistas.

Estos sistemas individualistas son ejemplificados por la abrogación en 1981 del artículo 13, párrafo segundo, del Código Fiscal de la Federación (mexicana), cuyo texto, incambiado desde los años treinta, establecía:

"También es sujeto pasivo (de un crédito fiscal) cualquier agrupación que constituya una unidad económica diversa de la de sus miembros. Para la aplicación de las leyes fiscales, se asimilan estas agrupaciones a las personas morales". Cabe apuntar que **esta discreta abrogación** preceptuada en la abigarrada "Ley que establece, reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales" (conocida como la "Miscelánea", **de 30 de diciembre de 1980**), **no se atrevió a incluir una sola palabra, al respecto, en la Exposición de Motivos** enviada a la H. Cámara de Diputados el 24 de noviembre de 1980.

16. *Desvirtuación del bicameralismo congresional.* Igualmente constituye una manifestación de estos sistemas normativos individualistas la estructura constitucional financiera de nuestro bicameralismo, curiosamente confirmada por la "reforma poli-

tica" de 1977-1978, a través de las reformas y adiciones practicadas a la fracción IV del artículo 74 de la Constitución federal; Así como por los algo bizantinos e irresolutos debates congresionales posteriores al 6 de julio de 1997. Esta normatividad, en materia de derecho de las finanzas públicas, ratifica la pobre vigencia del pacto federal en materia de gasto público, puesto que la Cámara federal por excelencia (el Senado) queda totalmente ausente de la discusión y sanción del Presupuesto General de Gastos y del Decreto de la Cuenta Pública, como si fuera congruente que en un Estado democrático y social de Derecho, los contribuyentes tengan interés únicamente "defensivo" respecto de los tributos (por ello, objetivo de ley formal) y carezcan de todo concreto interés "prestacional" en los servicios (por ello, mero decreto de gastos y cuenta) que los mismos financian en todo el territorio; y como si estos cometidos carecieran igualmente de relevancia para las entidades federativas, cuyas legislaturas son empero responsables de la hacienda de todas las circunscripciones territoriales menores, tanto estatales como municipales.

En otros términos, la importancia nacional de todos los documentos (actos-regla) discutidos por el Congreso de la Unión nos parece idéntica e igual debería ser su naturaleza formal. No sólo la Ley de Ingresos merece ser una regla bicameral sino que también deberían ser leyes formales las reglas del Presupuesto y las de la Cuenta Pública. Para ello, el actual contenido de la fracción IV del artículo 74 debería incorporarse, *mutatis mutandis*, a la fracción VII del artículo 73.

17. *Sensibilidad axiológica de la vera ciencia.* Bastan estas dos referencias, a la legislación mexicana relativa de las unidades económicas como sujetos pasivos de la relación tributaria, y a la inexistencia de participación parlamentaria de los representantes de las entidades federativas en la determinación del gasto público y su control, para contrastarlas con la *sensibilidad intelectual* de nuestra mejor doctrina federal mexicana, *para todos los problemas axiológicos relacionados con su materia.* En sus páginas resplandece, además, el conocimiento sociológico-histórico de las realidades que suscita el desenvolvimiento del Derecho financiero.

En este último sentido, se vincula la separación de la ciencia de las finanzas respecto de la economía política, evocando "un nuevo pensamiento en la organización y competencia del Estado", en cuanto poder público cuyos crecientes cometidos lo configuran como la forma de cooperación social más elevada, destinada a realizar algo más complejo que la simple protección defensiva de ciertos particu-

lares, generalmente colectivos y transnacionales, en sus derechos privados, frecuentemente ábusivos y contrarios al interés general. Así, la doctrina federal mexicana apunta, entre *las causas socio-económicas de la transformación de las finanzas públicas en la edad contemporánea*: "Los procesos de industrialización de primer tercio del siglo XIX, a los que siguió *la formación de los organismos obreros y luego la organización de esta clase social* como una nueva fuerza con nuevos derechos; el pronunciamiento de los partidos liberales *contra los impuestos al consumo y los monopolios de carácter privado*; la campaña de los partidos liberales y particularmente el socialista, contra los impuestos sobre el consumo y a favor de la aplicación de *nuevos gravámenes sobre la renta, la herencia y la fortuna privada*, la propaganda de los mismos partidos y del socialismo de cátedra en favor de *las cuotas impositivas que respondan al nuevo concepto de equidad* lejanamente inspirado en la teoría de la igualdad del sacrificio, campaña que se traduce en *la aplicación cada vez más frecuente de los impuestos progresivos; el desprestigio de las ideas libre cambistas* que había apoyado la organización de empresas y explotaciones industriales por parte del Estado en competencia con la actividad privada, crítica en la que el socialismo tomó una participación activa, sosteniendo que *deben pasar al dominio de la comunidad aquellas actividades propias de las empresas de orden industrial, cuando su naturaleza favoreciese la formación de un monopolio por ser éste contrario al interés general*".

18. C) *Lo penal y lo tributario: La participación comunitaria en el financiamiento del gasto público*. Por cierto que, para la moderna concepción tridimensional, no es posible seguir manejando la postura individualista del derecho financiero clásico, tan curiosamente próxima al egoísmo mercantilista del derecho mercantil, con su inadmisibles "teoría del sacrificio", convertida en una postura que ignora las abismales diferencias teleológicas que la separan del derecho penal.

IV. Intervencionismo y valores éticos

19. A) *El principio de subsidiariedad*. En este contexto, *sorprende* en alguna doctrina financiera *la hoy [1982-200?]oficialista reivindicación del principio llamado de la "subsidiariedad" de la acción pública*, ciertamente afirmado por algunas interpretaciones conservadoras de Alemania, pero expresamente rechazado por los recientes ordenamientos

constitucionales, no sólo de Italia en 1947 y en España en 1978, sino especialmente de México, en su tradición intervencionista mesoamericana, novohispana e independiente, ratificada en 1917, ahora fortalecida por las reformas de 1983:

"El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado" (nueva redacción del artículo 28 párrafo 5o. que complementa la igualmente nueva formulación del artículo 25, párrafos 4o. y 5o. de la Ley suprema).

En verdad, *la doctrina vaticana de la subsidiariedad* se combina con la conocida postura de ciertos tributaristas que, partiendo de *una falaz asimilación de los principios del derecho penal con el derecho tributario*, consideran a las contribuciones como una pena o castigo (la llamada "teoría del sacrificio") que recaería sobre los habitantes mexicanos y extranjeros, *cuando en verdad se trata de una honrosa participación en el financiamiento comunitario de los cometidos que a todos benefician, en cuanto enriquecen las libertades concretas* de la gente mediante prestaciones (educación, salud, vivienda, subsistencias populares) que potencian el más pleno desarrollo de la personalidad de todos. Precisamente importa destacar esta *"teoría de la participación en el fundamento último del derecho tributario"*, porque quizá sea ella una manifestación imperativa de nuestra ciencia, que tiende a contrarrestar no sólo la evasión fiscal, sino las cada vez más sofisticadas técnicas del "abuso del derecho" (defendido por alguna doctrina española, inspirada en arcaicos tratadistas de derecho civil), generalmente edulcorada con la terminología de "elusión", que logra sólo penosamente ocultar su naturaleza sustantiva de ilegitimidad por defraudación (así comprobada en la obra *Tribunal Fiscal de la Federación - 50 años al servicio de México*, en su tomo V, 1988, pp. 239-254).

20. *El devenir del intervencionismo*. Refiriéndose a la multiplicación de los cometidos del Poder Público en nuestro tiempo (especialmente en México, entre 1925 y 1982), la doctrina financiera mexicana compara la irradiación del nuevo pensamiento político de las sociedades modernas, en sus dos momentos más significativos, a saber, la Revolución francesa y la expansión de los principios socialistas. *A la declaración formal de una igualdad retórica entre los hombres habría sucedido la búsqueda concreta de una igualdad real*, en efecto, se escribía algo ingenuamente:

El desarrollo de la industria, la formación del proletariado como una clase definida y unida, y la revelación de Carlos Marx y Federico Engels de la lucha de clases como explicación de la historia, rompió la ilusión de la igualdad humana, puso de relieve la existencia de profundas desigualdades económicas y exigió, para compensarlas, la intervención del Estado en la actividad privada en grado cada vez mayor.

Haremos mención seguidamente de algunas de las manifestaciones más significativas de esta ilusión doctrinal, particularmente a recordar en estos umbrales del tercer milenio.

21. *Centralización absoluta y desvirtuación del estado de derecho.* Somos perfectamente conscientes de que la centralización absoluta nos viene de la tradición imperial autóctona de muchos siglos, primero tolteca y después azteca; así como de la herencia del poder irrestricto de los monarcas españoles. Ello desemboca, en "la ficción de tres poderes distintos" desde el Reglamento provisional político del imperio mexicano (1822), la cual se prolonga durante los siglos XIX y XX, pareciendo verosímil su mantenimiento para el sexenio 2000 - 2006, con la consiguiente fragilidad en la observancia administrativa y jurisdiccional de los preceptos constitucionales y legales. Esto ha afectado y seguirá lesionando gravemente el imperativo de la legalidad tributaria y financiera (por ejemplo, de la deuda externa), así como la de su control (administrativo interno, legislativo y jurisdiccional) en nuestro endeble estado de derecho.

22. B) *La fraternidad y la igualdad, los grandes ausentes en "la pura libertad" de la globalización.* La indicada insuficiencia del estado de derecho mexicano tiende por otra parte a agravarse con la creciente sustitución de los valores constitucionales de la Revolución francesa, fraternales e igualitarios, por los valores de la Revolución inglesa, puramente apoyada en la libertad como factor mágico y aun jamás históricamente eficaz en la consolidación de los valores de la igualdad y de la fraternidad, éstos últimos siempre predominantemente ausentes en las instituciones y en la vida cotidiana, tanto del Reino Unido como de los Estados Unidos de América. Esta inhumana omisión de las instituciones anglosajonas tiende a prolongarse planetariamente en todos los continentes, como consecuencia de la acción, globalmente troqueladora, cumplida desde 1945 por las instituciones financieras internacionales forjadas en Bretton Woods, cuya hegemonía, cuyo "resistible ascenso" como lo hubiera tipificado Bertold Brecht parecería para algunos ilimitada a partir de 1989.

23. *Un "bien triste fin de siglo".* Como pusiéramos de manifiesto en el Taller de Derecho Público (de la UAM y de la UNAM) en mayo de 1992 y citando, en presencia de GARCÍA DE ENTERRÍA, al Maestro Pierre LAVIGNE, profesor emérito de la Universidad de París I (Pantheon-Sorbonne), estamos ante un "bien triste fin de siglo". Nuestra doctrina jurídica-co-financiera parecería así comprenderlo cuando señala que:

"En la explotación del débil por el fuerte, reflejada muchas veces en los sistemas impositivos, se encuentra el fermento de las perturbaciones sociales (...). La injusticia y la arbitrariedad de los impuestos han sido históricamente la causa de profundos cambios en las raíces de las estructuras con el oleaje revolucionario provocado por el uso abusivo del poder hegemónico de dictaduras estatales, industriales y comerciales."

Ante la irracionalidad del desequilibrio tecnológico y del paro laboral creciente, éste su fatal consecuencia, señalada entre nosotros por Marcos KA-PLAN; asediados por la ferocidad del desempleo y, en general, de las relaciones económicas y sociales desatada en la Unión Europea, en la Europa del Este, en el Hemisferio Occidental y en el Tercer Mundo como consecuencia de la ruptura (1989) del equilibrio bipolar planetario; ante tamaña confusión e inmadurez axiológicas, sorprende la fresca clarividencia de nuestra doctrina, contrastando con el conformismo tecnocrático de ciertos colegas principalmente tributaristas, aparentemente indiferentes ante la insensatez de un desarrollo económico sustentado en la inequidad, particularmente la tributaria, consistente en que sean mayores los impuestos sobre el producto del trabajo que los que existen sobre la renta del capital invertido.

24. *La "mano invisible" y la ética del intervencionismo.* En tiempos donde el imperio del capital y la desordenada codicia dineraria destruyen tantas células de la dignidad humana, a pretexto de una desbocada libertad, destructiva de toda igualdad y fraternidad, paradójicamente, la "mano invisible" parece exigir y reivindicar crecientemente (en 1997, por conducto del *Informe del Banco Mundial*) ante el renovado "desorden establecido", una ética del intervencionismo del Poder Público, pues en nuestros países la acción estatal es indispensable para fomentar y conducir el desarrollo de la nación incipiente.

Como lo estudiara Gunnar MYRDAL, Premio Nobel de Economía, los países subdesarrollados se encuentran dentro del círculo vicioso de la pobreza. Este círculo vicioso hace aún más urgente e impe-

rativa la acción del Estado, puesto que la escasez del ahorro interno, la naturaleza medrosa y fundamentalmente especulativa de la inversión privada nacional y aun de la extranjera, generan la ilusión de que "El Estado ofrece a los países subdesarrollados la única esperanza de redención...", política ilusoria que alguna doctrina eminente considera errónea pero explicable, pues al sector público incumbe el fortalecimiento de la infraestructura y de la industria básica, a pesar de la ínfima participación que corresponde a los ingresos fiscales dentro del producto nacional bruto de los países del Tercer Mundo.

Fiel a las posturas democráticas y sociales del intervencionismo laborista inglés y, especialmente, a las metas y objetivos del "Nuevo trato" del presidente Franklin Roosevelt, la normatividad financiera y tributaria carece para la doctrina mexicana de sentido, si no es la resultante de una profundización y extensión de los cometidos del Poder Público a cargo de la directa gestión gubernamental. En páginas escritas en 1989 y 1990, nuestra doctrina destacó la fácil admisión de la gestión directa, por el Poder Público, de cometidos que eran otrora la provincia esencial de la esfera privada. Estos cometidos en gestión directa deben serlo así, no porque correspondan intrínseca y necesariamente a la acción estatal, sino porque políticamente se consideran mejor administrados por el Poder Público que por la acción particular. Esta se desinteresa en ellos porque la regulación correctiva de los excesos del sector privado limita las utilidades de este último y en ocasiones las impide, al extremo de que los concesionarios privados prefieren que las concesiones se cancelen y se les reintegre su inversión, como lo demuestra el caso de las autopistas construidas entre 1990 y 1997.

V. Hacia una visión "macro" de lo hacendario

25. *Concepción moderna y antiguallas italianas de la disciplina.* Puesto que el cometido financiero es polivalente, el mismo comprende la determinación, recaudación y administración de los ingresos; pero, y he aquí la rotunda convicción de nuestra doctrina, el mismo cometido financiero es mucho más amplio, ya que la *fiscalidad incluye también al gasto*, es decir, la planeación, programación, control y evaluación del presupuesto, puesto que las erogaciones actualmente presupuestadas integran la materia fiscal entendida en un sentido moderno, de claro cuño doctrinal estadounidense, obviamente muy posterior a las antiguallas de una estrecha doc

trina italiana, curiosamente demasiado difundida entre algunos de los tributaristas españoles y latinoamericanos.

26. *Á) Importancia cuantitativa y cualitativa de lo fiscal en derecho federal mexicano. Ahora bien, importa apuntar, de entrada, la importancia de lo "fiscal", particularmente en los Estados Unidos Mexicanos, con posterioridad a la Reforma administrativa legislada básicamente en 1976-1986 y a la Reforma fiscal legislada a partir de 1980.*

Esta importancia es tanto institucional como "hacendaría".

27. a) *Importancia institucional, en primer lugar, de la materia fiscal. Ello, "porqué la materia fiscal" desborda cada vez más a la clásica Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y a la misma administración pública federal centralizada; en efecto puede decirse -contrastando con la exigua administración "fiscal", institucionalizada en los tiempos de la Constitución de 1857- que lo "fiscal" tiende a abarcar casi todas las modalidades de lo "financiero" del Poder Público, por lo cual las facultades de este cometido esencial polivalente se dispersan coordinadamente en múltiples instituciones de la "galaxia administrativa federal", instituciones que son, según los casos y las competencias, tanto centralizadas como instituciones paraestatales.*

28. b) *Importancia "hacendaría", en segundo lugar, porque la "materia fiscal" desborda igualmente la exigua perspectiva de "lo tributario" y puede definirse, más ampliamente y con mayor rigor científico, como el conjunto de reglas financieras relativas a la organización, funcionamiento, control, evaluación y responsabilidad del manejo de ingresos y egresos públicos, comprendiéndose así dentro del horizonte de lo "hacendario" en el umbral del siglo XXI, todos los renglones sustantivos correspondientes a la "institucionalidad orgánica" competente arriba indicada (núm. 27). Es decir, que lo "hacendario" -de la misma manera que rebasa orgánicamente a la Secretaría de Hacienda, para "dispersarse" en las múltiples instituciones centralizadas y paraestatales que vienen de señalarse- rebasa también lo puramente impositivo y aun lo tributario para comprender lo relativo a productos, crédito público tanto interno como externo, moneda, programación, presupuestación y evaluación, esta última tanto de ingresos como de egresos públicos.*

29. B) *El nuevo "universo hacendario mexicano". En resumen, que cuando hablamos del Tribunal Fiscal de la Federación, del Código Fiscal de la Federación y de "un agravio en materia fiscal" nos estamos refiriendo a una temática impensable, cualitativa y cuantitativamente, para los autores*

más ilustres de hace apenas un cuarto de siglo. La nomenclatura de instituciones y conceptos parece engañosamente la misma; sin embargo, las notas e ideas respectivas, y aun las realidades concretas por ellos recubiertas, han cambiado. De este cambio, de las instituciones y reglas jurídicas del "universo hacendario mexicano", se derivan consecuencias otrora inconcebibles en la exposición e investigación de la disciplina que, convencionalmente y con la máxima amplitud imaginable, podemos denominar como *el derecho federal de las finanzas públicas*.

30. C) *Hacia la teoría general de los cometidos del Poder Público. La crisis de la noción clásica (DUGUIT, LAUBADÉRE, CHAPUS, etc.) del servicio público, concebido muy ampliamente como sinónimo de la totalidad de los cometidos del Poder Público en función administrativa, ha llevado a desglosar a estos últimos en cuatro niveles de actividades, a saber: los cometidos esenciales, los cometidos o servicios públicos en sentido estricto, los cometidos sociales y, finalmente, los cometidos industriales y comerciales.*

VI. Ciencia moderna y confusión judicialista

31. *Del atraso científico de la SCJN.* En ésta y en otras materias se pone de manifiesto una reiterada inactualidad de los conceptos manejados por nuestras jurisdicciones, no sólo la autónoma sino la judicial federal, en materia de derecho administrativo y de derecho de las finanzas públicas. Así, la Suprema Corte ha confundido la centralización administrativa con los requisitos del servicio público, creyendo que necesariamente los agentes de éste tienen que estar sometidos al régimen del apartado "B" (función pública o servicio civil de carrera) del artículo 123 constitucional, ignorando toda una extensa y autorizada corriente que flexibiliza la estructura administrativa y el régimen de personal de las instituciones públicas, corriente que sucesivamente ha plasmado las adiciones y modificaciones al apartado "A", fracción XXXI del artículo 123, la fracción VIII del 3o., y el tenor del artículo 90 de la Constitución federal.

32. A) *Los modos públicos de adquirir el dominio y la SCJN.* Existen modos de adquirir el dominio que también afecta ignorar la SCJN, y que son exclusivos del Poder Público, puesto que las modalidades de transferencia de la propiedad están muy lejos de agotarse con las figuras previstas en el Código Civil: nacionalización, expropiación, confiscación, deco

miso, esquilmos, requisición, etcétera, tales son algunos modos de enajenación previstos en el derecho administrativo mexicano, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación parecería olvidar cuando afirma que "la enajenación es un acto esencialmente de derecho civil".

33. B) *Los contratos administrativos de la SCJN. La categoría de los contratos administrativos pertenece al derecho positivo mexicano, en múltiples variantes, tales como obra pública, suministro, empréstito, concesión, etcétera; más aún, el artículo 134 de la Constitución regula la "cabeza de capítulo" de los contratos administrativos de obras públicas, cuyo tradicional carácter ajeno al derecho privado está particularmente enfatizado en derecho mexicano, primeramente por la Clásica Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas. No sólo la planeación de obras públicas se tramita en el marco de la administración pública federal centralizada, sino que para evitar nuevos errores, jurisprudenciales en particular, la ley de 1980 preceptúa en su artículo 50, párrafo lo., que "los contratos que con base en la presente ley, celebren las dependencias y entidades, se considerarán de i derecho público".* Esto excluye el casuismo que preconiza la Corte con base en autores muy superados, de los años treinta, como sobriamente lo muestra nuestra doctrina, en una de sus ejemplares "citas quirúrgicas".

34. C) *La inexistencia de funciones "impropias" del Poder Público ante la SCJN.* La reforma administrativa federal del periodo 1976-1982 estructuró la jerarquización y coordinación de la totalidad de las dependencias e instituciones que la integran, de tal suerte que ya no existen, técnicamente, "actividades que no corresponden al desarrollo de sus funciones propias de derecho público". En efecto, como hemos visto, *los cometidos del Poder Público comprenden no sólo a los clásicos (esenciales, públicos) sino a los del moderno Estado intervencionista (cometidos sociales, e industriales y comerciales):* ahora bien, estos últimos podrán llevar "instrumentalmente" a la utilización de estructuras (v. gr. las empresas mercantiles de Estado) y de procedimientos funcionales (v.gr. contratos de derecho privado) formalmente ajenos al clásico derecho público de los tiempos liberales pero, precisamente, en la edad administrativa y en el marco del Estado democrático y social de Derecho; ya no cabe distinguir entre funciones propias o impropias, sino que todas las actividades o cometidos del Poder Público, contribuyen al cumplimiento de las metas y de los objetivos del Proyecto Nacional forjado por el Constituyente de 1917.

35. D) *La personalidad única de Derecho Público del Estado y la SCJN. El Poder Judicial Federal parece ignorar igualmente la existencia de una única personalidad jurídica de derecho público* en la Federación y resucitando (o quizá ignorando la muerte de) la teoría decimonónica de la doble personalidad, parece abrogar la soberanía del Estado al afirmar que éste "contrata empréstitos y paga la deuda pública", en su calidad "de personalidad de derecho privado". Este criterio desconoce una verdad antigua y, por cierto, realzada por la más reciente doctrina nacional y extranjera en lengua castellana, a saber, que *el Estado, personalidad única de derecho público* -cuya estructura y funcionamiento preceptivos se encuentran en la Constitución- *se vale "en forma instrumental" de categorías jurídicas variadas*, tanto de derecho público como de derecho privado, *"instrumentalizándolas para fines públicos de interés general"*, ninguna de las cuales puede ni podría desvirtuar su única personalidad soberana.

36. E) *Continuación: imprecisión de la SCJN.* Con todo acierto, cabe *rechazar la doctrina de la personalidad pretendidamente doble del Estado* y adherir a una medular sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo ponente fuera el eminente constitucionalista Felipe TENA-RAMÍREZ:

"El Estado puede asumir dos posiciones: una en que se advierte su índole de entidad soberana, otra según la cual obra de modo análogo a como lo hacen los particulares. Esta distinción está reconocida por la Suprema Corte de Justicia en su jurisprudencia. Se ha llegado a afirmar que el Estado tiene dos distintas personalidades, una de derecho público, cuando actúa como entidad soberana y usa de su imperio y otra de derecho privado, cuando obra como los particulares. La terminología adolece de imprecisión: *el Estado es siempre entidad pública, no tiene dos personalidades, sino sólo una que es de derecho público en todos los casos (...)*

37. F) *La inmunidad tributaria de los entes públicos.* Con idéntico tino, digno de particular realce en el marco de la administración federal del periodo 1982-2000, que tan formalmente se ha preocupado por establecer la competitividad del sector público respecto del sector privado, *se argumenta en contra de la doctrina estadounidense opuesta a la inmunidad tributaria de los entes públicos.* En otros términos, como fundamento dogmático de la inmunidad de las dependencias y entidades de la administración pública -tanto federal y estadual como municipal, se formulan las siguientes consideraciones:

"La inmunidad fiscal de las entidades públicas y de sus dependencias respecto a los impuestos es, al contrario, una consecuencia de la naturaleza substancial del hecho imponible, en correspondencia con su causa jurídica. El presupuesto, de hecho, de todo impuesto tiene naturaleza económica, consiste en una actividad o situación económica, de la cual resulta la capacidad contributiva. La capacidad contributiva significa apreciación por parte del legislador de que el hecho económico, que se ha verificado para el sujeto, le permite distraer una suma de dinero de sus necesidades privadas para destinarlas a los gastos públicos. Pero esos conceptos básicos del hecho imponible no tendrían sentido si el hecho imponible se atribuyera al Estado, o a las entidades públicas o a las dependencias de ellas. Las situaciones o las actividades económicas de las mismas nunca representan capacidad contributiva, porque toda la riqueza del Estado ya sirve directamente a las finalidades públicas y sería sin sentido atribuirle una capacidad de contribución a las finalidades para las cuales toda su actividad y su existencia misma están destinadas".

La inmunidad fiscal del Estado y de las entidades públicas y de las dependencias con o sin personería jurídica propia, constituye un dogma jurídico tributario *en relación a la misma naturaleza del hecho imponible que por su causa, no es, sin contradicción lógica, atribuible a esa clase de sujetos. Sólo puede admitirse excepcionalmente* la imposición de ellos, cuando resulte evidente la voluntad legislativa de equiparar completamente una empresa pública a las empresas privadas, someténdola al mismo régimen jurídico y económico. En este sentido, y con esta reserva, se puede aceptar la afirmación, dominante en la doctrina y en la jurisprudencia europea y estadounidense, que admite la imposición de las empresas industriales o comerciales del Estado.

Cabe tener presente que, paradójicamente *en derecho federal mexicano, estamos experimentando una involución:* a la exención genérica del Código Fiscal de 1967 ha sucedido una exención restrictiva, preceptuada en el artículo lo., párrafo segundo, del Código Fiscal de 1981:

"La Federación queda obligada a pagar contribuciones únicamente cuando las leyes lo señalen expresamente".

De donde resulta que las personas jurídicas de derecho público diversas de la Federación, y muy especialmente los organismos descentralizados y demás entidades y empresas públicas de la administración, tendrían supuesta una capacidad contributiva de principio, en flagrante contradicción con

las conclusiones científicas antes citadas y con las finalidades atribuidas al sector público industrial y comercial por la Constitución Nacional. Cabría explorar la existencia de una contradicción dogmática similar en la legislación hacendaría de las entidades federativas, y en los ordenamientos tributarios referentes a los municipios, con posterioridad al 3 de febrero de 1983, fecha de entrada en vigencia del nuevo artículo 115 frac. IV de la Constitución Nacional.

VII . Defensa del federalismo

38. A) *El principio del artículo 124 de la Constitución.* Nuestra doctrina encarna *una decidida postura federalista*, es decir, reivindicadora de las potestades y destinos tributarios que han sido progresivamente arrebatados a los niveles estadual y municipal, por la acción siempre avasalladora de nuestro contradictorio "federalismo centralizador". En este sentido, el cotejo de la más reciente doctrina nacional y comparativa podría ser de gran utilidad: veremos seguidamente esta confrontación, teniendo en cuenta, en particular, las reflexiones de dos profesores, uno español y otro mexicano, respectivamente, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Jorge MONTAÑEZ-OJEDA.

39. a) *El complejo de paternalismo (familiar, penal, administrativo, jurisprudencial).* En una reciente mesa redonda organizada por la UNAM (Acatlán) se ha puntualizado en detalle un cierto "fracaso" de la pretendida descentralización de la vida nacional, el cual obedecería, utilizando categorías de la psiquiatría social, a un *muy introyectado "complejo de paternalismo"*, del cual se mencionaron diversas manifestaciones en variadas ramas del derecho positivo. Como los ejemplos nos parecieron elocuentes y resultan ilustrativos para el razonamiento que aquí proponemos, cabe señalarlos seguidamente en forma sumaria.

En materia familiar, no sólo los abuelos siguen pesando en la vida privada de sus hijos casados, contrariando inclusive, respecto de sus nietos, los lineamientos educativos liberalmente escogidos por la pareja titular de la patria potestad, sino que hasta la igualdad constitucional prevista por el artículo 4o. entre el varón y la mujer viene siendo mitigada cuando no netamente desvirtuada por la legislación secundaria tanto federal como estadual y, muy significativamente, por frecuentes ejecutorias que siguen discriminando a la mujer. *En materia penal*, el monopolio de la acción por el Ministerio Público en la mayoría de los casos, no

sólo facilita la corrupción sino que invalida la autonomía y madurez de las posibles querellas entabladas por los particulares, como consecuencia del sostenimiento cívicamente valioso de denuncias privadas, que los convertirían en partes penalmente legitimadas, como acontece en la abrumadora perspectiva del derecho comparado, donde se evita este "paternalismo" respecto de la acción de la parte penalmente ofendida, paternalismo que nos da una acción penal "presidencializada", es decir burocratizada, proclive a la arbitrariedad e inadmisibles en un país donde precisamente los sucesivos titulares del Ejecutivo (1982-200?) manifiestan pretender reivindicar el rol de la "sociedad Civil".

En lo administrativo general, la Ley federal de las entidades paraestatales del 14 de mayo de 1986, agravando el "paternalismo" instaurado por la "sec- torización" de la Reforma Administrativa (1976- 1982), *tiende a transformar las relaciones de coordinación y de prudente tutela* que nos enseña la tradición de las instituciones administrativas occidentales, en un control tan asfixiante que, lejos de favorecer una auténtica "autonomía de gestión", se combina con las peligrosas y descontroladas facultades que ha ido adquiriendo la secretaría globali- zadora (SHCP desde 1992) y convierten al Plan Nacional de Desarrollo en una gran matriz directiva de las actividades de la Federación, con un efecto político centralizador ("*discutir y proponer con el centro, desde el centro, en un país centralizado*"), preñado de racionalidad burocrática a ultranza, fácilmente tentada por la homogeneidad, la que en algún momento es imposición y autoritarismo. *En lo jurisdiccional, el monopolio de la justicia por el Poder Judicial Federal*, con embotellamiento y en definitiva, denegación de justicia por la Corte, cuyo rezago también respondería al "paternalismo centralista" *que teme transferir el conocimiento de la mayoría de los asuntos, sea a las jurisdicciones especializadas* (vg. los tribunales autónomos de lo contencioso administrativo, tanto federales como estatales); *sea a las jurisdicciones estatales o locales*, ahora presupuestaria y moralmente robustecidas por las reformas del 17 de marzo de 1987, donde el nuevo artículo 116, fracc. III, relativo al Poder Judicial de los Estados, establece en su párrafo 5o.:

"Los magistrados durarán en el ejercicio de su encargo el tiempo que señalen las Constituciones Locales, podrán ser reelectos, y si lo fueran, sólo podrán ser privados de sus puestos en los términos que determinan las Constituciones y las Leyes de Responsabilidad de los Servidores Públicos de los Estados".

40. b) *Las finanzas municipales intervencionistas*. En realismo político, en ciencia actualizada y en la línea de la más reciente doctrina nacional y extranjera (cfr., por todos, Jorge MONTAÑEZ-OJEDA), la valiosa contribución de GARZA-GONZÁLEZ bien merece el honor de ser prolongada en su lúcida postura federalista que, por lo menos en esta materia tributaria, tiende a atenuar y si es posible a destruir el "paternalismo" reinante entre la Federación y las entidades territoriales menores desde tiempo inmemorial, pero ciertamente agravado por las insuficiencias de un *constitucionalismo mexicano del siglo XX*, al que algunos insisten en interpretar con la mentalidad de las finanzas clásicas del liberalismo y del centralismo.

Nuestra joven doctrina destaca que las finanzas federales clásicas se ubican en un periodo de intervencionismo mínimo del Estado, en el cual el sistema financiero nacional se rigió por el principio de autonomía, caracterizado por la separación de responsabilidades federales y locales en lo concerniente a ingresos y financiamiento de los entonces escasos y raquíticos cometidos del poder público, generando este sistema discriminaciones geográficas y distorsiones económicas. *Las finanzas federales modernas, en cambio, se explican en el marco del Estado intervencionista*: el objetivo tradicional de definir espacios financieros y limitar al poder central se sustituye por la integración, optimización de la acción central y su combinación con las acciones estatales y municipales, para la realización de programas conjuntos y la ejecución de políticas de compensación de disparidades regionales; los elementos fundamentales son la cooperación financiera (*federalismo cooperativo*) y la nueva repartición de las misiones de cada nivel político administrativo (los Estados son casi siempre el nivel de ejecución inmediata de los cometidos del poder público, bajo las modalidades y el financiamiento de la Federación), poniéndose en práctica mecanismos para el mantenimiento de una cierta autonomía estatal. En convergencia con la doctrina angloamericana, se destaca un marcado interés por conservar y fortalecer la descentralización en el cumplimiento concreto de los cometidos del poder público, reservando al nivel federal amplias facultades para la conducción nacional: importantes canales de auténtica colaboración "interniveles" y, sobre todo, mecanismos tributarios que permiten a las entidades federativas un auténtico y relativamente importante nivel de autofinanciamiento.

41. c) *El rigor analítico de García de Enterría: Lo funcional y lo operativo*. Como lo explica Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, se puede hacer una clara

distinción entre el federalismo del siglo XIX y el del siglo XX. El primero se apoyaba en circunstancias históricas, geográficas y hasta de origen étnico. *A partir de la segunda guerra mundial* se despliega una forma de federalismo enteramente nueva: *es un federalismo que intenta justificarse sobre bases funcionales y operativas*, como respuesta a una serie de problemas y exigencias básicas del funcionamiento entero de la sociedad contemporánea en su conjunto, no ya como un tributo a un modelo histórico más o menos arcaico y reducido a ciertas etnias o lugares similares. En el concepto del ilustre jefe de la Escuela Democrática del Derecho Administrativo y de la Ciencia de la Administración en España y América Latina, el federalismo contemporáneo se apoya en las razones que inspiran al huevo "regionalismo", es decir, la ordenación del territorio y el área regional, la política de desarrollo regional y la crisis de las técnicas burocrático-centralizadas de gobierno.

Ahora bien, una manifestación concreta del nuevo concepto se ha puesto en práctica en algunos países bajo el nombre de "*federalismo de ejecución*". En este sistema, la Constitución autoriza que las entidades federativas asuman la ejecución de las reglas cuya formulación se ha reservado como incumbencia exclusiva del órgano federal; la regulación secundaria de tales normas federales exclusivas también se entiende como materia "regionalizable". De este modo, tenemos función legislativa federal en lo exclusivo, y función administrativa estatal y municipal en lo local. Este tipo de repartición de responsabilidades, donde las entidades territoriales menores conservan la función legislativa en la materia meramente local, constituye uno de los principios fundamentales que permiten la autonomía regional en la filosofía del "federalismo de ejecución". Esta técnica de "federalismo de ejecución" se ha desarrollado con procedimientos diversos, generalmente *muy flexibles en la interpretación y aplicación de preceptos constitucionales provenientes de una centuria anterior*, flexibilidad llamativa en el modelo anglosajón (Estados Unidos de América, Canadá y Australia), donde el silencio constitucional respecto de la distribución de facultades ejecutivas entre Federación y estados no ha sido óbice para que, en la práctica, la mayor parte de los programas de la autoridad federal se realicen a través o por intermedio de los órganos locales, aplicando fórmulas de "relaciones intergubernamentales" en un modelo federal en el cual, al igual que en los de los países germánicos, *la supremacía de la ley federal sobre la local permite que la Federación pueda encargar imperativamente a las entida-*

des territoriales menores de la ejecución de las leyes federales. El "federalismo de ejecución" en los países germánicos (República Federal de Alemania, Austria y Suiza) se caracteriza porque la Constitución señala reglas a las entidades federativas (Länder) para la ejecución de las leyes federales, invirtiéndose la ecuación, de tal manera que *las entidades federativas ejecutan las leyes federales como competencia propia, salvo que la Ley Fundamental disponga o permita otra cosa*, pudiendo también darse la ejecución como "competencia comisionada", cuando la Federación se reserva instrumentos de dirección y control sobre la administración regional; de esta forma, la administración directa de la Federación es rigurosamente excepcional, requiere una autorización constitucional específica y se limita a un pequeño número de cometidos, generalmente esenciales, del poder público.

42. d) *El "federalismo de ejecución" en México.* En el marco de esta reflexión procede ahora preguntarnos respecto de *las posibilidades* de modernización y de legitimación de *nuestro federalismo*, atendiendo a los precedentes señalamientos.

Aparentemente nuestra estructura constitucional no permitiría establecer la técnica del "federalismo de ejecución", a no ser por un texto adicionado en 1982 (entonces artículo 115 frac. X), cuyo tenor *confirmado* en 1987 por el (derivado) Constituyente Permanente, pasó a constituir el artículo 116, frac. VI que a la letra preceptúa:

"La Federación y los Estados, en los términos de ley, podrán convenir la asunción por parte de éstos del ejercicio de sus funciones, la ejecución y operación de obras y la prestación de servicios públicos, cuando el desarrollo económico y social lo haga necesario.

Los Estados estarán facultados para celebrar esos convenios con sus Municipios, a efecto de que éstos asuman la prestación de los servicios o la atención de las funciones a las que se refiere el párrafo anterior".

Esta adición de 1982, ratificada en 1987, es criticada por el profesor MONTAÑEZ-OJEDA como una medida definitivamente sin precedentes en nuestro país, que parece estar orientada a la implementación de prácticas propias del "federalismo de ejecución".

43. e) *La crítica del profesor MONTAÑEZ-OJEDA: severidad y atenuaciones.* La censura de MONTAÑEZ, catedrático por oposición de derecho financiero en la UNAM, que nos parece sumamente severa, se articula en los puntos que seguidamente resumimos.

En primer lugar, el precepto constitucional, del artículo 116 fracción VI, resulta rudimentario e impreciso, en su pertinencia constitucional y en el empleo de la terminología del derecho público por una parte, porque parecería facultarse a los poderes constituidos para *una delegación de "funciones" federales*, en beneficio de los niveles estadual y municipal, delegación que operaría mediante "convenios"; por otra parte, porque esta actuación convencional tendría lugar "en los términos de ley" y dado que el Congreso de la Unión sólo puede legislar mediante facultad constitucional expresa, nuestro distinguido colega entiende que esta fracción VI del artículo 116 no implica el otorgamiento expreso de dicha facultad y que, por consiguiente, sin tener en cuenta la potestad implícita del artículo 73 frac. XXX y por aplicación aunque sea ilógica del artículo 125, la habilitación al poder constituido federal para el otorgamiento de estos convenios únicamente podría derivarse de una ley estadual. Más aún, concluye que idéntica carencia, de facultad legislativa federal expresa en la Constitución, vicia los convenios forjados por la Ley de Coordinación Fiscal, por lo cual serían igualmente inconstitucionales los actos de administración y fiscalización de tributos federales realizados por las administraciones estadales, mientras el Constituyente Permanente no adicione el artículo 73. *Sin admitir pues que dicha fracción VI del artículo 116, combinada con la frac. XXX del artículo 73, pueda constituirse en fundamento real, aunque perfectible de la potestad del Congreso* de la Unión en esta materia, el catedrático MONTAÑEZ-OJEDA concluye en que es *incomprensible la omisión del Poder Revisor de la Constitución*, la cual expondría innecesariamente en su validez a la ley y a los actos administrativos de colaboración entre autoridades tributarias federales y locales.

En segundo lugar, la amplitud del texto constitucional parece ignorar la significación precisa de nociones elementales del derecho administrativo ("funciones", "servicios públicos"), lo que resulta técnicamente inexacto (vg., los servicios públicos, clásicos o en el sentido restringido de la teoría moderna de los cometidos del poder público, configuran una manifestación concreta de la abstracta "función" administrativa), y políticamente desbordado pues, en derecho comparado, inclusive en el antes citado caso alemán, *siempre habrá funciones y cometidos privativos de la Federación*, por lo que no cabe siquiera imaginar que la actividad administrativa federal podría ser "regionalizable" en su totalidad y, por lo demás, la frac. VI no hace referencia

alguna a los límites de lo "regionalizable". *La crítica es sin duda correcta, pero nos parece excesiva respecto de una práctica que apenas comienza a institucionalizarse*: la Constitución nacional está colmada de inexactitudes jurídico-administrativas y, por lo demás, la experiencia irá indicando progresivamente hasta dónde pueden ir los convenios en la transferencia de funciones, facultades y cometidos que sean realmente "asumibles" por las entidades territoriales menores.

En tercer lugar, reiterando la urgencia en el estudio doctrinal de los *actos convencionales* indicados, que facilite una regulación más precisa de este probable "federalismo de ejecución", el joven maestro mexicano insinúa una dificultad ciertamente más grave. La por él enfatizada carencia de fundamento constitucional, combinada con la frecuente regulación de la materia por el secretario del despacho en vez del Presidente de la República, llevaría a que una cuestión tan delicada quedara en manos del segundo nivel administrativo, *siendo que*, como apunta GARCÍA DE ENTERRÍA, *"regionalizar o no, es una decisión política de primera importancia*, que afecta a la configuración misma del poder político y a los derechos básicos de las colectividades y de los ciudadanos. Es, por ello, una decisión que ha de determinarse en la Constitución, la cual ha de perfilar sus rasgos concretos, sin perjuicio de particularizaciones o estatutos propios de cada región". *La argumentación de MONTAÑEZ nos parece reflejar, curiosamente, ese abusivo manejo "concentrador" en el jefe del Ejecutivo*, de la casi totalidad de las opciones nacionales y, muy señaladamente, *de la potestad reglamentaria y convencional*: es hora de combatir también aquí el "paternalismo" que desconoce en los secretarios del despacho y jefes de departamentos administrativos y grandes administraciones autónomas, el principio y la práctica de amplias potestades, en régimen presidencial e inclusive respecto de la emisión de "actos-reglamentarios". *Cabe sí coincidir con el profesor MONTAÑEZ-OJEDA, cuando su crítica parece enderezada respecto de los abusos de alguna secretaría singular, que pretendiere adueñarse unilateral y tecnocráticamente de las grandes opciones de la nación*:

"No coincidimos en el patrón de federalismo instrumentado y dosificado desde alguna Secretaría de Estado, constituida en máximo intérprete, regulador y ejecutante de la Constitución, porque no obstante la renombrada 'superioridad técnica de la administración', tales medidas pueden carecer de una misión global a largo plazo y del sustento democrático que requieren las alternativas de la regionalización."

44. B) *La desvirtuación del artículo 124 de la Constitución federal*. Según el artículo 124 de la Constitución nacional, "Las facultades que no están *expresamente* concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados" (subrayado nuestro del vocablo que nos distingue, quizá decisivamente o quizá sólo por una "distracción centralizadora", de la Constitución estadounidense de 1787, en esta materia de atribución respectiva de competencias a los niveles estadual y federal). Precisamente como consecuencia del tenor del artículo 124 y su pretensión de radicalizar todas las potestades de principio en beneficio del nivel estadual, *salvo excepción expresa*, el (derivado) Poder Constituyente Permanente ha ido progresivamente invirtiendo el "modelo" de federalismo que nos viene del siglo XIX, mediante la creciente atribución expresa, y hasta implícita, de potestades tributarias al nivel federal, pues *como si no bastara la amplitud del artículo 73 frac. VII, se han añadido los cinco numerales de la fracción XXIX, que prácticamente tienden a vaciar de contenido tributario al antes citado artículo 124*.

45. a) *El deslinde competencial que surge de la Constitución federal. Según la doctrina más autorizada, hélo aquí*:

lo. El principio constitucional es que son concurrentes las facultades de los estados y de la Federación en el establecimiento de tributos para cubrir sus respectivos presupuestos, con las únicas excepciones que la propia Constitución ha establecido.

20. Hay tributos que, por texto constitucional expreso, derogatorio de la potestad de principio establecida por el artículo 124 en favor de los estados, pertenecen exclusivamente a la Federación.

La Constitución determina, en el listado que antecede, cuáles son los impuestos que corresponde establecer en forma exclusiva al Gobierno federal en dos formas: 2.1. Expresamente, enumerando en dicho listado los impuestos respectivos y 2.2. Prohibiendo a los estados ciertas formas de procurarse arbitrios.

30. Hay impuestos que los estados pueden establecer sólo con autorización del Congreso de la Unión.

40. La Federación no puede prohibir a los estados el establecimiento de aquellos impuestos que correspondan a materias que no le han sido expresamente atribuidas por la Constitución, caso en el cual se ejerce la potestad de principio de los estados, en el marco del artículo 124 constitucional. Este argumento habría llevado, en general y no sin agudeza, a la doctrina forense de ciertas entidades

federativas como Nuevo León y Chihuahua, a negar al impuesto sobre la renta su pretendida cualidad federal, reclamándolo en su totalidad, para los estados respectivos.

50. La Federación no puede facultar a los estados para el establecimiento de tributos sobre materias que le han sido exclusivamente reservadas a la propia Federación, por texto expreso, derogatorio en la especie de la potestad de principio, consagrada por el artículo 124.

6°. Esta doctrina (ejemplarizada por FLORES-ZA- VALA) pretende que la competencia tributaria exclusiva de la Federación comprendería, de acuerdo con alguna jurisprudencia *muy centralista*, todas aquellas materias en las que dicho nivel de gobierno tiene competencia para legislar en forma exclusiva, argumentando que *la competencia legislativa presupone la potestad tributaria*, aunque no se señale así expresamente, por lo cual la totalidad de las materias previstas en la frac. X del artículo 73 de la Constitución, serían elementos de relaciones tributarias federales.

46. b). *Un estado federal "de facto" unitario*. En verdad, con el razonamiento anterior de FLORES- ZAVALA estamos como enfáticamente argumentara CORTINA-GUTIÉRREZ, ante un ejemplo más de la tendencia -predominante en los medios gubernativos, jurisprudenciales y doctrinales del Distrito Federal- que *descuida reiteradamente, los derechos y las competencias del resto de la república*, enderezando la totalidad del ordenamiento jurídico a la constitución de un Estado nacional, *de facto* unitario en su forma de gobierno e intensamente centralizado y concentrado en sus modalidades administrativas y calificado como un paradójico Estado federal "unitario" en alguna reciente doctrina.

Para tomar un solo ejemplo, basta recordar la *situación de los impuestos locales al comercio*, los cuales únicamente han sido limitados en la esfera estadual por el artículo 117 de la Constitución, en cuanto sean impuestos alcabulatorios que afecten desfavorablemente el comercio interestadual. En otras palabras, los gravámenes al comercio regional que no sean discriminatorios por razón del origen de las mercancías, son constitucionalmente legítimos y posibles, *a contrario sensu*. Es más, el artículo 117, en su frac. VI, indica, al interpretarse también en sentido contrario, que es legítima la tributación sobre el consumo o sobre la circulación de efectos nacionales o extranjeros, si el cobro no requiere aduanas locales, o inspección, o registro de bultos, o documentación que acompañe la mercancía. Cabría señalar, igualmente, *la tradición de impuestos*

estadales al comercio, implícitamente reconocida por el legislador federal, cuando se promulgó la reforma de 1942 a la frac. XXIX del artículo 73, y expresamente cuando se promulgó la Ley del Impuesto sobre Ingresos Mercantiles. Esta, típicamente una ley sobre ventas comerciales, en la que se dejó a los estados la opción de recibir, de la tasa total del entonces 3%, una cuota de 1.2%, o bien desechar éstas, en cuyo caso se hubiera mantenido sólo la de 1.8% federal y se habría gravado con tributos estadales el comercio regional en una forma libremente determinada por la legislatura local.

*Por lo demás, permítasenos un argumento de texto, que nos parece merecería mínima consideración: si el constituyente federal hubiera querido incluir las materias de la frac. X del artículo 73 entre aquellas comprendidas en la exclusiva potestad tributaria federal, poco le habría costado extender la lista de materias imponibles contenida en la frac. XXIX del mismo artículo; es cierto que el texto constitucional, en cuanto producto de la incesante labor del (derivado) Poder Constituyente Permanente de la Constitución (artículo 135), **Contiene** numerosas incongruencias y no pocas contradicciones, pero parece excesivo pretender que, dentro del mismo artículo, el artículo 73 relativo a las facultades del Congreso de la Unión, se hayan incluido dos fracciones, de proliferas enumeraciones cada una, que tendrían que leerse como idénticas a pesar de la diversidad de las materias formalmente tratadas.*

47. c). *Federalismo saludable y cripto-centralismo enfermizo*. Las consideraciones anteriores explican la simpatía con que hemos leído ciertos agudos desarrollos, los cuales, más allá de su tónico algo polémico, intentan rebasar con lucidez el *marco puramente normativo*, para entrever la tendencia del fondo al cual "sirve de ropaje".

El federalismo, sanamente entendido, presupone el encuentro soberano de entidades diferenciadas en su riqueza y poder, que resuelven unirse en forma flexible para encarnar un proyecto común, en cuya realización aspiran a superar eventuales antagonismos y alcanzar niveles comparables de desarrollo. Así, por ejemplo, en la República Federal de Alemania, estados industriales como Westfalja del Norte del Rin y el Palatinado convergen con un Estado predominantemente rural como Schleswig-Holstein o como Baviera; ciudades-Estado como las hanseáticas de Bremen y Hamburgo, aspiran a integrarse equitativamente con estados menos urbanizados como Badén; estados con potente agroindustria como el propio Badén aspiran a marchar parejo con un Estado industrial clásico del tipo de Baja Sajonia o Hessen.

Ahora bien, el federalismo excluye toda dominación abrumadora del centro, exige para su supervivencia el amplio crecimiento multipolar de la mayor parte de la población nacional. La historia de 40 siglos señala en el territorio mexicano la inexistencia de esa desigualdad creadora, hado que nos aterra desde tiempos precortesianos por una esterilizante y hasta cruel y creciente desigualdad, puesta de manifiesto en nuestros días por la desmesura del Distrito Federal, y por las resistencias que encuentran los esfuerzos, ciertamente inteligentes y constructivos, primero de la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, y después de la de Desarrollo Urbano y Ecología, para multiplicar y fortalecer las incipientes metrópolis de equilibrio.

48. C) *De la explotación prehispánica al saqueo europeo.* En este sentido, concordando con los recientes estudios de Miguel LEÓN-PORTILLA referentes a la despiadada suerte de las clases dominadas en los periodos tolteca, chichimeca y azteca, se afirma:

"A partir de su entrada a la historia, *México ha sido una nación destrozada por la desigualdad* económica -la miseria de los muchos y la riqueza insultante de los pocos- y penetrada por intereses extranjeros." Se ha dicho con gran claridad que "la desigualdad nos impide interpretar la historia de México", y puede señalarse que no somos un fragmento de la cultura occidental sino su apéndice, idea que se ve complementada por lo que dice Octavio Paz en el sentido de ser los comensales no invitados que se han colado por la puerta trasera de Occidente; todo ello se refiere a que en muy contados y breves momentos se nos ha gobernado por un Estado que no ha sido totalmente autoritario; podemos empezar con los aztecas y seguir con el dominio español de tres siglos, y con ambos no es indispensable enfatizar la explotación de las grandes mayorías en lo económico y el absoluto absolutismo en lo político.

49. a) *Actualidad atroz de Alexander von Humboldt.* La doctrina crítica que invocamos señala que al iniciarse el andamiaje jurídico de la coordinación de los ingresos públicos entre las unidades territoriales del país, sigue siendo actual y devastador el testimonio de Alexander von HUMBOLDT, a principios del siglo XIX:

"En ninguna parte había visto una desigualdad tan tremenda en la distribución de la riqueza, de la civilización, del cultivo de la tierra y de la población". Las bases de la desigualdad eran tan amplias y tan profundas e involucraban a tantos "interesados" en mantenerlas, que a pesar de que la guerra

de independencia movilizó a importantes sectores del pueblo, de las masas desposeídas, su consumación fue realizada por grupos y sectores entre los que se localizaba el alto clero y, con él, la institución de la Iglesia, la organización militar, los propietarios de las 5 mil haciendas que abarcaban todo el país, los dueños de las minas, la burocracia y otros detentadores de la riqueza nacional, que constituían una oligarquía imbuida de una superioridad y de la certeza de que las miserables chusmas nunca podrían vencerlos, además de que serían incapaces de gobernar a un país". *La lapidaria afirmación de Humboldt podría repetirse, y puede serlo aún en cada vuelta de la historia mexicana, pero lo que proyecta en la realidad es la existencia de por lo menos dos Méxicos: el de unos cuantos que todo lo poseen y el país de los desposeídos, grandes masas miserables sin ninguna esperanza, y sobre ambos el hecho contundente de un Estado que sirve a la minoría, de la cual era -y es- parte constitutiva (¿constituyente?).*

50. b) *Transnacionales y reorganización autoritaria del Estado.* Ahora bien, si la sustitución de importaciones, en su primera fase, finaliza alrededor de 1956, la segunda etapa con la política del desarrollo, coincide con la internacionalización del capital estadounidense, la creación de nuevos espacios de integración económica (en particular, en Europa Occidental y en América Latina, a fines de los cincuenta) en el mundo capitalista y una misión cada vez más hegemónica de la inversión extranjera estadounidense en la economía mundial y en particular en la economía mexicana, en la cual el porcentaje del 70% de 1946 pasa al 78% en 1957 y sobrepasa el 80% después de 1970. Su exteriorización más específica, *las empresas transnacionales, conllevan una tendencia profunda a la reorganización autoritaria del Estado.* Para la doctrina reciente, la diversidad de las estructuras sociales del capitalismo dependiente permite *fórmulas autoritarias que no requieren del "golpe de Estado" para instaurarse y perpetuarse*, sin graves roturas en el cuerpo social del país.

51. c) *Autoritarismo y coordinación fiscal.* En el marco de esta investigación, importa el abundamiento respecto de *la correlación*, que proféticamente se denunciara, por la doctrina crítica, *entre esa forzosa evolución autoritaria y el presente de la coordinación fiscal.*

La prueba de fuego para el federalismo se localiza en la práctica administrativa y, sobre todo, en la cuestión fiscal. Es clásico negar a los menores de edad la capacidad de ser mayores, y mediante este conocido comportamiento maternal de "sobrepotección", terminar por hacerlos absolutamente in-

capaces de madurez alguna, permaneciendo sujetos al "cordón umbilical" hasta bien entrada la edad adulta, edad en la cual simplemente se opera una "substitución", igualmente "castrante" del crecimiento personal e individual del sujeto. Naturalmente que todo ello se enmascara, más o menos inconscientemente, con la afirmación del "enorme sacrificio" que hace la mamá para seguir ocupándose de sus "niños", más allá de la niñez y de la misma adolescencia. Este "proteccionismo" pretende asegurar bienes y servicios al menor, con motivo de que todavía "no puede proveerlos por sí y se quedaría sin nada", de no recibir regularmente las obsequiosas prestaciones de la mamá.

Esta desvirtuación consuetudinaria de los principios fundamentales del *derecho de familia*, derecho de transición que tiende ¡o debería tender!, a orientar "el crecimiento y futura madurez" de sus integrantes más jóvenes y que *se convierte*, "enfermizadamente", por desplazada "voluntad de poderío", en el "*derecho del séquito familiar, en el cual los menores lo seguirán siendo indefinidamente, primero de sus padres y luego de sus hermanos mayores*"; esta desvirtuación, decimos, es la misma que se vive en la mayoría de los derechos constitucionales de América Latina, en los cuales se ubica el "fenómeno de semántica normativa" que es el federalismo mexicano. 52. d). *Desigualdad e irresponsabilidad: de la familia al Estado*. Es el mismo círculo vicioso. La Federación prefiere concentrar el poder, a compartirlo con entidades federativas cada vez más fuertes, y a las cuales, porque han sido y siguen siendo débiles, se las condena a seguirlo siendo, engendrando la dependencia dentro de la dependencia.

Es cierto que, en todo crecimiento multipolar, hay riesgos de desigualdad y de irresponsabilidad, pero la perpetuidad del actual *status quo* convalida también una desigualdad más grave, la que media entre el todo y *las partes*, y que éstas son permanentemente, *cada vez más, irresponsables de su destino*:

"En México, y como muestra de nuestro federalismo vivo", se tiene que en 1929, de los ingresos totales del sector público, participaban la Federación con un 71%, los estados con 13.85% y los municipios con 7.58%, y el restante porcentaje correspondía al Distrito Federal; (...) en 1960, la Federación obtuvo 78.56%, los estados 8.77% y 2.84% para los municipios; (...) en 1977 las cifras señalan 11.87% para estados y 1.39% para municipios, con una tendencia a la baja para estos últimos que no se ha detenido". La actualidad, o un agravamiento de estas cifras en 1998, confirma la siempre increíble actualidad de las reflexiones federalistas que dan médula a la obra de la doctrina.

De la misma manera que la timidez y la "comodidad" de los adolescentes latinoamericanos contrasta con la audacia y el espíritu pionero de los adolescentes europeos y angloamericanos, ese contraste se observa paralelamente entre la actitud sobreprotectora y posesiva de las madres latinoamericanas si las comparamos con la postura promotora y emancipadora de las madres del mundo desarrollado. Mucho han hurgado sociólogos y antropólogos para explicar las diferencias radicales existentes entre nuestras "atrofias", sociales y políticas, y la autot suficiente "expansión" social y política de europeos y angloamericanos. Aquí, al visualizar con rigor la comparación severa que nos presenta la doctrina crítica, no hemos podido dejar de *asociar las insuficiencias de nuestra vida pública con las carencias de nuestras estructuras familiares*, hipócritamente "fetichizadas" por muchos que en secreto saben de su pobreza como "íntimo resorte" de nuestras miserias institucionales.

53. D) *Inexistencia del federalismo ante finanzas "unitarias"*. Por todo esto, no puede dejar de recordarse y leerse, sin sorpresa, el balance siguiente:

A partir de 1950, los ingresos combinados de estados y municipios no han rebasado el 14% de los ingresos del sector público -sin incluir empresas descentralizadas- mientras que en Suiza alcanzan el 50% y el 44% en Estados Unidos, ambos en 1970.

Estos datos hacen obvio todo comentario. La penuria de la unidad política-administrativa que es el Municipio, a la que habría que agregar sin ninguna reticencia la grave pobreza de los estados "libres y soberanos" que forman el país que se denomina Estados Unidos Mexicanos, es de tal manera profunda que, sin ninguna duda, debe afirmarse que *el federalismo no existe en México* y que, además, en las actuales circunstancias, las condiciones económicas, políticas y sociales del país hacen imposible cualquier intento (serio y no electoralmente demagógico) en tal dirección, que tenga un mínimo de oportunidades de alcanzar su objetivo.

54. a) *Coordinación fiscal y regresividad tributaria*. Sería aquí indiscreto entrar a la glosa de las disposiciones de la Ley de Coordinación Fiscal, resumida por la doctrina crítica, la cual prudentemente señala la insuficiencia cuantitativa y la ineficacia cualitativa de nuestro sistema impositivo, carente de una política de nivel nacional y en el cual la centralización fiscal propicia un desarrollo regional desequilibrado, al posibilitar la regresividad de las estructuras tributarias locales, todo lo cual lesiona al federalismo como proyecto político.

El pretendido *fortalecimiento del federalismo* plantea varias complejidades, sin evocar aquí, por muy

obvias, las referentes al concepto del federalismo en sí mismo, las de la noción -en nuestros tres maestros excesivamente multívoca- de "descentralización" y las del procedimiento de solución de conflictos mediante una institución como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, históricamente señalada como una de las herramientas más eficaces del centralismo.

55. b) *La primera perplejidad: Las técnicas al primitivo servicio de la centralización.* Las técnicas para otorgar subvenciones, que se determinan en la Ley de 1978, tienen una intención que parece un tanto primitiva y están contempladas en la teoría fiscal con el nombre de fórmula igualadora o subsidio de prestación general de servicios públicos, y su problema principal -el de la aplicación de este tipo de subsidios- estriba precisamente "en la selección de la fórmula en la cual basar la subvención. El problema consistente en tomar en cuenta un suficiente número de factores, de tal modo que las sustantivas diferencias en las posiciones económicas de los estados estén apropiadamente reflejadas", porque de la misma manera que no es lo mismo la producción y el consumo en Westfalia del Norte del Rin que en Baviera, tampoco existe igualdad entre Nuevo León y Tlaxcala. En el caso de nuestro país, la población económicamente activa obtiene mayores ingresos en los cinco estados más poderosos (Chihuahua, México, Nuevo León, Veracruz y Jalisco) que en los considerados más débiles, en los cuales el porcentaje del personal ocupado es siempre el doble y a veces el triple del porciento de la remuneración que se persigue, así como del capital y de la producción. Este resultado concuerda con el que se da en las empresas de gran tamaño, y en contra de las medianas y pequeñas, lo que con toda obviedad incide en la tasa de ganancia y con ello tiende a favorecer la concentración y centralización de la actividad económica.

56. c) *La segunda perplejidad: El modelo estadounidense y el qué de nuestra mala "copia".* La ley federal mexicana de 1978 tomó como ejemplo un plan elaborado en los Estados Unidos de América, bajo la administración del presidente Johnson en 1964, conocido como *Plan Pechman Heller*. La doctrina más ilustre entiende que pueden tenerse por reproducidas en México, y aumentadas, las críticas que se le hicieron en el mundo estadounidense, sobre la base de los defectos específicos de nuestro sistema tributario, de su inelasticidad, del *monstruoso poder ejercido por el gobierno federal*, y de las siguientes cuatro precisiones:

Primera: El federalismo para ser creativo requiere de diversidad y no de monolitismo, de disensión y no de unanimidad, de innovación y no de inercia.

La ley de 1978, caso de ingreso compartido, impulsa autoritariamente el proceso del centro a la periferia, del Distrito Federal a los estados, de arriba hacia abajo, con lo cual el gobierno federal crecerá más fuerte y poderoso en su autoridad y más débil en ideas.

Segunda: El plan estadounidense no recurre a ningún ingreso global sino a la base gravable del impuesto al ingreso personal, lo que hace menos aleatoria y probablemente más estable la percepción a los estados, y, en un momento dado, permite al gobierno federal variar las tarifas en aras de la estabilidad económica, con menor lesión para las entidades territoriales menores.

Tercera: Al tomar como base solamente al impuesto al ingreso personal (el más directo, progresivo y productivo) y no a todos los tributos, el plan angloamericano no obliga a derogar o a suspender tributos locales o municipales, como en la ley de 1978 se ha hecho ya casi durante 20 años (1978-97).

Cuarta. Por la misma razón, la coordinación fiscal del sistema mexicano, que es una organización de "subsidios en bloque", no puede ser usada como medida anticíclica o para administrarla por un fideicomiso, que funcione fuera del alcance del gobierno federal.

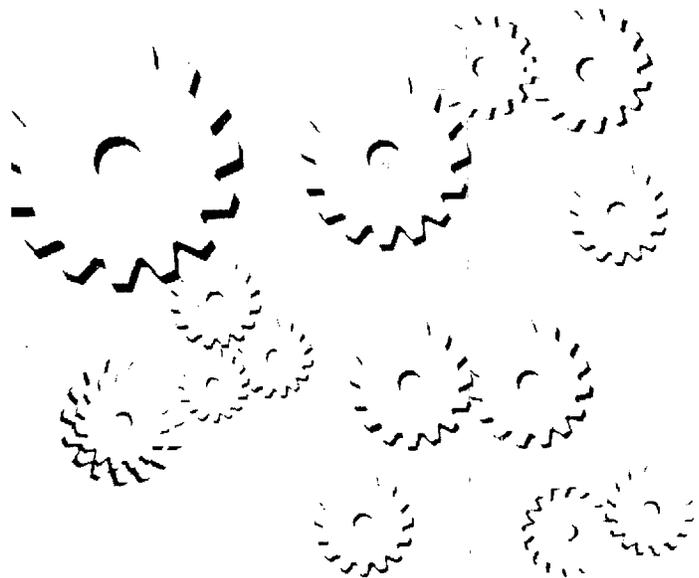
57. d) *La tercera perplejidad: Negatividad federal de los "subsidios en bloque".* Finalmente, el sistema imitado, perteneciente a la categoría de los llamados "subsidios en bloque o para efectos generales" y que, de hecho, pueden ser considerados como ingresos compartidos que el gobierno federal otorga a las entidades territoriales menores, implica que éstas, *de facto*, nada tienen que decir sobre la tasa, la base, el objeto, el sujeto, las exenciones, deducciones, etcétera, del gravamen o gravámenes. Por ello su significado desde el punto de vista de la doctrina federal resulta muy aleatorio, pues muchos autores consideran al ingreso compartido como una subvención más y no de las mejores, y que se proyecta negativamente en el permanente conflicto, del Estado Federal, entre metas programáticas y objetivos fiscales.

VIII . Lucha contra la ignorancia

58. *Del derecho como estructura normativa social.* La dogmática *separación* de los aspectos extranormativos y de los aspectos normativos de lo jurídico sólo era *concebible, con ignorancia metodológica* de los primeros y a principios del siglo, por los aislados y demostradamente infecundos profesores de la escuela de Viena.

La doctrina es aquí una demostración fehaciente de la fecunda e indispensable interacción de los elementos extranormativos (económicos, sociales, políticos y, en definitiva, históricos) con los elementos normativos. En efecto, el derecho es una estructura normativa social, en la cual ambos tipos de elementos se dan indisolublemente entrelazados.

La creatividad en la construcción de instituciones se refleja plenamente en estas páginas postumas de la doctrina mexicana aquí inspiradora, ejemplo de "ciencia con conciencia". Hermann Heller habría visto en nuestra doctrina jurídico-financiera mexicana y particularmente en sus tres máximos Maestros (distritense, oaxaqueño y neoleonés), una enriquecedora expresión mexicana de "ciencia jurídica *con Derecho*"



IX Del horizonte bibliográfico

ARMIENTA-CALDERÓN, Gonzalo M *El proceso tributario en el derecho mexicano*, ciudad de México." Manuel Porrúa S.A., "prólogo" de Humberto BRISEÑO-SIERRA, 1977, 451 pp.

ARMIENTA-CALDERÓN, **Gonzalo M.**, *El Ombudsman y la protección de los derechos humanos*, ciudad de México: Porrúa Hnos. S.A., 1992, 166 pp.

CAÑE, Peter, *An Introduction to Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 3rd. ed., 1996, XL + 401 pp.

CORTINA-GUTIÉRREZ, **Alfonso**, *Ensayos jurídicos en materia tributaria*, ciudad de México: Themis, colección ensayos jurídicos, "Prólogo" de Antonio MARTÍNEZ-BÁEZ, "Presentación" por Mariano AZUELA-GUITRÓN, 1993, XXX + 304 pp.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "De la planeación tributaria y del abuso del derecho - Legitimidad sustantiva y legalidad formal", *Tribunal Fiscal de la Federación - 50 años al servicio de México*, ciudad de México: Fideicomiso para la investigación del derecho fiscal y administrativo, 1986-1988, 6 vols., 370 + XXIV/1090 + 830 + 756 + 922 + 935 págs., tomo V, 1988, pp. 115-184.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Evaluación de la administración pública federal mexicana (Su evolución a partir del México Independiente hasta 1976)", ciudad de México: *Revista de investigaciones jurídicas I* Escuela Libre de Derecho, año 13, núm. 13, 1989, pp. 97-156.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Tres maestros del derecho financiero", Guadal ajara/Jalisco: "Introducción general" al *Libro-homenaje a los profesores A. Cortina-Gutiérrez, E. Flores-Zavala y S.F. de la Garza-González*, coordinación del profesor Antonio JIMÉNEZ-GONZÁLEZ, ed. Secretaría general de gobierno del estado de Jalisco y facultad de derecho de la Universidad de Guadalajara, 1995, 425 pp., esp. págs. 357-425.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León, *Introducción al derecho administrativo* (dirección), vol. 1, ciudad de México: Porrúa Hnos, S.A., 3a. ed. (totalmente revisada y puesta al día), 1998 (en prensa), 393 pp.

FAYA-VLESCA, **Jacinto**, *Finanzas públicas, ciudad de México: Porrúa Hnos. S.A., 3a. ed., 1996, 439 pp.*

FERREIRO-LAPATZA, **José Juan**, *Curso de derecho financiero español*, Madrid: **Marcial Pons**, 17a. ed[^], 1995, 694 pp.

FLORES-ZAVALA, **Ernesto**, *Elementos de finanzas públicas mexicanas. Los impuestos*, "Prefacio" de Luis RECASÉNS-SICHES; "Prólogo" de Mariano AZUELA Jr., 29a. edición, ciudad de México: **Porrúa, S.A.**, 1991, XVIII + 510 pp.

GALLIGAN, **Denis J.**, *Discretionary powers (A Legal Study of Official Discretion)*, Oxford, Clarendon Press, 1990, XXII + 402 pp.

GARCÍA DE ENTERRÍA, **Eduardo**, *Estudios sobre autonomías territoriales*, Madrid: **Civitas**, 1985, 486 pp., esp. 41 ss.

GARZA-GONZÁLEZ, **Sergio Francisco de la**, *Derecho financiero mexicano*, 16a. ed., revisada y actualizada, ciudad de México: **Porrúa, S.A.**, 1991, XVI + 1025 pp.

GAUDEMET, Paul-Marie et MOLINIER, **Joël**, *Finances publiques*, París: **Montchrestien (Domat)**, 2 vols. (9a. y 8a. ed.), 1997, 518 + 587 pp.

GIULIANI-FONROUGE, **Carlos María**; GOMES DE SOUSA, **Rubens**; y VALDES-COSTA, **Ramón (redactores)**, *Modelo de código tributario*, segunda ed., Washington D.C.: **O.E.A. / B.I.D.**, 1968, XVI + 162 pp., in 4^o.

JARACH, **Diño y VALDÉS-COSTA**, **Ramón**, *Introducción al derecho tributario*, Montevideo: Fundación de cultura universitaria (col. clásicos jurídicos), 1995, 79 pp.

KAPLAN, Marcos (coordinador y coautor), *Revolución tecnológica, Estado y Derecho*, ciudad de México: Pemex / UNAM- IJ, 1993, 4 vols., esp. su vol. IV, 239 pp.

LALUMTÈRE, **Pierre**, *Les finances publiques*, París: Colin, 2a. ed., 1973, 528 pp., de periódica reedición.

MONTAÑEZ-OJEDA, Jorge, "Federalismo tributario en México", *Tribunal Fiscal de la Federación - 50 años al servicio de México*, ciudad de México: Fideicomiso para la investigación del derecho fiscal y administrativo, 1986-1988, 6 vols., 370 + XXIV/1090 + 830 + 756 + 922 + 935 págs., tomo V, 1988, pp. 429-464.

MUSGRAVE, Richard y MUSGRAVE, Peggy, *Hacienda pública teórica y aplicada*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1981, cuyo original en inglés *Public finance in theory and practice* (Nueva York: McGraw Hill, inc., 1976, 567 pp.) y aún la indicada traducción castellana nunca hemos podido manejar, por lo cual nuestras referencias son a la versión portuguesa, trad. de Carlos Alberto PRIMO BRAGA, publicada en Brasil: *Finanzas Públicas (teoría e prática)*, Sao Paulo: ed. da Universidade de Sao Paulo / Campus, 1980, XVI + 673 pp., in 4o.

PUGLIESE, Mario, *Instituciones de derecho financiero*, "prólogo" de Antonio CARRILLO-FLORES, 2a. ed., "Estudio preliminar" por Alfonso CORTINA-GUTIÉRREZ, ciudad de México: Porrúa S.A., 1976, XII + 382 pp.

RETCHKJMAN-KIRK, Benjamín y GIL-VALDIVIA, Gerardo (ponentes), *El federalismo y la coordinación fiscal*, ciudad de México: UNAM/IIJ, presentación por Jorge CARPIZO-MCGREGOR, 1981, 115 pp.

RETCHKIMAN-KIRK, Benjamín, *Teoría de las finanzas públicas*, ciudad de México: U.N.Á.M. / I.I.E., 2 vols., 1987, 360 + 410 pp.

SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Sistema de derecho financiero*, en curso de publicación, tomo I (*Introducción*), vols. I. (1977) y II (1985), Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, (XXXVI + 530) + (XXXII + 840) pp.

TAGGART, Michael, *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart, 1997, XXVIII + 381 pp.

TIPKE, Klaus y LANG, Joachim, *Steuerrecht - Ein systematischer Grundriss* [Derecho tributario - Un bosquejo fundamental sistemático], Köln: Dr. Otto Schmidt KG, 13a. ed.. 1991. XLII+878 pp.

TIPKE, Klaus, *Die Steuerrechtsordnung* [El ordenamiento jurídico tributario], Kfiln: Dr. Otto Schmidt KG, la. ed., 1993, 3 vols., LXXV+ 1593 pp.

VALDÉS-COSTA, Ramón, *Instituciones de derecho tributario*, Buenos Aires: Depalma, la. ed. 1992, reimpresión 1996, XXV + 515 pp.

VALDÉS-COSTA, Ramón, *Curso de derecho tributario*, Santa Fe de Bogotá: Temis/Buenos Aires: Depalma / Madrid: Marcial Pons, 2a. ed., 1996, XXII + 386 pp.

VALDÉS-COSTA, Ramón, *Estudios de derecho tributario latinoamericano*, Montevideo: Amalio M. Fernández, 1982, 323 pp.

VALDÉS-COSTA, Ramón, *Estudios de derecho tributario internacional*, Montevideo: Amalio M. Fernández, 1978, 231 pp.

VOGEL, Klaus, *Der offene Finanz - und Steuerstaat* (Ausgewählte Schriften 1964 bis 1990) [El Estado financiero y tributario abierto - Escritos escogidos 1964 a 1990], her. (editor) Paul KIRCHHOF, Heidelberg: C.F. Müller, 1991, XXVIII + 750 pp.

Tlalpan, D.F., 27 de noviembre de 1997.