

3. En virtud de lo anterior, no queda claramente delimitados los ámbitos de la autonomía de gobierno y el de la autonomía organizativa en relación a las potestades del legislador.

Tal y como lo expresa el Dr. Mauro Murillo:

"En síntesis, que la Sala en el voto No. 1313-93 ha dado un gran paso en la conceptualización de la autonomía universitaria.

Sin embargo, no abunda propiamente el concepto de autonomía organizativa como categoría diferente de las otras autonomías, ni llegó a definir el verdadero papel que queda al legislador frente a esa autonomía.

En lo sucesivo no puede continuarse más sosteniéndose simplemente que la autonomía organizativa universitaria es una mera capacidad de autoestructuración. Es una capacidad que debe desglosarse en diferentes renglones, en forma tal que en algunos es clara la potestad exclusiva universitaria, mientras que en otros esa potestad es racionalmente compartida con la del legislador".

(Comentario sobre el voto 1313-9 de la Sala IV. Acción de inconstitucionalidad planteada por la Universidad Estatal a Distancia. EUNED, 1994).

CONSTITUCION Y DERECHO FINANCIERO

Dr. León Cortiñaz-Peláez (*)

(*) Profesor-Investigador en la Universidad Autónoma Metropolitana (México) y, en período sabático, en la Universidad Carlos III de Madrid (beca sabática del Ministerio de Educación y Ciencia de España, en Misión de la U.A.M.-Azcapotzalco).

- I. **El perfil académico y humano.** 1.A) Nuestro marco académico y personal. 2.B) Omisiones de una investigación comprometida.
- II. **Heteronomía científica y derecho consuetudinario.** 3.A) Polivalencia y heteronomía de los derechos financiero y tributario. 4.B) Democracia y costumbres constitucionales. 5.C) Entraña hispánica y modelos anglosajones.
- III. **El derecho como ciencia social desborda el simple tecnicismo normativo.** 6. Descentralización y estado de derecho.
- IV. **El círculo vicioso del "desorden establecido".** 7.A) Fraternalidad e igualdad, ausentes en la pura libertad. 8.B) un "bien triste fin de siglo". 9.C) la "mano invisible" y la ética del intervencionismo.
- V. **La incoherencia del nuevo ordenamiento jurisdiccional.** 10.A) Modernidad del contencioso administrativo autónomo. 11.B) Sumisión normativa a la hegemonía estadounidense. 12.C) Un testamento científico y jurisdiccional. 13.D) Hacia una justicia imprevista e ignorante. 14.E) Ruptura del equilibrio entre particulares y administración. 15.F) Frivolidad legislativa y desconfianza ante el retroceso judicialista. 16.G) Incoherencia, de cuño profesional, entre las funciones constituyente y legislativa (1988). 17.H) Federalismo y jurisdicciones estatales.
- VI. **Jurisdicción y justicia a la hora del T.L.C. norteamericano.** 18. Fecundidad, actualidad e interrogantes. 19.A) Actualidad de las reservas de Ignacio Vallarta: hacia una tecnocracia judicial. 20.B) Reglamento de policía y reglamentos autónomos. 21.C) Escepticismo doctrinal: desigualdad social y equidad contributiva.
- VII. **Los elementos extranormativos del derecho.** 22. Del derecho como estructura normativa social.

EL PERFIL ACADÉMICO Y HUMANO

1.A) **Nuestro marco académico y personal.**—En la Universidad sueca de Uppsala conocimos por primera vez al profesor Alfonso Cortina-Gutiérrez (1907-1990) en agosto de 1966, con motivo de la ponencia mexicana sobre *Medidas fiscales destinadas a favorecer las inversiones*, presentada ante el VII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Posteriormente, en México a partir de los setenta, tuvimos la oportunidad de utilizar, en nuestras clases de derecho fiscal en la UNAM su *Curso* ⁽¹⁾, y de departir frecuentemente con don Alfonso en sus calidades sucesivas de asesor de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de México (1976-1978) y de magistrado y presidente del Tribunal Fiscal de la Federación, desde 1978 hasta su muerte en 1990. En todo momento, la lectura de sus escritos doctrinales y de sus dictámenes administrativos y financieros, así como sus opiniones y densos diálogos, significaron una aportación permanente de lucidez, solidez científica en lo teórico y en lo práctico, e inagotable humanismo. Complementariamente, colegas y alumnos tuvieron el lujo intelectual de acogerlo como visitante ponente de honor en sendas sesiones del Taller de Derecho Público (Univ. Metropolitana y UNAM), en casa de nuestros entonces anfitriones de turno, el C. Magistrado Rafael Ibarra Gil y el Profesor Dr. Pedro G. Zorrilla Martínez, siendo respectivamente ponentes el Dr. Arturo González-Cosío y el Maestro español Eduardo García de Enterría.

Tal es el marco académico y personal que nos permite comentar y prolongar doctrinalmente una publicación póstuma de sus principales escritos, no sólo en materia tributaria sino fundamentalmente en lo relativo a los principios generales del derecho público-administrativo y del contencioso-administrativo ⁽²⁾. Para Cortina, en efecto, el derecho tributario es únicamente una rama del derecho público financiero, éste enclavado en el derecho administrativo y, más ampliamente aún, en los principios generales del derecho constitucional. Por lo demás, como

(1) CORTINA-GUTIERREZ, Alfonso, *Curso de política de finanzas públicas en México*, ciudad de México: Porrúa Hnos, S. A.; 1970, 330 pp.

(2) CORTINA-GUTIERREZ, Alfonso, *Ensayos jurídicos en materia tributaria*, ciudad de México: Themis, colección ensayos jurídicos, "Prólogo" de Antonio MARTINEZ-BAEZ, "Presentación" por Mariano AZUELA-GUITRON, 1993, XXX + 304 pp. En las notas subsiguientes, será citada sólo por *Ensayos*.

hombre culto y como jurista cuyos conceptos siempre rebasaron los tecnicismos normativistas del "puro legista", su pensamiento no se deja encerrar por las anteojeras kelsenianas y profundiza cuidadosamente en todo momento los elementos extra-normativos de lo jurídico.

2.B) **Omissiones de una investigación comprometida.**—Los veinticuatro trabajos contenidos en el volumen póstumo no contiene desgraciadamente algunas de sus aportaciones más significativas para la comprometida investigación del derecho público mexicano, tales como las referentes a Petróleos Mexicanos en su etapa fundacional y en el siniestro de la plataforma del Ixtoc, o respecto de la manifiesta antijuridicidad de la creación y reconocimiento de estudios de la Escuela autollamada Libre de Derecho; pero en su conjunto nos permiten perfilar y proyectar algunas de las principales preocupaciones del siempre joven Profesor y Abogado del Estado Mexicano recientemente desaparecido.

Séanos permitido apuntar seguidamente algunas ideas-fuerza que sus **Ensayos** ponen de manifiesto, sin perjuicio de señalar brevemente ciertas interrogantes.

II

HETERONOMIA CIENTIFICA Y DERECHO CONSUECUDINARIO

3.A) **Polivalencia y heteronomía de los derechos financiero y tributario.**—En el desenvolvimiento jurisdiccional del derecho federal de las finanzas públicas mexicanas, el autor tiene clara conciencia de que hay para el Tribunal Fiscal de la Federación una ruta muy amplia (3), todavía en estos años finales del siglo XX, para entretejer los principios del derecho tributario y de la economía financiera, permitiendo, pero siempre dentro del marco jurídico, que el régimen tributario se use con fines extrafiscales de diversa naturaleza, contribuyendo a la ecuación exacta del progreso y de la justicia social (4). Estado así la fiscalidad en sentido amplio orientada al cumplimiento estricto de los mandatos constitucionales de 1917 y los concordantes posteriores, se prescinde de la pretendida "autonomía" formalista e individualista del derecho tributario, para conceptuarlo, por cierto al igual que la mejor

(3) *Ensayos*, p. 179.
(4) *Ibidem*.

doctrina estadounidense (5) y francesa (6), entre nosotros adoptada por el Profesor Sergio Francisco de la Garza, 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 (7) sancionados por el ordenamiento mexicano.

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 (8), la fiscalidad incluye también el 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 (9), obviamente muy posterior a las antiguallas de una estrecha doctrina italiana curiosamente demasiado difundida entre algunos de los tributaristas españoles y latinoamericanos.

4.B) **Democracia y costumbres constitucionales.**—Importa el señalamiento de la trascendencia que se atribuye al clima democrático para el fomento de la inversión (10), 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 extraformativos y normativos del derecho del país receptor, para decidir si hace o no la inversión proyectada (11).

Las costumbres constitucionales son en ello más relevantes que tantos retóricos como incumplidos preceptos de nuestra pretendida "juridicidad mediterránea". Jurista firmemente anclado en las categorías y prácticas del mundo europeo continental, excelente conocedor de las

(5) MUSGRAVE, R. A. y MUSGRAVE, P. B., *Public Finance in Theory and Practice*, N. York: Mc Graw Hill Book Co., 1976, 567 pp.
(6) Cfr., por todos, LALUMIÈRE, Pierre, *Les finances publiques*, Paris: Colin, 2a. ed., 1973, 528 pp., de periódica reedición.
(7) ROSAS-DIAZ, Josefina, *El Principio de la supremacía constitucional y su defensa en la Constitución mexicana de 1917*, Naucalpán de Juárez/Estado de México: U.N.A.M. / E.N.E.P. "Acatlán", División de Ciencias Jurídicas, tesis profesional con mención honorífica, 1993, 178 ff.
(8) *Ensayos*, p. 238.
(9) MUSGRAVE y SAMUELSON.
(10) *Ensayos*, p. 113.
(11) *Ibidem*.

fuentes italiana (12) y francesa (13) del derecho positivo mexicano en materias administrativa y financiera, Cortina forma 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 cuando mucho más de las costumbres, del nivel económico y cultural, del índice social imperante (14). Concordando con las visiones historicistas de otros ilustres juspublicistas latinoamericanos, tales como el uruguayo Juan Andrés Ramírez (1877-1963) (15) y el mexicano Miguel González Avelar (16), nuestro autor, asomándose a la perspectiva de la justicia administrativa de México (17), hace referencia a un hecho que considera notorio:

“Encima de la Ley escrita fundamental hay otro ordenamiento distinto de formas sociales vivas y actuales, que en un grado mayor o menor encauzan 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”.

5.C) **Entraña hispánica y modelos anglosajones.**—Debe así conectarse un poco más la extranormatividad psicosocial con la normatividad 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

(12) *Ensayos*, p. 261 y concordantes.

(13) *Ibidem*.

(14) *Ensayos*, p. 169.

(15) RAMIREZ, Juan Andrés, *Sinopsis de la evolución constitucional*, Montevideo: Letras, S. A., 1949, 125 pp. Cfr., al respecto, CORTIÑAS-PELAEZ, León, “Ramírez publicista, un maestro de maestros”, en *Homenaje al Dr. Juan Andrés Ramírez*, Montevideo: Barreiro y Ramos, S. A., “Prólogo” de Ariosto González, 1964, 176 pp., esp. pp. 99-102; reproducción del “Editorial” publicado por *La revista de derecho, jurisprudencia y administración*, t. 60, 1963, pp. 1-4, in 40.

(16) GONZALEZ-AVELAR, Miguel, *La suprema corte y la política*, “Prólogo” de Antonio CARRILLO-FLORES, ciudad de México: UNAM / Coordinación de Humanidades, 1979, 168 pp. Cfr., al respecto, CORTIÑAS-PELAEZ, León, recensión en ciudad de México: *Alegatos*, Universidad Autónoma Metropolitana (U.A.M. - A.)/Departamento de Derecho, núm. 15-16, mayo-dic. 1990, pp. 114-120, in 40.

(17) *Ensayos*, p. 191.

vida (18); ante el mestizaje de las técnicas jurídicas, operante ya en la Unión Europea desde 1993 (19) y obviamente avizorable en el horizonte de la Iniciativa para las Américas y el Tratado (norteamericano) de Libre Comercio desde 1994, merecen atención estas líneas:

“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”.

III

EL DERECHO COMO CIENCIA SOCIAL DESBORDA EL SIMPLE TECNICISMO NORMATIVO

6. **Descentralización y estado de derecho.**—Hoy requerimos de una consideración científica, y no puramente tecnicista, del derecho administrativo y financiero, axiológica y normativamente fundado en la preceptiva del derecho constitucional, como siempre lo han sustentado nuestros mejores publicistas latinoamericanos (Carrillo-Flores, Flores-Zavala, Lares-Martínez, Sayagués-Laso, Silva-Cimma, Valdés-Costa, Vidal-Perdomo), ahora robustecidos por el ejemplar magisterio del español

(18) CORTIÑAS-PELAEZ, León, “Bartuleos sobre nuestras áreas metropolitanas”, ciudad de México: *Alegatos*, Universidad Autónoma Metropolitana (U.A.M. - A.)/Departamento de Derecho, núm. 27, mayo-ag. 1994, pp. 217-240, esp. 236-238.

(19) En este sentido, por todos, las agudas recensiones de Eduardo GARCIA DE ENTERRIA a propósito de SCHWARZE, Jürgen, *Droit administratif européen*, Bruselas: Bruylant, 1994, 2 vols., 1632 pp., en Madrid: *Revista de Administración Pública*, No. 119 de 1989, págs. 536 y ss. (respecto de la edición original en alemán) y, ahora, No. 136, en - ab. 1995, pp. 590-591 (respecto de su edición en lengua francesa).

Eduardo García de Enterría y sus jóvenes discípulos Luis Ortega-Alvarez, Luciano Parejo y Miguel Sánchez-Morón. En este sentido, cabe señalar la reivindicación del clásico concepto electivo (20) de la descentralización, sustentado en la elección (21) de sus superiores jerárquicos, concepto hoy tan gravemente desvirtuado por la práctica y normatividad mexicanas, tanto en lo relativo a la casi inexistente descentralización funcional en sentido estricto (reservada a las universidades federales) como a la puramente formal descentralización territorial, permitida a estados y municipios en el marco del régimen de partido político dominante.

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 (22). Ello desemboca en la "ficción de tres poderes distintos" (23) 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 1994-2000, 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) (24), así como el de su control en nuestro endeble estado de derecho.

(20) Cfr., DUGUIT, León, *Traité de droit constitutionnel*, París: Fontemoing/Boccard, 5 vols., 3a. ed., 1928 (vols. I, II y III) y 2. ed., 1924 (vols. IV y V), respectivamente (XIX + 763) + 888 + 856 + 938 + 703 pp.; BURDEAU, Georges, *Traité de science politique*, París: L.G.D.J., 11 vols., 1967-77, esp. vol. II, 1967, pp. 368-470, especialmente en su rigurosa argumentación **jurídica** del No. 272, pp. 379-383 (*Il n'y a pas de décentralisation sans élection*); RIVERO, Jean y WALINE, Jean, *Droit administratif*, París: Dalloz, 15a. ed., 1994, 480 pp., esp. 270-275, con matices empero importantes (p. 271).

(21) *Ensayos*, p. 162.

(22) *Ensayos*, p. 193.

(23) *Ibidem*.

(24) VAZQUEZ-PANDO, Fernando Alejandro, *La crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales*, ciudad de México: Escuela Libre de Derecho y Miguel Ángel Porrúa, 1990, 219 pp.; así como, en 1995, la tesis de doctorado en derecho de Juan Manuel SALDAÑA-PÉREZ, ciudad de México: U.N.A.M./Facultad de Derecho, *Análisis jurídico de la contratación de deuda pública externa mexicana*, 251 pp.

EL CIRCULO VICIOSO DEL "DESORDEN ESTABLECIDO"

7.A) **Fraternidad e igualdad ausente en la pura libertad.**—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 aún 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 (25) como de los Estados Unidos de América (26). Esta inhumana omisión de las instituciones anglosajonas tiende a prolongarse planetariamente en todos los continentes (27), como consecuencia de la acción, globalmente troqueladora, cumplida desde 1945 por la instituciones financieras internacionales forjadas en Bretton Woods (28), cuya hegemonía parece ilimitada a partir de 1989 (29).

8.B) **Un "bien triste fin de siglo".**—Como pusiéramos de manifiesto en el Taller de Derecho Público, 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

(25) KINGDOM, John, *Government & politics in Britain. An introduction*, Cambridge y Oxford: Polity Press y Blackwell Publishers, 1992, XX + 651 pp.

(26) Cfr. sobre la tremenda desigualdad reinante en la sociedad estadounidense: PÉROUX, François, "Alienación y creación colectiva", en SAYAGUES-LOBO, Enrique, *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a*, dirección, "Introducción general" y anotaciones por León COTIÑAS-PELAES, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, "Préface" de Marcel WALINE, 5 vols. 1a. ed., 1969, 5, 418 pp., en su vol. I, pp. 417-447, esp. 443; KOLKO, Gabriel, *Wealth and Power in America, an Analysis of Social Class and Income Distribution*, Nueva York: Praeger, 1962, XII + 178 pp.; HARRINGTON, Michael, *The Other America, Poverty in the United States*, Nueva York: McMillan, 1963 (trad. francesa, *L'autre Amérique, La Pauvreté aux Etats Unis*, París: Gallimord, 1967, 293 pp.).

(27) PAECH, Norman y STUBY, Gerhard, *Machtpolitik un Völkerrecht in den internationalen Beziehungen* (Política de la fuerza y derecho de gentes en las relaciones internacionales), Baden-Baden: Nomos, 1994, XIX + 880 pp.

(28) COMBA, Andrea, *Il neo liberismo internazionale (Strutture giuridiche a dimensione mondiale)*, Milán: Giuffrè, 1987, 199 p.

(29) HUDSON, Michael, *Trade development and foreign debt (A history of theories of polarisation and convergence in the international economy)*, Londres: Pluto Press, 1992, 2 vols. XIV + 481 pp.

un "bien triste fin de siglo". Cortina-Gutiérrez parecía 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 automáticamente 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". (30)

Ante la irracionalidad del desequilibrio y del paro laboral creciente, éste su fatal consecuencia, señalada entre nosotros por Marcos Kaplan (31); 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 del colaborador de Narciso Bassols (32) y del sexenio cardenista (1934-1940). Cortina, contrastando con el conformismo tecnista de sus colegas principalmente tributaristas, apunta lo insensato de un desarrollo económico en la iniquidad, particularmente la tributaria (33), consistente en que sean mayores los impuestos sobre el producto del trabajo que los que existen sobre la renta del capital invertido.

9.C) La "mano invisible" y la ética del intervencionismo.—

En tiempos donde el imperio del capital y la desordenada codicia

(30) *Ensayos*. p. 25.

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

(32) Respecto de este excepcional valor mexicano (1898-1959), en la teoría jurídica y en la praxis político-administrativa (Secretario general de gobierno del Estado de México, profesor de Derecho constitucional y de Garantías y amparo en la U.N.A.M., decano de la facultad de derecho de la U.N.A.M., Secretario de Educación Pública, Secretario de Gobernación, Secretario de Hacienda y Crédito Público, Embajador de la República ante la Liga de las Naciones y ante las grandes potencias en los años treinta, agente eficaz del presidente de la República en la creativa hospitalidad decretada y ejecutada para republicanos sobrevivientes del exilio español de 1938-40), debe verse, entre otros: BASSOLS, Narciso, *Obras*, "Prólogo" de Jesús SILVA-HERZOG, ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1964, 987 pp.; *Narciso Bassols*, Toluca de Lerdo: Gobierno del Estado de México/FONAPAS., 1978, 131 pp.; BASSOLS, Narciso, *Debates y propuestas*, Toluca de Lerdo: Gobierno del Estado de México, antología y recopilación por Angel ALBITER-BAR-RUETA, 1986, 608 pp.; AGUILAR-MONTEVERDE, Alonso, *Narciso Bassols, pensamiento y acción*, ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1995, 258 pp.

(33) *Ensayos*. p. 43.

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, con su renovado "desorden establecido", una ética del intervencionismo del Poder Público (34), pues en nuestros países la acción estatal es indispensable para fomentar y conducir el desarrollo de la nación incipiente (35).

Como lo estudiara Gunnar Myrdal, Premio Nobel de Economía, los países subdesarrollados se encuentran dentro del círculo vicioso de la pobreza (36). Este círculo vicioso (37) hace aún más urgente e imperativa la acción del estado (38), puesto que la escasez del ahorro interno (39), la naturaleza medrosa y fundamentalmente especulativa de la inversión privada nacional y aún de la extranjera, generan la ilusión de que "el Estado ofrece a los países subdesarrollados la única esperanza de redención..." (40), política que Cortina considera errónea pero explicable, pues al sector público 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 (41).

Fiel a las posturas democráticas y sociales del intervencionismo laborista inglés (42) y, especialmente a las metas y objetivos del "Nuevo trato" del presidente Franklin Roosevelt, la normatividad financiera y tributaria carece para nuestro autor de sentido, si no es la resultante de una profundización y extensión de los cometidos del Poder Público (43) a

(34) *Ensayos*. p. 22.

(35) *Ensayos*. p. 38.

(36) *Ensayos*. p. 110.

(37) Cfr. MYDRAL, Gunnar, *Economic Theory and Under - developed Regions*, Londres: Duckworth & Co., 1957, con trad. castellana, *Teoría económica y regiones subdesarrolladas*, ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 4a. ed., 1968, 188 pp.; y, del mismo MYDRAL, *Asian drama. An inquiry into the poverty of nations*. Londres: Allen Lane The Penguin Press - Pelican Books, 3 vols. 1968, XXX + 2284 pp.

(38) *Ensayos*. p. 111.

(39) Cfr. César GARRIDO-NOGUERA, "El ahorro en México. Evolución y problemas actuales", ponencia en *El seminario de sistema financiero y desarrollo económico de México*, ciudad de México: Universidad Autónoma Metropolitana - Azcapotzalco, sesión del 1o. de agosto de 1995.

(40) *Ensayos*. p. 25.

(41) *Ibidem*.

(42) Cfr. la renovada presentación de PIMLOTT, Ben, *Harold Wilson*, Londres: Harper Collins, 1993, XVI + 811 pp., **in totum**.

(43) Cfr. CORTIÑAS-PELAEZ, León (dirección), *Introducción al derecho administrativo*, ciudad de México: Porrúa Hnos., S. A., 2a. ed., 1994, 361 pp., esp. 57-87.

cargo de la gestión directa gubernamental ⁽⁴⁴⁾. En páginas escritas en 1989 y 1990, el Profesor Cortina destaca la fácil admisión de la gestión directa, por el Poder Público, de cometidos que eran otrora la provincia esencial de la esfera privada y los define, 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 ⁽⁴⁵⁾, limita sus utilidades y, en ocasiones las impide, al extremo de que los concesionarios privados prefieren que las concesiones se cancelen y se les reintegre su inversión ⁽⁴⁶⁾. Este criterio sustantivo no excluye que Cortina lo matice más lejos con relación a los cometidos de gestión privada sujetos al derecho mercantil ya que, justamente, critica en ellos una indebida proyección a intereses particulares de un régimen propio al interés general, o protegido por el derecho administrativo ⁽⁴⁷⁾.

V

LA INCOHERENCIA DEL NUEVO ORDENAMIENTO JURISDICCIONAL

10.A) **Modernidad del contencioso administrativo autónomo.**—Cortina-Gutiérrez, corredactor, fundador, magistrado y presidente (1982) del Tribunal Fiscal de la Federación, sostuvo durante más de medio siglo una desigual batalla en defensa del contencioso administrativo autónomo, inicialmente incomprendido por juristas excesivamente troquelados por las técnicas vigentes en el judicialismo anglosajón de los Estados Unidos de América, encarnadas en México por el ministro Ignacio Vallarta; éste, en su maniquea oposición y enfrentamiento simplista del siglo XIX, frente a la creativa elaboración doctrinal y legislativa de Teodosio Lares ⁽⁴⁸⁾, quien fuera forjador del primero, en México y en América Latina, del moderno derecho administrativo posterior a la Revolución francesa ⁽⁴⁹⁾.

(44) *Ensayos*. p. 78.

(45) *Ensayos*. p. 76.

(46) *Ensayos*. p. 78.

(47) *Ensayos*. p. 80.

(48) LARES, Teodosio, *Lecciones de derecho administrativo dadas en el Ateneo Mexicano*, ciudad de México: Imprenta de Ignacio Cumplido, 1852. Hay reimpresiones facsimilares: de la U.N.A.M., "Prólogo" de Antonio CARRILLO-FLORES, sept. 1978, XIV + 409 pp.; y de la S.H.C.P. (Secretaría de Hacienda y Crédito Público), junio 1979, 407 pp.

(49) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en su clásica "La revolución francesa y la emergencia histórica de la administración contemporánea", en el t. II del *Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano*, Madrid, 1959, con múltiples reimpresiones actualizadas bajo el título *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid: Cívitas, 1994, 102 pp.; y, del mismo ENTERRÍA, su discurso de 24 de octubre de 1994, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, en el acto de recepción como académico de número en Madrid: Real Academia Española, 1994, 253 pp.

La mala fortuna quiso que Lares promoviera sus ideas, para la época avanzadas, ante sucesivos gobiernos ultraconservadores de mediados del siglo XIX, por lo cual ellas quedaron sepultadas durante tres cuartos de siglo, hasta 1936-38, en que la superior cultura jurídico-administrativa y constitucional de los asesores ⁽⁵⁰⁾ del presidente Lázaro Cárdenas permitió rebasar aquellos prejuicios técnicamente infundados y brindar a la República, con el Tribunal Fiscal de la Federación, una jurisdicción administrativa autónoma, inicialmente reservada a la materia tributaria pero luego progresivamente ampliada al conocimiento de diversas materias administrativas. Hacían presagiar estas ampliaciones el surgimiento de una jurisdicción administrativa mexicana solo **transitoriamente** sometida por imperativo constitucional al control judicialista del amparo ⁽⁵¹⁾; pero esto no habría impedido que su superioridad técnica y su clara autonomía le permitieran posteriormente librarse de aquella reminiscencia del judicialismo estadounidense. En dicho sentido, se habían redactado numerosos anteproyectos de ley reglamentaria durante más de medio siglo (1936-1988), los cuales tendían en sus borradores finales a la institución de un Tribunal Administrativo Federal Supremo ⁽⁵²⁾, cuyas decisiones pasarían en autoridad de cosa juzgada, sin necesidad de ser complicadas y demoradas por un ulterior recurso al juicio de amparo ⁽⁵³⁾.

11.B) **Sumisión normativa a la hegemonía estadounidense.**—Sorpresivamente, y cerrando el ultraconservador sexenio presidencial del profesor Miguel de la Madrid Hurtado (1982-1988), el foro y la cátedra se vieron sacudidos por una arbitraria legislación de

(50) Particularmente, Antonio CARRILLO-FLORES, Alfonso CORTINA-GUTIERREZ y Manuel SANCHEZ-CUEN.

(51) *Ensayos*. p. 187.

(52) En este sentido, la obra toda de GONZALEZ COSIO, Arturo, esp. su *El Poder Público y la jurisdicción administrativa de México*, 2a. ed., ciudad de México: Porrúa Hnos., S. A., 1982, 252 pp.; v. igualmente, de CORTIÑAS-PELAEZ, León, "Jurisdicción administrativa y tecnocracia judicial", en *Libro homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Caracas: Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas/Universidad Central de Venezuela, 1984, 2 vols. 1198 pp., esp. vol I, pp. 235-254. Esta postura, contraria al judicialismo de la reforma legislativa de 1988 que se impugna en el texto coincidiendo con la crítica del Maestro CORTINA-GUTIERREZ, fue expresa y categóricamente compartida en México, por el Senado de la República, en su Dictamen No. LD/194 del 26 de diciembre de 1984, cuyo texto final reproduce GONZALEZ-COSIO, Arturo, *El juicio de amparo*, "Prólogo" de León CORTIÑAS-PELAEZ, cuarta ed., ciudad de México: Porrúa Hnos., S. A., 1994, 323 pp., en su anexo VIII, páginas 291-294.

(53) *Ensayos*. p. 278.

enero de 1988 ⁽⁵⁴⁾. Esta abandona la rica experiencia autónoma del Tribunal Fiscal de la Federación y lo somete en definitiva al Poder Judicial Federal, instaurando respecto de las decisiones tributarias de las salas regionales un recurso ante el Tribunal Colegiado competente en la sede de la Sala Regional respectiva. Al hacerlo, la Sala Superior del Tribunal Fiscal queda privada de su facultad revisora de las sentencias regionales de primera instancia, salvo juicios muy particulares. Ello, quizá en concordancia con la desenfadada sumisión lamadridiana a la hegemonía estadounidense, implica en México la importación extralógica de la **Tax Court of the United States**, cuyas decisiones están sujetas a la justicia ordinaria federal, a través del recurso de **certiorari** ⁽⁵⁵⁾.

12.C) **Un testamento científico y jurisdiccional.**—En total acuerdo con el profesor Cortina, expresamos, con firmeza cívica, respetuosa pero radical discrepancia con esta inconsulta y por ende arbitraria iniciativa del Poder Ejecutivo federal, sancionada sumisamente y sin debate por el Congreso de la Unión. Cortina lo hizo con argumentos ⁽⁵⁶⁾ recogidos sucesivamente en varias intervenciones que se escalonan desde 1987 hasta su muerte en 1990 ⁽⁵⁷⁾, lo cuales configuran un breve pero estremecedor “testamento científico y jurisdiccional”, cuya sabiduría de teoría y práctica contrasta con las apresuradas improvisaciones legislativas del entonces gobernante en turno.

13.D) **Hacia una justicia impreparada e ignorante.**—La especialidad del Tribunal, tan cuidadosamente proyectada en los treinta y perfeccionada durante medio siglo, se desvirtúa. Los tribunales colegiados del Poder Judicial carecen de toda preparación técnica al respecto, conocen simultáneamente de todas las materias (tanto mercantiles como penales) y nunca han sido entrenados, ni en la administración activa ni menos en la contenciosa, para el adecuado conocimiento de materias como los derechos administrativo y financiero, tan disímiles como refi-

(54) Así lo denunciamos de inmediato, en cátedra paralela con el profesor GARCIA DE ENTERRIA, en nuestras conferencias de febrero de 1988 en la Universidad Autónoma de Nuevo León, sobre “Génesis y perspectivas del contencioso administrativo en México”, en el marco del *Curso de actualización en derecho administrativo español mexicano comparado*; denuncia que conceptualmente otrora (diciembre de 1974) pusiera nerviosos a ciertos arcaicos colegas de la Facultad de Derecho de la UN.A.M.

(55) *Ensayos*. p. 183.

(56) *Ensayos*. pp. 203, 224-225, 227, 278, 294, 252, 265, 297, etc.

(57) *Ensayos*. esp. 289-298.

nadas en relación con la materia judicial ordinaria. Si la garantía de los contribuyentes e incluso el propio Fisco consiste en la competencia profesional de sus jueces, el paso atrás es evidente. Jueces impreparados ⁽⁵⁸⁾, ignorantes ⁽⁵⁹⁾ de las finezas del derecho tributario, y dependientes de la formación privatística de nuestras atrasadas facultades y escuelas de derecho ⁽⁶⁰⁾, merecen respeto en lo personal pero ninguna confianza profesional en materia tan delicada para la seguridad jurídica de los ciudadanos.

14.E) **Ruptura del equilibrio entre particulares y administración.**—El derecho comparado, de América Latina ⁽⁶¹⁾ y naturalmente de ese gran crisol de nuestra ciencia que es el derecho público francés ⁽⁶²⁾, ha logrado la consolidación secular de un equilibrio entre particulares y administración precisamente porque sus magistrados y jueces están imbuidos, desde la fundación del Consejo del Estado y demás órganos constitutivos de la jurisdicción autónoma, de la necesidad de arbitrar incansablemente, aún al margen y por encima de las rigideces normativas, entre las exigencias del interés singular hoy transnacionalizado y del interés general. Este equilibrio es notoriamente ajeno a las prácticas dominantes en el mexicano Poder Judicial Federal.

15.F) **Frivolidad legislativa y desconfianza ante el retroceso judicialista.**—El reclutamiento de los servidores públicos destinados al ejercicio de esta función jurisdiccional, especializada, ha tenido como meta en México, desde 1936, la búsqueda equilibrada de prácticos de la administración hacendaria y de expertos del contencioso tributario. La desvirtuación lamadridiana lleva a consolidar, en materia muy delicada, el monopolio de legistas unilateralmente formados, con tal ignorancia de la vertiente político-administrativa de la disciplina. Ello acabará por impregnar los fallos administrativos y tributarios de la justicia ordinaria, con la misma desconfianza que justamente se tenía respecto de los tribunales del Antiguo Régimen, por parte de los constituyentes y legisladores de la Revolución, a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX. La

(58) *Ensayos*. p. 278.

(59) *Ensayos*. p. 294.

(60) Cfr. CORTIÑAS-PELAEZ, León, “Algunas facultades de derecho europeas” (Esbozo de un panorama de sus planes de estudio: Roma, Friburgo de Suiza, París, Madrid), Montevideo: *Revista del Centro de Estudiantes de Derecho* (Número dedicado a la memoria del decano Eduardo J. Couture), t. XIX, No. 85, sept. 1956, pp. 475-508.

(61) *Ensayos*. p. 261.

(62) *Ensayos*. pp. 184-186 y concordantes.

frivolidad legislativa, típica de un crepúsculo presidencial mexicano, desdén la mundialmente reconocida sabiduría napoleónica del Consejo de Estado, tan inteligente y oportunamente adaptada por el presidente Cárdenas y sus colaboradores a la jurisdicción mexicana desde los años treinta de este siglo.

16.G) **Incoherencia, de cuño profesoral, entre las funciones constituyente y legislativa (1988).**—La ley de 1988 parece ignorar las importantes adiciones y modificaciones constitucionales del mismo sexenio 1982-1988 en esta materia.

La renovación y adición de los artículos 73 (XXIX-H), 104 (I-B), 116 (IV) y 107 de la Constitución Federal, así como las numerosas regulaciones entonces incorporadas al respecto en las constituciones de los estados, iban preparando el camino para la jurisdicción administrativa federal autónoma, curiosamente exaltada por el propio autor de la iniciativa de ley que criticamos, el presidente mexicano (1982-1988) profesor Miguel de la Madrid Hurtado en su obra *Elementos de Derecho Constitucional* (63).

En todo ese movimiento legislativo y constituyente, el objetivo de la "renovación moral de la sociedad", que algo vocingleramente enarbolara el mismo presidente de la República, debería de haber aquí culminado con una ineludible elevación del "nivel ético del Estado" (64).

17.H) **Federalismo y jurisdicciones estatales.**—Finalmente, cabe esbozar una esperanza, apoyada en la realidad autónoma de las numerosas jurisdicciones contencioso-administrativas de los Estados (65).

En efecto, en los estados de la federación, se siguen construyendo y conservando en ellas el doble piso procesal (66), al crearse, respecto de las respectivas salas estatales de primera instancia administrativa-fiscal, un recurso de revisión ante una sala de segunda instancia en la propia entidad federativa.

(63) MADRID-HURTADO, Miguel de la, *Elementos de derecho constitucional*, ciudad de México: I.C.A.P. del Partido Revolucionario Institucional y Porrúa Hnos., S. A. (distribución), 1982, 680 pp., en sus páginas 379, 470 y concordantes, complementadas por sus puntuales reflexiones críticas sobre el amparo, en sus páginas 478 a 483.

(64) *Ensayos*, p. 252.

(65) *Ensayos*, p. 226.

(66) *Ensayos*, p. 297.

En auténtico espíritu federalista, cabría esperar así que la fidelidad de los Estados Unidos al contencioso administrativo autónomo logrará próximamente (1996-2000?) aplastar el judicialismo de la ley de 1988 y, con ello, impregnar la hoy desvirtuada autonomía de la especializada jurisdicción federal.

VI

JURISDICCION Y JUSTICIA A LA HORA DEL T.L.C. NORTEAMERICANO

18. **Fecundidad, actualidad e interrogantes.**—En una obra de esta amplitud, cuyos desarrollos integran trabajos y reflexiones que se extienden a más de medio siglo, sería aquí indiscreto mencionar ciertos desajustes editoriales y algunas algo inactuales referencias normativas y de derecho comparado. Ellos no son sino el testimonio de la fecundidad de esta doctrina, que nos permite el lujo de ver deambular la riqueza de su información y espíritu crítico, desde la depresión de los treinta hasta sus magistrales enseñanzas en la Universidad de Salamanca (1989) (67).

Cabe sí el señalamiento de algunas interrogantes. Nos limitaremos brevemente a tres de ellas.

19.A) **Actualidad de las reservas de Vallarta: hacia una tecnocracia judicial.**—En primer lugar, los argumentos de Abraham Lincoln (68), contrarios al control jurisdiccional de la Ley y las justificadas resistencias planteadas en Francia (70), así como la tradicional desconfianza hacia una tecnocracia judicial, expresada en reciente dictamen de la Cámara de Senadores de México en 1984 (71), nos parece obligar a un replanteamiento positivo de las clásicas reservas de Vallarta a la intervención judicial en los actos legislativos sobre impuestos. Estas reservas denuncian en efecto, acertadamente en Vallarta y en el Dictamen senatorial que compartimos, que el Poder Judicial se arrogaría un carácter político que no tiene (72), arrebatando al Parlamento esa soberanía financiera

(67) Enseñanzas por cierto impartidas en la cátedra del profesor Eusebio GONZÁLEZ-GARCÍA, quien encabeza los *Ensayos* con una bella y robusta semblanza de CORTINA-GUTIÉRREZ (pp. XV-XXI).

(68) *Ensayos*, p. 195.

(69) *Ensayos*, p. 197.

(70) *Ibidem*.

(71) Véase *supra*, nota (52).

(72) *Ensayos*, p. 135.

que justamente le viene desde la Carta Magna inglesa de 1215. Ello además desconocería la modernidad, plasmada por la historia revolucionaria francesa, particularmente de 1971⁽⁷³⁾, y nos sometería al peligro de una jurisdicción omnipotente y única, que sólo la multiplicidad jurisdiccional podría quizá atenuar⁽⁷⁴⁾.

20.B) **Reglamento de policía y reglamentos autónomos.**—En segundo lugar, la monografía sobre *Origen de los Reglamentos de Policía a que se refieren los artículos 16 y 21 constitucionales*⁽⁷⁵⁾ abre, desbordando ciertamente el enfoque creativo pero prudente de Cortina, un campo así infinito a la regulación de la administración pública tanto general como especializada. Nos preguntamos si la coincidencia material del término "policía" (en la ciencia administrativa del siglo XVIII, que es fuente del derecho constitucional mexicano) con los "servicios públicos" en sentido amplio conocidos por el Constituyente mexicano de 1917, no permitiría una flexible regulación de las administraciones centralizada y paraestatal, mediante los reglamentos autónomos, tan cultivados en el derecho administrativo comparado posterior a la segunda guerra mundial.

21.C) **Escepticismo doctrinal: desigualdad social y equidad contributiva.**—En tercer lugar, la doctrina es metódicamente pesimista, a lo mejor **malgré elle**. En efecto, es algo escéptica respecto de las posibilidades del sistema tributario para incluir en la transformación de la tan escandalosamente desigual estructura social mexicana⁽⁷⁶⁾.

Por una parte, le parece claro que la Revolución no logró romper la rigidez de las estructuras sociales y políticas⁽⁷⁷⁾ vigentes en 1910, siendo muy resistente el **establishment** a la búsqueda de una equidad contributiva que los intereses afectados estimaron excesiva.

Por otra parte, empero el envite nos parece que sigue siendo medular, en el progresivo perfeccionamiento de una justicia social constitucionalmente imperativa, e ineludible a la hora de la integración mexicana en el mercado de América del Norte.

(73) *Ensayos*, p. 196.

(74) *Ensayos*, p. 205, en nota.

(75) *Ensayos*, pp. 143-154.

(76) *Ensayos*, pp. 29, 69.

(77) *Ensayos*, p. 32.

LOS ELEMENTOS EXTRANORMATIVOS DEL DERECHO

22. **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 póstumas de la doctrina aquí inspiradora, ejemplo de "ciencia con conciencia". Hermann Heller habría visto en este volumen una enriquecedora expresión de "ciencia jurídica **con Derecho**".