

Quórum legislativo 103

OCTUBRE – DICIEMBRE 2010

Quórum Legislativo 103

OCTUBRE – DICIEMBRE 2010



La reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización previa de la Cámara de Diputados, dará lugar a las sanciones previstas por la ley.

Derechos Reservados:

© Enero de 2007

El contenido de los trabajos de investigación que se publican, así como las impresiones y gráficas utilizadas, son responsabilidad de los autores, lo cual no refleja necesariamente el criterio editorial.



Presidente de la Cámara de Diputados

Dip. Jorge Carlos Ramírez Marín

Junta de Coordinación Política

Presidente:

Dip. Josefina Vázquez Mota

Integrantes

Dip. Josefina Eugenia Vázquez Mota

Dip. Alejandro de Jesús Encinas Rodríguez

Dip. Juan José Guerra Abud

Dip. Pedro Vázquez González

Dip. Reyes S. Tamez Guerra

Dip. Pedro Jiménez León

Secretario General

Dr. Guillermo Javier Haro Bélchez

Secretario de Servicios Parlamentarios

Lic. Emilio Suárez Licona

Secretario de Servicios Administrativos y Financieros

Ing. Ramón Zamanillo Pérez

Director General del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias

Lic. César Becker Cuéllar



Comité del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias

Presidente

Dip. Omar Fayad Meneses

Secretarios

Dip. Guadalupe Pérez Domínguez

Dip. Ezequiel Rétiz Gutiérrez

Dip. Victor Manuel Castro Cosío

Integrantes

Dip. José Oscar Aguilar González

Dip. Fermín Gerardo Alvarado Arrollo

Dip. María del Rosario Brindis Álvarez

Dip. Gerardo Del Mazo Morales

Dip. Fernando Ferreyra Olivares

Dip. Nancy González Ulloa

Dip. Sonia Mendoza Díaz

Dip. Ma. Terea Rosaura Ochoa Mejía

Dip. Arturo Santana Alfaro

Dip. Francisco Saracho Navarro

Dip. Pedro Vázquez González

CONTENIDO

ESTUDIO COMPARADO DEL FEDERALISMO FISCAL EN ARGENTINA, BRASIL Y MÉXICO

CARLOS NORBERTO VALERO FLORES

	9
INTRODUCCIÓN	11
I. EL FEDERALISMO EN ARGENTINA	13
II. EL FEDERALISMO EN BRASIL	19
III. HACIA UN NUEVO FEDERALISMO MEXICANO	23
CONCLUSIONES	29
BIBLIOGRAFIA	31

LA PROSPECTIVA DEL FEDERALISMO FISCAL. RETO DEL ESTADO MEXICANO DEL SIGLO XXI

CARLOS NORBERTO VALERO FLORES

	33
INTRODUCCIÓN	35
I. CONCEPTO DE ESTADO	37
II. FORMAS DE ESTADO	41
III. CONCEPTO DE FEDERACIÓN	51
IV. EL FEDERALISMO SUI GÉNERIS DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	77
V. LA PROSPECTIVA DEL FEDERALISMO FISCAL RETO DEL ESTADO MEXICANO DEL SIGLO XXI	113
CONCLUSIONES	119
BIBLIOGRAFÍA	123

DESCENTRALIZACIÓN DE FACULTADES FINANCIERAS A LOS GOBIERNOS SUBNACIONALES. EL CASO DE ALEMANIA

CARLOS NORBERTO VALERO FLORES

	125
INTRODUCCIÓN	127
CAPÍTULO I. CONCEPTOS DE ESTADO Y DE GOBIERNO	129
CAPÍTULO II. EL SISTEMA FEDERAL	131
CAPÍTULO III. EL GOBIERNO DE ALEMANIA (BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND)	143

CONCLUSIONES	213
BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN	221
 FISCALIZACIÓN SUPERIOR EN BRASIL, CANADÁ Y ECUADOR	
CECILIA LICONA VITE	223
 I. NOTA PREVIA	225
II. BRASIL. TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA UNIÓN	229
III. CANADÁ. OFICINA DEL AUDITOR GENERAL	251
IV. ECUADOR. CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO	269
CONCLUSIONES	299
BIBLIOGRAFÍA	305
 RESEÑA: “INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL” DE RODOLFO LUIS VIGO	
MARCIAL MANUEL CRUZ VÁZQUEZ	309

ESTUDIO COMPARADO DEL FEDERALISMO FISCAL EN ARGENTINA, BRASIL Y MÉXICO

CARLOS NORBERTO VALERO FLORES*

* Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Director de Estudios Parlamentarios del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias.

INTRODUCCIÓN

Con la desaparición del socialismo como sistema de gobierno en la Unión Soviética y en los países de la Europa Oriental, cobró mayor realce la política neoliberal promovida por Margaret Thatcher y Ronald Reagan, sustentada en el principio privatizador y adelgazamiento del Estado.

La caída del Muro de Berlín y el derrumbe de la llamada “Cortina de Hierro”, terminaron con la guerra fría y el equilibrio de fuerzas en el mundo representado por los Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas. Como resultado de esta acción, todos los países que se habían mantenido aislados en mayor o menor grado del sistema capitalista, o bien contenían una gran presencia del Estado en sus economías, fueron rápidamente copados por la fuerza de los mercados, dando origen a regiones económicas donde se echaron abajo todo tipo de barreras comerciales proteccionistas.

Así, las ideologías fueron hechas a un lado y desplazadas por la globalización económica.

En el caso latinoamericano, Argentina, Brasil y México, no pudieron sustraerse a este proceso.

La globalización mundial, constituye un verdadero reto para todos los países latinoamericanos, que aparte de tener que enfrentarse comercialmente a países más y mejor organizados; su precaria situación financiera, como grandes deudores y dependientes de las tecnologías de punta, los descubre en una situación de inferioridad y por tanto de indefensión, sin haber logrado alcanzar su autosuficiencia económica y encontrarse, con sus diversos matices, en un proceso de reforma en busca de un nuevo Federalismo.

De 1979 a 1990, accedieron al régimen democrático, después de dictaduras militares: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay, las que se sumaron a Colombia y Venezuela, cuyos Gobiernos ya habían dado este paso con anterioridad; sin embargo, pasan actualmente por una gran inestabilidad política y económica.

La pobreza predominante en América Latina, presenta situaciones que se reflejan en bajos niveles de ingresos *per cápita*, inequitativa distribución de la riqueza, -gran concentración y centralización de la misma-, desempleo creciente, altas tasas de marginalidad social, elevados índices de inflación, grandes déficit presupuestales, devaluaciones permanentes, reducidas inversiones públicas y privadas, así como fuertes salidas de divisas,

producto de la fuga de capitales y de los pagos de los servicios de su deuda pública.

Las frecuentes crisis económicas que han padecido los países latinoamericanos, se han derivado, de hecho, por la necesidad de acudir a la ayuda económica externa; con cierta pérdida de sus soberanías, al verse obligados, a cambio de la misma, a acatar las rígidas disposiciones establecidas por los organismos financieros internacionales.

La solución a esta gama de problemas, en una sociedad latinoamericana tan heterogénea, plantea la conformación de un nuevo tipo de Estado, mejor organizado y más democrático.

He aquí el gran reto de todos los países, que como el nuestro, integran la parte menos desarrollada de América, en los tiempos de una amplia apertura comercial, integración regional y globalización.

Los nuevos Estados democráticos, con escaso grado de desarrollo en términos generales, requieren no sólo crecer en sus economías, sino llevar a cabo una función redistributiva, que en las circunstancias actuales se ve cuesta arriba, por las situaciones precarias de las economías nacionales; lo que obliga a una gran centralización en la planeación y en la toma de decisiones, en una aparente contradicción al Federalismo, lo que le da una variedad de matices, en lo económico y en lo político.

Las crisis económicas por las que han transitado a partir de los 80's, las economías nacionales latinoamericanas, y más recientemente con la de la primera década del siglo XXI, quizás no sea el mejor momento para acelerar la descentralización de las decisiones en el uso del gasto público hacia las Provincias o Estados; no queriendo decir con ello, que no pueda llevarse a cabo de manera gradual en lugar de mantenerse una situación estática, ya que la política hacendaría es el mejor instrumento para cumplir con una función redistributiva, equilibrando las desigualdades entre las regiones y los grupos de la sociedad de cada Nación, donde el gasto social tendrá que jugar un papel fundamental en la búsqueda de la justicia y la equidad.

La concepción de un Nuevo Federalismo más participativo en las condiciones de América Latina, se ve más cercano en el campo de la reforma política, la que sin duda tendrá que preceder a la reforma económica; sin embargo, no se podrá hablar de un país democrático sino va aparejado a un desarrollo económico donde la riqueza deje de estar concentrada en muy pocas familias.

I. EL FEDERALISMO EN ARGENTINA

Argentina por lo extenso y variado de su territorio, 2'780,092 Km² cuenta grandes disparidades regionales y una gran concentración demográfica y económica.

Por ejemplo, en el área metropolitana de Buenos Aires, compuesta por el Municipio de Buenos Aires y 18 más, se localiza el 26% de la población nacional, es decir, 9 de los 34 millones de habitantes, en materia física la Provincia de Buenos Aires y la Capital Federal recaudan por sí solas las 2/3 partes de los ingresos tributarios.

A).- Los Pactos provinciales.

Desde su origen, el Federalismo Argentino fue un sistema concertado. Su Constitución Política se dictó en cumplimiento a pactos provinciales preexistentes.

Esta concertación, tuvo una doble manifestación Post-Constitucional; Leyes-Convenio entre Nación y Provincias y Tratados Interprovinciales.

El Federalismo en Argentina ha pasado por varias etapas, las que han sido determinadas por los diferentes regímenes de gobierno:

1. La Fundación de la República, 1810 – 1816
2. La Organización de la Nación Argentina, 1853
3. La Consolidación Nacional, 1880
4. La Democracia Política, 1916
5. La Justicia Social, 1946
6. La Militarización, 1953
7. La Vuelta al Justicialismo, 1973
8. El Regreso del Militarismo, 1976
9. La Nueva Democracia con la Reforma del Estado, 1994
10. El nuevo Justicialismo-peronismo de Kirchner, 2003

B).- Reforma del Estado y Transformación Nacional.

En la época moderna de Argentina, habrá que destacar el nuevo ideario gubernamental, denominado Transformación Nacional, que tiene su fundamento teórico ideológico en la vieja doctrina justicialista y como objetivo, fortalecer el Federalismo como elemento fundamental para avanzar en la unidad e identidad nacionales.

Las raíces ideológicas del denominado movimiento de Transformación Nacional, se encuentran en el discurso de Juan Domingo Perón del 1° de Mayo de 1974.

Estas ideas se retoman y se vuelven vigentes en el mensaje del 8 de julio de 1989 del Presidente Carlos Menéndez y se concretan en el manifiesto a la Nación Argentina, del 8 de Julio de 1990, en el documento “Reforma del Estado y Transformación Nacional”, en el que se replantea la urgente necesidad de conducir la Transformación Nacional, para enfrentar las crisis económica y del Estado, que han carcomido los cimientos de los sectores Sociales, Cultural y Económico.

Las prioridades sociales de la Nación Argentina como en las demás naciones latinoamericanas, fueron desplazadas y sustituidas en la práctica, por el plazo fijo, la renta automática y la inversión sin riesgo, es decir se premió a la especulación sobre la producción con un alto costo social.

En sólo 15 años, Argentina perdió cerca de 15,000 millones de dólares. El gran déficit convertido en endeudamiento, abarcó por igual al Estado y a las empresas privadas en todos los niveles.

De ahí el que se haya establecido que, “la Transformación Nacional hará posible que el interés nacional prevalezca sobre los privilegios de propios o extraños, la justicia social sobre el desamparo de los más débiles, la competencia sobre los monopolios, la producción y el trabajo sobre la especulación, la solidaridad sobre la indiferencia, la apertura al mundo sobre el aislamiento internacional”.

La Transformación Nacional, se fundamenta en un proyecto político democrático con base en un Régimen Federal, que se fija como objetivo primordial, ser económicamente independiente, jurídicamente realista, con una cultura nacional y respeto pleno a la soberanía.

El principio del actual Federalismo Argentino, descansa en fortalecer la unidad nacional.

En esta época, en que la realidad ha rebasado a las ideologías, crece y se fortalece el pragmatismo económico, por lo que las acciones de Gobierno, deben ser claras y definidas y encaminarse a la formulación de un marco jurídico adecuado, con objetivos programados por consenso, que promuevan la inversión productiva y la creación de empleos, es decir, desarrollar un capitalismo más humanizante.

La Reforma del Estado Argentino como parte fundamental del Proyecto de Transformación Nacional, tiene como núcleo central la descentralización, por lo que plantea transferir mayores actividades recursos de la Nación (Federación), hacia las Provincias (Estados) y Municipios.

El Estado Nacional debe, sin perder su integridad, descentralizar sus funciones hacia las Provincias y Municipios, por lo que la tarea inmediata es redefinir el concepto de Federalismo y redimensionar al Municipio.

La Reforma neoliberal del Estado Argentino pretendió la transformación de la administración pública a todos sus niveles, Nacional, Provincial y Municipal, fijándose para ello los siguientes objetivos:

1.- Relocalización del Estado.

Cambiar su papel de rector autoritario al de promotor de la democracia

2.- Redistribución de la Economía.

El Estado debe renunciar a su participación directa en las actividades productivas empresariales.

3.- Reorganización del Gobierno.

Disminuir el Gasto Público, eliminar el déficit fiscal y redimensionar el aparato burocrático a su mínima expresión, así como sus facultades.

4.- Reconversión de la Descentralización.

Reintegrar a la Provincia y Municipios las competencias que sólo se le han reconocido formalmente, transfiriéndoles actividades, bienes y servicios desde la Nación hacia las Provincias.

5.- Recreación del Control.

Fortalecer el control de la Administración Pública, del Estado Legislador y del Estado Juez.

6.- Reinstalación Legislativa.

Reinstalar al Congreso como Órgano Federal, para que represente fielmente a la Nación y a las Provincias.

7.- Redefinición Federal

Redefinir el Sistema Federal sobre la base inalterable de la participación igualitaria de las Provincias; la administración de sus recursos naturales; el reordenamiento de las competencias en materia de creación y administración de impuestos; la participación en ingresos fiscales y en las obras de infraestructura nacionales.

8.- Redimensión Municipal

Establecer como competencia exclusiva del Municipio la prestación de los servicios locales.

9.- Reformulación del Derecho

Dar a la sociedad un marco legal nuevo. El Congreso Nacional debe participar activamente en el proceso de programación de la estructura institucional del país.

10.- Renovación del Estado

Renovar el Estado con fundamento en tres pactos:

a) Un Pacto Federal, que renueve los lazos de integración nacional, afirmando las autonomías provinciales.

b) Un Pacto Institucional, que plasme jurídicamente los nuevos consensos de una sociedad en los umbrales del Siglo XXI.

c) Un Pacto Social, que apoye la democracia política, con la participación organizada de otras instituciones legítimas de la sociedad, y que apunte la Revolución Productiva, a través del compromiso concertado entre trabajadores, empresarios y el Estado, para el crecimiento y la justicia social.

El nuevo proyecto de Transformación Nacional, se sustenta en la Refinición Federal, entendiendo esta como el tránsito del plano formal al real, para que el Federalismo sea posible en lo político-Institucional y en lo Económico-Social, incorporando los principios de descentralización y participación.

Se entiende la descentralización como el núcleo central de la Reforma del Estado. En este sentido, el Régimen Federal debe de caminar hacia un modo de participación e integración del país.

Las medidas operativas a instrumentar, deberán de posibilitar la concreción de un Federalismo más actual, que supere las divergencias entre las Provincias y la Nación.

Establecer claramente un reparto de competencias, precisando cuales son exclusivas de la Nación, eliminando la duplicidad de las estructuras organizativas y promoviendo la provincialización de los servicios públicos.

Determinar la jurisdicción compartida de los recursos del subsuelo (hidrológico hidrocarburos, etc.), por vía de la concertación Federal, con una planificación conjunta y concertada entre la Nación y las Provincias.

Replantar el régimen de coparticipación impositiva, eliminando la doble o triple tributación nacional provincial y municipal.

Diseñar una política nacional que comprenda el fortalecimiento de las economías regionales, creando nuevos polos de desarrollo a favor de las Provincias mas retrasadas.

La Ley de la Reforma reconoce al Municipio como una Entidad política y administrativa y ordenada la descentralización a través de la Municipalización.

El Municipio constituye la base fundamental de la estructura Federal y su consolidación fortalece a esta forma de Gobierno, por lo que debe de tener

no sólo facultades ejecutivas, reglamentarias y jurisdiccionales, sino también autodeterminación política y administrativa.

El Municipio representa la presencia del Gobierno más cerca e identificado con los ciudadanos, de ahí su gran relevancia en la política local.

C).- La Coordinación Fiscal.

La Coordinación Fiscal de la República de Argentina ha pasado por tres etapas:

1. La de la separación de fuentes impositivas entre la Federación y las Provincias (1853 – 1890).
2. La de Concurrencia (1890 -1935)
3. La de Coparticipación (vigente desde 1935).

Al igual que Brasil y México, Argentina se enfrenta actualmente a varios problemas relativos a la política impositiva y que se pueden resumir de la siguiente manera:

1. Reducida equidad del Sistema Tributario vigente.
2. Escasa política de ingresos públicos para incentivar el crecimiento económico.
3. Falta de una conciencia social, sobre la importancia de los impuestos como elemento redistribuidor de la riqueza.
4. Insuficientes recursos fiscales, derivados de la caída en la actividad económica.

La Constitución Nacional establece la distribución del poder recaudador entre los tres niveles de Gobierno, Nacional, Provincial y Municipal.

En el artículo 4° constitucional se definen las fuentes generadoras de recursos. En el artículo 104 se da a las Provincias todo el poder no delegado, excepto lo señalado en el artículo 108.

El Congreso Nacional dicta las leyes que determinan el marco legal para las relaciones fiscales intergubernamentales.

En materia distributiva, del total de los recursos fiscales captados, el 89% de la recaudación del IVA y el 50% del Impuesto a los Activos, se dividirá en un 41.95% para el Gobierno Nacional y 57.05% para los Gobiernos Provinciales, el 1% para el Fondo de Aportes del Tesoro Nacional a Provincias y el 2% restante para las Provincias de Buenos Aires, Chubut, Neuquén y Santa Cruz.

La distribución del 11% restante de la recaudación del IVA y del total recaudado del Impuesto a los Bienes no Incorporados al Proceso

Productivo, se asignarán en un 90% para el Gobierno Federal y el 10% a las Provincias.

El Impuesto a los Combustibles se fue modificando y a partir del año de 1996 se llegó a repartir en partes iguales, tanto el destinado a la Nación como el de las Provincias.

La diferencia del 50% del Impuesto a los Activos, se destinará en un 35% a la Nación y un 65% a las Provincias.

Sobre el Impuesto sobre la Renta o Ganancias, será repartido a las Provincias el 64% de lo recaudado según el grado de coparticipación el 20% al Sistema de Seguridad Social Nacional, el 10% para la Provincia de Buenos Aires, el 4% como compensatorio a las Provincias más necesitadas y el 2% restante al Fondo de Aportes del Tesoro Nacional a Provincias.

Las necesidades de las Provincias derivadas de los aumentos en las participaciones por parte de la Nación, obligaron primero a la firma del Convenio Fiscal Transitorio de 1992, que estuvo vigente hasta diciembre de 1993, y luego a suscribir el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, que como su nombre lo indica, reconoce como objetivos principales la promoción de bases para un crecimiento sostenido de la actividad económica, la productividad y los niveles de ocupación.

Como se podrá observar, la situación de Argentina presentó una gran similitud con nuestro país, tanto en el diagnóstico como en la aplicación de las fórmulas para el manejo de la política macroeconómica, tendente a enfrentar la crisis financiera y social por la que atravesaba en esa Nación hermana.

Habiendo pasado por una gran crisis financiera y fiscal, Argentina a partir del gobierno de Néstor Kirchner se distanció de las políticas del Fondo Monetario Internacional, que había seguido al pie de la letra uno de sus principales discípulos.

II. EL FEDERALISMO EN BRASIL

Al igual que otros países con Sistema Federal, la Constitución de Brasil establece como Régimen de Gobierno de la República, la Unión Federativa, por medio de la cual se organizan política y administrativamente los Estados que la integran.

La Unión se encuentra conformada por tres poderes: el Ejecutivo, compuesto por el Presidente de la República, el Vicepresidente y un Consejo de Ministros; el Legislativo, integrado por la Cámara de Senadores (tres representantes por cada Estado) y la Cámara de Diputados compuesta por 503 miembros; y el Poder Judicial que se sustenta en un Tribunal Supremo Federal, del que forman parte once miembros vitalicios nombrados por el Presidente y aprobados por el Senado de la República.

La Unión Brasileña se divide en 27 Estados y un Distrito Federal donde reside el Poder Ejecutivo y cuenta con alrededor de 5,000 Municipios.

A).- Competencia de la Unión (Gobierno Federal)

Compete al Gobierno Federal (Unión), de conformidad con el artículo 22 de la Constitución Brasileña, legislar sobre Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Penal, Derecho Procesal, Derecho Electoral, Derecho Agrario y Derecho Laboral; de igual manera, legislar sobre Expropiaciones, el Sistema Monetario, el Crédito, las Divisas, el Comercio Exterior, la Nacionalidad, la Ciudadanía, la Migración, las Profesiones, la Organización Judicial, la Seguridad Social.

También le incumbe a la Unión, el establecimiento de Relaciones Internacionales; Declarar la guerra y celebrar la paz; la Emisión de Moneda; la Explotación de servicios de Energía Eléctrica; las Comunicaciones; la Radiodifusión; las Telecomunicaciones, en forma directa o por medio de concesiones a particulares; así como ejecutar la política sobre Desarrollo Urbano, entre otras.

B).- Competencia de Estados y Municipios

Por su parte, corresponde a los Estados la explotación del gas canalizado, en forma directa o el otorgamiento de concesiones, la policía civil y todo lo que sea de la competencia de la Unión o de los Municipios.

Cada Estado posee su propia Constitución y su Asamblea Legislativa, que promulga sus Leyes locales. La competencia legislativa de los Estados es residual, es decir todas aquellas materias que no estén explícitamente

reservadas a la Unión, podrán ser materia de las legislaciones Estatales, o bien podrán estar sujetas a la concurrencia de los tres niveles de gobierno.

Los Estados son administrados por un Gobernador electo cada cuatro años, sin posibilidad de reelección, cuentan con un Poder Legislativo compuesto por una sola Cámara, las Asambleas Legislativas, que se concretan a legislar sobre materias de interés social.

El Distrito Federal (Brasilia), se administra también por un Gobernador y una Asamblea Legislativa Distrital, cuyos miembros son electos por voto universal con derecho a reelección. El Distrito Federal no cuenta con una Constitución, pero se rige por una Ley Orgánica y está dotado de un Poder Judicial propio.

El Federalismo Brasileño ha atravesado por un complejo proceso de consolidación, en un país caracterizado por una fuerte tradición centralista y autoritaria que ha impedido la adaptación plena de los fundamentos del Federalismo, es decir el principio de Autonomía, el de Interdependencia y el de Subsidiaridad.

En cuanto al principio de Autonomía, que tiene como base principal la corresponsabilidad fiscal, hasta antes de 1988, no había sido posible debido a la falta de voluntad política para ceder impuestos federales a los niveles locales.

La distribución de recursos entre las regiones, era otro de los problemas del Sistema Federal brasileño que impedían lograr el principio de subsidiaridad; cambiar esta situación planteaba la necesidad de reorientar el modelo de desarrollo nacional que aunque no era nada sencillo se intentó a partir de la promulgación de la Constitución de 1988.

A su vez, la Constitución de la Unión les da a los Municipios las siguientes atribuciones: legislar sobre asuntos de interés local; suplementar la legislación Federal y Estatal; instituir y recaudar los impuestos y derechos de su competencia; crear y organizar los Distritos Rurales; organizar y prestar, directamente o sobre régimen de concesión o de permisión, los servicios públicos de interés local, incluso el de Transporte Colectivo; mantener junto con el Estado, los servicios de Educación y de Salud; promover el adecuado Ordenamiento Territorial, por medio del planeamiento y control del uso del suelo y de la ocupación del suelo urbano. Otros servicios de tipo local también son competencia de los Municipios.

C).- La Coordinación Fiscal

La nueva Constitución, permitió un amplio proceso de descentralización a partir del planteamiento de una nueva repartición de las tareas nacionales, aumentando la participación de los Estados y Municipios, con lo cual se derrumbó el modelo Unionista implantado por la Reforma Tributaria de 1966.

A partir de 1988 se establecen tres niveles de concurrencia Federal, Estatal y Municipal; de igual manera definen las garantías de la autonomía de las Entidades Federativas y se introduce como principio federativo reducir las desigualdades sociales entre las diferentes regiones.

La definición de tareas entre las Entidades Federativas tiene dos objetivos fundamentales: la racionalización del gasto público y la corresponsabilidad de los gastos del Estado.

D).- El Sistema tributario

Uno de los grandes logros en materia hacendaria, derivadas de la Constitución de 1988, es el hecho de que se revierte el proceso de centralización implantado por la Reforma Tributaria de 1966, cuando los recursos fiscales se distribuían de la siguiente manera:

1. El 44.6 % a la Unión.
2. El 37.2% a los Estados.
3. El 18.2 % a los Municipios.

Con lo dispuesto en la Constitución de 1988, el nuevo sistema tributario mejora la distribución en beneficio de los Estados y Municipios, como se aprecia a continuación:

1. 36.5 % a la Unión.
2. 40.7 % a los Estados.
3. 22.8 % a los Municipios.

Lo que significó sin duda un buen avance en apoyo a la Federación Fiscal. Sin embargo la autonomía financiera de los municipios, se enfrenta entre otros a los siguientes límites constitucionales:

1. Los tributos deben ser creados en un año para ser cobrados en el siguiente (no pueden ser cobrados en el año de su creación).
2. Los impuestos, siempre que sea posible, deberán de tener carácter personal y serán graduados según la capacidad económica del contribuyente.
3. El 25 % de la recaudación de impuestos deben de destinarse a gastos de Educación.

Adicional a lo anterior, habrá que considerar también que algunos impuestos municipales son de poca cuantía, como por ejemplo los correspondientes a Combustibles y sobre la Transmisión de Bienes Inmuebles.

Actualmente, dos son las principales fuentes de ingresos de los Municipios brasileños, la participación en el Fondo de Participación y el Impuesto sobre la Circulación de Mercancías, ambos representan más del 70 % de los recursos de las pequeñas y medianas Municipalidades.

III. HACIA UN NUEVO FEDERALISMO MEXICANO

A).- Antecedentes

Las ideas sobre el Federalismo en México, las encontramos en las influencias que tuvieron sobre los intelectuales de la Nueva España, el Espíritu de las Leyes de Montesquieu en 1748, la Constitución Política de los Estados Unidos de América, de 1787 y la Declaración de los Derechos del Hombre, de 1789.

Sin embargo, los antecedentes prácticos de una incipiente Federación, algunos estudios los han encontrado en la época prehispánica, con la existencia en el altiplano de los señoríos indígenas, basados en las alianzas de Tenochtitlan – Texcoco – Tlacopan y la de Tlaxcala – Cholula – Huexotzingo, al igual que la Confederación de Mayapán en la Península de Yucatán.

Durante la Colonia, la organización de Gobierno fue centralista hasta la Independencia de México.

No obstante que las ideas sobre el Federalismo permeaban en el pensamiento de los insurgentes no fue sino hasta la Constitución de 1824, cuando se reconoce el Sistema Federal como forma de Gobierno, el que perduró hasta diciembre de 1835 cuando fue sustituido por mandato de otro Congreso Constituyente, el que canceló los Estados libres y soberanos para suplirlos por Departamentos, a cargo de Gobernadores designados por el Jefe del Ejecutivo.

En 1843 se acentuó el Centralismo, al ser expedidas las Bases de Organización Política de la República Mexicana, situación refrendada en 1853 con la Promulgación de las Bases para la Administración de la República.

Con el triunfo de la Guerra de Reforma y la derrota de los Conservadores por los Liberales, y la caída del Imperio de Maximiliano, resurge el Régimen Federal con la Constitución de 1857.

Con la llegada de Porfirio Díaz y su permanencia en la Presidencia de la República, se regresó de hecho a un Régimen Centralizado, el que fue confrontado por el Federalismo abanderado por los grupos revolucionarios.

A la caída de Porfirio Díaz, los Constituyentes de 1917 ratificaron el Federalismo como sistema de Gobierno; sin embargo, por la situación crítica en que se encontraba el país, después de una intensa Revolución, donde se perdió el 10 % de la población, fue necesario adoptar una política centralista, para optimizar los pocos recursos existentes en el proceso de reconstrucción del país.

El Régimen Federalista se volvió centralizado por necesidad, sólo así se pudieron realizar las grandes obras de infraestructura que la Nación necesitaba, además de crear todo un Sistema Educativo y de Seguridad Social.

Los resultados dieron más fuerza a los partidarios de las acciones centralizadoras, ampliando la participación de la Federación en muchos campos de la actividad económica, por lo que fue necesario ir adecuando con reformas la Constitución de 1917, otorgándole a la Nación (Federación), la exclusividad y competencia en muchas materias que habían sido Estatales y Municipales, tales como las referidas a los temas de: Educación, Laboral, Agrario y Fiscal.

Con el tiempo, se creó una gran Federación Centralizadora, que ha entrado en las últimas décadas a un incipiente proceso de descentralización; puesto que los recursos fiscales continúan centralizados en su inmensa mayoría, no sólo en su obtención sino también en su manejo a través de la elaboración y ejecución de las políticas públicas.

B).- El Reto de la Descentralización

Terminada la etapa centralizadora que tuvo el Federalismo, indispensable para unir a las partes que conformaron la Nación, el fortalecimiento del Federalismo en México, implica acelerar los procesos de descentralización del sector central hacia los Estados y Municipios, en materia de recursos y de facultades.

Sin embargo, esta acción debe de complementarse con una estrategia definida de solidaridad interregional y de subsidiaridad frente a los demás Estados y Municipios menos desarrollados.

En paralelo a estas acciones de carácter económico, es necesario desarrollar otras que promuevan y fortalezcan la soberanía de los Estados y el Distrito Federal, con el objeto de que se puedan lograr más facultades que les permitan la toma de decisiones en beneficio de sus gobernados, en un auténtico federalismo que reconociendo sus autonomías no signifique la pérdida de la integridad nacional; aquí se encuentra uno de los mayores retos como Nación, consolidarse en lo interno para poder afrontar los retos que implica la gran apertura y la globalización; derivados de los Acuerdos y Tratados Internacionales, donde las Federaciones se enfrentan a grandes fuerzas económicas multinacionales, cuyos intereses particulares se colocan por encima de nuestra idiosincrasia y razones históricas propias que no siempre han sido gratas en el caso de nuestro país.

Sin embargo, hay que transitar hacia el perfeccionamiento de nuestro Federalismo, reducir el exceso de poder centralizado, cuidando de legislar oportuna y adecuadamente, para no llegar al extremo de transferir hacia los Estados y Municipios, los vicios de un Federalismo Centralizador.

En esta ardua tarea, jugará, sin duda alguna, un papel fundamental el avance democrático descentralizador, como una forma indispensable en la consecución del Nuevo Federalismo que los mexicanos deseamos.

C).- El Sistema de Coordinación Fiscal

Uno de los instrumentos que tiene el Gobierno Mexicano, para consolidar su Sistema Federal, es el denominado Sistema Nacional de Coordinación Fiscal.

El origen de este Sistema data del año de 1925 y su creación tuvo como objeto solucionar la falta de uniformidad tributaria y la eliminación de la concurrencia fiscal de los tres órdenes de Gobierno (Federal, Estados y Municipios).

Por ello, fue necesario realizar convenios de coordinación fiscal y promulgar en diciembre de 1943, la Ley de Coordinación Fiscal.

Sin embargo, fue hasta los años 70's, cuando los Estados se coordinaron con la Federación para recaudar y administrar diversos tributos, a cambio de una participación en la recaudación del Impuesto sobre la Renta (ISR) para causantes menores, en el Impuesto sobre Tenencia o Uso de Vehículos (ISTUV) y en el Impuesto Especial sobre Producción y Servicios (IEPS).

En el año de 1980, se estableció la Nueva Ley de Coordinación Fiscal y en los siguientes años se redefinieron las responsabilidades tributarias de los tres niveles de Gobierno, los Estados aceptaron limitar su capacidad recaudatoria mientras que la Federación se comprometió a fortalecer el Sistema de Participación, bajo el principio del resarcimiento.

A partir de 1990, el Sistema de Participaciones se modificó, pasando de un esquema cien por ciento resarcitorio, a otro que se apoya en criterios más equitativos, tomando en cuenta las diferencias de desarrollo económico entre las Entidades Federativas así como los aspectos demográficos.

De esta manera, las reformas realizadas a la Ley de Coordinación Fiscal en diciembre de 1995, han tenido como objetivos, impulsar un Nuevo Federalismo Fiscal, mediante el fortalecimiento de las facultades jurídicas y económicas de los órdenes Estatal y Municipal de Gobierno, mejorar la eficiencia en la provisión de servicios, contribuir al equilibrio de las finanzas

públicas y promover la competitividad y el crecimiento de la Economía Nacional.

El Sistema Nacional de Coordinación Fiscal (SNCF), opera con un Marco Jurídico perfectamente definido, conformado por la Ley de Coordinación Fiscal; el Convenio de Adhesión al Sistema de Coordinación Fiscal y el Convenio de Colaboración Administrativa en Materia Fiscal Federal.

Para facilitar el desarrollo, vigilancia y perfeccionamiento del SNCF, la Ley contempla varios organismos que son: la Reunión Nacional de Funcionarios Fiscales, la Comisión Permanente de Funcionarios Fiscales, la Junta de Coordinación Fiscal y el Instituto para el Desarrollo Técnico de las Haciendas Públicas.

El Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, sustenta su parte económica por medio del Sistema de Participaciones, el que se integra con la aplicación de porcentajes de la Recaudación Federal Participable (RFP).

Para tener un poco más de claridad sobre lo que el RFP significa, es interesante conocer la manera en que éste se encuentra conformado, por lo que enseguida se presenta un cuadro que detalla la forma en que está estructurado el monto total de las participaciones a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios está estructurado:

PARTICIPACIONES E INCENTIVOS ECONÓMICOS	%
FONDO GENERAL DE PARTICIPACIONES (1)	20.00
COORDINACIÓN EN DERECHOS (2)	1.00
BASES ESPECIALES DE TRIBUTACIÓN (3)	0.80
TENENCIA O USO DE VEHÍCULOS (4)	100.00
COMERCIO EXTERIOR (5)	0.136
EXTRACCION DE PETROLEO	3.17
FONDO DE FOMENTO MUNICIPAL (6)	1.00
IMPUESTOS ESPECIALES, IEPS (7)	28.00
RESERVA DE CONTINGENCIA (8)	0.25
RESERVA DE COMPENSACIÓN (9)	1.00

(1) Respecto a la recaudación federal participable.

(2) Se adiciona al fondo general participable, cuando las entidades y municipios se coordinan bajo este concepto.

(3) Se adiciona al fondo general participable un monto del impuesto recaudado en 1989 por las entidades.

(4) Referido a las entidades que hayan celebrado convenio de colaboración administrativa en la materia; quienes obtendrán la totalidad de lo recaudado.

(5) y (6) En referencia a la recaudación federal participable.

(7) En relación a la enajenación nacional sobre bebidas alcohólicas y tabacos labrados.

(8) Relativa a la recaudación federal participable de cada ejercicio.

(9) Se forma con el remanente de la recaudación federal participable.

D).- Descentralización del Gasto

Como complemento al Sistema de Participaciones, se inició desde el sexenio de Ernesto Zedillo, un Programa de Descentralización del Gasto, que se ha mantenido hasta el actual gobierno de Felipe Calderón, y que tiene por objeto adelgazar el aparato burocrático –administrativo-presupuestal, reflejo de las estrategias encomendadas por las instituciones financieras mundiales, concretamente el FMI y el Banco Mundial, como parte de las políticas neoliberales impuestas desde la última crisis económica de inicios del gobierno de Zedillo.

Aún cuando ha sido importante el esfuerzo iniciado algunos sectores, como por ejemplo el Educativo, en la descentralización del gasto; no se puede hablar a estas fechas de grandes logros, prueba de ello son los magros resultados en las evaluaciones hechas por los organismos internacionales como la UNESCO y la OCDE; no obstante, estarle destinando cada año y de manera continua, mayores recursos presupuestales; por si fuera poco esta actividad se encuentra muy contaminada – se arguye - por la influencia del sindicato nacional y sus prioridades políticas, más que gremiales.

En otros importantes programas, existen problemas de instrumentación, derivados de las denominadas “reglas de operación”, que han dificultado la utilización óptima de los recursos presupuestales; otro inconveniente más, está representado por la existencia de varios organismos de asistencia social para los trabajadores, duplicados muchas veces en los Estados, con características distintas de niveles de sueldos y de prestaciones.

Se requiere además continuar no sólo con la descentralización de los recursos económicos hacia las Entidades, sino tomar una gran decisión

política para acelerar el proceso de transferencia gradual pero sostenida de facultades, incluidas las fiscales, de la Federación hacia las Entidades Federativas, para que a mediano plazo, se fortalezcan y consoliden las finanzas públicas de los Estados y el Distrito Federal y como consecuencia, las entidades federativas cumplan de una mejor manera sus responsabilidades políticas y sociales para con sus representados, considerando el avance del proceso democrático.

CONCLUSIONES

No obstante las características tan disímolas, de las economías de los países que integran la región latinoamericana, se identifican todos ellos en la necesidad de expandir y hacer más eficiente la operación de los servicios públicos y mejorar el aprovechamiento de las potencialidades de cada Nación.

La reasignación de las funciones del Estado Federal a las Entidades Federativas que lo integran, exige como contraparte, la necesidad de reformar las políticas de recaudación y de distribución de los Fondos Públicos.

Richard Musgrave, distingue entre las actividades propias del Estado, las funciones de: asignación, distribución y estabilización.

Por asignación óptima, se entiende, acercar lo más posible la oferta de bienes y servicios públicos a los ciudadanos; es decir, promover la descentralización de las prestaciones públicas.

La decisión sobre la descentralización de las funciones y el gasto público, implica una decisión simultánea sobre la distribución de los ingresos del Estado. Sin embargo, lo más probable es que sea muy difícil lograr la recaudación y posterior distribución justa de los recursos presupuestales ; si no se establece una mayor y mejor fórmula de competencias fiscales y de las participaciones, incrementando gradualmente el porcentaje a favor de los Estados y del Distrito Federal y de los Estados a los Municipios que apoye a las regiones más atrasadas para contribuir a disminuir las desigualdades de desarrollo entre las diversas regiones. La ventaja de este sistema, es que permite desarrollar una política económica y fiscal, más identificadas con las necesidades locales.

Existen dos formas de captación de los recursos fiscales, la concurrente y la coparticipativa; la primera, permite que todos los órdenes de gobierno procuren sus propios ingresos para el cumplimiento de sus funciones; en tanto que la segunda, crea un orden que centraliza la recaudación total de los impuestos.

En el caso de Argentina, igual que en el de México, se tiene un sistema mixto, es decir operan al mismo tiempo impuestos locales y federales, sin que se origine una duplicidad; empero no existe una equidad en el reparto de los mismos.

El problema mayor en el Federalismo Fiscal, se presenta, de hecho, al momento de la distribución de los recursos, ya que intervienen cuestiones económicas y políticas, muchas de ellas cambiantes con el tiempo, de

acuerdo con las circunstancias o bien con las tradiciones históricas y sociales.

La Construcción de un Nuevo Federalismo, exige un compromiso permanente del Gobierno y una firma participación social, ya que de esto dependerá el éxito.

La prioridad del Nuevo Federalismo, deberá ser la distribución de facultades y responsabilidades entre los dos órdenes de Gobierno (federal y estatal) y como consecuencia, un mejor reparto de los recursos fiscales.

Por ende, es necesario realizar un cambio estructural que fortalezca gradual pero de manera sostenida hacia una mayor participación la capacidad recaudadora de los diversos órdenes de Gobierno y que impulse una verdadera descentralización, tanto del Gasto, como de los Ingresos Públicos.

Revisar el marco hacendario, para ampliar sustancialmente las facultades hacia los Estados y Municipios.

Otorgar, constitucionalmente, mayor libertad para el ejercicio de los recursos por parte de los Gobiernos Locales, lo que se traducirá en una atención más eficiente y más sensible a las necesidades prioritarias de la Comunidad.

El indispensable descentralizar todas las funciones posibles, tendientes a fortalecer al Municipio y promover su democracia otorgándole mayor independencia económica y política.

En fin, lo ideal sería, tomando como ejemplo el sistema fiscal americano, que se haga una mejor distribución de las facultades fiscales, es decir asignar a las Entidades Federativas (Estados y Distrito Federal) la recaudación y administración de alguno de los dos impuestos federales más importantes que reduzca la dependencia económica de las entidades federativas fortaleciendo el sistema Federal.

BIBLIOGRAFIA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

DANONO DANTE. *Federalismo Fiscal en Argentina*. Trimestre Fiscal. Año 15, número 46, abril-junio de 1994.

Federalismo Fiscal: Conceptos, Principios y Teoría. Indetec 1996.

Ley de Coordinación Fiscal.

HORDY-DUBRAVKO MIJHALJEK DANIEL. *La Formulación de la Política Económica de un Sistema Federal*. El Economista Mexicano. Revista Colegio Nacional de Economistas. Enero-Marzo de 1992.

ORTEGA LOMELÍN ROBERTO. *Federalismo y Municipio*. F. C. E. 1994.

PIZZETTI FRANDO. *Federalismo, Regionalismo y Reforma del Estado*. Edizioni Gioppichelli, Turín 1996.

LA PROSPECTIVA DEL FEDERALISMO FISCAL. RETO DEL ESTADO MEXICANO DEL SIGLO XXI

CARLOS NORBERTO VALERO FLORES*

* Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Director de Estudios Parlamentarios del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias.

INTRODUCCIÓN

El gobierno Federal y el de los Estados no son, en realidad, sino diferentes mandatarios y representantes fiduciarios del pueblo, dotados de poderes diferentes y designados para finalidades diversas.

James Madison

El sistema político mexicano se encuentra sustentado en una forma de gobierno republicano, representativo, democrático, federal, compuesto de Estados libres y soberanos en lo concerniente a su régimen interior; unidos en una Federación de conformidad con el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sin embargo, lo que parecería una clara definición sobre el funcionamiento del sistema federal no lo es así en la práctica; derivado del hecho de no haberse distribuido equitativamente las competencias entre los firmantes del pacto federal; esto es, los Estados integrantes de la Federación (incluido el Distrito Federal)¹ y la Federación misma.

Una prueba irrefutable es la enorme cantidad de facultades atribuidas a la Federación derivadas principalmente del ejercicio legislativo, con 60 reformas al artículo 73 desde la promulgación el 5 de febrero de 1917 de la Constitución vigente,² que a través de ampliar persistentemente las facultades del Congreso General, ha servido de instrumento a la Federación para acotar las potestades de las Entidades Federativas, que complementan las prohibiciones previstas expresamente en los artículos Constitucionales 117 y 118.

Por si fuera poco, la Entidades Federativas tienen que atenerse a la inequitativa distribución de los recursos públicos provenientes de la recaudación de las contribuciones federales y del ejercicio del Presupuesto de Egresos de la Federación; sustentados en las Ley de Coordinación Fiscal de 1978³ y en la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria de 2006, las que los Estados, el Distrito Federal y los Municipios deben acatar, de conformidad con el artículo 120 Constitucional que previene a los gobernadores de los Estados a publicar y hacer cumplir las leyes federales.

¹ Artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

² La 1ª Reforma se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el 8 de julio de 1921 y la 60ª y última Reforma el 4 de mayo de 2009.

³ Ordenamiento jurídico que regula la forma y montos monetarios por el cual los Estados reciben en un 80% los recursos financieros derivados de la recaudación federal participable, de los impuestos federales generados en todo el país.

La política fiscal, representa, no sólo la mejor manera de recaudar las contribuciones para los gastos públicos, de la Federación, de los Estados, el Distrito federal y los Municipios; sino que también constituye, usado eficazmente, el mejor instrumento para cumplir con la función redistributiva de la riqueza a que está obligado el Estado mexicano.

De igual manera, a través del gasto público propugnar por reducir las desigualdades existentes entre las diversas regiones del país, por medio de la descentralización del gasto público en infraestructura y en los programas sociales en pos de alcanzar la democracia, considerando a ésta no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo; como reza el artículo 3o. Constitucional.

Terminar con la tentación de mantener unido el control del poder político con el económico por parte del Ejecutivo; parece ser el principal reto para la actual y siguientes Legislaturas, para iniciar una etapa tendente a construir realmente un Nuevo Federalismo; que tendrá que transitar por el campo de la reforma política del régimen federal, para alcanzar la anhelada reforma económica federalista y democrática pendiente a principios del siglo XXI.

Así, este trabajo inicia explicando el concepto de Estado; para entrar a estudiar después las formas de Estado centralista y federal; continúa con un análisis de los antecedentes del federalismo como forma de Estado; relata las diversas formas de gobierno prevalecientes desde la independencia; el primer imperio, de Agustín de Iturbide; la primera República federal; el primer sistema centralista; el regreso al sistema federal; se hace una relatoría del voto particular de uno de los hombres más preclaros de la vida política nacional, Mariano Otero; el retorno al centralismo; la segunda República; el segundo Imperio, de Maximiliano de Habsburgo; la restauración de la República con Benito Juárez; la dictadura de Porfirio Díaz; la Constitución social de 1917; se describen los antecedentes institucionales recientes; se examina el sistema federalista mexicano, se prosigue con un ensayo sobre la prospectiva del federalismo fiscal de nuestro país; y se concluye con una propuesta concreta de un federalismo fiscal más participativo e incluyente.

I. CONCEPTO DE ESTADO

El concepto de Estado como se le conoce actualmente, deviene de la etapa del *Renacimiento*, y se empezó a utilizar para designar a las *asociaciones*, los *territorios* y el *poder*, ligados a la *dominación*. Así, a partir del siglo XIX, la noción de Estado ha sido usada en el terreno jurídico político para referirse a una corporación dominante dotada de poder supremo.⁴

Se le atribuye a *Maquiavelo* la introducción del concepto de Estado a la terminología política en su obra *El Príncipe*; de esta manera, el término Estado comprendía tanto a la República como al Principado; esto es, a las dos formas de gobernar a los pueblos. Situación semejante la encontramos en *Jouvenel* para quien: el Estado es aparato que gobierna a la sociedad; o como lo expresa *Duverger*: Estado es gobierno.⁵

Luis Recasens Siches, observó que el Estado está constituido por las relaciones, las situaciones y los procesos sociales cuyo sentido intencional se refiere a lo jurídico, toda vez que hay innumerables fenómenos de la vida colectiva que no pertenecen a la realidad estatal; por su parte, *Maurice Hauriou* definió al Estado como un poder rector de la actividad pública, en la que la comunidad nacional es apta para mejorar la condición de sus miembros; así también el maestro *Eduardo García Maynes*, indicó que el Estado es la organización jurídica de una sociedad, bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio; otros autores como *Jorge Fernández Ruiz*, lo definen en función de los elementos que lo componen, más que por su relaciones jurídicas; expresando que el Estado es un sistema integrado por un conjunto humano (población), asentado en una circunscripción territorial específica, organizado mediante la coincidencia constantemente renovada de las voluntades de los integrantes de la parte más fuerte de dicho conjunto (gobierno), sujeto a un orden jurídico propio y a un poder soberano, cuyos fines son establecidos por la parte dominante, aun cuando a veces influya otra de las partes.⁶

⁴ ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría general del Estado. Ciencia de la política*, trad. Héctor Fix-Fierro, 3ª ed., México, Porrúa-UNAM, 1998, pp. 54-55, citado por SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN en *El Federalismo*, serie Grandes Temas del Constitucionalismo Mexicano, primera reimpresión, México 2006, p. 11.

⁵ DE LA CUEVA, Mario, *La idea del Estado*, quinta edición, Fondo de Cultura Económica, México 1996, pp. 43-44.

⁶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN en *El Federalismo*, serie Grandes Temas del Constitucionalismo Mexicano, primera reimpresión, México 2006, pp. 11-13.

Nos dice el maestro *Mario de la Cueva*, que el Estado moderno es: *territorial, nacional, monárquico, centralizador* de todos los poderes públicos, y *soberano* en la doble dimensión *externa e interna*.⁷ Aquí, vale indicar que De la Cueva omitió referirse en esta definición a la forma de gobierno republicana y federal; así como a la población; sin embargo, sí destacó los elementos de soberanía territorial y de autogobierno.

Maquiavelo, Bodino y Hobbes, entre otros pensadores, vieron al Estado desde el ángulo de la monarquía y se preocuparon por su justificación (el absolutismo); en tanto *John Locke* representó a la burguesía y fue el teórico del Estado burgués.⁸

El trasfondo de las características del Estado, derivan en un poder soberano que coadyuve a su cohesión y especialmente a su autonomía.⁹

La Suprema Corte resume, por su parte, una definición de Estado tomando los elementos y las relaciones jurídicas expresadas por los autores antes referidos como: *el ente político integrado por un conjunto jurídicamente ordenado de personas, asentado en un territorio políticamente dividido y sometido a un poder soberano depositado en tres órganos, cuyas atribuciones se fundamentan en una Constitución*.¹⁰

Para *Hans Kelsen*, la definición de Estado resulta muy difícil, dada la multiplicidad de los objetos que el término comúnmente designa. La palabra, afirma, es a veces usada en un sentido muy amplio, para designar la sociedad como tal, o una forma especial de sociedad. Pero con gran frecuencia el vocablo es también empleado en un sentido mucho más restringido, para designar un determinado órgano de la sociedad, gobierno, o los sometidos a éste, la nación, o el territorio en que aquellos habitan. El Estado es pues una ordenación de la conducta humana; es decir, una asociación o unión de hombres cuya conducta debe hallarse ordenada de acuerdo con normas no naturales, indicadoras de lo que debe ser, no de lo que es, noción derivada de su Teoría Pura del Derecho; este mismo autor considera, que cuando el Estado es visto y discutido desde un ángulo puramente jurídico, entonces se le toma en consideración como fenómeno jurídico; es decir como sujeto de derecho y como persona colectiva pero con características especiales, puesto que es creado por su propio orden

⁷ DE LA CUEVA, *op. cit.*, p. 49.

⁸ *Ibidem*, pp. 60-61.

⁹ SUPREMA CORTE, *op. cit.*, p. 13.

¹⁰ *Ibidem*, p. 14.

jurídico que lo ordena y lo acota; así pues, el derecho nacional regula la conducta del propio Estado.¹¹

De conformidad con la teoría sociológica del Estado, existe una situación de *dominación*, definida ésta como una relación en virtud de la cual alguien manda y gobierna y los demás obedecen y son gobernados. Esta *dominación* debe ser legítima; esto es, que se realice en concordancia con un orden jurídico cuya validez es propuesta por los individuos que en ella intervienen, y es el orden jurídico de la comunidad cuyo órgano es el gobernante del Estado y que es interpretada por gobernantes y gobernados.¹²

El concepto que los sociólogos aplican cuando describen las relaciones de dominación dentro del Estado, es el jurídico; así, las propiedades atribuidas al Estado sólo se conciben como propiedades del orden normativo de la comunidad constituida por dicho orden. *Sólo como orden normativo, puede el Estado ser una autoridad capaz de obligar, especialmente si dicha autoridad es considerada como soberana.* La soberanía sólo se concibe dentro del marco de lo normativo.¹³

¹¹ KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Textos Universitarios, Facultad de Derecho, UNAM, México, 1988, pp. 215-216.

¹² *Ibidem*, op. cit., p. 223.

¹³ *Ibidem*, p. 225.

II. FORMAS DE ESTADO

Elisur Arteaga Nava, haciendo alusión a *Herodoto*, nos dice que en la antigüedad los conceptos de Estado y gobierno, eran considerados como sinónimos. La razón derivaba de que por lo general las organizaciones políticas eran parecidas, simples, con poblaciones escasas y asentadas en territorios reducidos; esta apreciación continuó hasta el Renacimiento y *Maquiavelo* uso los dos conceptos indistintamente.¹⁴

Actualmente, las obras de Derecho Constitucional y de Teoría Política, distinguen claramente entre formas de Estado y formas de gobierno. *Por formas de Estado se entiende, globalmente, a un ordenamiento referido particularmente a finalidades planteadas como objetivos de acción de los órganos constitucionales.*¹⁵

Para *Karl Loewenstein*, la clasificación de Estados sólo se podrá obtener mediante una investigación comparada de sus estructuras reales de gobierno.¹⁶

Este criterio, radica en la manera y forma de ser ejercido y controlado el poder político en la sociedad estatal concreta. La distinción entre la distribución del ejercicio y control del poder político y la concentración del ejercicio del poder, que está libre de control, crea el cuadro conceptual para la fundamental dicotomía de los sistemas políticos en constitucionalismo y autocracia.

Así, *Loewenstein* divide a los Estados en dos grandes categorías: *constitucional* y *autocrático*. El *Estado constitucional*, afirma, se basa en el principio de la distribución del poder; la que se origina cuando varios detentadores del poder u órganos estatales participan separadamente en la formación de la voluntad estatal. El Estado autocrático es el opuesto del constitucional y se refiere a la existencia de un solo detentador del poder; que puede ser un individuo (dictador), una asamblea, un comité, una junta o un partido político; el ejercicio del poder no está distribuido sino concentrado en cualquiera de estas figuras políticas; y no existe ningún tipo de control sobre el poder; se da de esta manera la figura de un monopolio en el ejercicio del poder, el cual se encuentra libre de cualquier límite constitucional por lo que su poder es absoluto.¹⁷

¹⁴ ARTEAGA NAVA, Elisur, *Tratado de Derecho Constitucional*, volumen I, Biblioteca de Derecho Constitucional, Oxford University Press, México 1999, p. 99.

¹⁵ *Ibidem*, p. 99.

¹⁶ *Ibidem*, p. 100.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 100-101.

Adicional a las categorías de *Estado constitucional* y *Estado autocrático*, existe otra más a la que *Arteaga Nava* denomina *configuraciones intermedias*, que desde mi particular punto de vista deberían llamarse *configuraciones mixtas*, puesto que comprenden características identificadas con las de un *Estado constitucional* y también con las de un *Estado autocrático*, presentando diferentes matices que lo diferencian de los primeros; este autor sostiene, que las formas híbridas o intermedias, surgen normalmente en épocas de transición de un sistema político a otro.¹⁸

Giuseppe de Vergottini, a su vez, hace varias clasificaciones de las formas de Estado destacando de ellas la referida a la *bipartición* entre Estados *pluralistas*, ligado a las democracias occidentales, que implican una organización constitucional de la concurrencia pacífica para el ejercicio del poder, y los “Estados monopolistas”, con un sólo partido político, que no admiten la oposición y se les conoce también como Estados: *totalitarios*, *autocráticos*, *monopartidistas*, *de poder cerrado*, con independencia de la ideología y de las orientaciones prácticas, o entre Estados con *poder repartido* entre individuos; grupos y sus representantes y Estados con *poder concentrado* (*dictadura o autocracia*).¹⁹

Resulta problemático referir con certeza las formas de Estado; no sucede así con las formas de gobierno, puesto que basta con atender el comportamiento de los órganos de poder para tener claridad si se está ante un gobierno democrático, una monarquía o un sistema parlamentario; es decir, su forma de organización, en tanto que en la forma de Estado se tiene que considerar la manera de ser, independientemente de su forma organizativa. Las formas de Estado, de acuerdo con la doctrina, son la unitaria o centralizada y la federal; la principal característica del Estado unitario es la de un poder homogéneo; las funciones legislativas y administrativas dependen de un solo poder, el Ejecutivo central; aun cuando puede existir cierto grado de descentralización administrativa y jurisdiccional, pero ello no impide que los órganos encargados de tales funciones se independicen de las autoridades centrales.²⁰

Se da el nombre de forma de gobierno, a la manera como se distribuye y ejerce el poder. Estas formas se encuentran en relación con los principios, la formación y la ley de cada régimen; así en el Estado liberal o democrático,

¹⁸ *Ibidem*, p. 101.

¹⁹ *Ibidem*, p. 100.

²⁰ BURGOA, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, 16ª. Ed., Porrúa, México 2003, pp. 406-407.

su forma de gobierno corresponde a los principios de su creación y a la ley de desenvolvimiento de ese mismo Estado; por consiguiente, difiere completamente de los Estados autoritarios, sujetos al interés de gobernante absoluto.²¹

Pedro J. Proudhon, consideró la existencia de cuatro formas gubernativas, dentro de dos regímenes políticos:²²

- Régimen de autoridad.
- Gobierno de todos por uno sólo: Monarquía o Patriarcado.
- Gobierno de todos, por todos: panarquía o comunismo.

El carácter de este régimen en sus formas es la concentración del poder, en una persona o en una clase gobernante.

- Régimen de libertad.
- Gobierno de todos por cada uno: Democracia.
- Gobierno de cada uno por cada uno: Anarquía o self-goberment.

El carácter esencial en este caso, es la división del poder, contrario al régimen de autoridad.

Tena Ramírez nos dice, que en la época actual el adversario del sistema republicano no es la monarquía, sino el régimen totalitario; cualquiera que sea la denominación que adopte. Tales regímenes no pueden considerarse republicanos, porque si bien la jefatura de gobierno no se conserva, en principio, de manera vitalicia ni se transmite por herencia, carece de la característica de renovación periódica mediante la consulta (elecciones) al pueblo.²³

II. 1 EL ESTADO CENTRALISTA

El sistema centralista o unitario es por antonomasia lo contrario al sistema federal, y puede incluso asemejarse a un gobierno autoritario; si bien *el principio de autoridad, principio familiar, patriarcal, magistral, monárquico o teocrático, principio que tiende a la jerarquía, a la centralización, a la absorción, es debido a la naturaleza*; y por lo mismo esencialmente fatal o divino, como se le quiera llamar; sin embargo, *la*

²¹ PROUDHON, Pedro J., *El Principio Federativo*, Cásicos Ciencia Política, Guernica, segunda edición, México 2001, p. 25.

²² *Ibidem*, p. 16.

²³ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 30ª. Ed., México 1996, pp. 88-89.

*autoridad supone indefectiblemente una libertad que la reconoce o la niega; y a su vez, la libertad, en el sentido político de la palabra, una autoridad que trata con ella y la refrena o la tolera.*²⁴

Nuestro sistema político en la parte de gobierno, más no de Estado, ha tenido una tendencia recurrente a la centralización del poder; la mayoría de los gobernantes, desde la consumación de la independencia, a partir de Agustín de Iturbide, quien primero presidió la Regencia del 29 de septiembre de 1821 al 18 de mayo de 1822, y como emperador del 19 de mayo de 1822 al 19 de marzo de 1823; Antonio López de Santa Anna, quien inició proclamando la República y terminó, después de múltiples instancias en el poder, cancelando el sistema federal y creando un gobierno centralista;²⁵ en este mismo sentido, tenemos el segundo Imperio, de Maximiliano de Habsburgo (1863-1867) y la dictadura de Porfirio Díaz (1877 a 1880 y de 1884 a 1911).²⁶

El conseguir y mantenerse en el poder, a través de las batallas sufridas en cerca de 5 siglos, ha sido uno de los motivos por el cual la democracia mexicana no ha logrado consolidarse; no obstante, los avances obtenidos en la representación popular sobre todo en la Cámara de Diputados desde la LXVII Legislatura.

La respuesta, la podemos encontrar, quizás, en la persistente idea del *presidencialismo mexicano* como poder supremo, que se resiste a morir y continúa luchando por mantener la preeminencia sobre los otros dos poderes; actuando directa o indirectamente en la designación de sus miembros, a través del control de los partidos políticos; lo que le permite tener influencia en el Poder Legislativo e incluso en el Poder Judicial, dada las facultades que el Legislativo le ha otorgado al Ejecutivo en la propia Constitución; es además, el único de los Poderes que no es colegiado sino unipersonal, y de siempre exento de casi todas las responsabilidades Constitucionales; tal situación se mantiene en el Título Cuarto de la Constitución de 1917, que sólo aplica a los integrantes de los otros dos

²⁴ PROUDHON, *op. cit.*, p. 11.

²⁵ Antonio de Padua María Severino López de Santa Anna y Pérez de Lebrón (21 de febrero de 1794 – 21 de junio de 1876) fue Presidente de México y repitió el cargo en diez ocasiones de 1833 a 1855. A lo largo de su extensa carrera militar y política, careció de una ideología definida, por lo que se alió en distintas ocasiones a realistas, insurgentes, monárquicos, liberales y conservadores. Ha sido una de las figuras públicas más polémicas en la historia de México, estigmatizado por la pérdida de más de la mitad del territorio nacional.

²⁶ José de la Cruz Porfirio Díaz Mori, fue Presidente de la República en dos ocasiones, la primera, del 5 de mayo de 1877 al 1 de diciembre de 1880, y la segunda, del 1 de diciembre de 1884 al 25 de mayo de 1911, con un período de cuatro años intermedio en el que gobernó su compadre Manuel González.

Poderes de la Unión, así como a los órganos constitucionales autónomos; y, contrario a lo que debe ser una relación de pares, *el Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado de traición a la patria y delitos graves del orden común, conforme lo estatuye el artículo 108, segundo párrafo de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.*

De igual manera, en materia de responsabilidades, el trato que la Constitución la da a los integrantes del pacto federal, Estados y el Distrito Federal, es completamente desigual; es decir, la Carta Magna indica que los Estados y los integrantes de los tres Poderes locales serán responsables por violaciones a la Constitución general y a las leyes federales, y por manejo indebido de fondos y recursos federales; no así el titular del Ejecutivo Federal.

Además, todos los servidores públicos federales y locales, incluidos los del Distrito Federal, podrán ser sujetos de juicio político; no así el Presidente de la República.

El trato especial que el Título Cuarto le da al Presidente de la República, guarda relación con el reconocimiento del artículo 80 que estatuye:

Se deposita el ejercicio del Supremo Poder Ejecutivo de la Unión en un sólo individuo, que se denominará "Presidente de los Estados Unidos Mexicanos".

La Constitución le otorga así al Poder Ejecutivo y a su titular, y a nadie más, el carácter de Poder Supremo; que se complementa con las atribuciones de disponer de la totalidad de las fuerzas armadas y proponer la terna al Senado de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por si fuera poco, la preeminencia del poder central del gobierno federal sobre el resto de las partes de la Federación, Estados y el Distrito Federal, se acentúa por la vía de las facultades constitucionales otorgadas a la Federación, como sinónimo de gobierno central, en lo legal y económico, para ser implementadas por el Ejecutivo; como lo es la elaboración y el ejercicio de la política fiscal, traducida en la Ley de Ingresos y el Presupuesto de Egresos de la Federación; por medio de la cual, el gobierno federal recauda la inmensa mayoría de las contribuciones y hace un reparto inequitativo de las mismas (80 por ciento para la Federación y sólo el 20 por ciento para los Estados y Municipios), gracias a la formula de la Ley de Coordinación Fiscal. Dando como resultado, en los hechos, un gobierno federal obeso en facultades y en el manejo de los recursos presupuestales;

acentuando el centralismo en la forma de gobierno, en deterioro del sistema federalista.

II. 2 EL ESTADO FEDERAL

Independientemente del origen histórico de una federación, ya sea por el pacto de Estados preexistentes o bien por la decisión de un Estado primitivamente centralizado; le corresponde a la norma constitucional hacer la distribución de competencias.²⁷

Pero mientras que en el primer caso, los Estados contratantes transmiten al poder federal determinadas facultades y conservan otras, como sucede en la Constitución de los Estados Unidos de América; en el segundo de ellos, las facultades que considera importantes el Estado federal central, al que se asemeja más el de nuestro país, se las auto otorga de manera unilateral y le deja a los Estados federados el resto; a esta práctica se le conoce como facultades residuales (artículos 73 y 124 de la Ley Suprema). En teoría política, al constituirse el Estado federal, sus integrantes (entidades federativas) pierden a través de un pacto constitucional su soberanía exterior y ciertas facultades interiores a favor del gobierno central, aun cuando conservan ciertas atribuciones derivadas de la distribución de competencias, entre las autoridades federales y las locales.

Las constituciones políticas de todos los sistemas de gobierno, incluso los de federación, se pueden reducir a una sola fórmula: contrapeso de la autoridad por la libertad y viceversa. Autoridad y libertad, siendo ideas opuestas están condenadas a vivir en lucha o morir juntas.²⁸

*Proudhon sostiene que: entre tantas constituciones como la filosofía propone y la historia presenta ensayadas, no hay sino una que reúna las condiciones de justicia, orden, libertad y duración, sin las cuales no pueden subsistir ni la sociedad ni el individuo. ...esa constitución única, cuyo reconocimiento será el mayor esfuerzo que pueda hacer la razón de los pueblos, no es otra cosa que el sistema federativo.*²⁹

El Estado federal, nos dice Leonel Armenta, *es aquel ámbito espacial de validez en el que coexisten dos órdenes jurídicos (central y local), que intervienen en la formación de la voluntad nacional y que están coordinados*

²⁷ ARTEAGA NAVA, *op. cit.*, 113.

²⁸ PROUDHON, *op. cit.*, pp. 12-13.

²⁹ PROUDHON, *op. cit.*, pp. 9-10.

entre sí por una ley suprema, que es la Constitución. Conforme este criterio, la integración o estructura del Estado federal, corresponde a:³⁰

- *La existencia de un orden jurídico central;*
- *La existencia de un orden jurídico local;*
- *La coexistencia de ambos en un ámbito espacial de validez determinado,*
- *La participación de ambos órdenes jurídicos en la formación de la voluntad para las decisiones nacionales y*
- *La coordinación de ellos entre sí por una ley suprema que es la Constitución general.*

La estructura de un Estado federal radica en la adecuada composición y distribución de competencias, las que dependen en gran parte de la historia política, cultural y social de cada país; en la que influyen los factores reales de poder que actúan como grupos de presión interno; así como la política internacional.³¹

En cierto momento, los factores reales de poder, internos y externos, pueden influir para marcar un sentido diferente a los conceptos constitucionales, incluso en deterioro de algunas potestades de los Estados y el Distrito Federal, acotando las mismas para ser absorbidas por los poderes federales.

Así, quedan definidas puntualmente las facultades de cada nivel de gobierno; aun cuando existen algunas facultades de competencia mixta a las que se conocen como *concurrentes*.

En cuanto a la soberanía, el gobierno federal que representa al Estado con el exterior, es el titular de la soberanía externa de toda la federación; en tanto que, internamente, cada uno de los Estados mantiene su soberanía con respecto a los demás, y acota su actuar sólo en lo que respecta a las competencias constitucionales. Si bien, no existe una prohibición expresa al gobierno federal para actuar dentro de la jurisdicción territorial de cada entidad federativa, su limitación para el uso de la fuerza pública se puede derivar del primer párrafo del artículo 119 Constitucional:

Artículo 119. *Los Poderes de la Unión tienen el deber de proteger a los Estados contra toda invasión o violencia exterior. En cada caso de*

³⁰ ARMENTA LÓPEZ, Leonel Alejandro, *La forma federal de Estado*, primera reimpresión, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, p. 77.

³¹ *Ibidem*, p. 40.

sublevación o trastorno interior, les prestarán igual protección, siempre que sean excitados por la Legislatura del Estado o por su Ejecutivo, si aquélla no estuviere reunida.

Caso contrario sucede con los Estados, cuyos gobernadores están sujetos a obligaciones expresas de no hacer como titulares de sus demarcaciones territoriales, en los artículos 117 y 118 Constitucionales y, la obligación de publicar y hacer cumplir las leyes federales conforme el artículo 120 de la Ley Suprema.

Expresado lo anterior, procederé a señalar que de conformidad con los artículos 40, 41 y 124 de la Constitución Federal, el Estado Mexicano se constituye en una República Federal, compuesta de Estados libres y soberanos en cuanto a su régimen interior, pero unidos en una Federación establecida según los principios de la Ley Fundamental.

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

Por lo que si bien los Estados pueden crear su propio sistema jurídico éstos no deben contravenir las disposiciones del Pacto Federal.

El término república, ha tenido a través de los tiempos una gran cantidad de connotaciones muy variadas; la de su origen etimológico en Roma como cosa pública; hasta la actual proveniente de Maquiavelo como opuesta a la monarquía. Concepto último al que se apegó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, incluso las de 1824 y 1857. Republicano es el gobierno en que la jefatura del Estado no es vitalicia, sino que es renovable periódicamente a través de la votación popular, lo que lo vincula con la democracia; en tanto que en el Estado Monárquico es permanente y sólo se transmite por muerte o abdicación del rey o emperador.³²

Lo anterior no quiere decir, que en los Estados monárquicos no exista la democracia; tal es el caso de los sistemas monárquicos parlamentarios, donde el Jefe de Estado es el Rey, y, el Primer Ministro es el Jefe de Gobierno, sujeto éste último a ser elegido indirectamente, a través del voto popular directo a los integrantes del Parlamento, quienes lo designan. De ahí que Tena Ramírez afirme, que en la actualidad el verdadero adversario del sistema republicano

³² TENA RAMÍREZ, *Op. Cit.*, pp. 87-88.

*no es la monarquía, sino el régimen totalitario, cualquiera que sea la denominación que adopte.*³³

*Además de las características mencionadas de nuestra forma de gobierno, la Constitución le asigna la de ser federal, lo que la da relevancia a nuestro sistema político, pues de esta característica se deriva la jurisdicción; casi siempre excluyente para los Estados miembros de la Federación. Así, en la distribución de facultades entre los dos órdenes de gobierno, será federal o central, cuando le corresponda la función al gobierno federal; y local, cuando se refiera a las entidades federativas. La distribución de funciones, es en sí misma, de gran trascendencia para la vida orgánica del país, pues esa repartición debe resolver el problema de la conveniencia o no, de que cada una de las facultades ingrese a una u otra de las jurisdicciones. Hecho al reparto de competencias por la ley suprema, todavía se presentan numerosos casos en que toca al intérprete, el Poder Judicial, decidir a cuál jurisdicción corresponde un acto concreto de autoridad.*³⁴

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

La Constitución Federal establece competencias residuales para los Estados; es decir, todas aquellas facultades que no están expresamente otorgadas a la Federación, corresponden a los Estados. El pacto federal reconoce la soberanía de los Estados en sus regímenes interiores, y, asume el respeto a las competencias de las partes que lo suscriben; sin embargo, la práctica histórica se ha orientado a fortalecer reiteradamente al gobierno central, como ya se comentó en el punto anterior; por lo que tenemos como sociedad una tarea pendiente.

La explicación de esta tendencia, nos dice Tena Ramírez, proviene del hecho de que el sistema federal ha servido tanto para centralizar el poder, antes disperso como sucedió en la unión americana; o para descentralizarlo, en el caso de los Estados provenientes de un sistema unitario como el nuestro; sin embargo, el control del poder por el Presidente de la República en nuestro país, ha sido una constante histórica con una querencia a centralizar las decisiones más

³³ TENA RAMÍREZ, *Op. Cit.*, p. 88.

³⁴ *Ibidem*, p. 101.

*importantes de la Nación. De esta manera, se presenta un contraste entre la realidad nacional, con tendencias centralistas, y la teoría del sistema federal, motivado por el control político, que ha puesto en tela de juicio la existencia misma del federalismo en México.*³⁵

El texto del artículo 124 de la Carta Magna, se refiere al reparto de facultades de manera excluyente, donde el gobierno federal deja abierta la puerta para recibir facultades, y, en ese ejercicio de suma cero los Estados se verán disminuidos de las mismas, conforme se concedan más potestades a la “Federación” por la vía del otorgamiento al Congreso Federal en el artículo 73 Constitucional.

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

El Estado Federal presenta los siguientes elementos que denotan su naturaleza jurídica:

a) La existencia de una norma superior escrita, la Constitución Federal, que establece dos órdenes de gobierno, el de la Federación y el de los Estados, delegados y subordinados a la misma en aquellas materias expresamente conferidas a la primera.

b) La celebración de un pacto permanente que crea una unión fija de coordinación entre las partes: Federación y Entidades Federativas (Estados y el Distrito Federal).

c) El reconocimiento de una preeminencia del orden Federal sobre el Estatal, semejante a la relación de supra a subordinación.

d) Las Entidades Federativas (excepto el Distrito Federal, cuya soberanía está acotada), gozan de un poder soberano en lo concerniente a su régimen interior.

Desafortunadamente para los Estados y el Distrito Federal, la práctica seguida por el Gobierno Federal, a través de la facultad de iniciativa, que siendo honestos tampoco han aprovechado las legislaturas de los Estados, se ha traducido en una pérdida constante de potestades sobre todo en materia económica, convirtiendo a los Estados y al Distrito Federal en dependientes permanentes de los recursos fiscales, cuya administración se encuentra legalmente concentrada en el Ejecutivo Federal.

³⁵ *Ibidem*, pp. 108-111.

III. CONCEPTO DE FEDERACIÓN

El término Federación proviene del latín *faedus*, genitivo *faederis*; que significa, pacto, contrato, tratado, convención, alianza; es decir, se trata de un convenio por el cual una gran cantidad de jefes de familia, muchos municipios, varios grupos de municipios o Estados, se obligan recíprocamente, los unos con los otros, con el fin de lograr uno o varios objetivos particulares; que desde entonces pesan sobre los delegados de la federación de una manera especial y exclusiva.³⁶

El contrato de federación, tiene por objeto garantizar a los Estados que se confederen, su soberanía, su territorio y la libertad de sus ciudadanos; la autoridad federada encargada de su ejecución, no puede en ningún tiempo prevalecer sobre los Estados federantes que la han creado; puesto que si no fuese así, la autoridad federal, que debe ser una simple mandataria y estar siempre subordinada a la federación sería considerada como preponderante; de esta manera los Estados de la federación serían convertidos en simples prefecturas, intendencias, sucursales o administraciones delegadas.³⁷

En esencia, el sistema federal es opuesto al de centralización administrativa y gubernamental; en la federación las facultades de la autoridad central se especializan y se restringen en la medida que la federación se va desarrollando; no sucede así en los gobiernos centralizados donde por el contrario, las atribuciones del gobierno central supremo se extienden y multiplican sobreponiéndose a las facultades de los Estados, constriñendo sus soberanías.³⁸

El Federalismo representa una decisión política fundamental en el orden normativo; es en esencia una técnica Constitucional para distribuir competencias -entre los integrantes del pacto federal-, y por tanto, una expresión jurídica de nuestra complejidad política. Bajo esta figura jurídica política, los Estados se agrupan para formar una unión soberana hacia el exterior, sin perder su soberanía interna.

El federalismo no es un fin en sí mismo, pero si una solución política a la diversidad interna.

³⁶ PROUDHON, *Op. Cit.*, p. 61.

³⁷ *Ibidem*, p. 62.

³⁸ *Ibidem*, p. 63.

III. 1 ANTECEDENTES DEL FEDERALISMO

El Sistema Federal o Federalismo, tuvo su origen en la unión de las trece colonias que crearon los Estados Unidos de América; este proceso estuvo acompañado de la suscripción de la Constitución estadounidense cuyo objetivo fue el de "... formar una Unión más perfecta, establecer justicia, afirmar la tranquilidad interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la libertad..."³⁹

El proceso no fue sencillo y transitó por varias situaciones que hubo que resolver, que comprendieron la celebración de varios Congresos: el primero denominado *Intercolonial*, celebrado en octubre de 1765 en New York, que ponderó la necesidad de constituirse como nación para afrontar la defensa de los derechos comunes de las Colonias; el segundo llamado *Continental*, realizado en Filadelfia el 5 de septiembre de 1774, que tuvo pocos avances; y el tercero, *segundo Continental*, reunido también en Filadelfia el 10 de mayo de 1775, que formuló la Declaración de Independencia de Inglaterra y la creación de una Confederación; de esta manera, los congresistas prepararon un proyecto de los *Artículos de la Confederación y Unión Perpetua*, que se presentó ante el Congreso en julio de 1776, y aprobado, previa discusión, hasta noviembre de 1777, pero entró en vigor en 1781. Este documento establecía que los Estados confederados conservaban su soberanía pero delegaban numerosas atribuciones al Congreso.⁴⁰

Obtenida la paz con Inglaterra en 1783 y cuatro años después reunidos nuevamente en Filadelfia, se celebró una Convención con todos los representantes de los Estados, que se tradujo en la elaboración y suscripción de la Constitución de los Estados Unidos de América; los Estados adoptaron un sistema federalista, y no obstante que desde sus orígenes se preocuparon por controlar el poder del gobierno federal, le otorgaron expresamente un amplio número de facultades al gobierno federal para su eficaz funcionamiento; sin que pudiera atribuirse otras que no estuvieran conferidas en la Constitución; de esta manera, se le concedió al gobierno federal los suficientes poderes para su actuación; en tanto que a los Estados se les consideró soberanos en su esfera de acción y no subordinados; es

³⁹ HAMILTON, Alexander et al., *Apéndice V, Constitución de los Estados Unidos*, en *El Federalista*, trad. Gustavo R. Velasco, 2a ed., México, 1957, p. 388, citado en *El Federalismo*, serie Grandes Temas del Constitucionalismo Mexicano, no. 3, SCJN, primera reimpresión oct. 2006, p. 19.

⁴⁰ SUPREMA CORTE *Op. Cit.*, pp. 19-21.

decir, sólo quedaron delimitados en su actuar por las atribuciones que le fueron conferidas a la Federación. Si bien el principio de distribución de competencias entre el gobierno federal y los Estados miembros, se encuentra implícito en el texto original de la Constitución americana del 17 de septiembre de 1787, lo cierto es que de manera explícita quedó incorporado al texto constitucional a través de la *Bill of Rights* el 15 de diciembre de 1791, dentro de la Décima Enmienda que establece:⁴¹

Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, quedan reservados a los Estados respectivamente o al pueblo.

Como se puede apreciar, el sistema federal estadounidense reserva las mayores atribuciones a los Estados federados; de donde se deduce que corresponde a un esquema federal y no a un gobierno centralizado que subordina a los cincuenta Estados que forman la federación americana. Valga precisar, sin embargo, que en materia de supremacía jurídica la Constitución, los Tratados internacionales y las leyes federales se encuentran por encima de las de cualquier Estado de la Unión, conforme lo estipula el Artículo Seis, fracción 2, de la Constitución de los Estados Unidos de América que estatuye:

...

2. Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.

III. 2 ANTECEDENTES DEL FEDERALISMO MEXICANO

La organización política de las Colonias españolas, entre ellas la Nueva España, fue centralista y mantuvo este *estatus* hasta principios de la independencia.

Los antecedentes del Federalismo mexicano los podemos encontrar en las ideas que, sobre esta forma de gobierno, influyeron en los primeros Congresistas Constituyentes; tales como el *Espíritu de las Leyes* de Montesquieu en 1748; la Constitución Política de los Estados Unidos de América, de 1787; y la Declaración de los Derechos del Hombre, de 1789.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 20-23.

La Constitución de Filadelfia de 1787, influyó al mundo a partir del siglo XIX, instituyendo la forma de Estado Federal de gran trascendencia en cerca de treinta países, incluido el nuestro.

En los Estados hispanoamericanos, el fenómeno tuvo antecedentes distintos al de la Unión Americana; éstos surgieron del desmembramiento de los virreinos y las capitanías generales en los que estuvo organizado el imperio español, debilitado por la invasión napoleónica a España en 1808.

Algunos tratadistas como Sayeg Helú, pretenden localizar señales de una incipiente Federación en la época prehispánica con la existencia en el altiplano de la Triple Alianza de los señoríos indígenas de Tenochtitlan – Texcoco – Tlacopan y la de Tlaxcala – Cholula – Huexotzingo, al igual que la Confederación de Mayapán en la Península de Yucatán en torno a las cuales se agruparon diversos señoríos.⁴²

Por su parte, Fix-Zamudio no las reconoce como fuente real de nuestro sistema federal de gobierno; y localiza los antecedentes del federalismo mexicano en los últimos años del régimen colonial español y en los albores de la independencia; concretamente en las siguientes situaciones:

- a) El sistema francés de intendencias, complementado por las llamadas provincias internas; las intendencias se establecieron en la Nueva España a partir de 1763, correspondiendo a cada intendencia una demarcación territorial;
- b) La influencia de los ayuntamientos, los que al momento de la independencia cierran filas en contra de la invasión napoleónica a España, reclaman su autonomía y encabezan los primeros movimientos liberadores;
- c) La creación de las diputaciones provinciales, con base en las intendencias, por la Constitución de Cádiz de 1812, artículos 324 y 337, que hizo de cada provincia una entidad independiente con un jefe político propio como único funcionario ejecutivo y a la diputación como órgano legislativo;
- d) La actividad política de las diputaciones provinciales, reinstaladas a principios de 1820, cuando vuelve a ponerse en vigencia la Constitución gaditana.⁴³

⁴² SAYEG HELÚ, Jorge, *El constitucionalismo social mexicano*, Cultura y Ciencia Política, México, 1972, t. I, p. 227.

⁴³ FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 5a. edición, Edit. Porrúa, UNAM, México 2007, pp. 1007-1008.

1) La etapa de la Independencia

Durante la guerra de independencia se manifestaron en la Nueva España, dos corrientes de pensamiento predominantes: los que buscaban la plena independencia de España y la instauración de una República soberana y los que reconocían al Monarca Español Fernando VII; al triunfo de los independentistas, sus principales ideales quedaron plasmados en “*Los Sentimientos de la Nación*”, de José María Morelos y en “*El Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana*”, conocido como Constitución de Apatzingán, que incorporó por primera vez los conceptos de soberanía, así como las garantías de igualdad, seguridad, propiedad y libertad, y una incipiente forma de gobierno republicano, al instituir en el artículo 43 que “*Estas provincias no podrán separarse unas de otras en su gobierno, ni menos enagenarse (sic) en todo ó (sic) parte.*” Esta Constitución no obstante lo avanzado de sus ideales y su aceptación popular, no llegó a implantarse por la guerra de independencia que tenía convulsionado al país al momento de su proclamación.

2) El Primer Imperio de Agustín de Iturbide

Con la consolidación de la Independencia, se firmó el *Plan de Iguala* el 24 de febrero de 1821, que desanduvo el camino recorrido hacia una República soberana, para establecer una Monarquía bajo el imperio de *Agustín de Iturbide*, que reconocía a Fernando VII; acto refrendado con la firma de los *Tratados de Córdoba* del 24 de agosto de 1821. Así, el 19 de mayo de 1822, *Agustín de Iturbide* es proclamado Emperador, y ante tal acto, es desconocido por un grupo de opositores comandados por *Antonio López de Santa Anna*, quien por medio del *Plan de Casamata* pide el restablecimiento de la República y la reinstalación del Congreso. Es el principio de una larga historia política de este individuo, de triste memoria, que transitó por todos los tipos de gobierno que han padecido la patria y sus habitantes.

Para consolidar su Imperio, *Iturbide* decide establecer un *Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano*, el 10 de enero de 1823, cuyo dato más importante es su decisión de abolir la Constitución de Cádiz y establecer un gobierno Monárquico Constitucional, representativo y hereditario, con el nombre de Imperio Mexicano.

Tal determinación no fue bien aceptada y el descontento continuó, hasta que el 31 de marzo de 1823 se da por terminado el Imperio de *Iturbide*, integrándose un Triunvirato compuesto por Nicolás Bravo, Guadalupe Victoria y Pedro Celestino Negrete; que convocó a un nuevo Congreso

Nacional Constituyente, con el fin de darle a la Nación la forma reclamada de una República Federal; así por Decreto del 17 de junio de 1823 se dieron las bases para la elección del Congreso cuyos Diputados recurrieron principalmente al modelo implementado en la Constitución de los Estados Unidos de América.

3). La Primera República

Como resultado de este Congreso, el 23 de julio de 1823, el Diputado *Prisciliano Sánchez* dio a conocer el llamado *Pacto Federal del Anáhuac*, que establecía: *La nación queda una, indivisible, independiente y absolutamente soberana en todo sentido, sobre la tierra. Sus intereses generales los administra la autoridad central dividida en tres poderes supremos... cada Estado es independiente de los otros en todo lo concerniente a su gobierno interior. Tiene su legislatura, su gobierno y sus tribunales competentes para darse por sí las leyes que mejor le convengan.*

No obstante que las ideas sobre el Federalismo permeaban en el pensamiento de los insurgentes, desde la obtención de la independencia en 1821, éstas se vieron concretadas como forma de gobierno hasta la promulgación del Acta Constitutiva de la Federación del 31 de enero de 1824, y en la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada por el Congreso General Constituyente el 4 de octubre de 1824; la que señala en su artículo 5º: *La nación adopta para su gobierno la forma de república representativa popular federal.*

Principio que se instaura en los mismos términos en la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos del 4 de octubre de 1824, en su artículo 4º que expresa: *La nación mexicana adopta para su gobierno la forma de república representativa popular federal.*

Curiosamente la Constitución de 1824 al referirse a las partes de la Federación, omite señalar lo establecido en el artículo 6º del *Acta Constitutiva de la Federación*, que determina que: *Sus partes integrantes son Estados independientes, libres y soberanos, en lo que exclusivamente toque a su administración y gobierno interior, según se detalla en esta Acta y en la Constitución General.*

Fix-Zamudio encuentra un hilo conductor del sistema federal mexicano en la descentralización política que se inicia con las intendencias; se consolida con las diputaciones provinciales, previa a la proclamación de la independencia en 1821; y concluye con la expedición de la primera Constitución de 1824, de carácter federal; sin embargo, el proceso mexicano del Congreso Constituyente, se realizó con grandes discusiones

que presentaron divergencias en cuanto a la concepción del sistema federal, cuya referencia era el norteamericano, pero que este último había provenido de circunstancias distintas al caso mexicano; de ahí que durante el desarrollo del Congreso se escucharon voces distintas como la de *Prisciliano Sánchez*, que se expresaba a favor, señalando que el sistema federal: “en nada debilita la fuerza nacional, porque ella en virtud de la federación, rueda siempre sobre un solo eje y se mueve por un resorte común”; mientras que otros como *Fray Servando Teresa de Mier*, se manifestaban en contra, y en consecuencia promovían un Estado más centralista, argumentando que: “federarnos nosotros estando unidos es dividirnos y atraernos los males que ellos (los estadounidenses) procuraron evitar con esa federación”.⁴⁴

Sin poder negar las influencias de pensamiento exógenas, que motivaron a los congresistas de 1824, el federalismo mexicano buscaba unir a las provincias dentro de un Estado federal; proceso que no pudo consolidarse adecuadamente por el permanente enfrentamiento de las corrientes ideológicas conservadora y liberal; que contagiaron a la forma de gobierno provocando un constante vaivén entre el sistema central y federal; contrario al caso estadounidense, que desde su origen es federal y donde la confrontación se dio fundamentalmente con el exterior, el imperio inglés, salvo el caso de la guerra de secesión que quedó en la historia; mientras que en nuestro país la lucha principal fue interior y constante; aun con las intervenciones extranjeras en nuestro territorio, promovidas incluso por algunos grupos nacionales.

4). El Sistema Centralista

Por más de una década de gran inestabilidad nacional, debido a la lucha interna por el poder, el Federalismo se mantuvo como una forma de Estado hasta que en 1835 los grupos conservadores alcanzaron posiciones relevantes en el Congreso Federal y convocados por *Antonio López de Santa Anna* se reunieron en junio de dicho año, con un importante número de diputados, senadores y notables, con el pretexto de proponer la supresión de la Vicepresidencia; de esta manera, el 9 de septiembre de 1835 el Congreso ordinario se atribuyó el carácter de Constituyente y decidió crear la Comisión de Constitución para que elaborara un *Proyecto de Bases para la Nueva Constitución*, misma que se entregó el 23 de octubre del mismo año.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 1009-1010.

La eliminación de la figura del Vicepresidente pasó a segundo plano y la principal determinación de este Congreso Constituyente fue la adopción de un sistema de República centralista que convirtió a los Estados en Departamentos y a cargo de Gobernadores designados por el Presidente de la República, a raíz de la supresión de la Constitución Federal de 1824 y la promulgación de las denominadas *Siete Leyes Constitucionales*, que a decir del maestro *Márquez Rábago* se publicaron en tres ocasiones: la Primera Ley, en diciembre de 1835; la Segunda Ley, en abril de 1836; y de la Tercera Ley a la Séptima, en diciembre de 1836.⁴⁵

La Cuarta Ley Constitucional era la que establecía la organización del Supremo Poder Ejecutivo y el nombramiento de los gobernadores por el Presidente de la República:

Art. 1º. El ejercicio del Poder Ejecutivo se deposita en un supremo magistrado, que se denominará Presidente de la República; durará (en su cargo) ocho años

...

*Art. 17. Son atribuciones del Presidente de la República:
I al X...*

XI. Nombrar a los gobernadores de los departamentos a propuestas en terna de la junta departamental y con acuerdo del consejo.

La Sexta Ley Constitucional, trataba sobre la división territorial de la República y su gobierno interior:

Art. 1º. La República se dividirá en departamentos, conforma la octava de las bases orgánicas. Los departamentos se dividirán en distritos y éstos en partidos.

...

Art. 4º. El gobierno interior de los departamentos estará a cargo de los gobernadores, con sujeción al gobierno general.

Art. 5º. Los gobernadores serán nombrados por éste a propuesta en terna de las juntas departamentales, sin obligación de sujetarse a ella en los departamentos fronterizos, y pudiendo devolverla una vez en los demás. Los gobernadores durarán ocho años, pudiendo ser reelectos.

En el año de 1843, se acentuó aun más el Centralismo al ser expedidas las Bases Orgánicas de la República Mexicana el 12 de junio de dicho año, y acordadas por la Honorable Junta Legislativa, conforme a los decretos de 19 y 23 de diciembre de 1842, sancionados por el Supremo Gobierno Provisional, presidido por

⁴⁵ MÁRQUEZ RÁBAGO, Sergio R., *Evolución Constitucional Mexicana*, Editorial Porrúa, México 2002, p. 205.

Antonio López de Santa Anna, Benemérito de la Patria, General de División y Presidente provisional de la República Mexicana; la que eliminaba la forma de gobierno federal y mantuvo la figura de Departamentos como división territorial:

Art. 1º. La Nación Mexicana, en uso de sus prerrogativas y derechos, como independiente, libre y soberana, adopta para su gobierno la forma de República representativa y popular.

...

Art. 3º. El número de los Departamentos y sus límites se arreglarán definitivamente con una ley, continuando ahora como existen.

...

Art. 136. Habrá un gobernador en cada Departamento, nombrado por el Presidente de la República a propuesta de las asambleas departamentales, según la facultad del art. 134. Durará cinco años en su encargo, contados desde el día que tome posesión.

El gobierno republicano, representativo, popular, federal, regido por la Constitución de 1824, permaneció sólo por once años, y sucumbió bajo una de las tantas presidencias del inquilino de *Manga de Clavo*, *Antonio López de Santa Anna*,⁴⁶ quien con la adopción del sistema centralista, fundado en las *Siete Leyes Constitucionales*, terminó con el régimen federal, sustituyendo a los Estados por Departamentos, a cargo de gobernadores nombrados y sujetos al gobierno general, del autócrata, quien autonombrándose *Benemérito de la Patria*, estableció en el artículo 7º. Fracción III, de la *Sexta Ley Constitucional*, que toca a los gobernadores *Cumplir y hacer cumplir los decretos y órdenes del gobierno general...*

El cambio de gobierno de un sistema federal al central, provocó rebeliones en Zacatecas y en Texas. No obstante que la primera fue sofocada, la segunda sirvió de pretexto para la independencia texana que desmembró al territorio nacional.

5). El regreso al Sistema Federal

Una de las tantas veces que *López de Santa Anna* fue requerido para hacerse cargo de las riendas de la convulsionada Nación, correspondió a la intervención norteamericana; en tal ocasión, se le llamó *como general en jefe al excelentísimo señor don Antonio López de Santa Anna, porque su incuestionable prestigio en el ejército era la mejor garantía de la unión de esta benemérita clase con el pueblo, y porque su decisión por los principios*

⁴⁶ Ocupó la Presidencia de la República durante varios periodos: en 4 ocasiones bajo la influencia de la Constitución Federal de 1824 y otras 4 con las Constituciones Centralistas.

republicanos lo hace el más firme apoyo de ese sistema contra los pérfidos planes del sistema monarquista.

El régimen centralista se mantuvo hasta 1846, cuando a raíz de la intervención militar de los Estados Unidos de América, el presidente *López de Santa Anna* solicitó en el mes de junio permiso y poderes amplísimos para hacer frente a la misma personalmente; sin embargo permaneció en la capital promoviendo que uno de sus generales, *José Mariano Salas*, pronunciará el 4 de agosto de dicho año, el Plan de la Ciudadela, llamando al caudillo de “Manga de Clavo” a *regresar* al gobierno que le había concedido el permiso pedido para combatir a los norteamericanos; como por arte de magia el otrora centralista se convierte de nuevo en federalista el 16 de agosto de 1846; declarando la vigencia de la Constitución de 1824 a la que había denostado. Así el 16 de diciembre del mismo año, promovió la instalación del nuevo Congreso, quien inició de inmediato sus trabajos y el 5 de abril de 1847 la Comisión de Constitución planteó al pleno un Dictamen con las siguientes proposiciones:⁴⁷

1. Se declara que el pacto de Federación celebrado por los Estados Unidos Mexicanos en 1824, es la única Constitución legítima del país, cuya observancia y cumplimiento obliga estrictamente a los actuales supremos Poderes de la Unión, a los Estados y a cada uno de los habitantes de la República, mientras no se publiquen todas las reformas que determine hacerle el presente Congreso.

La Comisión de Constitución presentará a la mayor posible brevedad su dictamen sobre las citadas reformas.

Declaración que se complementó con lo dispuesto en el artículo 29 del *Acta Constitutiva y de Reformas* de 1847, que: *En ningún caso se podrán alterar los principios que establecen la independencia de la Nación, su forma de Gobierno republicano representativo, popular, federal, y la división, tanto de los poderes generales como de los de los Estados.*

6). El voto particular de Mariano Otero.

Siendo integrante de la Comisión de Constitución, el diputado Mariano Otero, dentro del proceso de discusión en la *Comisión de Constitución*, haciendo un recuento del ominoso pasado reciente, escribió al presidente de la Comisión encargada de la elaboración del proyecto de una nueva Constitución el siguiente mensaje que mostraba claramente su posición a favor de regresar al sistema federal:

⁴⁷ MÁRQUEZ RÁBAGO, *Op. Cit.*, pp. 291-292.

...Desde que fue sometida la República por la fuerza de una revolución, se cometió el crimen de destruir una Constitución –la de 1824– sobre cuya legitimidad jamás se ha cuestionado, y que tenía la imponderable ventaja de ser la primera y haber durado once años; cuantos han querido construir sobre las ruinas de aquel, otro edificio, han recibido el más triste desengaño. La discusión de leyes fundamentales, hecho fecundísimo en peligro, ha venido a ser nuestro estado normal. Todos los que tuvieron la ilusión de creer que iban a fijar la cuestión por medio de sus respectivos sistemas, han visto a muy poco tiempo sus obras arrancadas de cimiento por el torrente de las revoluciones. Antes que ésta, y sin contar con que los Congresos constitucionales han estado ocupados en la discusión de las reformas, en sólo doce años se han reunido cuatro asambleas constituyentes, sin adelantar un solo paso en el camino de nuestra reorganización y para venir a colocarnos al cabo de este tiempo en la misma situación que guardábamos en 1835, con más, los tristes frutos de ese desorden, con el territorio desmembrado, la guerra civil convertida en hábito, la sociedad disolviéndose por la corrupción.

... el mejor Código que hoy se redactará por nosotros, no podría competir en aquellas ventajas con el de 1824, superior a todos en respetos y legitimidad. En la época de su formación nadie contestó los poderes de los diputados electos en medio de una paz profunda: todos los Estados concurrieron a aquella solemne convención, y ella se verificó en medio de las emociones de un pueblo que acababa de conquistar su independencia, y que se entregaba a las ilusiones de su más venturoso porvenir: la nación la recibió como el precio de sus sacrificios pasados, como el emblema de sus esperanzas futuras; y le conservó un tal amor, que fueron necesarios el engaño y la opresión para arrebatarla de sus manos, que nunca han dejado de combatir por ella. Por otra parte, el recuerdo de esa Constitución está unido al del establecimiento de la República y del sistema representativo, que ella misma afianzó; al de las libertades locales, tan queridas de la Nación; al de nuestra respetabilidad exterior, que permaneció inviolable durante su reinado: al de los únicos días pacíficos y venturosos de que hasta hoy hemos disfrutado.”...

Mariano Otero propuso en su voto particular, restablecer la vigencia de la Constitución Federal de 1824 y sugirió complementarla con el fin de adaptarla a las nuevas condiciones, decretando varias recomendaciones a favor del Federalismo:

DECLARA Y DECRETA:

I. Que los Estados que componen la Unión Americana han recobrado la independencia y soberanía que para su administración interior se reservaron en la Constitución.

II. Que dichos Estados continúan asociados conforme al pacto que constituyó una vez el modo de ser político del pueblo de los Estados Unidos Mexicanos.

III. Que la Acta constitutiva y la Constitución federal, sancionadas en 31 de enero y 4 de octubre de 1824, forman la única Constitución política de la República.

Adicional a las anteriores recomendaciones, Mariano Otero propuso 22 artículos dentro del Acta de Reformas a la Constitución de 1824, habiendo logrado la aprobación de todos, a los que se les adicionaron 8 más, que complementaron la propuesta original de Otero. El Acta de Reformas fue publicada el 21 de mayo de 1847.

El voto particular de Mariano Otero comprendía también aspectos muy importantes para la vida de los habitantes de la Nación, como por ejemplo: la defensa de los derechos humanos y las garantías individuales (juicio de amparo); la probable suspensión de ellas derivadas de un conflicto interior o invasión extranjera; sobre las elecciones; de la responsabilidad del Presidente de la República y de los ministros (Secretarios); las facultades expresas a los Poderes de la Unión; las acciones de inconstitucionalidad; y reformas a la Constitución.

El pensamiento federalista de Mariano Otero quedó plasmado en el Acta Constitutiva y de Reformas, sancionada por el Congreso Extraordinario Constituyente de los Estados Unidos Mexicanos, el 18 de mayo de 1847, jurada y promulgada el 21 del mismo mes y año, reafirmando los principios federativos en los siguientes artículos:

Art. 6º. Son Estados de la Federación los que se expresaron en la Constitución Federal y los que fueron formados después conforme a ella. ...

...

Art. 29. En ningún caso se podrán alterar los principios que establecen la independencia de la Nación, su forma de Gobierno republicano, representativo, popular, federal, y la división, tanto de los poderes generales como de los Estados.

Art. 30. Publicada esta Acta de Reformas, todos los Poderes públicos se arreglarán a ella. El Legislativo general continuará depositado en el actual Congreso hasta la reunión de las Cámaras. Los Estados continuarán observando sus Constituciones particulares, y conforme a ellas renovararán sus poderes.

*Es importante señalar que en el Acta de la primera sesión del día 22 de abril de 1847, se omitió, entre otros, lo siguiente:*⁴⁸

...

2º. Que dichos estados continúan asociados, conforme al pacto que constituyó una vez el modo de ser político del pueblo de los Estados Unidos Mexicanos.

3º. Que la Acta constitutiva y la Constitución federal, sancionadas en (sic) 31 de enero y 4 de octubre de 1824, forman la única Constitución política de la República.

7). Retorno al centralismo

El tiempo transcurrió, mientras *López de Santa Anna* obsesionado por el poder volvía a centralizar el gobierno, y mantenía un constante ir y venir a su Hacienda de “Manga de clavo” en Veracruz, y una presencia oscilante al frente del ejército nacional y de la Presidencia de la República; ante esta situación irregular, se presentaron varios movimientos armados; el primero, promovido en Valladolid, Yucatán, por *Manuel Zepeda Pedraza* en septiembre de 1853, quien al ser derrotado por las fuerzas de *López de Santa Anna* huyó al extranjero; el segundo, encabezado por *Eligio Romero* y un grupo de mexicanos disidentes y establecidos en los Estados Unidos de América que se reúnen en la hacienda *La Providencia* con: *Juan Álvarez, Ignacio Comonfort, Trinidad Gómez, Diego Álvarez y Rafael Benavides*, para redactar un proyecto de Plan que tenía por objeto cesar al gobierno del *dictador*; proclama que es enviada a *Florencio Villarreal* quien lo hace público en Ayutla el 1 de marzo de 1854; olvidando los redactores referirse a la restauración del federalismo como forma de Estado que había sido acotado por el gobierno de *López de Santa Anna*.⁴⁹

El 1º de diciembre de 1854, *López de Santa Anna* preparó una consulta pública a la población preguntando: primero, si debía continuar en el poder con las amplísimas facultades conferidas, y segundo, si debía entregar el poder y ¿a quién?; se publicaron los “resultados” en los que el “pueblo” pedía que continuara gobernando el supuesto “Benemérito de la Nación”.⁵⁰

8). La Segunda República

La Constitución Federal de 1824 volvió a tener vigencia entre 1847 y 1853. La Segunda República Federal se estableció en medio de la guerra con

⁴⁸ MÁRQUEZ RÁBAGO, *Op. Cit.*, p. 332.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 333 y 334.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 334.

los Estados Unidos de América. Por lo que el Constituyente sesionó en plena guerra y las elecciones para renovar los poderes federales en 1848 tuvieron lugar con gran parte del país ocupado por las tropas norteamericanas.

Antonio López de Santa Anna, quien se hacía llamar su *Alteza Serenísima*, en septiembre de 1853, sufre el levantamiento de *Manuel Zepeda Pedraza* en contra de su gobierno, quien al fracasar en su intento huye del país; sin embargo, las inconformidades continúan y un grupo de disidentes entre ellos el *Coronel Florencio Villarreal*, se reúnen con el general *Juan Álvarez*, antiguo compañero de lucha de *Vicente Guerrero*, y proclaman el *Plan de Ayutla*, desconociendo al dictador *López de Santa Anna*.

López de Santa Anna decidió combatir a los insurrectos, logrando algunas victorias sin poder tomar la plaza de Acapulco, aumentando aún más el descontento popular que se había incrementado por la “puntada fiscal” del autócrata, con el fin de obtener recursos para combatir a los sublevados, de establecer impuestos a la “tenencia” de perros, caballos, carruajes, puertas, ventanas, etc., y como no le fue suficiente lo recaudado, ofreció por sólo 10 millones de pesos a los americanos, las tierras de “La Mesilla”, disminuyendo aun más la superficie nacional, la que bajo su presidencia se había visto despojada de más de la mitad del territorio nacional.

Prosiguieron las protestas y se presentaron desertiones de los centralistas, entre ellas las de varios generales de profesión: *Félix María Zuloaga*, *Miguel Negrete* y *Ignacio De la Llave*; ante estos movimientos su “Alteza Serenísima” decide, en un “acto de humildad” abandonar el poder e incluso la añorada hacienda de “Manga de clavo” el 9 de agosto de 1855.

Como consecuencia del *Plan de Ayutla*, se integró un cuerpo colegiado con representantes de los Estados, quienes designaron como Presidente de la República a *Martín Carrera*, el que renunció en menos de un mes de asumir la Presidencia, para ser sustituido por el General *Díaz de la Vega* por 20 días más, y éste por el General *Juan Álvarez*, por escasos dos meses adicionales; quien no obstante su corto período, tuvo tiempo para convocar a elecciones con el fin de instaurar un Congreso Constituyente, y nombrar a *Benito Juárez* Ministro de Justicia; la reacción del Clero en contra de la Ley de Administración de Justicia de 1855, provocó diferencias en el gabinete y como consecuencias su disolución, además de la renuncia del Presidente *Juan Álvarez*, nombrándose a *Ignacio Comonfort* como Presidente Sustituto. Surgen y se consolidan nuevos liderazgos, entre ellos el del general *Zuloaga*, *Ignacio Comonfort* y *Martín Carrera*; y el 13 de agosto del mismo año se convoca la integración de un cuerpo colegiado con representantes de los

Estados y la ciudad de México siendo presidido *por Mariano Riva Palacio* y designado como Presidente de la República al general *Martín Carrera*, ante este nombramiento se opuso *Comonfort* y *Carrera* renunció en sólo un mes de gestión para ser nombrado de manera interina el general *Juan Álvarez*, quien nombra a *Benito Juárez* como Ministro de Justicia y a *Ignacio Comonfort* como Ministro de Guerra; las diferencias continuaron; *Juan Álvarez* gobernaba desde la ciudad de Cuernavaca, Morelos y disolvió el gabinete el 5 de diciembre de 1855 y a partir de su renuncia, *Comonfort* asume la primera magistratura como presidente sustituto; meses después, el 18 de febrero de 1856 se apertura el Congreso Constituyente con la presencia de 98 legisladores; así se iniciaron las discusiones en la Comisión de Constitución presidida por *Ponciano Arriaga*, con la participación de *Mariano Yáñez*, *León Guzmán*; *José María del Castillo*, *José María Cortés*, *José María Mata* y *Pedro Escudero*; a casi un año de trabajo, el 5 de febrero de 1857 se promulga la Constitución Política de la República Mexicana; para constituir la nación bajo la forma de república democrática, representativa y popular.⁵¹

El presidente *Comonfort* convocó el 18 de febrero de 1856, a un nuevo Congreso Constituyente a los representantes de los Estados, Distrito y Territorios, para constituir la Nación bajo la forma de una república, democrática, representativa y popular.

El 15 de mayo del mismo año, *Comonfort* emite el *Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana*, como anticipo de la Constitución de 1857. Así el 5 de febrero de 1857 se promulga la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, compuesta de 128 artículos, y un transitorio que establecía que comenzará a regir el 16 de septiembre del mismo año, cuando se instale el primer Congreso Constitucional.

Dando como resultado la creación de la Constitución Política de la República Mexicana, aprobada el 5 de febrero de 1857, y que en su Título 2, Sección I, *De la Soberanía nacional y de la forma de gobierno*; instituye:

Artículo 39. La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero

⁵¹ *Ibidem*, pp. 334-339.

unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

*Artículo 41. El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de su competencia, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por esta Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.*⁵²

Vale la pena mencionar, que el texto original del artículo 40 de la Constitución de 1857 permanece pulcramente inalterado, destacando el carácter federalista de la república mexicana.

La nueva Constitución aprobada, dado sus pronunciamientos liberales, sufrió el rechazo de los conservadores y del Clero, lo que provocó la proclamación del *Plan de Tacubaya*, por *Félix Zuloaga* que en síntesis se pronunciaba por:

I. Anular la Constitución de 1857.

II. Otorgarle facultades absolutas al Presidente de la República (Ignacio Comonfort)

III. Convocar a un nuevo Congreso Constituyente.

Mientras tanto, *Félix Zuloaga* es designado Presidente por los conservadores y pretende abrogar la Constitución y las Leyes Reformistas. Con esta confrontación de ideologías y el enfrentamiento de las fuerzas militares de *Zuloaga* y las leales de *Juárez*, se da inicio a la Guerra de Reforma o de los Tres Años, la que concluiría el 1 de enero de 1861.

La lucha interna no cedió y prosiguió el debate de las corrientes predominantes, entre los conservadores que se oponían a las reformas de los liberales, sobre todo las que suprimían los fueros e inmunidades del clero y de los militares, la desamortización de los bienes eclesiásticos, la cancelación del monopolio educativo de la iglesia y que propugnaban además por la igualdad política y social de los ciudadanos; por lo que la Constitución Federal de 1857 trajo consigo un enfrentamiento abierto y frontal entre la Iglesia y el Estado. El presidente *Comonfort* cedió a la presión de los conservadores y declinó respetar a la Constitución

⁵² Artículos que en el caso de los dos primeros (39 y 40) quedaron intactos en la Constitución de 1917, y sin reforma alguna a esta fecha; en tanto que el artículo 41, sufrió algunas ligeras modificaciones en su redacción sin alterar en nada su sentido literal y por consiguiente conceptual.

reconociendo al *Plan de Tacubaya* proclamado por *Félix María Zuloaga* que desconocía a la Constitución Federal de 1857 y se pronunciaba principalmente en tres temas sustanciales:⁵³

1. *Anular la Constitución Federal de 1857.*
2. *Dotar al Presidente de la República de facultades extraordinarias absolutas.*
3. *Convocar a la conformación de un nuevo constituyente para que expidiera otra Constitución.*

Comonfort se adhiere al Plan de Tacubaya y *Benito Juárez* es reducido a prisión por haber pretendido acceder a la Primera Magistratura con fundamento en la Constitución de 1857; el general *José de la Parra* proclama el *Plan de la Ciudadela* en contra de *Comonfort*, por haberse éste negado a acceder a todas las peticiones de los conservadores; después de 10 días de enfrentamientos su ejército lo abandona y antes de huir libera a *Juárez* quien defendiendo la Constitución de 1857 en su calidad de Presidente sustituto, inicia una presidencia itinerante y se traslada a Guanajuato donde es reconocido como presidente de la República por un grupo de Gobernadores, quienes conforme a la nueva Constitución lo aceptan como Presidente Constitucional. A partir del 10 de marzo de 1858 comienza la Guerra de Reforma que duró tres años y concluyó con la toma de la capital el 1 de enero de 1861.⁵⁴

9). El Segundo Imperio de Maximiliano de Habsburgo

En 1862 con la intervención extranjera de Gran Bretaña, Francia y España, se potencializa aun más el desencanto y la división de las fuerzas políticas mexicanas. En la tesitura de la crisis ontológica mexicana, jaloneada la Nación por contradictorios reclamos de las libertades de las revoluciones democráticas y del orden y estabilidad indispensables para el progreso material, los “imperialistas” optaron por un régimen que —poniendo un dique contra Estados Unidos de América— propiciara la reconciliación política interna. Lo cual no resultó, y en materia de Federalismo hubo otro regreso al sistema central absolutista.

El haber ganado la Guerra de Reforma no fue suficiente y la lucha política continuó, así ante esta situación y la promoción de los conservadores en el

⁵³ MÁRQUEZ RÁBAGO, *op. cit.*, pp. 363-364.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 364.

exterior para escoger a un nuevo gobernante sirvió de pretexto para que los países a los que se les debía la deuda externa suspendida en el pago por Juárez, dada la escasez de recursos del erario público por la problemática de la guerra reciente, fue el caldo de cultivo para que se decidiera el 31 de octubre de 1861, armar una intervención tripartita a la República Mexicana por Francia, España e Inglaterra; los deseos de los dos últimos era el de recuperar sus negocios derivados de la deuda, Francia vio la oportunidad de establecer un Estado afín a sus intereses políticos a través de la imposición de un imperio promovido por *Napoleón III*, atendiendo las voces de los conservadores apátridas que demandaban y apoyaban un gobernante extranjero; la invasión francesa de consolidó con el apoyo de los conservadores mexicanos contrarios a Juárez y después de recuperarse de la derrota en Puebla, el 5 de mayo de 1862, por el general *Ignacio Zaragoza*, lograron imponerse y establecer un triunvirato para ejercer el supremo poder, integrado por *Juan Nepomuseno Almonte*, *Pelagio Antonio de Labastida* y *José Mariano Salas*, los que constituyeron una Junta de Notables compuesta por 215 miembros el 7 de julio de 1863, la que deliberó y acordó tres días después, en cuatro puntos la nueva forma de gobierno:⁵⁵

1. *La Nación Mexicana adopta por forma de gobierno la MONARQUÍA MODERADA, hereditaria, con un príncipe católico.*
2. *El soberano tomará el título de Emperador de México.*
3. *La corona imperial de México se ofrece a S. A. I. y R. (su alteza imperial y reverendísima) el Príncipe FERNANDO MAXIMILIANO, Archiduque de Austria, para sí y sus descendientes.*
4. *En el caso de que por circunstancias imposibles de prever, el Archiduque Fernando Maximiliano no llegase a tomar posesión del trono que se le ofrece, la nación mexicana se remite a benevolencia de S. M. NAPOLEÓN III, Emperador de los franceses para que le indique otro príncipe católico.*

Maximiliano acepta formalmente la Corona el 10 de abril de 1864 y el 12 de junio del mismo año llega a la ciudad de México; ante estos acontecimientos, Juárez se traslada a San Luis Potosí y reinicia otro peregrinar hacia Saltillo, Monterrey, Chihuahua, etc. Mientras esto sucedía, el 10 de abril de 1865 Maximiliano publicaba el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, el que en su artículo 1º establecía la forma de gobierno:

⁵⁵ *Ibidem*, p. 367.

Artículo 1º. La forma de Gobierno proclamada por la Nación y aceptada por el Emperador, es la monarquía moderada, hereditaria, con un príncipe católico.

En cuanto a la administración interna del Imperio, el artículo 9º determinaba:

9º El Emperador nombrará, cuando lo juzgue conveniente y por el tiempo que lo estime necesario, Comisarios Imperiales que se colocan a la cabeza de cada una de las ocho grandes divisiones del Imperio para cuidar del desarrollo y buena administración de los Departamentos que forman cada una de estas grandes divisiones.

Nombrará además, visitadores para que recorran en su nombre Departamentos o lugar que merezca ser visitado, o para que le informen acerca de la oficina, establecimiento o negocio determinado que exija eficaz remedio.

Las prerrogativas, y atribuciones de estos funcionarios se establecen en el decreto de su creación.

Las fuerzas políticas que apoyaron al imperio de *Maximiliano de Habsburgo*, -que gobernó del 10 de abril de 1864 al 19 de junio de 1867, en que fue fusilado en el Cerro de las Campanas-, se componían de mexicanos desencantados, de preferencias ideológicas distintas, pero marcados por una pragmática determinación de acertar en la resolución del problema de gobernabilidad que aquejaba al país.⁵⁶

10). La restauración de la República

Con el triunfo de la Guerra de Reforma, la derrota de los Conservadores por los Liberales, y la caída del Imperio de *Maximiliano*, *Benito Juárez* arriba de nuevo a la ciudad de México el 15 de julio de 1867 y resurge el Régimen Federal previsto la Constitución de 1857.

Paradójicamente, con el Movimiento de Reforma y la Constitución Liberal de 1857, se inició un proceso de centralización política que comenzó durante la República restaurada de *Juárez*, bajo el argumento de la necesidad de centralizar las decisiones políticas fortaleciendo la institución presidencial, después de una intensa guerra que requería contar con facultades extraordinarias para poder gobernar.

⁵⁶ PANI Erika. *Para mexicanizar el segundo imperio. El imaginario político de los imperialistas*. México: El Colegio de México- Instituto Mora, 2001, p. 444

11). La dictadura de Porfirio Díaz

Con la llegada de Porfirio Díaz y su permanencia por 30 años directa e indirectamente, cuando su compadre Manuel González quedó encargado temporalmente de la Presidencia de la República, se regresó de hecho a un Régimen Centralizado que perduró hasta el 25 de mayo de 1911 en que el dictador oaxaqueño dimitió sin reserva al cargo de Presidente Constitucional de la República ante la H. Cámara de Diputados. Durante su gobierno, el general Díaz quitaba y ponía a los gobernadores a su antojo y éstos se comprometían a cuidar de la famosa “paz porfiriana” a cambio de canonjías. La permanencia en el poder de un héroe contra la invasión francesa, y quien se había opuesto a

12). La Constitución Federal de 1917

A la caída de Porfirio Díaz, los Constituyentes de 1917 ratificaron el Federalismo como sistema de Gobierno; sin embargo, por la situación crítica en que se encontraba el país, después de una intensa Revolución, donde se perdió el 10 % de la población, fue necesario adoptar una política centralista, para optimizar los pocos recursos existentes en el proceso de reconstrucción del país. Esta idea se concretó en el artículo 73 de la Constitución Queretana, que como se pudo apreciar en su texto original, le otorgó al Gobierno Federal un importante número de facultades.

DE LAS FACULTADES DEL CONGRESO

Art. 73.- *El Congreso tiene facultad:*

I.- Para admitir nuevos Estados o Territorios a la Unión Federal.

II.- Para erigir los Territorios en Estados cuando tengan una población de ochenta mil habitantes, y los elementos necesarios para proveer a su existencia política.

III.- Para formar nuevos Estados dentro de los límites de los existentes, siendo necesario al efecto:

1o.- Que la fracción o fracciones que pidan erigirse en Estados, cuenten con una población de ciento veinte mil habitantes, por lo menos.

2o.- Que se compruebe ante el Congreso que tiene los elementos bastantes para proveer a su existencia política.

3o.- Que sean oídas las Legislaturas de los Estados de cuyo territorio se trate, sobre la conveniencia o inconveniencia de la erección del nuevo Estado, quedando obligadas a dar su informe dentro de seis meses, contados desde el día en que se les remita la comunicación respectiva.

4o.- Que igualmente se oiga al Ejecutivo de la Federación, el cual enviará su informe dentro de siete días contados desde la fecha en que le sea pedido.

5o.- Que sea votada la erección del nuevo Estado por dos terceras partes de los diputados y senadores presentes en sus respectivas Cámaras.

6o.- Que la resolución del Congreso sea ratificada por la mayoría de las Legislaturas de los Estados, previo examen de la copia del expediente, siempre que hayan dado su consentimiento las Legislaturas de los Estados de cuyo territorio se trate.

7o.- Si las Legislaturas de los Estados de cuyo territorio se trate, no hubieren dado su consentimiento, la ratificación de que habla la fracción anterior, deberá ser hecha por las dos terceras partes del total de Legislaturas de los demás Estados.

IV.- Para arreglar definitivamente los límites de los Estados, determinando las diferencias que entre ellos se susciten sobre las demarcaciones de sus respectivos territorios, menos cuando esas diferencias tengan un carácter contencioso.

V.- Para cambiar la residencia de los Supremos Poderes de la Federación.

VI.- Para legislar en todo lo relativo al Distrito Federal y Territorios, debiendo someterse a las bases siguientes:

1a.- El Distrito Federal y los Territorios se dividirán en Municipalidades, que tendrán la extensión territorial y número de habitantes suficiente para poder subsistir con sus propios recursos y contribuir a los gastos comunes.

2a.- Cada Municipalidad estará a cargo de un Ayuntamiento de elección popular directa.

3a.- El Gobierno del Distrito Federal y los de los Territorios, estarán a cargo de Gobernadores que dependerán directamente del Presidente de la República. El Gobernador del Distrito Federal acordará con el Presidente de la República y los de los Territorios, por el conducto que determine la ley. Tanto el Gobernador del Distrito Federal como el de cada Territorio, serán nombrados y removidos libremente por el Presidente de la República.

4a.- Los Magistrados y los Jueces de Primera Instancia del Distrito Federal y los de los Territorios, serán nombrados por el Congreso de la Unión, que se erigirá en Colegio Electoral en cada caso. En las faltas temporales o absolutas de los Magistrados, se substituirán estos por nombramiento del Congreso de la Unión, y en sus recesos, por

nombramientos provisionales de la Comisión Permanente. La ley orgánica determinará la manera de suplir a los jueces en sus faltas temporales y designará la autoridad ante la que se les exigirán las responsabilidades en que incurran, salvo lo dispuesto por esta misma Constitución respecto de responsabilidad de funcionarios.

A partir del año de 1923, los Magistrados y los Jueces a que se refiere este inciso, sólo podrán ser removidos de sus cargos, si observan mala conducta y previo el juicio de responsabilidad respectivo, a menos que sean promovidos a empleo de grado superior. A partir de la misma fecha, la remuneración que dichos funcionarios perciban por sus servicios, no podrá ser disminuida durante su encargo.

5a.- El Ministerio Público en el Distrito Federal y en los Territorios estará a cargo de un Procurador General, que residirá en la ciudad de México, y del número de agentes que determine la ley, dependiendo dicho funcionario directamente del Presidente de la República, quien lo nombrará y removerá libremente.

VII.- Para imponer las contribuciones necesarias a cubrir el Presupuesto.

VIII.- Para dar bases sobre los cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos sobre el crédito de la Nación; para aprobar esos mismos empréstitos y para reconocer y mandar pagar la deuda nacional.

IX.- Para expedir aranceles sobre el comercio extranjero y para impedir que en el comercio de Estado a Estado se establezcan restricciones.

X.- Para legislar en toda la República sobre Minería, Comercio, Instituciones de Crédito, y para establecer el Banco de Emisión Único, en los términos del artículo 28 de esta Constitución.

XI.- Para crear y suprimir empleos públicos de la Federación y señalar, aumentar o disminuir sus dotaciones.

XII.- Para declarar la guerra, en vista de los datos que le presente el Ejecutivo.

XIII.- Para reglamentar el modo cómo deban expedirse las patentes de corso; para dictar leyes según las cuales deban declararse buenas o malas las presas de mar y tierra, y para expedir las relativas al derecho marítimo de paz y guerra.

XIV.- Para levantar y sostener el Ejército y la Armada de la Unión, y para reglamentar su organización y servicio.

XV.- Para dar reglamentos con objeto de organizar, armar y disciplinar la Guardia Nacional, reservándose a los ciudadanos que la forman, el nombramiento respectivo de jefes y oficiales, y a los Estados la facultad de instruirla conforme a la disciplina prescrita por dichos reglamentos.

XVI.- Para dictar leyes sobre ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.

1a.- El Consejo de Salubridad General dependerá directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país.

2a.- En caso de epidemia de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el País, el Departamento de Salubridad tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República.

3a.- La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del País.

4a.- Las medidas que el Consejo haya puesto en vigor en la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenan al individuo y degeneran la raza, serán después revisadas por el Congreso de la Unión, en los casos que le competan.

XVII.- Para dictar leyes sobre vías generales de comunicación, y sobres postas y correos, para expedir leyes sobre el uso y aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal.

XVIII.- Para establecer casas de moneda, fijar las condiciones que esta debe tener, determinar el valor de la extranjera, y adoptar un sistema general de pesas y medidas.

XIX.- Para fijar las reglas a que debe sujetarse la ocupación y enajenación de terrenos baldíos y el precio de estos.

XX.- Para expedir las leyes de organización del Cuerpo Diplomático y del Cuerpo Consular mexicano.

XXI.- Para definir los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse.

XXII.- Para conceder amnistías por delitos cuyo conocimiento pertenezca a los tribunales de la Federación.

XXIII.- Para formar su reglamento interior, y tomar las providencias necesarias a fin de hacer concurrir a los diputados y senadores ausentes y corregir las faltas u omisiones de los presentes.

XXIV.- Para expedir la ley orgánica de la Contaduría Mayor.

XXV.- Para constituirse en Colegio Electoral y nombrar a los Magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Magistrados y Jueces del Distrito Federal y Territorios.

XXVI.- Para aceptar las renunciaciones de los Magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los Magistrados y Jueces del Distrito

Federal y Territorios, y nombrar los substitutes de dichos funcionarios en sus faltas temporales o absolutas.

XXVII.- Para establecer escuelas profesionales de investigación científica, de bellas artes, de enseñanza técnica, escuelas prácticas de agricultura, de artes y oficios, museos, bibliotecas, observatorios y demás institutos concernientes a la cultura superior general de los habitantes de la República, entre tanto dichos establecimientos puedan sostenerse por la iniciativa de los particulares, sin que esas facultades sean exclusivas de la Federación. Los títulos que se expidan por los establecimientos de que se trata surtirán sus efectos en toda la República.

XXVIII.- Para constituirse en Colegio Electoral y elegir al ciudadano que debe substituir al Presidente de la República, ya sea con carácter de substituto o de provisional, en los términos de los artículos 84 y 85 de esta Constitución.

XXIX.- Para aceptar la renuncia del cargo de Presidente de la República.

XXX.- Para examinar la cuenta que anualmente debe presentarle el Poder Ejecutivo, debiendo comprender dicho examen, no solo la conformidad de las partidas gastadas por el Presupuesto de Egresos, sino también la exactitud y justificación de tales partidas.

XXXI.- Para expedir todas las leyes que sean necesarias a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión.

En el período posrevolucionario, el Régimen Federalista se volvió centralizado por necesidad, y sólo así se pudieron realizar las grandes obras de infraestructura que la Nación necesitaba, además de crear todo un Sistema Educativo y de Seguridad Social.

La revolución mexicana de 1910 se opuso a las prácticas centralistas y dictatoriales de Díaz y los revolucionarios triunfantes recobraron el espíritu federalista ratificando en la Constitución de 1917 el régimen federal, cuyo dictamen en lo particular no fue objeto de debate alguno, expresando en el proyecto de Constitución: “El artículo 40 del proyecto quedó exactamente igual al de la Constitución de 1857 que se pretendía reformar, y consagra el principio federalista tan nítidamente ligado con las glorias del partido liberal.

La idea federalista era la bandera de los avanzados, como la centralista la de los retrógrados y su establecimiento entre nosotros ha sido el resultado de una evolución política e histórica que se hizo indiscutible después de la Guerra de Reforma”. El régimen federal ha permanecido desde entonces

como una decisión política fundamental del pueblo mexicano y el artículo 40 que lo mandata no ha sido alterado desde la promulgación de la Constitución de 1917.⁵⁷

Así, el Régimen Federalista derivado de la Constitución Federal de 1917, en los hechos se volvió centralizado por necesidad; sólo de esta manera, se adujo, se pudieron realizar las grandes obras de infraestructura que la Nación necesitaba, además de cumplir con el compromiso derivado de las garantías sociales incorporadas al texto Constitucional, de crear un Sistema Educativo y otro de Seguridad Social.

En México, la discusión política sobre el nuevo federalismo se ha enfocado en la concentración del poder y en el centralismo del sistema político mexicano posterior a la revolución de 1910.⁵⁸

Mediante reformas constitucionales a modo, el ejercicio del control político y presupuestal, y arreglos informales con los gobernadores, así como la participación en la designación de candidatos en ambas Cámaras del Congreso, el Presidente de la República logró una gran concentración de poder central.

Así, las acciones centralizadoras del presidencialismo ampliaron aun más la participación de la Federación en muchos campos de la actividad económica, otorgándole a la Nación (Federación), la exclusividad y competencia en muchas materias que antaño habían sido Estatales y Municipales, tales como las relacionadas con: la Educación, la Laboral, la Agraria y la Fiscal.

Con el tiempo, se ha creado una Federación con políticas centralizadoras, la que en el manejo de los recursos financieros ha mantenido sin mayor cambio su estructura; puesto que los recursos continúan concentrados en su inmensa mayoría, no sólo en la recaudación, sino también en su manejo, a través de la elaboración y ejecución de las políticas públicas; no obstante que a raíz del cambio de partido en la Presidencia de la República, los Estados con gobiernos de oposición han obtenido mayor independencia política, más no económica; la que continúa centralizada en el gobierno federal como representante de la Federación. La Federación se ha resistido, en los hechos a entrar decididamente a un proceso efectivo de descentralización, habiendo promovido sólo escasas acciones que han

⁵⁷ CÁMARA DE DIPUTADOS *Derechos del Pueblo Mexicano*, XLVI Legislatura, México, 1967, t. V, p. 463, citado por FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 5a. edición, Edit. Porrúa, UNAM, México 2007, p. 1011.

⁵⁸ MARVÁN, Laborde Ignacio. *Reflexiones sobre federalismo y sistema político en México*. CIDE, Revista Política y Gobierno, vol. IV, núm. 1, México, 1997, p.149.

llevado a una desconcentración de los recursos federales, a través de la Ley de Coordinación Fiscal y del Presupuesto de Egresos de la Federación, más no a una descentralización efectiva, al depender actualmente los Estados y municipios y el Distrito Federal, en promedio, de un 90% de los recursos federales, dado el acotamiento de las facultades tributarias.

Haciendo una comparación con los Estados Unidos de América, la distribución de competencias en materia de impuestos, dada por la Enmienda, Décima que establece:

Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos (Federación) ni prohíbe a los Estados, quedan reservados a los Estados o al pueblo.

Disposición, que se complementa con lo mandatado por la Decimosexta que dicta:

El Congreso tendrá facultades para establecer y recaudar impuestos sobre ingresos, sea cual fuere la fuente de que provengan, sin prorratarlos entre los diferentes Estados y sin atender ningún censo o recuento.

Por lo que podemos deducir, que los Estados de la Unión americana, pueden establecer y recaudar todo tipo de impuestos, distintos al Impuesto Sobre la Renta.

En nuestro país, nuestro sistema federal tiene una connotación distinta, debido su origen, puesto que partió de un Estado unitario que decidió descentralizarse políticamente, en tanto que el sistema federalista estadounidense partió de Estados constituidos que decidieron primero confederarse y después crear una Federación, otorgándole facultades políticas y económicas al gobierno federal y reservándose las que consideraron necesarias para su permanencia.

IV. EL FEDERALISMO SUI GÉNERIS DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Nuestro país presenta en su organización política una situación que pudiéramos llamar *sui géneris*; puesto que se ha tratado desde la creación de la primera Constitución, la de 1824, a la actual de 1917, construir un régimen federal; el que ha tenido durante su devenir histórico innumerables cambios que lo han llevado a la centralización del poder, incluso después de los movimientos armados que han dejado millones de pérdidas humanas. La lucha por conseguir y conservar el poder, ha sido el motivo que no ha permitido avanzar hacia la consolidación del sistema federal.

Durante el sexenio de 1988-1994, la onda descentralizadora que se empezaba a delinear se revertió, fundamentalmente por el panorama político que se estaba viviendo en el país; así, *Carlos Salinas de Gortari* ejerciendo las facultades constitucionales y metaconstitucionales, concentró el poder político con algunas acciones en contra de los dos sindicatos más poderosos del gobierno federal, el de los maestros y el petrolero; aperturó las relaciones con el Vaticano, e inició un gran proceso de privatizaciones de empresas del gobierno federal como parte de una reforma económica que comprendió: recorte de subsidios, eliminación del control de precios e incrementó del valor de los bienes y servicios públicos; y se complementó con la firma del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América y el Canadá.

En la administración salinista el gobierno federal formuló el “*Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994*”, promoviendo los siguientes acuerdos:

- 1) el Acuerdo Nacional para el Fortalecimiento de la Democracia; y
- 2) el Acuerdo Nacional para la Recuperación Económica y la Estabilidad de Precios.

Este último Acuerdo, consideraba la descentralización de funciones y recursos de la administración pública federal hacia los gobiernos estatales, como una política fundamental para mejorar la coordinación entre los tres órdenes de gobierno e impulsar el fortalecimiento del federalismo.

La herramienta creada para llevar a cabo esta descentralización, fue el Programa Nacional de Solidaridad (PRONASOL), que tenía como objetivo beneficiar a la población con mayor índice de pobreza a través de: subsidios directos en infraestructura, vivienda y otros servicios sociales.

Sin embargo, las reglas de operación del programa dejaron poco margen de acción en la toma de decisiones a los gobiernos locales, sobre el destino de los recursos. Puesto que la mecánica de asignación de los recursos la decidían fundamentalmente los funcionarios federales. De tal manera, que la presuntuosa descentralización no funcionó y sólo consistió en una dinámica de “colaboración” entre los gobiernos locales y el gobierno federal.

Cuando *Ernesto Zedillo* tomó posesión de la presidencia, en diciembre de 1994, México enfrentó una severa crisis económica, que puso de relieve diversos desacuerdos que tenían los gobiernos locales respecto de la política social federal. Diversos gobernadores y presidentes municipales, consideraban necesaria la descentralización como una forma de equilibrar el balance de poder político y de recursos financieros, que hasta el momento había favorecido sólo a las políticas del gobierno federal. Por esa razón, gobernadores y presidentes municipales buscaron presionar al gobierno federal para tener un mayor poder de decisión en la construcción de alternativas de política pública, a través de foros y mecanismos de consulta. El evento más importante de este tipo, relacionado con la agenda federalista, tuvo lugar en el mes de marzo de 1995.

Como respuesta a las presiones de estos actores, el Presidente *Zedillo* implementó una nueva política de descentralización que denominó “Nuevo Federalismo”, mediante la cual realizaría la transferencia de funciones y recursos a los gobiernos locales.

Es importante subrayar que con el “Programa para un Nuevo Federalismo 1995-2000”, *Zedillo* pretendía sentar las bases de una redistribución de competencias, responsabilidades y recursos. Si bien se avanzó en la descentralización de algunos rubros, entre los que destacan: los servicios de salud, la política agropecuaria, la gestión ambiental, el manejo del agua, la operación y mantenimiento de carreteras y el fomento al turismo; la descentralización no cumplió con sus objetivos, y más bien correspondió a un proceso de desconcentración a medias, en donde el gobierno federal siguió administrando los recursos federales, al mantener la distribución del presupuesto y el establecimiento de las políticas, *reglas de operación*, por conducto de las delegaciones federales.

Vicente Fox, continuando con la práctica de sus antecesores, volvió a retomar en el discurso el concepto del federalismo, al implementar “El Programa para un Auténtico Federalismo 2001-2006”, en donde se planteaban los siguientes objetivos, producto de una consulta dentro de la conformación del *Plan Nacional de Desarrollo*:

- *Consolidar la descentralización política de la Administración Pública Federal.*
- *Impulsar relaciones intergubernamentales auténticamente federalistas.*
- *Acelerar la transición de un Sistema Nacional de Coordinación Fiscal a uno de Coordinación Hacendaria.*
- *Fortalecer a los gobiernos Estatales y municipales.*
- *Alentar la transparencia y rendición de cuentas de los gobiernos.*
- *Vigorizar los mecanismos de participación ciudadana y fomentar una cultura política federalista.*

Valga decir, que tales temas coyunturales continúan aun pendientes y las delegaciones federales que atienden los programas supuestamente descentralizados han mantenido una actitud más bien centralizadora.

Durante el régimen de Felipe Calderón, poco se ha avanzado en materia de federalismo; incluso fue un tema omiso en el anuncio del Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012

MENSAJE DEL PRESIDENTE FELIPE CALDERÓN, SOBRE EL PND 2007-2012

El Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012 establece una estrategia clara y viable para avanzar en la transformación de México sobre bases sólidas, realistas y, sobre todo, responsables.

Está estructurado en cinco ejes rectores:

- 1. Estado de Derecho y seguridad.*
- 2. Economía competitiva y generadora de empleos.*
- 3. Igualdad de oportunidades.*
- 4. Sustentabilidad ambiental.*
- 5. Democracia efectiva y política exterior responsable.*

Este Plan asume como premisa básica la búsqueda del Desarrollo Humano Sustentable; esto es, del proceso permanente de ampliación de capacidades y libertades que permita a todos los mexicanos tener una vida digna sin comprometer el patrimonio de las generaciones futuras.

Hoy tenemos la oportunidad histórica de impulsar el Desarrollo Humano Sustentable como motor de la transformación de México en

el largo plazo y, al mismo tiempo, como un instrumento para que los mexicanos mejoren sus condiciones de vida.

La elaboración de este Plan estuvo sustentada en gran medida en la perspectiva del futuro que queremos los mexicanos a la vuelta de 23 años, de acuerdo con lo establecido en el proyecto Visión México 2030.

Los objetivos nacionales, las estrategias generales y las prioridades de desarrollo plasmados en este Plan han sido diseñados de manera congruente con las propuestas vertidas en el ejercicio de prospectiva.

Visión 2030 es una apuesta común por un Desarrollo Humano Sustentable, una descripción del México deseable y posible por encima de las diferencias. La imagen del país en el que deseamos vivir dentro de 23 años da sentido y contenido a las acciones que como gobierno y como sociedad emprendemos a partir de ahora.

Pretende fomentar un cambio de actitud frente al porvenir y detonar un ejercicio de planeación y prospectiva que amplíe nuestros horizontes de desarrollo.

Se trata de un referente, una guía, un anhelo compartido y a la vez un punto de partida para alcanzar el desarrollo integral de la nación. Existe el firme propósito de que los logros que consigamos los mexicanos en los próximos seis años nos acerquen al país que queremos heredar a las nuevas generaciones.

Para el Gobierno de la República es fundamental tomar decisiones pensando no sólo en el presente de los mexicanos, sino también en su futuro. La única forma de afrontar con éxito el porvenir es actuar con eficacia hoy.

Para la elaboración de este Plan, el conocimiento de las aspiraciones de los ciudadanos ha sido decisivo. Esto, con el fin de ir de lo general a lo particular en el diseño de instituciones, estrategias, programas y proyectos gubernamentales previstos en el Plan Nacional de Desarrollo.

Al tomar como referente la Visión México 2030, el Plan Nacional de Desarrollo constituye la fase inicial de un proyecto para lograr la transformación de nuestro país con vistas al futuro.

Es el primer paso para poner a México en la ruta del Desarrollo Humano Sustentable. Es tiempo de asumir que la superación de los retos del siglo XXI y la construcción del país que queremos son una responsabilidad colectiva.

México está inmerso en un proceso de transformaciones que no puede ni debe detenerse. La consolidación democrática del país está abriendo paso a una etapa de modernidad en diversas áreas de nuestra vida económica, política y social. Como nunca antes, el destino de nuestra nación dependerá de lo que los mexicanos

hagamos o dejemos de hacer. Enfrentamos retos nacionales y globales que exigen respuestas inmediatas y eficaces.

No podemos dejar para después la atención de desafíos como los que representa la sociedad del conocimiento, la competitividad del mundo, el calentamiento global, el crimen organizado y la equidad de género.

No debemos evadir la atención de problemas tan apremiantes como la inseguridad, la pobreza, la desigualdad, el analfabetismo, la falta de oportunidades educativas, la mortalidad materna y la infantil, la insuficiente generación de empleo, los rezagos en el campo y la pérdida de recursos naturales, entre otros.

Éstas son tareas que comprometen y convocan al Poder Ejecutivo, pero también al Congreso de la Unión, a las legislaturas de los estados, al Poder Judicial, a los gobiernos estatales y municipales, a los partidos políticos, al sector privado, a la academia, a las organizaciones sociales y a los ciudadanos.

En esta etapa democrática del país, el mayor reto que tenemos los actores políticos, económicos y sociales es otorgar soluciones de fondo –soluciones duraderas y definitivas– a los problemas que enfrentan los mexicanos. Compartimos el desafío de construir una nación de justicia y de leyes, de bienestar y progreso, de libertad y democracia. Ello exige no sólo sumar esfuerzos, voluntades y recursos, sino además acrecentar la confianza en nosotros mismos.

Si queremos superar los retos del siglo XXI, necesitamos trabajar juntos en el marco del Plan Nacional de Desarrollo y hacer cambios profundos en la estructura del país. Sólo así romperemos las inercias que frenan nuestro desarrollo, aceleraremos el paso y cumpliremos las metas que nos propongamos.

El Desarrollo Humano Sustentable nos da la oportunidad de avanzar con una perspectiva integral de beneficio para las personas, las familias y las comunidades.

Para lograrlo, los actores políticos tenemos el deber de entendernos y la responsabilidad de construir los acuerdos que el país necesita. En suma, compartimos el reto de poner la política al servicio de la sociedad.

El interés superior de la nación debe estar por encima de cualquier interés partidista, económico o de grupo. Es momento de hacer de la política el verdadero sustento de nuestro sistema democrático.

La generación de mexicanos de hoy tenemos la energía, la capacidad, y el talento para conducir a México al futuro. Podemos construir un país distinto y mejor al que nos ha tocado vivir. Poseemos los recursos para lograrlo. Contamos con una posición geopolítica estratégica

para cumplir nuestros objetivos. Tenemos los liderazgos para dar el giro que nos coloque en la trayectoria correcta.

El Plan Nacional de Desarrollo marca el rumbo a seguir para abrir cauces al porvenir que queremos, para que los ciudadanos tomemos las riendas de nuestro propio destino. Lo hace apoyado en las normas y valores de la democracia. Sus guías son la libertad, la legalidad, la pluralidad, la honestidad, la tolerancia y el ejercicio ético del poder.

En nuestra gente está la mayor riqueza del país, está el aliento vital de nuestra democracia. En los millones de mexicanos que no se doblegan ante las adversidades. En los millones de trabajadores que laboran de sol a sol para sacar adelante a su familia. En los millones de mujeres que asumen con valentía y entereza el rol de jefas de familia. En los millones de niños y jóvenes que se esfuerzan todos los días por prepararse y continuar sus estudios.

Se está forjando una generación de mexicanas y mexicanos libres de complejos, de tabúes, de miedos y de prejuicios. Se está abriendo paso una generación de ciudadanos con una mentalidad ganadora.

En cumplimiento con lo dispuesto en el Artículo 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por lo previsto en los Artículos 4 y 20 de la Ley de Planeación, el gobierno federal presenta el Plan Nacional de Desarrollo que habrá de regir nuestras acciones en los próximos seis años. Este Plan es resultado de un auténtico proceso de deliberación, democrático, plural e incluyente, que recoge las inquietudes y necesidades de todos los sectores de la sociedad.

Asimismo, conforme a lo establecido en los Artículos 5 y 21 de la Ley de Planeación, el Ejecutivo a mi cargo remite este Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012 al Honorable Congreso de la Unión para los efectos previstos en la Ley.

Si bien, el mensaje convoca al Congreso de la Unión, a las legislaturas de los Estados, al Poder Judicial, a los gobiernos estatales y municipales, a los partidos políticos, al sector privado, a la academia, a las organizaciones sociales y a los ciudadanos, para resolver los problemas lacerantes de la población mexicana; en ninguna parte del extenso documento se refiere al federalismo, y en el apartado “De cara al futuro”, solo expresa el tema de la corresponsabilidad:

Debemos imprimir una nueva dinámica a la administración pública y construir una nueva relación fundada en la corresponsabilidad entre sociedad y Gobierno, entre los tres Poderes de la Unión y entre la Federación, los estados y los municipios.

Enunciado que no precisa los cómo de esta relación, entre la Federación, los Estados y los municipios.

La situación se mantuvo igual hasta el año de 2008, cuando a partir de la *Ley de Coordinación Fiscal* y leyes secundarias como la *Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios*, y la *Ley Federal de Derechos*, se modificó la fórmula para la asignación de participaciones y aportaciones federales hacia los Estados, el Distrito Federal y los municipios, incorporándole esquemas de crecimiento económico, que sustituyen al factor de población, e ingresos estatales para el caso del ramo 28; y de inversión en educación, calidad educativa, fortalecimiento de las entidades y municipios, y seguridad pública, en el caso del Ramo 33.

Al respecto, es conveniente aclarar que el desempeño del PIB por Entidad Federativa, muestra variaciones significativas año con año, lo que le dará a la nueva fórmula una gran inestabilidad, para efectos del cálculo de las participaciones, ocasionando que las Entidades Federativas no puedan programar adecuadamente sus políticas sociales y de obras públicas e incluso su colocación de deuda futura, por la aleatoriedad de los ingresos a recibir.

De esta manera, nos encontramos frente al reto del un nuevo federalismo bajo la presidencia de *Felipe Calderón*, con varios claroscuros, determinados por la prioridad de la lucha contra el narcotráfico y enfrentando una crisis de desempleo, producto en gran medida la crisis financiera que ha postrado en una recesión de más de dos años a nuestro principal socio comercial, los Estados Unidos de América, que concentra cerca del 90% de nuestras actividades comerciales y financieras; situación a la que se agregarán las discusiones en el Congreso sobre las iniciativas de reforma política y laboral, promovidas por el Ejecutivo Federal.

Como se ha visto históricamente, el Federalismo *sui generis* mexicano se ha institucionalizado y regodeado en un “estilo personal de gobernar”; acrecentado por el deseo de consolidar el poder político, al que se le ha adicionado el poder financiero del Estado mediante el manejo centralizado de las contribuciones y el ejercicio del gasto público; del que destaca el destinado a los programas asistenciales, que se han criticado como mecanismos contrarios a la democracia y de “compra de conciencias”.

De ahí, la importancia de continuar en la búsqueda de una nueva forma de Federalismo; estando conscientes de que tendrá que ser todavía un “Federalismo a la mexicana”, como dice *Cesar Camacho Quiroz* en su estudio sobre “El Federalismo Mexicano del siglo XXI”; en donde plantea la consecución de los siguientes objetivos específicos:

1. *Un Federalismo Político.*
2. *Un Federalismo Hacendario.*
3. *Un Nuevo Sistema de Distribución de Competencias.*

A los que yo agregaría de manera enunciativa, más no limitativa, tres más:

1. Una efectiva descentralización, no desconcentración, de las facultades del gobierno federal (Federación) hacia los gobiernos locales y municipales; derogando algunas fracciones del artículo 73, para trasladar dichas potestades a favor de los Estados y el Distrito Federal; y, en consecuencia, redefinir competencias tanto a los Estados como al Distrito Federal; así como, a los municipios y a las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en las materias: electoral, fiscal, judicial, educativa, salud, ecología, además de las actividades productivas.
2. Una reforma al Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, y concretamente a la fórmula para el cálculo de las participaciones federales, para incrementar gradualmente a cuando menos el 50% del Fondo General de Participaciones, a favor de los Estados y Municipios, con la consiguiente réplica en las Leyes de Coordinación Fiscal estatales.
3. Una verdadera reforma fiscal, que implique la recaudación y administración directa por los Estados y el Distrito Federal, de los impuestos indirectos (consumo), tal como sucede con nuestros principales socios comerciales, Estados Unidos de América y Canadá; dejando la recaudación de los impuestos directos (ingreso) al Gobierno Federal.

Estas propuestas concretas, tienen como objetivo fundamental construir un Nuevo Federalismo, sustentado en permitir la soberanía económica de las Entidades Federativas, dentro de un programa gradual de descentralización y redistribución de competencias; que permitan el fortalecimiento y el desarrollo económico de las partes de la Federación, y se termine con el paternalismo pernicioso por parte del Gobierno Federal, que si bien fue justificado en la época posterior a la revolución mexicana, para consolidar un Ejecutivo fuerte, como lo propuso Venustiano Carranza al inaugurar los trabajos del Congreso Constituyente en la Ciudad de Querétaro, el 1 de diciembre de 1916; esta medida ya no resulta

conveniente seguirla sosteniendo en un sano sistema federal democrático, que la mayoría de los mexicanos requiere.

Cuando las luchas de independencia rompieron las ligaduras que ataban a esos pueblos a la metrópoli, deslumbrados con la grandiosidad de la revolución francesa, tomaron para sí todas sus reivindicaciones, sin pensar que no tenían hombres que los guiasen en tan ardua tarea, y que no estaban preparados para ella. Las costumbres de gobierno no se imponen de la noche a la mañana; para ser libre no basta quererlo, sino que es necesario también saberlo ser.

Los pueblos de que se trata, han necesitado y necesitan todavía de gobiernos fuertes, capaces de contener dentro del orden a poblaciones indisciplinadas, dispuestas a cada instante y con el más fútil pretexto a desbordarse, cometiendo toda clase de desmanes; pero por desgracia, en ese particular se ha caído en la confusión y por gobierno fuerte se ha tomado al gobierno despótico. Error funesto que ha fomentado las ambiciones de las clases superiores, para poder apoderarse de la dirección de los negocios públicos.

Esta constante no ha podido superarse del todo, y los avances de la Constitución de 1917 se han visto mermados en pos de un fortalecimiento del gobierno federal, promovido a través del Ejecutivo y con el aval del Legislativo, de importantes acciones centralistas, al otorgarle de manera indirecta más facultades a la Federación; es decir, a través de aumentar las atribuciones constitucionales al Congreso General, restando, en consecuencia, las potestades de los Congresos de los Estados, lo que acota su actuar y centraliza la acción gubernamental en el gobierno federal. Ejemplo de ello es que el artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha sido el más reformado de todos, sesenta veces; por lo que podría afirmarse, sin temor a equivocarnos, que la gran mayoría de las reformas al artículo 73 han ido en detrimento del sistema federal, fortaleciendo por ende al centralismo; aun cuando no se haya reformado el artículo 40; sólo hay que aplicar lo dispuesto en el artículo 124 Constitucional, que por cierto tampoco ha sido alterado, y que indica:

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

Esta máxima constitucional le da a los Estados lo que se denomina *facultades residuales*, que cada vez son menores; así nuestra política federalista contrasta con el modelo americano que sirvió de ejemplo a nuestros Constituyentes, y que se ha demeritado con el paso del tiempo para fortalecer, justificada o no, al gobierno federal.

V. 1 LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

En relación al sistema federal, *Fix-Zamudio* nos indica que dentro del texto constitucional se encuentran otros principios que es importante considerar, siendo estos los siguientes:⁵⁹

El principio de *Distribución de Competencias*. Que en el caso de los Poderes de la Unión, se deriva de las facultades expresas que tienen los tres poderes federales: Legislativo, Ejecutivo y Judicial; fundamentadas en los artículos 50 al 79 (del Poder Legislativo); de los artículos 80 al 93 (del Poder Ejecutivo); y del artículo 94 al 107 (del Poder Judicial).

Por lo que respecta al segundo orden de gobierno: la Constitución Federal de 1917 destinó los artículos 115 al 122 para reglamentar a los Estados de la Federación y al Distrito Federal.

Así, el artículo 115 indica que los Estados tienen la obligación de acoger la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el Municipio Libre; más no aclara sobre el sistema federal que se deriva del artículo 40 Constitucional.

El artículo 116 se refiere a la división de poderes en los Estados, en semejanza al gobierno federal; sin señalar al Distrito Federal.

El artículo 117 y el 118 establecen prohibiciones expresas a los Estados; sin referirse al Distrito Federal.

El artículo 119 obliga a los Poderes de la Unión a proteger a los Estados contra invasión o violencia exterior; así como en caso de sublevación o trastorno interior, pero en esta situación requerirá solicitud de su Legislatura, o por su Ejecutivo si el Congreso no estuviera reunido.

Los Poderes Federales se encuentran impedidos de intervenir en los Estados salvo las situaciones previstas en la Constitución; tal es el caso de: a) suspensión de garantías, Art. 29; b) desaparición de poderes, Art. 76, frac. V; c) resolución de cuestiones políticas, art. 76, frac. VI; d) investigación por violación al voto público, Art. 97, párrafo tercero; e)

⁵⁹ FIX-ZAMUDIO, *Op. Cit.*, pp. 1011-1014

controversia constitucional, Art. 105; f) juicio político, Art. 108 y siguientes; g) protección a los Estados contra invasión o trastorno interior, Art. 119, primer párrafo.

El artículo 120, obliga a los Gobernadores a publicar y hacer cumplir las leyes federales.

El artículo 121, establece varias suposiciones relacionadas con la jurisdicción territorial y de la validez de ciertos actos civiles en otros Estados como el del estado civil.

El artículo 122, se trata de una norma constitucional *sui géneris*, que regula al Distrito Federal de manera distinta al resto de las partes de la federación, teniendo en consecuencia una soberanía limitada. Al respecto, es conveniente precisar que no obstante que se le reconoce como parte de la Federación, su soberanía se encuentra acotada, tanto por el Congreso General como por el Presidente de la República; conforme lo establecen los artículos 73, fracción VIII; y el 122, apartado A, para el caso del Congreso de la Unión; y el apartado B de este último artículo, en lo que respecta al Presidente de la República. En cuanto a la distribución de poderes en el Distrito Federal, el segundo párrafo del artículo 122 se refiere al órgano legislativo y al judicial como autoridades y no como poderes.

Los *Elementos del Estado Federal*. Están representados, principalmente, por dos características:

1) La *autonomía*, que consiste en la posibilidad de que un Estado dicte sus propias normas, como lo refieren el artículo 41, primer párrafo, y el 133 de la Ley Fundamental en la parte conducente:

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

...

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en

contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

2) La participación de los Estados a través de sus legislaturas. Consagrada en el artículo 135 de la Carta Magna, que señala la necesaria aprobación de la mayoría de los Congresos locales en las reformas constitucionales:

Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden (sic) las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados.

El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente, en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

En este proceso de reformas a la Constitución, la calidad del voto de los Estados no requiere de la mayoría calificada, ni tampoco pueden hacer observaciones a las mismas, lo que los coloca en una posición distinta al gobierno federal.

IV. 2. LAS FACULTADES HACENDARIAS

El poder o soberanía financiera es una expresión de la soberanía política, concebida como atributo del Estado y que tiene dos facetas: la que se refiere a los ingresos y la que relativa a los gastos. Así, el poder financiero del Estado corresponde al conjunto de su actividad financiera; es decir, los ingresos y los egresos. En tanto que, el poder o soberanía tributaria concierne a la facultad propia del Estado para crear tributos.⁶⁰

Para el ejercicio de las funciones que la Nación tiene, con fundamento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, requiere adquirir bienes y contratar servicios, teniendo para ello la necesidad de contar previamente con los fondos monetarios suficientes para el pago de sus obligaciones; es decir, obtener los recursos financieros necesarios para cubrir el gasto público. Aquí, encontramos la justificación primaria de la función económica y de la actividad financiera del Estado; la que de conformidad con la teoría de las finanzas públicas se integra por los siguientes conceptos o actividades:⁶¹

⁶⁰ SÁINZ DE BUJANDA, *Notas de Derecho Financiero*, T. I, v. 2, pp. 1-3, citado por DE LA GARZA, Sergio Francisco, *Derecho Financiero Mexicano*, p. 207

- a) Ingresos (Ley de Ingresos de la Federación)
- b) Gastos (Presupuesto de Egresos de la Federación)
- c) Contabilidad (Cuenta Pública)
- d) Resultados (Informe Presidencial)
- e) Supervisión y control (Revisión de la Cuenta Pública)

Su fundamento constitucional se deriva de lo dispuesto en la fracción IV del artículo 31 Constitucional, que establece:

Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos:

(...)

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

Las contribuciones deben representar la principal fuente de ingresos del Estado, para que las finanzas públicas se consideren sanas, por lo que sólo habrá que acudir a la obtención de deuda cuando se presenten contingencias que obliguen a la realización de gastos extraordinarios.

Los recursos fiscales son pues, un reflejo de la situación económica nacional, y por tanto también han resentido los efectos de los fenómenos exógenos, por lo que se requiere llevar a cabo transformaciones estructurales, inmediatas y a corto plazo; con el objeto de que la actividad gubernamental revise su política fiscal para reactivar el mercado interno, mediante la aplicación de políticas públicas que promuevan la inversión y el empleo permanente mejor remunerado, por un lado, y por el otro, priorice las partidas del gasto social y de inversión, revisando sus funciones de servicio público, y con base en ello, en el marco de las facultades y atribuciones que la Constitución le permite, complementar sus acciones en concordancia con los otros sectores productivos del país, el privado y el social.

En el ámbito federal, le corresponde a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, como área normativa de la economía nacional, llevar a cabo las acciones de recaudación, distribución y estabilización, última que comparte con el Banco de México; aspectos que pueden sintetizarse en el ejercicio de la facultad imperativa del Estado, que la Constitución señala como una

⁶¹ VALERO FLORES, Carlos Norberto, Instrumentos Constitucionales de Control Legislativo en Materia Económica, Cámara de Diputados LX Legislatura, Expediente no. 15, CEDIP, 2007, p.58.

obligación de los mexicanos de contribuir para cubrir los gastos públicos, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes. En la jurisdicción local, les corresponde a las Secretarías de Finanzas de los Estados y del Distrito Federal.

Las facultades hacendarias del Estado mexicano atañen a la recaudación de las contribuciones y a su administración vía el gasto público; son competencia del Poder Ejecutivo quien las ejerce a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que le otorga a esta Secretaría las siguientes funciones:

Artículo 31.- *A la Secretaría de Hacienda y Crédito Público corresponde el despacho de los siguientes asuntos:*

I.- *Proyectar y coordinar la planeación nacional del desarrollo y elaborar, con la participación de los grupos sociales interesados, el Plan Nacional correspondiente;*

II.- *Proyectar y calcular los ingresos de la Federación, del Departamento del Distrito Federal (sic) y de las entidades paraestatales, considerando las necesidades del gasto público federal, la utilización razonable del crédito público y la sanidad financiera de la administración pública federal;*

III.- *Estudiar y formular los proyectos de leyes y disposiciones fiscales y de las leyes de ingresos de la Federación y del Departamento del Distrito Federal (sic);*

IV.- *(Se deroga).*

V.- *Manejar la deuda pública de la Federación y del Departamento del Distrito Federal (sic);*

VI.- *Realizar o autorizar todas las operaciones en que se haga uso del crédito público;*

VII.- *Planear, coordinar, evaluar y vigilar el sistema bancario del país que comprende al Banco Central, a la Banca Nacional de Desarrollo y las demás instituciones encargadas de prestar el servicio de banca y crédito;*

VIII.- *Ejercer las atribuciones que le señalen las leyes en materia de seguros, fianzas, valores y de organizaciones y actividades auxiliares del crédito;*

IX.- *Determinar los criterios y montos globales de los estímulos fiscales, escuchando para ello a las dependencias responsables de los sectores correspondientes y administrar su aplicación en los casos en que lo competa a otra Secretaría;*

X. Establecer y revisar los precios y tarifas de los bienes y servicios de la administración pública federal, o bien, las bases para fijarlos, escuchando a la Secretaría de Economía y con la participación de las dependencias que correspondan;

XI.- Cobrar los impuestos, contribuciones de mejoras, derechos, productos y aprovechamientos federales en los términos de las leyes aplicables y vigilar y asegurar el cumplimiento de las disposiciones fiscales;

XII.- Organizar y dirigir los servicios aduanales y de inspección, así como la Unidad de Apoyo para la Inspección Fiscal y Aduanera;

XIII.- Representar el interés de la Federación en controversias fiscales;

XIV.- Proyectar y calcular los egresos del Gobierno Federal y de la administración pública paraestatal, haciéndolos compatibles con la disponibilidad de recursos y en atención a las necesidades y políticas del desarrollo nacional;

XV. Formular el programa del gasto público federal y el proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación y presentarlos a la consideración del Presidente de la República;

XVI. Normar, autorizar y evaluar los programas de inversión pública de la administración pública federal;

XVII. Llevar a cabo las tramitaciones y registros que requiera el control y la evaluación del ejercicio del gasto público federal y de los programas y presupuestos de egresos, así como presidir las instancias de coordinación que establezca el Ejecutivo Federal para dar seguimiento al gasto público y sus resultados;

XVIII.- Formular la Cuenta Anual de la Hacienda Pública Federal;

XIX. Coordinar, conjuntamente con la Secretaría de la Función Pública, la evaluación que permita conocer los resultados de la aplicación de los recursos públicos federales, así como concertar con las dependencias y entidades de la administración pública federal y validar los indicadores estratégicos, en los términos de las disposiciones aplicables;

XX.- Fijar los lineamientos que se deben seguir en la elaboración de la documentación necesaria para la formulación del Informe Presidencial e integrar dicha documentación;

XXI.- Opinar, previamente a su expedición, sobre los proyectos de normas y lineamientos en materia de adquisiciones, arrendamientos y desincorporación de activos, servicios y ejecución de obras públicas de la Administración Pública Federal;

XXII.- (Se deroga).

XXIII.- Vigilar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las disposiciones en materia de planeación nacional, así como de programación, presupuestación, contabilidad y evaluación;

XXIV. *Ejercer el control presupuestal de los servicios personales y establecer normas y lineamientos en materia de control del gasto en ese rubro, y*

XXV.- *Los demás que le atribuyan expresamente las leyes y reglamentos.*

Del análisis de estas facultades, se desprende el poder económico del Ejecutivo, y por ende de la Federación, tomando en consideración que las contribuciones federales representan la inmensa mayoría de los ingresos fiscales.

IV. 3. EL FEDERALISMO FISCAL

A diferencia de la teoría de la descentralización fiscal -entendida más bien como desconcentración fiscal-, que se ocupa fundamentalmente de la atención de los problemas macroeconómicos e implica el arreglo de las finanzas públicas; el federalismo fiscal es en esencia la distribución del poder expresado en la ejecución de las finanzas públicas, que es representativa del poder político aunado al poder económico, de ahí su enorme importancia, que la distingue de las políticas centralizadoras, incluyendo las desconcentradas.

La discusión respecto a qué ámbito de gobierno debe atender las distintas funciones de ingreso y gasto no es reciente. Autores clásicos como *Lindahl* (1919), *Tiebout* (1956), *Oates* (1972) y *Musgrave* (1984), entre otros, hacían referencia a los principios que deben normar a las funciones hacendarias en los distintos órdenes de gobierno. Más recientemente, se pueden citar trabajos importantes como *Blackorby y Brett* (2000), *Boadway y Keen* (1996) y *Mintz y Tulkens* (1986), entre otros.⁶²

En todos estos trabajos, se parte del principio de que, en general, el ámbito de gobierno más indicado para ejercer funciones de ingreso y gasto debería ser el local, ya que es el que se encuentra más cercano a los ciudadanos. Empero, es también aceptado que, en la práctica, esta regla tiene ciertas limitaciones que surgen de posibles externalidades, distorsiones resultantes de la movilidad de factores y economías de escala. Es decir, las decisiones descentralizadas pueden conducir, en ocasiones, a resultados menos eficientes y equitativos que si se toman en forma centralizada. Esta ha sido una constante en nuestro país, desde la época de la Colonia y se da por aceptada; otros autores e interesados en el tema

⁶² SOBARZO FIMBRES, HORACIO, *Federalismo Fiscal en México*, Economía, Sociedad y Territorio, Revista Dossier especial, 2004, pp. 103-121

pensamos que no necesariamente tiene que ser así; la realidad parece ser, estriba en la idea de que centralizar el manejo de los recursos financieros, derivado de las contribuciones, tiene un sentido de consolidar el poder; sumando al poder político el económico.

Tampoco hay un escenario óptimo de descentralización aplicable a todos los países, ya que dependerá de diversas circunstancias: las económicas, las políticas, el grado de desarrollo económico del país, la solidez institucional y diversos aspectos sociales e históricos, entre otros.⁶³

En el terreno puramente económico, *Gordon* (1993) nos demuestra que, en presencia de ciertas externalidades, las decisiones tomadas por las unidades descentralizadas pueden acarrear altos costos, y para poder evitarlos, sugiere establecer mecanismos de corrección que sólo se dan en un gobierno central. En el terreno político, el tema de la descentralización de las decisiones, ha captado una mayor atención, aun cuando se ha enfocado en el marco de una relación agente-principal (niveles de gobierno), en donde los agentes involucrados actúan conforme a ciertos principios de comportamiento maximizadores, no necesariamente por soluciones de optimalidad paretiana –véase por ejemplo *Groot* (1988).⁶⁴

Estos autores han buscado establecer lineamientos o reglas, que definan qué y cómo cada nivel de gobierno debe encargarse de las funciones de captación y distribución de los recursos.

En el caso de México, resultará imposible llevar la descentralización hacendaria a la totalidad de los cerca de 2,500 municipios, pues muchos de ellos carecen de la mínima infraestructura necesaria para recibir esta responsabilidad; empero, si es factible que la descentralización hacendaria se realice hacia el segundo nivel de gobierno, que lo componen los 31 Estados y el Distrito Federal; sin embargo, existe una gran reticencia para avanzar hacia la descentralización de estas facultades, sobre todo en los impuestos federales, de ahí que podría pensarse en una gradualidad de este ejercicio, iniciando con la parte correspondiente al ejercicio del gasto de los diferentes ramos distintos al 28 de las Participaciones.

La mayoría de los investigadores se ha concentrado en estudiar la función asignativa de los recursos públicos; en cambio, la función redistributiva ha recibido una menos atención. Por ejemplo *Lindahl* (1919) argumentaba que la distribución interpersonal explícita debía ser competencia del gobierno central; algunos trabajos más recientes que

⁶³ *Ibidem*, p. 106.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 106.

apoyan esta idea son los de Johnson (1988) y *Feldstein y Vaillant* (1994). Sobre esta postura, nos dice *Sobarzo*, es generalmente aceptado que cuando la distribución interpersonal está a cargo de dependencias descentralizadas, existe el peligro de generar efectos externos negativos – véase CEPAL (1996).⁶⁵

Aquí habría que hacer algunas ponderaciones, que considero importantes, y éstas corresponden a la aplicación del modelo económico neoliberal, que le ha asignado a los gobiernos federales la potestad de utilizar los programas sociales como un instrumento de paliar políticamente los efectos del desempleo, la disminución de los salarios y la inadecuada distribución de la riqueza. Así, el gobierno federal atrae a su favor los buenos comentarios de los beneficios recibidos a través de los programas sociales; de los que destaca el de Oportunidades por su amplia cobertura de 5 millones 800 mil beneficiarios, sobre todo en las zonas rurales, por lo que ha sido criticado como programas *pro electorales*.

Sobarzo afirma, que la función redistributiva gubernamental es un proceso más complejo de analizar, ya que la distribución interregional de recursos públicos tiene razón de ser, solamente, cuando la distribución interpersonal es desigual. Sin embargo, esta última depende de factores bastante más complejos que la sola distribución de los recursos públicos. En todo caso, si se acepta que la redistribución de ingresos entre personas es un objetivo explícito, es importante entonces, entender que la distribución interregional de recursos puede ser utilizada para paliar (o agravar) las desigualdades interpersonales. En la práctica, los enfoques pueden ser distintos, pues como sucede en algunos países como en Alemania, más que buscar incidir en una distribución igualitaria de ingreso, los recursos públicos buscan incidir en una distribución igualitaria de oportunidades, y, en consecuencia, la política gubernamental procura brindar bienes y servicios públicos de la misma calidad en todo el país –véase CEPAL (1996).⁶⁶

A este respecto, *Bird* (1996) asevera que, *en el caso de los estados federales, puede suceder que las transferencias redistributivas sean interregionales en lugar de interpersonales, aunque no hay consenso en la literatura sobre la razón de las mismas*.⁶⁷ La razón aceptada para dichas transferencias entre los estudiosos del federalismo fiscal, es básicamente la equidad horizontal, aunque un argumento bastante relacionado se basa en

⁶⁵ *Ibidem*, p. 107.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 107.

⁶⁷ Esta idea la comparten las autoridades hacendarias mexicanas.

la eficiencia. Otros autores, argumentan que esas transferencias pueden ser justificadas en términos de igualar la capacidad fiscal regional, pero no la equidad horizontal individual. Hay también otra opinión común entre los autores estadounidenses neoliberales, de que las transferencias intergubernamentales de igualación pueden ser justificadas solamente si resultan en *redistribución interpersonal* (programas asistenciales), aunque la evidencia sugiere que es difícil que esto suceda. Otros más, ven poca racionalidad para las transferencias igualadoras gubernamentales, cualquiera que sea el caso.⁶⁸

Por último, se encuentran trabajos más recientes motivados por las experiencias internacionales, que sugieren, que si bien un sistema de transferencias intergubernamentales adecuado puede suplir que los gobiernos locales dispongan de pocas facultades impositivas, como de hecho es el caso de México, una situación de esta naturaleza no induce necesariamente comportamientos financieros responsables de los órdenes de gobierno –véanse por ejemplo *Dixit y Londregan* (1998) y *Jones et al.* (2000). De cualquier manera, parecería correcto decir que el análisis teórico de las finanzas federales no está suficientemente desarrollado, para sacar conclusiones fuertes sobre la eficacia de instituciones del federalismo fiscal, y que no existe consenso sobre la deseabilidad y los efectos apropiados de las transferencias intergubernamentales de igualación.⁶⁹

De ahí, que en la práctica cada país pareciera adoptar su propia solución; es el caso de México, la política de *redistribución interpersonal* se ha implementado desde el gobierno de Carlos Salinas, por medio del programa “Solidaridad”, hasta el actual “Oportunidades” iniciado con Vicente Fox y continuado por Felipe Calderón.

La teoría moderna define al federalismo, como un sistema de división de poderes, en una comunidad nacional, en el cual, el Gobierno Federal y los Gobiernos Locales, se encuentran cada uno, dentro de un ámbito de acción, coordinado pero independiente. Bajo este principio, en materia fiscal, estos Gobiernos deberían actuar como pares y en plena coordinación.

Desde que nuestro país declaró su independencia y escogió al Federalismo como forma de Gobierno, se empezaron a gestar las grandes líneas en materia tributaria; de esta manera, las Constituciones de 1824, 1857 y 1917, establecieron disposiciones, respecto a los ingresos a favor del

⁶⁸ SOBARZO FIMBRES, *Op. Cit.*, pp. 107-108.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 108.

Gobierno Federal, dejando, por exclusión, una amplitud de acciones que fueron aprovechadas por los Estados, para imponer impuestos y derechos.

IV. 4. EL SISTEMA NACIONAL DE COORDINACIÓN FISCAL

Durante un largo tiempo, la política fiscal aplicada en los tres niveles de Gobierno, generó múltiples problemas, derivados del ejercicio no coordinado, de las actividades fiscales.

1). La Primera Convención Nacional Fiscal de 1925⁷⁰

Fue necesario el transcurso de varios años después de la promulgación de la Constitución de 1917 y que se debilitaran las rivalidades políticas, para que el Presidente *Plutarco Elías Calles* convocara el 22 de julio de 1925 a la primera Convención Nacional Fiscal, a instancias de Secretario de Hacienda, el Ing. *Alberto J. Pani*, a celebrarse en la Ciudad de México, con la asistencia de delegados del Gobierno Federal, de los Estados, del Distrito Federal y de los Territorios Federales, con el objeto de estudiar una posible coordinación de los poderes tributarios de la Federación y de los Estados, a fin de hacer una mejor distribución de esos poderes y de mejorar los sistemas fiscales. Se afirmaba en la convocatoria, que: *El actual sistema fiscal representa uno de los mayores obstáculos que se oponen en la República al establecimiento de un nuevo régimen económico mejor y más de acuerdo con los postulados contemporáneos, a la creación de la unidad económica nacional cuya existencia es necesaria y a la estabilización y desarrollo de un sistema eficaz para el aprovechamiento de nuestras riquezas naturales.*

La situación prevaleciente al momento de la celebración de la Primera Convención Nacional Fiscal, era la existencia de más de 100 diferentes impuestos en la República. Así, cada Estado tenía la potestad de establecer su propio sistema fiscal, en tanto que el Gobierno Federal mantenía el suyo, y como los objetos del impuesto eran los mismos, por la falta de delimitación de competencias para crear impuestos; el pago de las contribuciones era cada vez más oneroso por la multiplicidad de cuotas, multas y recargos, creciendo la complejidad del sistema y aumentando en forma desproporcionada e injustificable, los gastos de recaudación, inspección y administración de las rentas públicas; frecuentemente las leyes de impuestos federales y locales eran contradictorias, concurrían sobre una

⁷⁰ DE LA GARZA, Sergio Francisco, *Derecho Financiero Mexicano*, Décimo octava edición, tercera reimpresión, Ed. Porrúa, México, 2000, pp. 215-216.

misma fuente impositiva y dejaban libre de gravámenes otras fuentes importantes; la indefinición de la jerarquía fiscal, rompía la unidad económica de la República, agotaban la renta de la mayoría y obstruían toda posibilidad de desarrollo económico; por tanto, se planteaba como indispensable proceder a delimitar la competencias locales y la federal en materia de impuestos; así como determinar un plan nacional de arbitrios para unificar el sistema fiscal en toda la República, disminuyendo los gastos de recaudación y administración, ampliando el producto del impuesto y aplicándolo más equitativamente sobre los causantes.

A la Convención asistieron los representantes del Gobierno Federal y de los Estados y después de trabajar durante dos semanas, adoptaron varias conclusiones siendo la cuarta de ellas la que definió la distribución de las competencias tributarias:

- *Los impuestos sobre la tierra y los edificios son exclusivos de los Estados;*
- *Los Estados deben tener poder tributario exclusivo sobre los actos no mercantiles, sobre las concesiones otorgadas por autoridades locales y sobre los servicios públicos locales;*
- *El poder tributario federal es exclusivo sobre el comercio y la industria; sin embargo, los Estados deben participar en el producto de tales impuestos recaudados en cada Estado, pero de acuerdo con una tasa uniforme para todos los Estados.*
- *Los impuestos sobre las herencias y las donaciones deben ser exclusivos de los Estados, pero el Gobierno Federal debe participar en sus productos conforme a bases uniformes;*
- *Debe tratarse en forma separada a los impuestos especiales y futuras Convenciones deben resolver si deben ser establecidos por la Federación o por los Estados y ambas clases de entidades deben participar en sus productos;*
- *Debe agregarse una nueva cédula a la Ley del Impuesto sobre la Renta a fin de gravar el ingreso de los bienes inmuebles edificados, cuyo producto debe ser exclusivo para los Estados.*

Acorde con estas conclusiones, al año siguiente, el Presidente *Elías Calles*, envió un proyecto de Ley al Congreso; sin embargo, el proyecto no fue aprobado.

2). La Segunda Convención Nacional Fiscal de 1933⁷¹

El 11 de mayo de 1932, bajo la presidencia de don Pascual Ortiz Rubio, y repitiendo en el cargo de Secretario de Hacienda el *Ing. Alberto J. Pani*, se convocó a los gobiernos de los Estados, de los Territorios y del Distrito Federal a la segunda Convención Nacional Fiscal, la que se reunió en febrero de 1933. En el orden del día de la Convención incluía los siguientes puntos:

I.- Revisión de las conclusiones de la Primera Convención Nacional Fiscal;

II.- Consideración del problema de delimitación de las jurisdicciones fiscales de la Federación, de los Estados y de los Municipios;

III.- Determinación de las bases de unificación de los sistemas locales de tributación y de la coordinación de ellos con el sistema federal;

IV.- Estudio y determinación de los medios más adecuados para la ejecución de las decisiones de la Asamblea y constitución del órgano más capacitado para encargarse de ello.

En relación con la distribución de competencias tributarias, entre la Federación y los Estados, las conclusiones de la Convención fueron las siguientes:

- *La base de la tributación local debe ser la imposición territorial, en todos sus aspectos. Consecuentemente, el Gobierno Federal no debe establecer impuestos sobre esa fuente, ni en forma de impuestos directos ni como tantos adicionales sobre los tributos locales. Tal poder tributario debe ser ejercido sobre toda la propiedad territorial dentro de sus respectivos territorios, excluyendo los inmuebles propiedad de la Federación o de los municipios, destinados a servicios públicos o a vías generales de comunicación. Debe gravarse tanto la propiedad urbana, como la rural, y tanto la edificada como la no edificada;*
- *Los Estados deben tener poder tributario exclusivo sobre todos los actos no mercantiles que puedan tener lugar dentro de sus respectivas jurisdicciones;*

⁷¹ *Ibidem*, p. 217.

- *Asimismo, los Estados deben tener poder tributario exclusivo sobre los servicios públicos municipales y sobre las concesiones que otorguen dentro de su competencia;*
- *Por otra parte, el Gobierno Federal debería tener poder tributario exclusivo sobre el comercio exterior (importaciones y exportaciones), sobre la renta (tanto de las sociedades como de las personas físicas) y sobre la industria, cuando para ello se requieran formas especiales de tributación (impuestos especiales), pero en todos esos impuestos deben participar en sus productos tanto los Estados como los municipios;*
- *El Gobierno Federal debe tener poder tributario exclusivo y aprovechamiento exclusivo en todas aquellas rentas relativas a la producción y explotación de recursos naturales que pertenezcan a la Nación y sobre los servicios Públicos de concesión federal;*
- *En los impuestos sobre las herencias y las donaciones, el Poder tributario debe ser de los Estados, pero la Federación debe participar en el producto de dichos impuestos.*

De las conclusiones de ambas Convenciones Nacionales Fiscales, se desprende el reconocimiento mutuo de las potestades tributarias exclusivas para cada uno de los dos órdenes de gobierno, Federal y local; así como las prohibiciones en materia impositiva, y el sistema de participaciones de ciertos impuestos.

3). El proyecto del Presidente Cárdenas para reformar la Constitución⁷²

El Presidente Lázaro Cárdenas, sin referirse expresamente a las conclusiones de la Segunda Convención Fiscal, de 1933; pero sí a su contenido, envió en 1936 un proyecto al Congreso de la Unión para reformar los artículos 73, fracción X, y 131 de la Constitución de 1917.

De esta manera, en la exposición de motivos del proyecto de iniciativa el Presidente Cárdenas expresó que:

En nuestro régimen constitucional, salvo en aquellas materias en las que el Congreso de la Unión puede legislar privativamente, se encuentra una amplia concurrencia de la Federación y los Estados para imponer contribuciones, lo que ocasiona frecuentemente la coexistencia de gravámenes sobre una misma fuente de imposición. Además, no sólo diversos

⁷² *Ibidem*, pp.217-219

impuestos gravitan sobre igual fuente –lo que en sí mismo es un mal- sino que ni siquiera esas exacciones se establecen con un único propósito, porque las leyes fiscales de la Federación y de los Estados se fundan en distintos principios y se expiden con diversos propósitos; y, lo que es más grave aún, de Estado a Estado la legislación hacendaria varía, provocándose lamentablemente verdaderas guerras económicas entre una y otro, destructoras del desarrollo de la Nación, en vez de legislarse con la unidad de criterio que requiere el desenvolvimiento integral de la República.

El Jefe del Ejecutivo expresaba también en su exposición de motivos:

Tengo la creencia firme de que ha llegado el momento de que, sin destruir las facultades emanadas de la soberanía local para la organización financiera de los Estados, se modifiquen las bases de libre imposición, adoptadas por copia inaceptable a México, de la Constitución norteamericana, porque si en los Estados Unidos de América era una realidad la existencia de entidades plenamente autónomas, con vida independiente y propia, y el problema que se ofrecía al crearse la Federación era el de hacer viable una unión que se creía débil, en nuestro país, al contrario, en los días siguientes a la desaparición del Imperio de Iturbide, el problema que debió planearse y que ha sido el origen de muchas tragedias de la historia Mexicana, fue el de inyectar vitalidad a las descentralizaciones estatales, del territorio patrio, que adquirirían soberanía interior después de un rudo centralismo colonial prolongado por cerca de tres siglos. Para fortalecer a los Estados es necesario entregarles ingresos propios: participaciones y contribuciones exclusivas que les aseguren rendimientos regulares y bastantes a cambio de restringir la concurrencia tributaria, que es el efecto inmediato de la libre imposición y que provocan la improductividad de los gravámenes fiscales.

En cuanto a su contenido, el proyecto proponía como tributos exclusivos del Gobierno Federal los siguientes:

- *Impuestos y derechos de importación y de exportación;*

- *Impuestos sobre la Renta de las sociedades y de las personas físicas. En los ingresos recaudados participarían los Estados, el Distrito Federal, los Territorios y las municipalidades;*
- *Impuestos sobre los recursos naturales propiedad de la Nación, tales como los de minería, producción de sal y de petróleo, uso de aguas nacionales, pesca, etc. Los Estados y los municipios participarían en los ingresos producidos por tales explotaciones cuando fueren realizadas en sus territorios;*
- *Impuestos sobre instituciones de crédito y las compañías de seguros;*
- *Impuestos especiales sobre la energía eléctrica –producción y consumo-, gasolina y otros productos derivados del petróleo, ferrocarriles, transporte por vías generales de comunicación, hilados y tejidos, azúcar, cerillos y fósforos, tabaco, alcoholes y miles incristalizables, aguamiel y productos de su fermentación, cerveza, juegos, loterías y rifas, explotación forestal. En las rentas de estos impuestos participarían los Estados y los municipios, sobre la base tanto de su producción como de su consumo;*
- *Impuestos sobre servicios públicos federales y concesiones otorgadas por la Federación.*

De igual manera, la iniciativa planteaba que se reservaran a los Estados los siguientes tributos:

1. *El impuesto predial, pero en los ingresos derivados de él participarán los municipios en cuanto a la recaudación realizada dentro de sus territorios;*
2. *Un impuesto general sobre la industria y el comercio, que sustituiría a los antiguos impuestos de patente. (El Presidente consideraba este impuesto como de gran futuro y que debería pertenecer a los Estados por razón de su mejor administración y anunciaba que se presentaría un proyecto de ley uniforme, para asegurar su uniformidad en los diversos Estados.) El Gobierno Federal participaría en el producto de este impuesto general, que también sustituiría al impuesto del timbre (federal) sobre las operaciones comerciales e industriales.*
3. Este proyecto, al igual que el de Calles, tampoco fue aprobado por el Congreso de la Unión.

4). La Reforma Constitucional de 1943⁷³

El Presidente Cárdenas insistió en su reforma constitucional y así en 1940, envió de nuevo un proyecto al Congreso, más amplio que el anterior, proponiendo modificaciones a los artículos 73, fracción IX, X y XXIX, y 117, fracciones VII y IX; logrando en esta ocasión su aprobación por el Congreso y su ratificación por la mayoría de los Estados; las reformas fueron promulgadas por el Ejecutivo Federal el 24 de octubre de 1942 y entraron en vigor el 1° de enero de 1943.

De conformidad con las reformas, el Congreso de la Unión fue autorizado para expedir leyes para impedir restricciones al comercio de Estado a Estado (Art. 73, fracción IX); para legislar en toda la República sobre: hidrocarburos; minería, industria cinematográfica; comercio; juegos con apuestas y sorteos; instituciones de crédito; energía eléctrica; banca central; trabajo (Art. 73, fracción IX); así como para establecer contribuciones sobre: 1° comercio exterior; 2° aprovechamiento y explotación de recursos naturales propiedad de la Nación; 3° instituciones de crédito y sociedades de seguros; 4° servicios públicos concesionados o explotados directamente por la Federación; y 5° especiales sobre: a) energía eléctrica; b) producción y consumo de tabacos labrados; c) gasolina y otros productos derivados del petróleo; d) cerillos y fósforos; e) aguamiel y productos de su fermentación; y f) explotación forestal. Los Estados tendrían derecho a participar en el rendimiento de dichos impuestos especiales en la proporción que la ley secundaria federal determinara, y las legislaturas locales fijarían el porcentaje correspondiente a los municipios en sus ingresos, por concepto del impuesto sobre energía eléctrica (Art. 73, fracción XXIX).

Además de las facultades otorgadas al gobierno federal, se prohibió a los Estados emitir títulos de la deuda pública pagaderos en moneda extranjera o fuera del territorio nacional; contratar directa o indirectamente préstamos con Gobiernos de otras naciones, o contraer obligaciones a favor de sociedades o particulares extranjeros, cuando hayan de expedirse títulos o bonos al portador o transmisibles por endoso (Art. 117, fracción VII); y gravar la producción, el acopio o la venta del tabaco en rama en forma distinta o con cuotas mayores de las que el Congreso de la Unión autorice (Art. 117, fracción IX).

Con las reformas de 1943, de concretaron en su mayoría las ideas planteadas inicialmente por el presidente Cárdenas en su proyecto de 1936,

⁷³ *Ibidem*, p.219.

y constituye el cambio más importante, hasta la fecha, en el sistema constitucional de distribución de competencias tributarias entre la Federación y los Estados, no obstante haber sido reformado 46 veces más hasta llegar a 60, el artículo 73.

5). La Tercera Convención Nacional Fiscal de 1947⁷⁴

Recién asumida la Presidencia de la República, el Lic. Miguel Alemán, convocó en octubre de 1947 a la celebración de la Tercera Convención Nacional Fiscal. Declarando que la Segunda Guerra Mundial dio lugar a un auge transitorio en las actividades económicas conectadas con el esfuerzo bélico, y relegó a segundo plano los problemas hacendarios, no porque éstos se hubiesen solucionado automáticamente sino porque precisamente como consecuencia de ese fenómeno económico, tanto la Federación como los Estados y los Municipios vieron crecer progresiva y continuamente los rendimientos de sus impuestos sin necesidad de que ellos se tomaran mayores esfuerzos para lograrlo.

Concluidas las hostilidades y restablecida la normalidad, el Gobierno Federal se enfrenta al antiguo problema fiscal que se presentaba en 1925; de tal manera que habría que plantear nuevos objetivos mínimos, siendo éstos los siguientes:

- *Trazar el esquema de un plan nacional de arbitrios, es decir, de un verdadero sistema nacional de distribución de los gastos públicos entre todos los contribuyentes;*
- *Planear la forma en que las entidades económicas obligatorias que existen en el país – Federación, Estados y municipios- deben distribuirse en relación con el costo de los servicios públicos a cada una encomendados y en relación también con su capacidad de control sobre los causantes respectivos, la facultad de establecer y administrar los impuestos dejando definitivamente establecido el principio de que el reconocimiento de la facultad o capacidad de legislación o administración en materia tributaria, no implique, en forma alguna, el derecho de aprovechar privativamente los rendimientos de los gravámenes que se establezcan o recauden por cada autoridad;*

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 219-221.

➤ *Determinar bases ciertas de colaboración entre las diversas autoridades fiscales y fórmulas asequibles de entendimiento entre ellas y los particulares que permitan reducir al mínimo los gastos de recaudación y control de los impuestos para lograr, de esta forma, que su rendimiento se aproveche hasta el máximo posible en la satisfacción de las necesidades colectivas.*

Por primera vez en la historia hacendaria del país, además de los representantes del Gobierno, participaron siete individuos, nombrados por la Confederación de Cámaras de Comercio y por la Confederación de Cámaras Industriales, quienes fueron invitados a asistir a la Convención y participar en las deliberaciones y votaciones de los diferentes comités que se nombraron. Con esta participación, se pretendía tener la representación de todos los contribuyentes de la nación. Una de las conclusiones fue, que era necesario formular un plan nacional de arbitrios que representara una carga justa y equitativa sobre todos los causantes y que permitiera cuidar la satisfacción de las necesidades públicas en los tres niveles del gobierno. Otra de las conclusiones tomadas correspondió a que las tesorerías de los tres niveles de gobierno deberían ser proveídas con ingresos privativos y con ingresos de participación.

Así, se acordó como fuentes privativas de ingresos del Gobierno Federal: el impuesto sobre la renta, aun cuando los Estados participarían en su producto, particularmente en las cédulas relativas a servicios personales y a inversiones de capital; el impuesto sobre el comercio exterior (importaciones y exportaciones); los impuestos sobre servicios públicos federales; y sobre las concesiones otorgadas por la Federación. De igual manera, se determinó como ingresos privativos de los Estados y Municipios –en los cuales la Federación no tendría participación–, los siguientes impuestos: predial, urbano y rústico; productos agrícolas; enajenación de bienes inmuebles; ganadería; venta de mercancías al menudeo; expendios de bebidas alcohólicas; impuestos sobre servicios públicos locales; así como otras fuentes de ingresos de derecho privado. Por lo que respecta a los municipios, se les reconocieron como fuentes exclusivas de ingresos, los impuestos sobre: diversiones públicas; mercados; rastros; comercio ambulante; impuestos sobre servicios públicos municipales; licencias; y registros.

Otro acuerdo importante, lo fue establecer fuentes de tributación concurrente sobre bases uniformes, para los gobiernos Federales, estatales

y municipales; se señalaron así los siguientes impuestos: general sobre las ventas de la industria y el comercio; especiales sobre hilados y tejidos; producción y venta de azúcar; producción y venta de alcohol; de bebidas alcohólicas y cerveza; producción y venta de aguas envasadas; y explotación de recursos naturales.

Como consecuencia de los acuerdos de la Tercera Convención Nacional Fiscal, en 1949 se aprobó una nueva reforma a la fracción XXIX del artículo 73 de la Constitución, por virtud de la cual se agregó una nueva fuente de tributación exclusiva para el Gobierno Federal la producción y el consumo de cerveza. En tanto que, del producto de este impuesto los Estados y Municipios recibirían una participación del 40%.

Previamente, en 1947, se promulgó la Ley del Impuesto sobre Ingresos Mercantiles, que sustituyó al antiguo impuesto del timbre sobre las ventas. De acuerdo con esta ley, los comerciantes estaban gravados por la Federación con una tasa del 1.8% sobre los ingresos brutos que percibían como consecuencia de: enajenación de bienes muebles; arrendamientos mercantiles; servicios mercantiles; y comisiones. Esta le permitía a los Estados hacer convenios con el Gobierno Federal a fin de aplicar una tasa local adicional del 1.2%, para llegar a un gravamen de 3.0%. Así, tanto el Gobierno Federal como los gobiernos de los Estados podían ser administradores del impuesto.

En el año de 1948, se celebraron los primeros Convenios de Colaboración Fiscal; sin embargo, no fue sino hasta el año de 1954 cuando entró en vigor la Ley de Coordinación Fiscal entre la Federación y los Estados.

Todavía en los 70's, persistían algunos impuestos federales, en los que no se otorgaban participaciones a los Estados y Municipios. El procedimiento para la distribución de las participaciones era diferente en los diversos gravámenes, unos se realizaban por la producción y otros por el consumo, e incluso, había algunos por ambos conceptos. El cálculo y el pago de las participaciones, se encontraban desfasados de tres a seis meses, con relación a las fechas, en que se cubrían los impuestos por parte de los contribuyentes.

6). La Ley de Coordinación Fiscal de 1980

A partir de la promulgación de la nueva Ley de Coordinación Fiscal, el 27 de diciembre de 1978, que entró en vigor el 1º de enero de 1980, se redefinieron las responsabilidades tributarias de los tres niveles de Gobierno; los Estados, aceptaron limitar su capacidad recaudadora y la

Federación, por su parte, se comprometió a fortalecer el sistema de participaciones, bajo el principio del resarcimiento.

En 1990, se planteó el establecimiento de un sistema más equitativo de redistribución, de las participaciones hacia los Estados y Municipios, pasando de una base resarcitoria, a otra que se sustenta en criterios más equitativos, tanto de naturaleza demográfica como económica.

En el año de 2004, se llevó a cabo la Primera Convención Nacional Hacendaria; como resultado de la misma, se declaró: *la necesidad de desarrollar una reforma hacendaria construida de manera responsable y ordenada, que con apego al espíritu de los principios constitucionales fortalezca al federalismo, las haciendas públicas y la solidez financiera del país, capaz de impulsar en forma sostenida el crecimiento económico, el empleo y el desarrollo nacional.*

En el México actual ha vuelto a resurgir el ideal del federalismo como la mejor manera de mantener y preservar la unión de la República, ante los nuevos tiempos, que marca la globalización y la apertura comercial.

Las diferentes corrientes políticas y de la sociedad civil, de nuestro país, han planteado la necesidad de alcanzar, un consenso básico general, sobre un nuevo federalismo, un verdadero federalismo fiscal más democrático; entendido éste, de conformidad con los postulados constitucionales previstos en la fracción II del artículo 3º de la Carta Magna:

a) Será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo;

7). Reformas a la Ley de Coordinación Fiscal de 1995

Las reformas a la Ley de Coordinación Fiscal de 1995, continuaron con el impulso de un incipiente federalismo fiscal, además de fortalecer las facultades jurídicas y económicas de los ordenes Estatal y Municipal de Gobierno, para que mediante la distribución de recursos y responsabilidades se mejorara la eficiencia en la provisión de servicios, contribuyera al equilibrio de las finanzas públicas, promoviera la competitividad y el desarrollo de la economía nacional.

La actual Ley de Coordinación Fiscal, determinó por primera vez el monto de las participaciones con base en la casi totalidad de los ingresos tributarios de la Federación, y no como venía ocurriendo anteriormente, que sólo se consideraban algunos impuestos. La Ley de Coordinación Fiscal establece dos fondos: El Fondo General de Participaciones (Ramo 28) que se

constituía originalmente con el 13 por ciento, y actualmente con el 20 por ciento de la Recaudación Federal Participable que obtenga la Federación en un ejercicio. Las reformas a las leyes fiscales han inducido lógicamente a reformas al Sistema de Coordinación Fiscal. Así por ejemplo, con las reformas al IVA en 1988 la Secretaría de Hacienda y Crédito Público celebró nuevos Convenios de Colaboración Administrativa en materia fiscal, vigentes actualmente.

De acuerdo con este Sistema, los ingresos estatales quedan reducidos a ciertos impuestos, derechos, endeudamiento, tarifas sobre servicios públicos y las transferencias federales, en este último caso hay que destacar que además de que muchas veces duplican esfuerzos no hay criterios de racionalidad global con las participaciones por impuestos.⁷⁵

En suma, la Ley de Coordinación Fiscal establece las normas y procedimientos para regular las relaciones entre la Federación y las Entidades Federativas, en materia tributaria.

El Sistema Nacional de Coordinación Fiscal (SNCF) se sustenta en cuatro pilares:

1. *El Marco Jurídico.*
2. *Los Organismos de Coordinación Fiscal.*
3. *El Sistema de Participaciones.*
4. *Las Aportaciones Federales.*

El Marco Jurídico del SNCF, se fundamenta en la Ley de Coordinación, el Convenio de Adhesión al Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, (Acuerdo en el caso del Distrito Federal) y el Convenio de Colaboración Administrativa en Materia Fiscal Federal.

Todas las Entidades Federativas se encuentran actualmente adheridas, al Sistema Nacional de Coordinación Fiscal y coordinadas en derechos.

El Convenio de Colaboración Administrativa, por su parte, establece claramente las funciones de fiscalización y Administración de los ingresos federales, que se ejercen por las Entidades Federativas, y por las cuales perciben incentivos económicos.

⁷⁵ MIJANGOS BORJA, María de la Luz, *Federalismo fiscal en México: La necesidad de redefinir el régimen de facultades constitucionales en materia fiscal*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado no. 84, Nueva Serie, Año XXVIII, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, sep.-dic. 1995.

Para facilitar el desarrollo, la vigilancia, y el perfeccionamiento del Sistema, la Ley establece los organismos intergubernamentales, donde las Entidades concurren; estos son:

- a) La Reunión Nacional de Funcionarios Fiscales (que se debe de celebrar una vez al año,
175. La Comisión Permanente de Funcionarios Fiscales (integrada por los 32 Secretarios de Finanzas de las Entidades Federativas que se renueva durante la Reunión Nacional) y
- b) La Junta de Coordinación Fiscal (que resuelve en forma arbitral los litigios entre los particulares y las Entidades en materia fiscal),

Estos organismos, cuentan para el mejor desempeño de sus funciones con el apoyo y asesoría técnica, desde el año de 1973, del Instituto para el Desarrollo Técnico de las Haciendas Públicas (INDETEC) creado *ex profeso*, y cuyos recursos presupuestales son aportados en un 40% por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y el 60% restante por las Secretarías de Finanzas de los 31 Estados y el Distrito Federal.

De conformidad con artículo 22 de la Ley de Coordinación Fiscal, el INDETEC cuenta con las siguientes atribuciones:

Artículo 22.- *El Instituto para el Desarrollo Técnico de las Haciendas Públicas (INDETEC), es un organismo público, con personalidad jurídica y patrimonio propios, con las siguientes funciones:*

- I.- Realizar estudios relativos al sistema nacional de coordinación fiscal.*
- II.- Hacer estudios permanentes de la legislación tributaria vigente en la Federación y en cada una de las entidades, así como de las respectivas administraciones.*
- III.- Sugerir medidas encaminadas a coordinar la acción impositiva federal y local, para lograr la más equitativa distribución de los ingresos entre la Federación y las entidades.*
- IV.- Desempeñar las funciones de secretaría técnica de la Reunión Nacional y de la Comisión Permanente de Funcionarios Fiscales.*
- V.- Actuar como consultor técnico de las haciendas públicas.*
- VI.- Promover el desarrollo técnico de las haciendas públicas municipales.*
- VII.- Capacitar técnicos y funcionarios fiscales.*

VIII.- *Desarrollar los programas que apruebe la Reunión Nacional de Funcionarios Fiscales.*

Para el desempeño de las funciones indicadas el Instituto podrá participar en programas con otras instituciones u organismos que realicen actividades similares.

IV. 5. EL FONDO GENERAL DE PARTICIPACIONES

De conformidad con el artículo 2º de la Ley de Coordinación Fiscal (LCF), el Fondo General de Participaciones (FGP) se calcula anualmente y se integra por la mayoría de los impuestos federales, con las excepciones previstas en la propia Ley:

Artículo 2o.- *El Fondo General de Participaciones se constituirá con el 20% de la recaudación federal participable que obtenga la federación en un ejercicio.*

La recaudación federal participable será la que obtenga la Federación por todos sus impuestos, así como por los derechos sobre la extracción de petróleo y de minería, disminuidos con el total de las devoluciones por los mismos conceptos.

No se incluirán en la recaudación federal participable, los impuestos adicionales del 3% sobre el impuesto general de exportación de petróleo crudo, gas natural y sus derivados y del 2% en las demás exportaciones; ni tampoco los derechos adicionales o extraordinarios, sobre la extracción de petróleo.

Tampoco se incluirán en la recaudación federal participable los incentivos que se establezcan en los convenios de colaboración administrativa; ni el impuesto sobre automóviles nuevos; ni la parte de la recaudación correspondiente al impuesto especial sobre producción y servicios en que participen las entidades en los términos del artículo 3o.-A de esta Ley; ni la parte correspondiente al régimen de pequeños contribuyentes; ni la recaudación obtenida en términos de lo previsto en los artículos 2o., fracción II, inciso B) y 2o.-A, fracción II, de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios; ni las cantidades que se distribuyan a las entidades federativas de acuerdo con lo previsto en los artículos 4o.-A y 4o.-B de esta Ley; ni el excedente de los ingresos que obtenga la Federación por aplicar una tasa superior al 1% a los ingresos por la obtención de premios a que se refieren los artículos 163 y 202 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

El FGP, representa la principal fuente de ingresos de las Entidades Federativas, constituyendo, en promedio, más del 80 % del total de sus ingresos. Sólo 7 Entidades Federativas generan más del 10% de sus ingresos con recursos propios, siendo el Distrito Federal el que mayores niveles alcanza con el 40.6%.

El Fondo se integra con un porcentaje de la Recaudación Federal Participable (RFP) y ha venido aumentando con el tiempo, en su origen, fue de 13%, después subió al 17.48%, y se mantuvo en 18.51% desde 1991 hasta diciembre de 1995, y a partir del 1 de enero de 1996, se vio incrementado al 20%.

A este 20%, habrá que agregar cerca de un 5% adicional por varios conceptos, sobresaliendo de ellos, el 1% por Coordinación en Derechos; un 1.68% por Incentivos Económicos; un 1% por el Fondo de Fomento Municipal, y un 0.42% por impuestos especiales, sobre Producción y Servicios (cerveza, tabacos labrados y bebidas alcohólicas).

En los últimos años se ha cuestionado al Gobierno de la República, el porqué solo transfiere a las Entidades Federativas, por Participaciones, el 20% de la recaudación; porcentaje que en realidad es prácticamente del 25%, y como consecuencia la Federación se queda con el restante 75%.

La Federación justifica esta relación, señalando que por la vía de las Aportaciones federales transfiere a las Entidades Federativas y al Distrito Federal otra cantidad semejante al de las Participaciones, adicionales a las inversiones directas que realiza en obra pública, con lo que alcanza hasta un 54% del gasto total federal. Situación que si bien es cierta, presenta un alto grado de centralización de los programas, que es la crítica que se les hace de no propiciar el Federalismo.

Antes de la última reforma a la Ley de Coordinación Fiscal del 21 de diciembre de 2007, que entró en vigor el 1 de enero de 2008, la RFP era distribuida a las Entidades Federativas en tres partes:

- El 45.17 % en proporción directa a los habitantes
- Otro 45.17 % en base a los impuestos federales asignables, (art. 3, LCF) y
- El 9.66 % restante, en proporción inversa a la participación por habitante, que tenga cada Entidad Federativa, en la suma de las anteriores participaciones mencionadas.

La reforma hacendaria aprobada para 2008, contiene trascendentes modificaciones que diseñan un escenario de futuro diferente para las relaciones hacendarias de los tres órdenes de gobierno. En este contexto, uno de los cambios más relevantes se encuentra en la vinculación de las participaciones de las entidades federativas con las tareas de la eficiencia de las administraciones tributarias locales; toda vez que a partir de 2008, las transferencias federales por participaciones se encuentran vinculadas a los esfuerzos y resultados que en materia de administración tributaria realicen los gobiernos locales (estatales y municipales). De esta manera, con las reformas aprobadas -con algunos matices de gradualidad-, se adujo, se logrará que las haciendas locales tengan un papel más determinante y protagónico en la definición del monto de recursos que, vía el Sistema Nacional de Participaciones, corresponderán a cada una de ellas. Concretamente, son dos fondos de participaciones en donde será determinante el esfuerzo local por incrementar la recaudación tributaria; el fondo General de Participaciones (FGP) y en el Fondo de Fiscalización Estatal (FOFIE).⁷⁶

A partir de esta reforma, los criterios de distribución de participaciones cambiaron de manera por demás significativa en el Fondo General de Participaciones, que representa la principal bolsa de recursos para las entidades federativas.

La distribución de este fondo se plantea en dos partes: A) La primera que equivale al monto histórico liquidado en 2007, y se distribuye con el mismo coeficiente con que se pagó el fondo en dicho año; ello a efecto de evitar cambios muy drásticos de un año a otro. B) La segunda parte, se distribuye con los nuevos criterios vigentes a partir de 2008 y la base de reparto para cada año será el monto que exceda de las participaciones entregadas en 2007. Los nuevos criterios que premia el nuevo mecanismo de reparto del FGP son: i) Crecimiento del PIB de las entidades federativas (60%); ii) Incrementos en la recaudación de los impuestos y derechos locales (30%) y iii) Nivel de recaudación de impuestos y derechos locales. De esta manera, el 40%, del crecimiento respecto a las participaciones pagadas en 2007, se distribuirá a través de criterios que “preman” la eficiencia del sistema tributario local.⁷⁷

También, en 2008 se creó un nuevo fondo de participaciones, denominado Fondo de Fiscalización Estatal (FOFIE), que se integra con el 1%

⁷⁶ Extracto del Mensaje del Director General del INDETEC,
<http://www.indetec.gob.mx/Estatal/>

⁷⁷ *Ibidem*.

de la RFP que tiene su origen en la coordinación en derechos y por el .25% de la misma RFP que se utilizaba como reserva de contingencia. En suma, el nuevo fondo equivale al 1.25% de la RFP. Este fondo se utiliza para incentivar la eficiencia en las tareas de colaboración en la administración de los impuestos federales coordinados y los criterios para su distribución son: a) Determinación de cifras virtuales de la entidad en impuestos federales (30%); b) Valor de mercancía de procedencia extranjera embargada (10%); c) Incremento en la recaudación de REPECOS (25%); d) Incremento en recaudación de Intermedios (25%); e) Nivel de recaudación de REPECOS (5%); y f) Nivel de recaudación de Intermedios (5%). En suma, el FOFIE representa una herramienta para incentivar las tareas de colaboración administrativa en los impuestos federales coordinados, que llevan a cabo las entidades federativas.⁷⁸

Sólo queda apreciar, si la reforma hecha al cálculo de las participaciones no se traduce en una caída en los ingresos fiscales de las Entidades Federativas con mayor atraso, dado que uno de los factores incorporados a la nueva fórmula corresponde al Producto Interno Bruto (PIB) de la Entidad Federativa y se excluye el factor de la población.

⁷⁸ *Ibidem.*

V. LA PROSPECTIVA DEL FEDERALISMO FISCAL RETO DEL ESTADO MEXICANO DEL SIGLO XXI

Sostiene *Mijangos Borja*, que la materia fiscal es en donde resulta más evidente la tensión entre las corrientes de la administración pública relacionadas con los sistemas centralistas y federalistas; así, en el estudio de la historia de nuestro país, encontramos esta confrontación en la época colonial, en el México independiente, en el Imperio de *Maximiliano*, en la Reforma, en la etapa pos revolucionaria, hasta el actual siglo XXI. La preocupación por el régimen de facultades fiscales, afirma esta investigadora, surge con anterioridad a la Constitución de 1824, que adoptó la estructura federal como forma de organización política; en este sentido, un mes antes de la promulgación de la Constitución, ya se había expedido la Ley de Clasificación de Rentas, la cual reservaba a los Estados las fuentes no atribuidas a la Federación y establecía como obligación a dichas entidades de aportar una cantidad al gobierno federal.⁷⁹

Este sistema residual a la inversa, se presenta en varios países federalistas como el de los Estados Unidos de América y Canadá; en donde los impuestos al consumo⁸⁰ son potestades concedidas a los Estados de la Federación.

El *Comité de Detalle*, estableció en el primer lugar de las materias competencia de la Federación, que el legislativo de los Estados Unidos de América estaría facultado para establecer y recaudar tributos, impuestos y derechos especiales, reconociéndole de esta forma un poder tributario genérico.

Por lo que considero, que dada la gran dependencia que han tenido y tienen las Entidades Federativas de los recursos fiscales federales, en el caso de nuestro país, pudiera estudiarse la posibilidad de trasladar gradualmente la facultad de aplicar los impuestos al consumo (IVA e IEPS) a las Entidades Federativas, incluyendo al Distrito Federal.

No obstante que la Constitución de 1824 se inspiró en gran medida en el modelo federalista americano, las condiciones del nacimiento de nuestro sistema federal, es completamente diferente al de los Estados Unidos de América, donde las trece colonias se opusieron a la concentración del poder financiero en la metrópoli inglesa; y, en consecuencia, la Constitución

⁷⁹ MIJANGOS BORJA, *Op. Cit.*

⁸⁰ *Excise Tax*: Impuesto Sobre la venta de bienes y servicios.

Federal de la unión americana, dotó a los Estados federados de una gran autonomía impositiva, desde sus orígenes.

Abundando en el tema, Laboulaye afirma: *Los impuestos que puede establecer el Congreso, comprenden, como lo sabéis, cuanto la imaginación humana ha ideado en la materia... Pero si el Congreso goza de libertad en la elección no puede sin embargo establecer impuestos sino para proveer a un gasto federal; el derecho es limitado.*

En el caso de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución de 1824 no delimitó los ámbitos de competencia en materia fiscal, entre la Federación y los Estados, para establecer contribuciones, excepto la prohibición de que éstos pudieran gravar el comercio exterior. Se estableció así, implícitamente, un régimen de facultades concurrentes con limitaciones exclusivamente para los Estados.

El artículo 120 del proyecto de Constitución del año 1856, contenía una división de facultades muy interesante y establecía:

Los estados para formar su hacienda particular, sólo podrán establecer contribuciones directas; la Federación sólo podrá establecer impuestos indirectos.

Esto obedecía, por supuesto, a que los impuestos directos, concretamente el impuesto sobre la renta, no había alcanzado el desarrollo y la importancia económica que tiene actualmente. Este proyecto fue rechazado en perjuicio de las finanzas de los Estados.

La Constitución de 1857 planteó de forma expresa el problema de las facultades concurrentes, pero no especificó cuáles serían los impuestos que podría establecer la Federación, sino que sólo reservó a ésta, a través de las facultades otorgadas al Congreso en el artículo 72 Constitucional, los relativos a: aprobar el presupuesto de gastos de la federación que anualmente debe presentar el Ejecutivo, e imponer las contribuciones necesarias para cubrirlo (VII); para expedir aranceles sobre el comercio extranjero, y para impedir, por medio de bases generales, que en el comercio de Estado a Estado, se establezcan restricciones onerosas (IX). Al no ser una enunciación limitativa, quedaban fuentes de riqueza que tanto la Federación como los Estados podían gravar de manera concurrente.

Mijangos Borja, hace una recapitulación de las múltiples reformas constitucionales en materia fiscal, incluyendo las que se hicieron con objeto de fortalecer al municipio; las que resume en los siguientes puntos:⁸¹

⁸¹ *Ibidem.*

- a) Existen algunos impuestos reservados en forma exclusiva a la Federación.*
- b) No existen impuestos reservados en forma exclusiva a los Estados.*
- c) La Federación tiene un poder tributario genérico, basado en la fracción VII del artículo 73. Con apoyo en esta norma puede establecer impuestos sobre las materias que le están reservadas y sobre todas las demás.*
- d) Los Estados tienen un poder tributario genérico para gravar todas las materias con el fin de cubrir el presupuesto de egresos local, tal como resulta de la aplicación del artículo 124 de la Constitución, con la limitación de no poder gravar las materias reservadas a la Federación.*
- e) El Poder Fiscal de los Estados, por lo tanto, es concurrente con el de la Federación. La concurrencia que da lugar a la doble o múltiple tributación no es anticonstitucional porque el artículo 31, fracción IV, establece que los mexicanos están obligados a contribuir a los gastos públicos de la Federación, de los Estados y los municipios.*
- f) Las contribuciones de los municipios las establecen las legislaturas de los Estados. Corresponde a los municipios tanto la administración como el producto de la recaudación de los impuestos a la propiedad inmobiliaria que establezcan los Estados.*
- g) Federación, Estados y municipios, pueden compartir entre ellos los productos de la recaudación de sus respectivas contribuciones. Actualmente sólo existen participaciones de la Federación a los Estados y de éstos a los municipios, aunque técnicamente podría haberlas en sentido contrario. En el caso de los impuestos especiales, la Federación está obligada a otorgar participaciones a los Estados y en el caso de la energía eléctrica al municipio. El monto de la participación lo fija una Ley federal.*

Los recursos fiscales son, sin duda, un reflejo de la situación económica nacional, y, por tanto, han resentido también los efectos de los fenómenos exógenos derivados de la crisis financiera internacional. Tal situación, nos lleva a preguntarnos sobre la mejor manera de afrontar el origen y corregir los efectos que se resentirán en las finanzas públicas.

Las limitaciones de los ingresos públicos para hacer frente a las necesidades de gasto del país, han hecho necesario realizar reformas fiscales tendentes a la atención de cuatro grandes problemas, tanto estructurales como coyunturales, que enfrentan las finanzas públicas:

1. *Bajos niveles de recaudación*
2. *Caída de los ingresos petroleros*
3. *Amplios niveles de evasión*
4. *Elusión fiscal*

Para solucionar dicha problemática, el paquete económico para el ejercicio 2010 contempló ciertas medidas para incrementar el nivel de los ingresos públicos como proporción del PIB, y para disminuir la dependencia financiera de la actividad petrolera; además, contempla medidas adicionales para cubrir un probable déficit en los ingresos de 374 mil millones de pesos en 2010. Así, la reforma tributaria para 2010, planteó una serie de medidas tendentes a incrementar los recursos fiscales por el orden de los 136,410 millones de pesos.

El aumento de los impuestos federales para las finanzas de las entidades federativas y municipios, se traducirá en un incremento en el monto de la Recaudación Federal Participable, la que se estima alcance la cifra de 1 billón 657 mil 998 millones de pesos; equivalente a un incremento del 12.7%.

El impuesto al valor agregado (IVA) mostró un incremento en la recaudación, debido principalmente al aumento de la tasa del 15 al 16% y de 10 a 11% en la región fronteriza; elementos que influyeron en la recaudación de este impuesto hasta una cantidad de 95,019.5 mdp, o sea, 20% real mayor a la obtenida en enero-febrero de 2009, en la que se obtuvieron 75,640.7 mdp.

La reforma del impuesto sobre renta (ISR), que aumentó su tasa impositiva del 28 al 30%; que permitió que la recaudación del ISR creciera en 13.5% más que la recaudación obtenida durante el primer bimestre de 2009, al lograr 118,205.3 mdp.

El impuesto empresarial de tasa única (IETU) y el impuesto a los depósitos en efectivo (IDE) durante el primer bimestre del año disminuyeron -6.7% y 57.7% en términos reales, respectivamente, al recaudar 11,311.0 y 2,982.0 contra lo recaudado en el mismo período enero-febrero de 2009, de 11,587.7 y 6,734.1 mdp.

No obstante lo anterior, la recaudación del ISR, incluyendo el IETU y el IDE creció 7.8% en febrero, disminuyendo su ritmo de crecimiento respecto el mes de enero que fue de 8.9%.

Con relación al impuesto especial sobre producción y servicios (IEPS), que tuvieron ajustes en las tasas impositivas de la cerveza (25 a 26.5%), bebidas alcohólicas (50 a 53%), juegos y sorteos (20 a 30%); así como el

establecimiento de una tasa del 3% a los servicios de telecomunicaciones, hicieron que se lograra una recaudación de 12,399.2 mdp, que representa un incremento de 62.1% contra lo registrado en el primer bimestre de 2009.

Por su parte, los ingresos no tributarios no petroleros fueron de 29,600 mdp, que significó un retroceso de 26.7% respecto al mismo período del año pasado.⁸²

En los últimos sexenios, nos dice el Centro de Estudios de las Finanzas Públicas (CEFP) de la Cámara de Diputados, una tercera parte de los ingresos del sector público en México provienen de un recurso natural no renovable, cuyo precio es altamente volátil en los mercados internacionales; es el caso del petróleo. Este hecho no sólo dificulta la operación del Gobierno Federal en el corto plazo, sino que pone en riesgo la sostenibilidad de las finanzas públicas en el mediano plazo y afecta negativamente la equidad intergeneracional a largo plazo. Por lo anterior, existe un consenso sobre la necesidad de fortalecer los recursos tributarios y con ello disminuir la dependencia que se tiene de los ingresos petroleros.⁸³

Para algunos sectores, lo que se requiere es llevar a cabo transformaciones estructurales, inmediatas y a corto plazo; con el objeto de que la actividad gubernamental revise su política fiscal, que permita la creación de empleos, incentive la inversión privada y promueva la reactivación del mercado interno; para otros, se requiere priorizar las partidas del gasto social y la inversión pública; y otros más, plantean revisar las funciones del Estado proponiendo su adelgazamiento y la privatización de las actividades estratégicas, previas reformas constitucionales; y por parte de las autoridades hacendarias, incrementar sus ingresos a como dé lugar y de la manera más pronta posible.

¿Cómo encontrar las posibles coincidencias?, en caso de haberlas; o ¿Cómo propiciar que se llegue a un justo medio en las políticas públicas? Aquí está el gran reto para el Estado mexicano, en sus tres poderes y en los dos órdenes de gobierno (Federal y Local), de actuar dentro del marco de las facultades y atribuciones que la Constitución le permite, y complementar sus acciones en concordancia con los otros sectores productivos del país, el privado y el social.

⁸² ORTIZ RUIZ, Miguel. *Comentarios a Las finanzas del sector público, al mes de febrero 2010*, INDETEC, 9 de abril de 2010.

⁸³ CEFP, *Diagnóstico del Sistema Fiscal Mexicano*, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, Sec. 2, Política de Ingresos, México 2010, p. 1.

Dentro de la división de poderes, en el ámbito federal, le corresponde al Ejecutivo y en particular a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, como área normativa de la economía nacional, proveer de los recursos financieros a través de las acciones de recaudación y ejercicio del gasto; aspectos que pueden sintetizarse en el ejercicio de la facultad imperativa del Estado, que la Constitución señala como una obligación de los mexicanos de *contribuir para cubrir los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes*.

CONCLUSIONES

La concentración de facultades por parte del Poder Ejecutivo, ha sido la tónica imperante, con algunas variantes, durante los cerca de doscientos años del México independiente; por lo que es necesaria la redistribución de competencias entre las Entidades Federativas y el Gobierno Federal, así como la descentralización de mayores facultades hacia éstas.

Terminada la etapa posrevolucionaria, cuya característica fue la de un federalismo centralizador sustentado en un Ejecutivo fuerte, como lo planteó Carranza a los Constituyentes de Querétaro, que lo colocó por encima incluso de los otros dos Poderes (Legislativo y Judicial), necesario para mantener unida políticamente a la Nación; y a casi un siglo de la promulgación de la Constitución de 1917, es indispensable hacer un alto en el camino y pugnar por iniciar una nueva etapa que nos lleve a reformar el sistema actual, ya caduco, para transformarlo en un nuevo sistema federalista participativo; que modifique los agotados paradigmas centralizadores, y se sustente en la descentralización de facultades de la Federación sobre todo en los temas fiscales; trasladando gradualmente hacia los Estados y Municipios algunas potestades tributarias (impuestos al consumo) y el ejercicio directo del gasto público relativo a los programas sociales.

Sin embargo, para evitar que las Entidades más prósperas concentren la riqueza en ciertas regiones del país, la política fiscal federal tendrá que mantener la recaudación de los impuestos al ingreso (ISR y IETU), procurando que se ajusten a los principios Constitucionales de proporcionalidad y equidad, preceptuados en la fracción IV del artículo 31. Esta acción, debe complementarse con una estrategia nacional de solidaridad interregional y de subsidiaridad, a aplicarse a favor de los Estados y Municipios menos desarrollados.

La actual política fiscal mantiene económicamente maniatados, en los hechos, a las Entidades Federativas y a los Municipios, al someterlos a un mecanismo financiero derivado del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, donde “el que parte y reparte le toca la mayor parte” como dice el adagio popular; bajo este esquema, el Fondo General de Participaciones, se distribuye en un 20% a los Estados y el Distrito Federal, quedándose el Gobierno Federal con el 80% del total de estos recursos; es precisamente de aquí de donde se deriva la necesidad de hacer un replanteamiento, no sólo de la fórmula de reparto de las participaciones, ampliando la parte relativa a las Entidades Federativas, sino también de la distribución de

competencias en materia fiscal, que incluya los ingresos tributarios y el gasto público; únicamente así, se podrá terminar con la perniciosa práctica de centralizar las decisiones sobre el uso de los recursos públicos por parte del Gobierno Federal.

Hechas estas apreciaciones, y como conclusión, se presentan algunas propuestas concretas que tienen como objetivo construir un Nuevo Federalismo, sustentado en reconocer en los hechos la soberanía plasmada en el artículo 40 de la Carta Magna; soberanía que debe de ser además de política, económica, para que las Entidades Federativas sean realmente autosuficientes, dentro de un programa gradual de descentralización de competencias y reasignación de facultades fiscales, entre ellas la relacionada con la recaudación de los impuestos indirectos como acontece en algunos países desarrollados con sistema federal, dejando los impuestos al ingreso (ISR) a cargo de las autoridades federales.

La política hacendaria es, sin duda, el mejor instrumento para cumplir con una función redistributiva del ingreso, equilibrando las desigualdades existentes entre las diversas regiones del país, donde el gasto social descentralizado y no desconcentrado tendrá que jugar un papel fundamental en la búsqueda de la justicia y la equidad.

Sin embargo, la tentación de mantener el poder por parte del Ejecutivo, con la probable complacencia del Legislativo afín a su Partido, parece ser el principal escollo a salvar para iniciar la etapa indispensable de un Nuevo Federalismo; que tendrá que transitar por el Legislativo dentro del campo de la reforma política del régimen federal, que deberá preceder a la denominada reforma económica federalista; para acotar las facultades de la federación, por conducto del Congreso, expresas en el artículo 73 Constitucional, transfiriendo algunas potestades tributarias a los Estados y al Distrito Federal, que les permitan obtener una mayor y mejor independencia económica.

El gasto público en México ha sido una de las principales herramientas del gobierno federal para la ejecución de las políticas públicas, ya que a través de éste se ponen en marcha los distintos programas y proyectos del gobierno federal; dentro de los cuales destacan los de educación y de salud; que son elementos importantes para el desarrollo de la sociedad; empero, aún queda mucho por hacer, pues no se ha logrado dar acceso a los servicios educativos a toda la población mexicana y tampoco crear una cobertura universal en salud.

A pesar del gran gasto social, que no ha dejado de incrementarse por lustros, aun existen rezagos importantes que no necesariamente están

relacionados con el monto de los recursos, si no con la eficacia en el manejo de los mismos, por la excesiva intermediación burocrática que se presenta en las distintas entidades que conforman la administración pública.

De ahí que, para que los objetivos del gasto público se cumplan, será preciso pensar en una reforma del servicio público; para ello es indispensable, la participación de las Entidades Federativas en la ejecución directa del mismo, federalizando el gasto social como premisa fundamental; la atención debe darla primordialmente la autoridad más cercana a la población, quien la premiará o descalificará en los siguientes comicios locales.

Empero, la solución no se puede dar de golpe, sino que tendrá que procurarse se haga por etapas y de manera gradual; así, por ejemplo, en una primera etapa podría descentralizarse hacia los Estados y el Distrito Federal todos los programas relativos a los Ramos 33 y otros del Presupuesto de Egresos de la Federación; dejando a las entidades de la Administración Pública Federal la elaboración de la normatividad aplicable, que incluya las reglas de operación; dentro de esta misma etapa, se puede avanzar dentro del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, modificando la fórmula de repartición de las participaciones federales, ampliando el porcentaje actual de un 20 a un 50 por ciento para las Entidades Federativas, haciendo lo propio hacia los Municipios.

En una segunda etapa, en tanto se realiza la reforma al sistema fiscal que permita transferir potestades tributarias y de ejercicio del gasto social hacia las Entidades Federativas; estudiar la descentralización de la recaudación y administración de los impuestos al consumo: IVA e IEPS, a las Entidades Federativas; la que deberá realizarse también gradualmente bajo la supervisión de las autoridades hacendarias.

Sólo de esta manera, se podrá afirmar que nuestro gobierno es realmente un sistema federal participativo y no como ha sido hasta la fecha con tintes centralistas muy acentuados, sobre todo en lo económico.

En paralelo a estas acciones de carácter económico, es necesario realizar otras de carácter político, que promuevan y fortalezcan la soberanía de los Estados y el Distrito Federal; con el objeto de que se les otorguen más facultades que les permitan la toma de decisiones en beneficio de sus gobernados en un auténtico pacto federal, que reconociendo sus autonomías no signifique la pérdida de la integridad nacional.

Resulta pues imperioso, transitar hacia el perfeccionamiento de nuestro Federalismo para reducir el exceso del poder centralizado, cuidando de legislar oportuna y adecuadamente, para no llegar al extremo de transferir

hacia los Estados los vicios de un Federalismo Centralizador y que se repitan éstos de los Estados hacia sus Municipios. Empero, es indispensable que este proceso descentralizador se realice gradualmente en todas las funciones posibles, tendentes a fortalecer a los Municipios y con ello consolidar la democracia en el orden menor de la administración gubernamental, consolidando así una mayor independencia política y autonomía económica.

BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA LÓPEZ, Leonel Alejandro, *La forma federal de Estado*, primera reimpresión, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005.
- ARTEAGA NAVA, Elisur, *Tratado de Derecho Constitucional*, volumen I, Biblioteca de Derecho Constitucional, Oxford University Press, México 1999.
- BURGOA, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, 16ª. Ed., Porrúa, México 2003.
- CÁMARA DE DIPUTADOS *Derechos del Pueblo Mexicano*, XLVI Legislatura, México, 1967.
- CEFP, *Diagnóstico del Sistema Fiscal Mexicano*, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, Sec. 2, Política de Ingresos, México 2010.
- DE LA CUEVA, Mario, *La idea del Estado*, quinta edición, Fondo de Cultura Económica, México 1996.
- DE LA GARZA, Sergio Francisco, *Derecho Financiero Mexicano*, Décimo octava edición, tercera reimpresión, Ed. Porrúa, México, 2000.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 5a. edición, Edit. Porrúa, UNAM, México 2007.
- KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, textos universitarios, Facultad de Derecho, UNAM, México, 1988.
- MÁRQUEZ RÁBAGO, Sergio R., *Evolución Constitucional Mexicana*, Editorial Porrúa, México 2002.
- MARVÁN, Laborde Ignacio. *Reflexiones sobre federalismo y sistema político en México*. CIDE, Revista Política y Gobierno, vol. IV, núm. 1, México, 1997.
- MIJANGOS BORJA, María de la Luz, *Federalismo fiscal en México: La necesidad de redefinir el régimen de facultades constitucionales en materia*

fiscal, Boletín Mexicano de Derecho Comparado no. 84, Nueva Serie Año XXVIII, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, sep.-dic. 1995.

ORTIZ RUIZ, Miguel. *Comentarios a Las finanzas del sector público, al mes de febrero 2010*, INDETEC, 9 de abril de 2010.

PANI Erika. *Para mexicanizar el segundo imperio. El imaginario político de los imperialistas*. México: El Colegio de México- Instituto Mora, 2001.

PROUDHON, Pedro J., *El Principio Federativo*, Cásicos Ciencia Política, Guernica, segunda edición, México 2001.

SAYEG HELÚ, Jorge, *El constitucionalismo social mexicano*, Cultura y Ciencia Política, México, 1972.

SOBARZO FIMBRES, HORACIO, *Federalismo Fiscal en México*, Economía, Sociedad y Territorio, Revista Dossier especial, 2004.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN en *El Federalismo*, serie Grandes Temas del Constitucionalismo Mexicano, primera reimpresión, México 2006.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 30ª. Ed., México 1996.

VALERO FLORES, Carlos Norberto, *Instrumentos Constitucionales de Control Legislativo en Materia Económica*, Cámara de Diputados LX Legislatura, Expediente no. 15, CEDIP, 2007.

DESCENTRALIZACIÓN DE FACULTADES FINANCIERAS A LOS GOBIERNOS SUBNACIONALES

El caso de Alemania

CARLOS NORBERTO VALERO FLORES*

* Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Director de Proyecto del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias

INTRODUCCIÓN

Los sistemas federales modernos se han distinguido por un creciente reconocimiento de las autonomías de los Estados federados, tanto en los aspectos políticos como en los financieros, tendentes, por una parte, a consolidar la afirmación de las identidades regionales y por otra, a garantizar su suficiencia económica y administrativa.

En este ejercicio de democracia participativa, se ha avanzado en la adaptación de las haciendas públicas nacionales, para pasar de una política preponderantemente centralista a otra de descentralización de facultades hacia los Estados y Municipios; ampliando con ello, las competencias de estos dos órdenes de gobierno; empero, la descentralización de facultades no ha sido homogénea y presenta características especiales en cada uno de los países y de sus regiones; por lo que el proceso de descentralización ha obedecido a los elementos de tipo histórico, cultural, económico y sobre todo político de cada Estado en lo particular.⁸⁴

La teoría del federalismo fiscal, se ha encargado de demostrar, en el estricto sentido de la eficacia económica, la conveniencia de atribuir la prestación de un buen número de de servicios y responsabilidades públicas a los gobiernos de las provincias o Estados y, en concreto a los gobiernos locales.

Autores como *Bird*,⁸⁵ señalan que hay dos enfoques posibles sobre la descentralización fiscal: el primero, es el llamado *top-down*, que trata de justificarla en función de los intereses del gobierno central (como un sistema); y el segundo, el enfoque denominado *bottom-up*, que se refiere a las partes del sistema (como módulos), atribuida a la mejora de la eficiencia económica con el fortalecimiento de la autonomía local, la diversidad y la existencia de políticas públicas, que aboguen por la participación, la responsabilidad y la rendición de cuentas (*accountability*) de los gobernantes más cercanos a sus gobernados, (sobre todo los Municipios); es este segundo enfoque, el más extendido en la actualidad, referido a los procesos de descentralización que se han incrementado en el mundo como la principal justificación del principio de subsidiaridad.⁸⁶

⁸⁴ CASTELLS, Antoni, *Haciendas locales, autonomía y responsabilidad fiscal*, Gestión y Política Públicas, vol. VIII, núm. 2, Universidad de Barcelona segundo semestre de 1999, p. 279.

⁸⁵ BIRD, Richard, *Threading the Fiscal Labyrinth: Some Issues in Fiscal Decentralization*, National Tax Journal, June 1993, pp. 207, citado por CASTELLS, *op. cit.*, p. 279.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 208.

Sin embargo, a pesar de las manifestaciones políticas a favor de la descentralización, en muchos países, entre ellos el nuestro, persiste un alto grado de concentración; prueba de ello es la fórmula del reparto de las participaciones federales, que de conformidad con la Ley de Coordinación Fiscal, el 80% le corresponde a la Federación (gobierno federal) y sólo el 20% a los Estados y Municipios, así como al Distrito Federal; aun cuando se diga que el gobierno federal por la vía de las transferencias del Ramo 33 traslada una porción semejante a través de los programas sociales, la realidad es que las decisiones se encuentran centralizadas y sujetas a la normatividad central (reglas de operación). Si bien los defensores de la centralización del gasto público, señalan que el presupuesto de egresos es un buen índice para conocer el grado de descentralización de los recursos hacia los Estados y el Distrito Federal, no es un indicador exacto, puesto que la toma de decisiones por los gobiernos locales se encuentra muy acotada.

Castells, afirma que los Estados federales con mayor grado de descentralización corresponden a los más desarrollados económicamente; tal es el caso de los países nórdicos, contra los menos evolucionados en donde se encuentran los de lengua latina; en el caso de Alemania, de este estudio, el grado de centralización es de un 62 por ciento, comparado con México que es de un 80%.⁸⁷

Otros investigadores como *Larios*, refiere un grado de concentración mayor en los Gobiernos Federales, de hasta 70, para Alemania, incluyendo las partidas de transferencias destinadas a los servicios sociales a cargo de los Gobiernos Federales.

Esta inquietud, motivó la realización de este trabajo de investigación, cuyo principal objetivo es adentrarse al conocimiento de las facultades financieras descentralizadas a los órganos subnacionales (Estados y Municipios, o sus equivalentes) utilizando la técnica del derecho comparado, en el caso del Estado Federal de Alemania, haciendo un parangón con el sistema federal mexicano.

⁸⁷ CASTELLS, *op. cit.*, p. 281.

CAPÍTULO I. CONCEPTOS DE ESTADO Y DE GOBIERNO

En la antigüedad, los conceptos de forma de Estado y forma de Gobierno, eran considerados sinónimos. Al respecto, el constitucionalista *Arteaga Nava* ha considerado que había cierta razón en esta apreciación, puesto que, por lo general, se trataba de organizaciones políticas muy parecidas y simples, con poblaciones escasas y asentadas en territorios reducidos.⁸⁸

Así, este concepto subsistió todavía en el renacimiento y es por ello que *Maquiavelo* usó ambos términos indistintamente.⁸⁹

De acuerdo con *Kelsen*, la definición del *Estado* resulta difícil, dada la multiplicidad de los objetos que el término comúnmente designa. De esta manera, la palabra es usada en un sentido muy amplio para designar a la *sociedad* como tal, o a una forma especial de sociedad. Pero también, con gran frecuencia, el vocablo es empleado en un sentido restringido para designar al *gobierno*, pero igualmente se utiliza para referirse a la *población*, o incluso al *territorio* en el que ésta habita.⁹⁰

Con la consolidación del Estado moderno, los tratadistas de Derecho Constitucional y de Teoría política, hacen una distinción entre las formas de Estado y las formas de Gobierno.

En relación a las formas de Estado, *Loewenstein* los clasifica en dos grandes categorías: el Estado constitucional y el Estado autocrático; empero, reconoce que entre una y otra se pueden presentar algunas configuraciones intermedias o mixtas.

El Estado constitucional se basa en el principio de la distribución del poder o distribución de competencias, *cheks and balances*. De esta manera, la distribución del poder se da entre varios e independientes detentadores del poder u órganos estatales, quienes participan en la formación de la voluntad estatal y sus atribuciones, que les han sido otorgadas por la propia Constitución; así, el ejercicio del poder político se encuentran sometido a un *control mutuo*, que se da a través de los otros detentadores del poder. El Estado autocrático, por su parte, se distingue del primero en que no existe

⁸⁸ ARTEAGA NAVA, Elisur, *Tratado de Derecho Constitucional*, vol. 1, Biblioteca de Derecho Constitucional, Oxford University Press, México, 1999, p. 99.

⁸⁹ “Todos los Estados, todos los dominios que han tenido y tienen imperio sobre los hombres, han sido y son repúblicas o principados.” *De principatibus*, I, 1, Trillas, México, 1993, p. 51, citado por ARTEAGA NAVA, *op. cit.*, p. 99.

⁹⁰ KELSEN, HANS, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Textos universitarios, Cuarta reimpression, Facultad de Derecho, UNAM, México, 1988, p. 215.

una división del poder, y, por el contrario, el ejercicio del poder se encuentra concentrado; ya sea en una sola persona, un comité, una asamblea, una junta o un partido político. En el ejercicio del poder se presenta un monopolio político, el cual no está sometido a ningún límite constitucional; por lo que su poder es absoluto.⁹¹

Adicional a las dos clasificaciones anteriores, *Loewenstein* nos habla de una tercera clasificación de Estado, al que denomina Estado intermedio; y que podríamos más bien llamarle Estado mixto, puesto que contiene características tanto del Estado constitucional como del Estado autocrático. Este autor afirma, que las formas híbridas o intermedias, surgen normalmente en épocas de transición de un sistema político a otro; por ejemplo, cuando el Estado autocrático transita hacia un Estado constitucional; pero también se puede presentar en un sentido inverso, cuando en el Estado constitucional alguno de los poderes se sobrepone sobre los otros dos, adquiriendo en la práctica la forma autócrata del ejercicio del poder.⁹²

En el mundo moderno, el ejercicio del poder se ha convertido en algo complejo; por lo que la clasificación de forma de gobierno utilizada por *Maquiavelo*, que la dividía en Gobierno republicano y Gobierno monárquico; actualmente ya no es suficiente para explicar el fenómeno dominio-obediencia y sólo se conserva como una reminiscencia que ha sido ampliamente superada.

Actualmente, con base en el concepto de titularidad y el ejercicio de las funciones del Estado, se habla de dos formas de Gobierno: democrático y autocrático.

Dentro de los Gobiernos democráticos, se ubica a las Monarquías constitucionales, a las Repúblicas presidencialistas y a las Repúblicas directoriales; en ellas, se considera la preeminencia de ciertos órganos constitucionales.

La forma de Gobierno autocrática, se caracteriza por la tendencia a la concentración del poder y por el rechazo al pluralismo partidario y de oposición; comprende la *monocracia* (dictadura), considerada como una forma de Gobierno unipersonal en el vértice del ejecutivo y del partido único; en tanto que en la forma de Gobierno *colegiada* se ejerce el poder autocrático por medio de juntas militares, comités o consejos revolucionarios.⁹³

⁹¹ ARTEAGA NAVA, *op. cit.*, p. 101.

⁹² *Ibidem*, p. 101.

⁹³ VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho Constitucional Comparado*, Espasa Calpe, Madrid, 1853, pp. 107-128, citado por ARTEAGA NAVA, *op. cit.*, pp. 102-103.

CAPÍTULO II. EL SISTEMA FEDERAL

El concepto de “Federación” proviene del latín *foederatio*, *-onis*, que representa: acción de federar”, “organismo, entidad, o Estado resultante de dicha acción”, “Estado federal”; y “poder central de ese Estado”; por su parte, el término “federativo”, deviene del latín *foederatus*, *e -ivo-*, que significan “unir por alianza, liga, unión o pacto entre varios”; así como “sistema de varios Estados que, rigiéndose por sus propias leyes, están sujetos en ciertos casos y circunstancias a las decisiones de un gobierno central”.⁹⁴

Es reconocido por todos, que el modelo de Gobierno Federal fue originado en los Estados Unidos de América; empero, existen otras formas “autóctonas” de Gobiernos Federales, en donde cada país ha hecho las adecuaciones que ha considerado apropiadas, derivadas de cuestiones históricas, culturales y políticas; incluso; el propio modelo federal estadounidense no ha quedado estático y por lo contrario ha presentado importantes modificaciones, que en la actualidad lo hacen diferente al Federalismo inicial.⁹⁵

A). Las finanzas públicas en los sistemas federales.

Un sistema de gobierno, como lo es el sistema federal, compuesto por varios órdenes, en el que cada uno tiene facultades expresas; y donde los denominados subnacionales (Estados y Municipios), cuentan con autonomía para asumir ciertas responsabilidades ejecutivas, requiere necesariamente del otorgamiento de instrumentos financieros que hagan posible el desempeño de sus funciones públicas. Estos instrumentos financieros, se encuentran constituidos fundamentalmente por los recursos tributarios y las transferencias intergubernamentales (participaciones y aportaciones); además del acceso al crédito o deuda.⁹⁶

El proceso de descentralización de facultades administrativas de la federación hacia los órganos subnacionales, por ejemplo el ejercicio del gasto público, requiere dotar a estos últimos, de mayores facultades fiscales. Los recursos tributarios representan la base y sustento de las actuaciones de los gobiernos locales, es por ello que el fundamento del principio de subsidiaridad en materia fiscal, adquiera mayor relevancia, al

⁹⁴ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima segunda edición.

⁹⁵ ARTEAGA NAVA, *op. cit.*, p. 112.

⁹⁶ RANGEL, Christi, *Recursos Tributarios para un sistema de gobierno (de) multi-nivel*, Revista Provincia, Universidad de los andes, Mérida, Venezuela, p. 8.

colocar en el mismo nivel al gobierno y a sus gobernados, quienes podrán sopesar los costes y beneficios de sus contribuciones pagadas y exigir a los gobiernos locales la rendición de cuentas.⁹⁷

Aun cuando para muchos la descentralización fiscal representa el fundamento de una mejor forma de gobierno; la misma, debe de ser analizada cuidadosamente; así, *Boadway* y *Shah*, le dan una connotación económica, indicando que *desde el punto de vista administrativo y de cumplimiento fiscal, (resulta) tener una gran autoridad recaudatoria que también hace más sencilla la consecución de objetivos de equidad y que evita la competencia fiscal desigual, las distorsiones en el funcionamiento del mercado común interno y las consecuentes ineficiencias en la asignación de los recursos.*⁹⁸ Estos autores destacan también, que la descentralización trae consigo algunas ventajas adicionales como: la reducción en los costes de recaudación, obediencia fiscal (cumplimiento) y el control de la competencia fiscal interjurisdiccional.⁹⁹

López Laborda y *Ruíz Huerta*, destacan que la administración fiscal descentralizada favorece la responsabilidad y la flexibilidad de los gobiernos locales propiciando una mayor cercanía de las autoridades fiscales con los contribuyentes.¹⁰⁰

Rangel, presenta en su estudio una relación de temas a considerar en el proceso de descentralización fiscal, siendo éstos los siguientes:

1. los criterios (fiscales) que deben tomarse en cuenta para repartir las fuentes tributarias por niveles de gobierno,
2. los modelos de financiación más comunes, y
3. las características de los principales instrumentos tributarios.¹⁰¹

Respecto a los criterios fiscales, esta autora realiza una compilación, destacando de ellos los enumerados enseguida:

⁹⁷ *Ibidem*, p. 9.

⁹⁸ BOADWAY, Robin, y SHAH, Anway, *Fundamentos económicos de los acuerdos fiscales intergubernamentales en la financiación de las comunidades autónomas. Análisis y orientación desde el federalismo fiscal*, Universidad de Valladolid, Junta de Castilla y León, España, 1995, p. 108, citado por RANGEL, *op. cit.*, p. 9.

⁹⁹ RANGEL, *op. cit.*, p. 11.

¹⁰⁰ LÓPEZ LABORDA, Julio y RUÍZ HUERTA, C., Jesús, *Descentralización y administración tributaria. Experiencias comparadas.*, Revista La Hacienda Pública Española núm. 146, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1998, citado por RANGEL, *op. cit.*, p. 9.

¹⁰¹ RANGEL, *op. cit.*, p. 9.

El primero se refiere a establecer una correspondencia entre los ingresos y los gastos dentro de cada orden de gobierno. Este criterio, se fundamenta en los principios de suficiencia financiera y autonomía; y de corresponsabilidad fiscal. Sin embargo, no debe perderse de vista que debe de existir un principio general de coordinación, con el fin de evitar se atente contra los objetivos generales de distribución y estabilización económica, que le corresponden a la Federación. Además, de que si bien la financiación de los Estados y Municipios tiene objetivos específicos, éstos no deben lograrse a costa de otros objetivos nacionales; por lo que el gobierno central tiene que coordinar las actuaciones de los gobiernos subnacionales para evitar se perjudiquen entre sí compitiendo con tasas impositivas desiguales; se mantenga el buen funcionamiento de la economía en general y no interfiera en los planes nacionales de gobierno.¹⁰²

Las haciendas subnacionales suelen presentar dos problemas de naturaleza distinta: la parte correspondiente al gasto de los gobiernos locales y las características de su financiamiento; ambas se encuentran totalmente interrelacionadas e interdependientes.

El principal problema lo encontramos en la debilidad financiera de los gobiernos locales que se derivan de las características defectuosas de las modalidades de sus ingresos; situación que los hace dependientes en alto grado de las participaciones y aportaciones federales.

Las haciendas locales, se enfrentan así, a tres tipos de problemas:

1. La necesidad de lograr la suficiencia, para que los ingresos propios garanticen la prestación de los servicios públicos;
2. La independencia financiera y en consecuencia la autonomía política del gobierno central, que no la desaparición del sistema federal; y
3. La obtención de una igualdad en el otorgamiento de los servicios a los ciudadanos independientemente de su renta y capacidad fiscal.¹⁰³

Estas haciendas se sustentan, por lo general, sobre tres tipos de ingresos: el primero, derivado de los impuestos; el segundo, proveniente de los ingresos por la prestación de servicios; y el tercero, y más importante, por las transferencias de otro orden de gobierno (federal).

¹⁰² *Ibidem*, p. 11.

¹⁰³ CASTELLS, *op. cit.*, p. 285.

Blöchliger y Petzold, en un estudio sobre la finanzas públicas, desarrollado en 2009 para la OCDE, nos indican que los gobiernos subcentrales o subnacionales (Estados y Municipios), tienen dos fuentes principales de ingresos: en primer lugar, sus propios impuestos y, en segundo, las transferencias de fondos procedentes de otros niveles de gobierno. Ambas fuentes de ingresos, nos dicen estos investigadores, tienen como objetivo el financiamiento del gasto público local.¹⁰⁴

Los ingresos de los Gobiernos Subcentrales o Subnacionales (GS) se diferencian en la forma en que se generan, asignan y distribuyen, condicionando las decisiones de todos los órdenes de gobierno sobre dónde, cómo y en qué gastar los recursos fiscales. La composición de los ingresos a nivel subnacionales, puede, por tanto, afectar los resultados de las finanzas públicas; tales como la eficacia del gobierno, la equidad en el acceso a los servicios públicos, o la estabilidad a largo plazo de las cuentas públicas, tanto a nivel central como subnacionales.¹⁰⁵

De acuerdo con el trabajo de *Blöchliger y Petzold*, la composición de los ingresos de los GS no es uniforme, y varía entre los distintos Estados miembros de la OCDE. Por ejemplo, la participación de los impuestos propios respecto al total de ingresos de los Gobiernos Subnacionales, varía entre el 90% en el caso de Islandia y el 13% en Holanda; por lo que respecta a Alemania, los *Länder* tienen ingresos por impuestos propios de alrededor del 70%; y en el caso de Austria los ingresos de los Gobiernos Subnacionales son de un 60%.¹⁰⁶

El estudio de la OCDE, destaca que los países con sistemas de gobierno federal, asignan un porcentaje ligeramente superior de participaciones a los GS, con respecto a los países con sistemas de gobierno unitarios. De esta manera, adicional a los ingresos propios, de por sí elevados, Alemania transfiere participaciones a los *Länder* en un 30% y Austria en alrededor del 19%.¹⁰⁷

En cuanto a la descentralización del gasto público, los países federales presentan una relación más alta de gasto de los GS que los Estados

¹⁰⁴ BLÖCHLIGER, Hansjörg y PETZOLD Oliver, *Impuestos y transferencias de fondos: sobre la composición de los ingresos de los gobiernos subcentrales*, OCDE, 2009, pp. 1- 42.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 4.

¹⁰⁶ Fuente: OECD, *Cuentas Nacionales de la OCDE, Estadísticas de Ingresos Públicos, Estadísticas Financieras de los Gobiernos, FMI, fuentes nacionales y Base de datos de la Red de relaciones fiscales entre niveles de Gobierno*, datos con cifras a 2005, citado por BLÖCHLIGER, op. cit., p. 31

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 31.

unitarios; empero, con una mayor capacidad de gasto en el nivel estatal/regional que en el local. La participación en el gasto de los Gobiernos Subnacionales y su evolución, varía en función de las distintas políticas y funciones de gobierno. Así, en aquellas áreas en que el gasto público y las responsabilidades a nivel subnacional son tradicionalmente amplias, las relaciones de participación en el gasto han crecido suavemente (educación) o se han reducido (sanidad). Existen ciertas áreas consideradas de interés central, entre ellas la relativa a la protección social, que incluso representa la de mayor crecimiento en el gasto público total; por lo que su impacto es mínimo a nivel subnacional en la mayoría de los países. Caso contrario ha sido el relativo a los servicios públicos generales y a los asuntos económicos, incluyendo las obras en infraestructura, que han tenido un crecimiento significativo en el gasto de los Gobiernos Subnacionales, trasladando esta responsabilidad a los niveles más bajos de gobierno (Municipios) durante la última década. Los gobiernos subcentrales se han escapado, por el momento, a la presión fiscal del cambio demográfico (pensiones y jubilaciones); ya sea porque afecta a sectores de responsabilidad del Gobierno central como la seguridad social, o bien por ciertas medidas políticas, como el caso de las transferencias hechas hacia los Gobiernos Subnacionales, desde otros niveles de gobierno, en algunas materias: educación, familia y cuidado de los niños.¹⁰⁸

La presión en el gasto público a nivel subnacional, muestra una situación diferente en cada país; dependiendo del grado de descentralización de facultades, del que se deriva la responsabilidad del gasto y su crecimiento; un estudio realizado en Alemania por *Seitz* en 2008 sobre el cambio demográfico y la financiación pública a distintos niveles, concluyó en reconocer que la presión sobre el gasto se sentirá más a nivel central que a nivel subcentral; debido principalmente, a que el gasto en seguridad social se encuentra ampliamente centralizado y tiende a crecer más que el gasto destinado a la educación primaria y secundaria, a cargo de los *Länder*. En cuanto a Austria, otro análisis efectuado en dicho país, por *Aiginger (et al)* en 2006, afirma que las necesidades a nivel subcentral serán más elevadas, ya que el gasto público destinado a la educación, el cuidado de los niños y a las personas mayores; así como a la infraestructura del transporte, que se encuentran descentralizadas, están creciendo más rápidamente que los gastos generales de gobierno central.¹⁰⁹

¹⁰⁸ BLÖCHLIGER, *op. cit.*, p. 7.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 7.

Los impuestos a nivel subnacional, solo cubren una parte del gasto de dicho nivel y su participación ha disminuido durante la última década; varía entre el 46% en el caso de Canadá y el 1% en Grecia, con un promedio del 17 por ciento para todos los países de la OCDE. Los países de sistema de gobierno federal, muestran una participación de los impuestos a nivel subcentral significativamente más alta que la de los países unitarios (28 contra 13 por ciento).¹¹⁰

La tributación a nivel subnacional, parece ser un hecho muy estable de la política fiscal en general y del federalismo fiscal en particular; al estatuir la capacidad tributaria de cada orden de gobierno en disposiciones constitucionales o en leyes fundamentales, relativas a la autonomía de los niveles subnacionales de gobierno. Empero, la existencia de un marco normativo de referencia, que le dé estabilidad a la política fiscal, si bien hace más previsibles y sólidos los ingresos impositivos de los gobiernos subnacionales; no le otorgan una total independencia, por lo que requieren complementar sus recursos propios con las transferencias de los gobiernos centrales.¹¹¹

Los países de sistema federal, presentan una relación mayor de transferencias en relación al gasto público que el de los países unitarios, en parte porque tienen más niveles de gobierno distribuyendo transferencias. Entre 1995 y 2005, el promedio de las transferencias en relación al gasto total se incrementó ligeramente, siendo este crecimiento regular y sostenido en alrededor de las dos terceras partes de los países miembros de la OCDE. La tendencia que se presenta, es que las transferencias sean mucho más frecuentes que las disminuciones; sugiriendo que el sistema de transferencias reacciona más rápidamente a los cambios en las necesidades de gasto de los GS, que los impuestos propios. De esta manera, las transferencias hacia los gobiernos subnacionales, han resuelto en gran medida el desequilibrio fiscal, actuando como la principal herramienta política en el proceso de descentralización y determinando el equilibrio entre los dos recursos fiscales de los GS.¹¹²

El estudio concluye señalando que hay una clara tendencia hacia una descentralización del gasto en los países de la OCDE. Sin embargo, la dependencia de las transferencias de fondos ha aumentado en la mayoría de los países para cubrir su déficit fiscal y se han convertido en el principal

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 7.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 7.

¹¹² *Ibidem*, p. 8.

instrumento político en el proceso de descentralización. Por lo que, una de las cuestiones críticas en la descentralización fiscal es resolver el balance requerido entre el nivel de impuestos y las transferencias; así como determinar las responsabilidades financieras entre los distintos órdenes de gobierno, cuidando que no se afecte la eficacia de las finanzas públicas, tanto a nivel central como a nivel subnacional.¹¹³

Las fuentes de ingresos a nivel subcentral deben ser analizadas de acuerdo con tres principios básicos de la política fiscal: la eficacia, la equidad y la estabilidad. Por el lado de la eficacia, los ingresos de los Gobiernos Subnacionales deberían mejorar la optimización del gasto público, proporcionar incentivos para el desarrollo y promover la disciplina fiscal. Del lado de la equidad, los ingresos de los Gobiernos Subnacionales tenderían a asegurar niveles de los servicios públicos semejantes al esfuerzo fiscal, a lo largo y ancho del país. Desde el punto de vista de la estabilidad, los ingresos pugnarían por ser permanentes a lo largo del tiempo, para contribuir a atenuar los ciclos económicos y los shock asimétricos.

Previenen estos autores, que los países que pretendan reformar la composición de los ingresos a nivel subcentrales o subnacionales, para incrementar la eficiencia de las cuentas públicas, reforzando la autonomía tributaria, deben tener en cuenta las implicaciones que se pueden presentar en términos de disparidades fiscales entre las jurisdicciones central y subnacionales; o la estabilidad de los ingresos subcentrales a largo plazo. El equilibrio entre impuestos y transferencias se ha convertido en un tema importante dentro de las relaciones fiscales entre los niveles de gobierno; se trata de intentar poner en marcha iniciativas que mejoren la eficiencia y la transparencia de los ingresos a nivel subnacional, sin menoscabo de los objetivos de estabilidad y equidad.

De lo anterior se desprende, que uno de los principales cuestionamientos a responder en un sistema federal, es el de determinar los impuestos a descentralizar hacia los gobiernos locales y los Municipios; hecho esto, deberán de definirse los sistemas de subvenciones a adoptar de manera general y específica como política central.¹¹⁴

No hay que perder de vista, que la estructura de las haciendas locales, en lo que respecta a los ingresos propios, se sustenta principalmente en los impuestos sobre la propiedad (predial), y en menor medida sobre el impuesto sobre la renta (ISR), así como en los impuestos al consumo (IVA);

¹¹³ *Ibidem*, p. 8.

¹¹⁴ CASTELLS, *op. cit.*, p. 285.

teniendo, como se ha expresado, una gran dependencia de las transferencias de los gobiernos centrales; haciéndolos más subalternos de las políticas de los gobiernos federales. Por lo que la OCDE recomienda que los gobiernos subcentrales o subnacionales, deberían tener sus propios impuestos; haciendo la aclaración que algunos impuestos se adaptan mejor que otros a estos órdenes de gobierno.¹¹⁵

El estudio de referencia nos explica, que hay una opinión generalizada en la teoría del federalismo fiscal; que sostiene que el gasto de los gobiernos locales debe ser cubierto esencialmente por los ingresos procedentes de los impuestos propios; de esta manera, los gobiernos serán más receptivos a las necesidades de los ciudadanos a quienes les cobran contribuciones; mejorando, por tanto, la asignación de recursos, así como la gestión eficiente y eficaz del presupuesto; y la percepción de los ciudadanos de estar aportando conscientemente a las actividades financiadas por sus contribuciones. Los impuestos propios de los gobiernos locales, favorecen la responsabilidad democrática, identificando la labor de los gobiernos locales con sus habitantes; ya que aquellos que se benefician de los servicios públicos deciden sobre los niveles de imposición y pagan su coste.¹¹⁶

Además, el tener una alta dependencia de sus propias fuentes de ingresos, proporciona incentivos a los gobiernos para realizar una política fiscal y económica orientada al crecimiento y al beneficio de su colectividad; y cuyos resultados se verán también en su beneficio al permitirles mejores recaudaciones. Empero, algunos impuestos se adaptan mejor a los niveles subcentrales que otros, por lo que es muy importante que los gobiernos centrales no descentralicen los impuestos equivocados, puesto que puede poner en peligro el sistema impositivo general.¹¹⁷

Blöchliger y Petzold, nos indican en su estudio, que el impuesto predominante a nivel subcentral es el impuesto sobre la renta; seguido de un conjunto de impuestos sobre la propiedad y finalmente de los impuestos sobre el consumo.¹¹⁸ Curiosamente las autoridades fiscales mexicanas han tratado de convencer a los legisladores y al público en general, que la tendencia mundial es darle más relevancia a los impuestos al consumo.

¹¹⁵ BLÖCHLIGER, *op. cit.*, p. 9.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 9.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 9.

¹¹⁸ La categoría de impuestos sobre la propiedad (categoría 4000 de Estadísticas de Ingresos Públicos) incluye impuestos sobre la propiedad inmueble (categoría 4100), sobre el patrimonio neto (4200), sobre las transmisiones financieras y de capital (4400) y sobre sucesiones y donaciones (4300). A nivel subcentral, los impuestos sobre los bienes inmuebles suponen alrededor del 90% de total de los impuestos sobre la propiedad.

Las tres categorías de impuestos, alcanzan alrededor del 95% del total de los ingresos fiscales de los gobiernos subnacionales. Aclarando, que los impuestos sobre la propiedad juegan un importante papel en los países fiscalmente centralizados; y están siendo sustituidos por otros impuestos en países más descentralizados.¹¹⁹

El general, la bolsa de impuestos a nivel subcentral es con frecuencia menos diversificada que la del gobierno central.

En la mayoría de los países de habla inglesa los impuestos sobre la propiedad suponen una abrumadora mayoría de los impuestos locales; en los países escandinavos, los impuestos sobre la renta son prácticamente la única fuente de impuestos a nivel subcentral.

Los tipos de impuestos de los órganos subnacionales, han cambiado muy poco durante el periodo 1995-2005; empero, un hecho sobresaliente es el decrecimiento gradual de los ingresos procedentes de impuestos sobre la propiedad en alrededor de las dos terceras partes de los países; pasando del 34 al 31 por ciento del total de ingresos tributarios de los gobiernos subnacionales. Por otra parte, la participación de los impuestos indirectos dentro de sus finanzas públicas se ha incrementado; ello se debe a nuevos acuerdos de cesión de impuestos de los gobiernos centrales hacia los gobiernos subnacionales. En resumen, se aprecia que los impuestos sobre la propiedad han dado paso lentamente a mayores acuerdos para la descentralización de impuestos federales relacionados con el consumo; sin embargo, los impuestos sobre la renta han mantenido su papel predominante.¹²⁰

En términos generales, se considera que es preferible una mayor participación de los impuestos en los ingresos de los gobiernos subnacionales, en pos de la eficacia y responsabilidad, pero también es muy probable que ello derive en problemas de falta de equidad con respecto a otros Estados y Municipios; debido a que la capacidad de generar impuestos no está distribuida uniformemente a lo largo de las diversas jurisdicciones, implicando un desequilibrio en el nivel de prestación de los servicios públicos de unas zonas con respecto a otras; aquí es donde la participación de los gobiernos centrales adquiere un papel importante, para realizar las transferencias que permitan reducir las diferencias que pudiesen

¹¹⁹ BLÖCHLIGER, *Op. Cit.*, p. 9.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 9.

presentarse entre la capacidad de recaudar impuestos y las necesidades del servicio público en todas las jurisdicciones (Boadway, 2007).¹²¹

La evidencia empírica, nos dice la OCDE, tiende a apoyar la creencia de que una mayor autonomía impositiva a nivel subnacional trae aparejada más disparidades fiscales, requiriéndose, por tanto, de sistemas de nivelación fiscal más amplios.¹²²

Por razones de economía política, cualquier país que desee incrementar la autonomía impositiva a nivel subcentral estaría probablemente obligado a incrementar la participación de las transferencias dedicadas a la nivelación fiscal. Hay un cierto consenso en política fiscal en que la nivelación fiscal es una imprescindible compañera de la descentralización y que el éxito de la segunda dependerá, probablemente, del buen funcionamiento de la primera.

De lo anterior se deriva, que las transferencias de nivelación van a jugar un papel primordial en el proceso de descentralización. El tamaño del sistema de transferencias en la mayoría de los países, recomienda que las transferencias de fondos de los gobiernos centrales hacia los subnacionales asuman el papel de niveladores fiscales, en lo particular y de mejoramiento de las finanzas locales en general.¹²³

Ha quedado muy claro por los especialistas, las ventajas de la descentralización fiscal hacia los órganos subnacionales, idea con la que coincido ampliamente; empero, en el caso mexicano, este proceso de descentralización debe realizarse de manera gradual, descentralizando no sólo mayores facultades fiscales hacia las entidades federativas, sino también desincorporando recursos materiales y humanos del Servicio de Administración Tributaria (SAT) hacia los Estados y el Distrito Federal. Sin embargo, es importante subrayar que el gobierno central debe de preservar la elaboración del orden normativo para éste sea de aplicación nacional y se eviten prácticas locales con fines de de competencia, que pueden distorsionar la política fiscal y dar al traste con las programas generales de desarrollo, estabilización económica y de distribución de la riqueza.

¹²¹ *Ibidem*, p. 11.

¹²² *Ibidem*, p. 13.

¹²³ *Ibidem*, p. 13.

II.1. El federalismo mexicano contemporáneo.

Según los preceptos derivados de los artículos 40, 41, 115, y 124, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el federalismo mexicano se identifica con las siguientes características:¹²⁴

- *Existe una división de la soberanía entre la federación y las entidades federativas, estas últimas son instancia decisoria suprema dentro de su competencia (artículo 40).*
- *Entre la federación y las entidades federativas existe coincidencia de decisiones fundamentales (artículos 40 y 115).*
- *Las entidades federativas se dan libremente su propia constitución en la que organizan la estructura del gobierno, pero sin contravenir el pacto federal inscrito en la Constitución general, que es la unidad del estado federal (artículo 41).*
- *Existe una clara y diáfana división de competencias entre la federación y las entidades federativas: todo aquello que no esté expresamente atribuido a la federación es competencia de las entidades federativas (artículo 124).*

Carpizo indica, que estos preceptos precisan la naturaleza jurídica del federalismo mexicano y, aunque son claros a primera vista, plantean una serie de problemas e interrogantes; sobre todo en materia de competencias entre el Estado Federal y los Estados federados, por ejemplo:¹²⁵

3. *Facultades atribuidas a la federación;*
4. *Facultades atribuidas a las entidades federativas;*
5. *Facultades prohibidas a la federación;*
6. *Facultades prohibidas a las entidades federativas (hasta aquí la clasificación está inspirada en Bryce);¹²⁶*
7. *Facultades coincidentes;*
8. *Facultades coexistentes;*

¹²⁴ *Ibidem*, pp. 88-89.

¹²⁵ CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, sexta edición, editorial Porrúa, UNAM, México, 1998, p. 94.

¹²⁶ BRYCE, Jaime, *La República Norteamericana*, Madrid, 1913, tomo I.E., pp. 113-115, citado por CARPIZO, *Op. Cit.* p. 94.

9. Facultades de auxilio, y facultades que emanan de la jurisprudencia, ya sea reformando o adicionando la anterior clasificación.

Como se aprecia, los tipos de competencias son tan amplios como se desee, además de que la Federación se considera en la propia Constitución como sinónimo del Gobierno Federal, lo que contribuye a confundir más la distribución de competencias y a su concentración en los hechos, a través de las facultades legislativas asumidas por conducto del Congreso General en el artículo 73 Constitucional.

Sin dejar de reconocer que en este año de 2010 se cumplirá un siglo del movimiento armado que restauró el sistema federativo; es importante subrayar, que el federalismo mexicano tiene todavía varias materias pendientes, derivado del hecho de que el gobierno federal mantiene la tendencia a centralizar las grandes decisiones nacionales, en lo político y en lo económico; incluida, por supuesto, la parte impositiva y la correspondiente al gasto público; pensamiento que fue, sin duda, justificable, cuando lo planteó Venustiano Carranza en su discurso a los Constituyentes de Querétaro en diciembre de 1916, pero poco defendible en la actualidad, a más de 90 años de distancia.

CAPÍTULO III. EL GOBIERNO DE ALEMANIA (*Bundesrepublik Deutschland*)

El Estado Alemán, está constituido como una República Federal con un gobierno democrático y social de Derecho. Estos principios conforman, junto con los derechos fundamentales, el núcleo de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) a la que se le denominará indistintamente: *Grundgesetz*, Ley Fundamental, Constitución o Carta Magna; y cuyo debido cumplimiento le corresponde cuidar a la Corte Constitucional Federal.

El Consejo Parlamentario, en sesión pública realizada en Bonn, el 23 de mayo de 1949, determinó que la *Grundgesetz*, acordada el 8 de mayo de 1949, había sido aprobada por las representaciones del pueblo, correspondientes a más de los dos tercios de los *Länder* alemanes participantes.¹²⁷

La actual República Federal Alemana se constituyó en 1949 en la parte occidental de una Alemania dividida después de la segunda guerra mundial; empero, la *Grundgesetz* previó desde su aprobación en 1949, su futura reunificación, al estipular en su Preámbulo que regiría para todo el pueblo Alemán:

PREÁMBULO

Consciente de su responsabilidad ante Dios y ante los hombres, animado de la voluntad de servir a la paz del mundo, como miembro con igualdad de derechos de una Europa unida, el pueblo alemán, en virtud de su poder constituyente, se ha otorgado la presente Ley Fundamental. Los alemanes, en los Länder de Baden-Wurtemberg, Baja Sajonia, Baviera, Berlín, Brandeburgo, Bremen, Hamburgo, Hesse, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Renania del Norte-Westfalia, Renania-Palatinado, Sajonia, Sajonia-Anhalt, Sarre, Schleswig-Holstein y Turingia, han consumado, en libre autodeterminación, la unidad y la libertad de Alemania. La presente Ley Fundamental rige, pues, para todo el pueblo alemán. (El énfasis es propio).

Así pues, superada en 1990 la división del país con la reunificación, la *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (reformada el 26 de

¹²⁷<http://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/es/>

noviembre de 2001 y el 28 de agosto de 2006), pasó a ser la Ley Fundamental Alemana. Con la caída del muro de Berlín y la reunificación alemana, se añadieron al territorio de la Alemania Occidental, 5 *Länder* que constituían la extinta República Democrática Alemana.

La Constitución Alemana, define a la República Federal de Alemania como un Estado Social; principio del que se deriva la exigencia a los poderes públicos para que adopten previsiones que garanticen a los ciudadanos un apoyo económico digno, en caso de: desempleo, discapacidad o enfermedad e incluso en la vejez. El Estado Social tiene en Alemania una larga tradición; por ejemplo, el seguro de enfermedad se implantó en 1883; el de accidentes en 1884; y el de invalidez y jubilación en 1889. Actualmente, se estima que el 90 por ciento de la población alemana se encuentra bajo la protección de estos seguros.¹²⁸

La *Grundgesetz* alemana, empieza por reconocer los *Derechos Fundamentales*, estableciendo la obligación de todo poder público de protegerlos. Así vemos, que en el *Artículo 1*, se erige en bien supremo, el respeto y la protección de la dignidad humana como una obligación de toda autoridad, y, reconoce a los derechos humanos como inviolables e inalienables.

I. DERECHOS FUNDAMENTALES

Artículo 1. [Protección de la dignidad humana, vinculación del poder estatal a los derechos fundamentales]

(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

(2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

(3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.

Los artículos del 2 al 14, 16, 16a, 17 y 20, de la *Grundgesetz* (llamada *Constitución o Ley Fundamental*), refieren las conocidas en el derecho mexicano como *garantías individuales*; siendo éstos:

Artículo 2. (Libertad de acción, libertad de la persona)

Artículo 3. (Igualdad ante la Ley)

Artículo 4. (Libertad de creencia)

¹²⁸ *Ibidem.*

Artículo 5. (Libertad de opinión)

Artículo 6. (Garantía de protección al matrimonio y a la familia)

Artículo 7. (Libertad de enseñanza pero bajo la supervisión del Estado)

Artículo 8. (Libertad de reunión)

Artículo 9. (Libertad de asociación)

Artículo 10. (Libertad de correspondencia)

Artículo 11. (Libertad de circulación y de residencia)

Artículo 12. (Libertad de profesión y prohibición de trabajo forzado)

Artículo 13 (Garantía de inviolabilidad del domicilio)

Artículo 14. (Garantía de propiedad, derecho a la herencia y expropiación mediante indemnización y sólo por destino al bien común)

Artículo 16. (Derecho a no ser extraditado)

Artículo 16a. (Derecho de asilo)

Artículo 17. (Derecho de petición)

Artículo 20a. (Derecho a la protección de los fundamentos naturales de la vida)

Es importante destacar, que una peculiaridad de la Ley Fundamental estriba en el denominado “carácter inmutable” o perpetuo, de los principios constitucionales esenciales.

III. 1. El sistema federal en Alemania.

Como ya fue expresado, la República Federal Alemana es un Estado federal, social y democrático y está constituida por 16 *Länder* (Estados)¹²⁹ que incluyen a tres Ciudades-Estado: Berlín, Hamburgo, y Bremen.

Alemania tiene un sistema integral de Federalismo cooperativo, inspirado en el modelo norteamericano, en el cual el Gobierno federal financia parcialmente las tareas de los Estados, y en el que existen impuestos comunes en todos los *Länder*: de esta manera, los *Länder* tienen que cumplir las mismas tareas, independientemente de: su tamaño, número de habitantes, fortaleza económica y financiera; además de contar con los mismos derechos frente a la Federación.

¹²⁹ En el sistema federal alemán, se utiliza el término *Land* o su forma plural *Länder* para referirse a los Estados Federados.

Los *Länder* cuentan con gobiernos y parlamentos soberanos; con competencias exclusivas expresas en la Ley Fundamental y concurrentes en ciertas materias con el gobierno federal. Así, las facultades se distribuyen entre el Estado Central (Federación) y los Estados Federados (*Länder*).

La Constitución, precisa que todo poder del Estado emana del pueblo, y, que ese poder es ejercido a través de los órganos dependientes de los tres Poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

La Ley Fundamental, establece en su Título II (artículo 20), referido a la Federación y a los *Länder*, la forma de gobierno republicano, federal y democrático.

II. LA FEDERACIÓN Y LOS LÄNDER

Artículo 20. [Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia]

(1) La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social.

(2) Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

(3) El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho.

(4) Contra cualquiera que intente eliminar este orden, todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.

De lo que se deriva, que la denominada Carta Magna somete tanto al Legislativo como al Ejecutivo al orden Constitucional; lo mismo aplica para las normas aprobadas por el Legislativo.

De este artículo, se deriva el principio de *Supremacía Constitucional o Ley Suprema*.

Es importante señalar, que la Carta Magna alemana le otorga el más alto rango legal al principio federativo; y determina también las competencias entre el Estado Federal (central) y los Estados Federados (*Länder*).

El Parlamento Alemán, se compone de dos Cámaras, el *Bundestag* (Asamblea Federal) y el *Bundesrat* (Consejo Federal). Desde el punto de vista político constitucional, el *Bundesrat* es la Cámara que representa a los Estados Federados, se trata de la Cámara alta, semejante al Senado, y que actúa conjuntamente con el *Bundestag*, equivalente a una Cámara de representantes o de Diputados.

El *Bundesrat* tiene tres funciones importantes: primero, actúa como Cámara revisora de todas las leyes federales aprobadas por el *Bundestag*;

segundo, opera como Cámara de representación territorial; y tercero, ejerce las mismas funciones que las Cámaras altas de otros Parlamentos federales bicamerales.

La Ley Fundamental establece dos modalidades de participación del *Bundesrat* en el proceso legislativo: la primera, cuando las leyes federales emitidas por el *Bundestag* ocasionan a los Estados Federados costos administrativos adicionales; y la segunda, cuando las leyes federales sustituyen a leyes locales; en ambos casos tienen el carácter de sancionadoras, puesto que se requiere la aprobación del *Bundesrat* para que dichas leyes puedan entrar en vigor. Además, como por determinación de la Constitución las leyes federales son ejecutadas por las administraciones de los Estados Federados, las leyes más importantes y con mayor repercusión financiera pueden poner en riesgo la administración de los *Länder*.¹³⁰

Actualmente entre el 35 ó 40 por ciento de las leyes del *Bundestag* son “leyes de aprobación”; es decir, han requerido del acuerdo del *Bundesrat*, lo que le da a la Cámara alta una gran relevancia. Situación distinta se presenta con las denominadas “leyes de oposición”; en este caso, si el *Bundesrat* se opone a una ley con esta característica, el *Bundestag* puede invalidar el veto del *Bundesrat* por la misma mayoría que aquella. Tomando en cuenta que la actividad del *Bundesrat* se sustenta en los gobiernos de los dieciséis *Länder*; queda claro que éstos son actores importantes en la política federal. Ante esta circunstancia, los ministros-presidentes (gobernadores) de los *Länder* pueden hacer valer su influencia dentro del *Bundesrat*.¹³¹

El 1 de septiembre de 2006, entraron en vigor las nuevas disposiciones derivadas de la reforma al sistema federal alemán. Se ha considerado como la mayor reforma constitucional hecha desde 1949 y tuvo como objetivo mejorar la capacidad de decisión del *Bundestag*; así como desconcentrar las competencias de la Federación hacia los *Länder* (Estados Federados). En consecuencia, los *Länder* han obtenido una mayor autonomía en algunas materias, sobre todo en la política educativa. La Federación, por su parte, ha visto reforzadas sus atribuciones en materia ambiental y en la gestión de residuos. Con la reforma al sistema federal de 2006, se reorganizó la delimitación competencial del Estado central y de los Estados Federados; y como resultado se ha mejorado la capacidad de actuación y de decisión de

¹³⁰ <http://www.madrid.diplo.de/Vertretung/madrid/es/04/SeiteBundesrat.html>

¹³¹ *Ibidem*.

ambos órdenes de gobierno; de igual manera, la reforma a la Ley Fundamental precisó la correspondencia de las responsabilidades políticas.¹³²

El marco legal que define el sistema federal alemán en la vertiente financiera, está integrado de la manera siguiente:¹³³

1. La Ley Fundamental o Constitución Alemana (*Grundgesetz*) de 1949, reformada en 2001 y en 2006.
2. La Ley de Compensación Financiera (*Finanzausgleichsgesetz, FAG*) de junio de 1993 y su posterior abrogación por la Ley de Continuación del Pacto de Solidaridad (*Solidarpaktfortführungsgesetz*) de 2002.
3. La Ley de Baremos (*Maßstäbengesetz*) de 5 de junio de 2001.

III. 2. La supremacía Constitucional y la distribución de competencias, entre la Federación, los Estados y los Municipios.

El artículo 25 de la Ley Fundamental alemana, nos presenta una situación semejante a la que contiene el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; en lo que respecta a la determinación de la supremacía de la Constitución y su preponderancia sobre las leyes federales que tienen aplicación en todo el territorio de la Federación Alemana.

Artículo 25. [Derecho internacional y Derecho federal]

Las reglas generales del Derecho internacional público son parte integrante del Derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal.

El proceso legislativo alemán se desarrolla en dos cámaras legislativas, el *Bundestag* (parlamento nacional electo democráticamente) y el *Bundesrat* (Consejo Federal), que se compone de los representantes de los 16 *Länder*. El Consejo Federal es considerado el gremio de los gobiernos estatales o *Länder*, por lo que una ley federal que toque los intereses de los *Länder*, precisa de su consentimiento. Esto es particularmente significativo para las

¹³² *Ibidem*.

¹³³ OFICINA ECONÓMICA Y COMERCIAL DE ESPAÑA, *Financiación regional en Alemania y en España*, Documento de trabajo, Berlín, diciembre de 2004, p. 6.

leyes relacionadas con los impuestos y la distribución de las participaciones hacia los *Länder* y los Municipios.¹³⁴

La Ley Suprema garantiza expresamente los derechos de los Municipios de regular todos los asuntos locales bajo su propia responsabilidad. Esta garantía, se extiende también hacia las bases de la autonomía financiera. Sin embargo, los Municipios no están incorporados como un tercer orden de gobierno, más bien son considerados como parte de la administración de los *Länder*. Por lo que respecta a la soberanía financiera de los Municipios, éstos sólo tienen el derecho al manejo autónomo de sus haciendas en lo que corresponde a sus propios impuestos.

Las facultades para realizar tareas de gobierno dentro del territorio de los *Länder* se efectúan, en su mayoría, bajo la modalidad de concurrencia entre la Federación y los *Länder*, estando previstas en la Ley Fundamental; y sólo una pequeña porción de las tareas estatales es llevada a cabo directamente por la Federación.

El derecho de autogobierno de los Municipios está garantizado por la *Grundgesetz*; así, el artículo 28 establece que las Constituciones de los *Länder* deberán sujetarse a los principios de la Ley Suprema del Estado Alemán; y garantiza en su numeral (2), la autonomía financiera de los Municipios que incluyen una fuente tributaria y el derecho de fijar los tipos de recaudación en base a su capacidad económica.

Artículo 28. [Garantía federal de las Constituciones de los Länder, garantía de la autonomía municipal]

(1) El orden constitucional de los Länder deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental. En los Länder, distritos y municipios, el pueblo deberá tener una representación surgida de elecciones generales, directas, libres, iguales y secretas. En los distritos y municipios, de acuerdo con el Derecho de la Comunidad Europea, el derecho de votar y de ser elegido lo tienen también las personas que posean la nacionalidad de un Estado miembro de la Comunidad Europea. En los municipios, en lugar de un cuerpo elegido podrá actuar la asamblea municipal.

¹³⁴ FUCHS, Anke, *La Experiencia Alemana de Descentralización*, Análisis Político Coyuntural N° 4, Serie Publicaciones/2001, p. 6.

(2) Deberá garantizarse a los municipios el derecho a regular bajo su propia responsabilidad, dentro del marco de las leyes, todos los asuntos de la comunidad local. Las asociaciones de municipios tienen igualmente, dentro del marco de sus competencias legales y de acuerdo con las leyes, el derecho de autonomía administrativa. La garantía de la autonomía abarca también las bases de la propia responsabilidad financiera; estas bases incluyen una fuente tributaria que, junto con el derecho de fijar los tipos de recaudación, corresponde a los municipios y se rige por la respectiva capacidad económica.

(3) La Federación garantizará la conformidad del orden constitucional de los Länder con los derechos fundamentales y las disposiciones de los apartados (1) y (2).

Es muy importante tomar en consideración, que la *Grundgesetz*, preceptúa en los artículos 30 y 31, tanto la supremacía de la Ley Fundamental como las de las leyes federales sobre las leyes de los *Länder*. Situación semejante a la que se presenta en el derecho mexicano.

Artículo 30. [Prioridad del derecho federal]

El ejercicio de las competencias estatales y el cumplimiento de las funciones estatales competen a los Länder siempre que la presente Ley Fundamental no disponga o admita una disposición en contrario.

Artículo 31. [Relaciones exteriores]

El derecho federal deroga el derecho de los Länder.

La Ley Fundamental Alemana, enumera expresamente ciertas tareas y responsabilidades de la Federación; lo que significa que, por exclusión, todas las facultades de la Federación no mencionadas en la Constitución, le corresponden a los *Länder* y a los Municipios. Así, las potestades residuales recaen en los *Länder* y en los Municipios.

La ley suprema estatuye también, que el incumplimiento por parte de los *Länder* de las disposiciones constitucionales o de las leyes federales, referentes a sus deberes con la Federación, será motivo de responsabilidad y obligado a su cumplimiento por la vía coactiva, previa aprobación del *Bundesrat*.

Artículo 37 [Vía coactiva federal]

(1) Si un Land no cumpliere los deberes federales que la Ley Fundamental u otra ley federal le impongan, el Gobierno Federal, con la aprobación del Bundesrat, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar al Land al cumplimiento de dichos deberes por vía coactiva federal.

(2) Para la ejecución de las medidas federales coactivas, el Gobierno Federal o su representante tienen el derecho de impartir instrucciones a todos los Länder y a las autoridades de los mismos

Para entender las obligaciones de los Länder, sobre el debido cumplimiento de las disposiciones de la Ley Fundamental, es indispensable conocer el capítulo VII, relativo a la “Legislación de la Federación”, integrado por los artículos 70 al 82, donde el primero de ellos se refiere a la distribución de competencias legislativas entre la Federación y los Länder:

VII. LEGISLACIÓN DE LA FEDERACIÓN

Artículo 70 [Distribución de las competencias legislativas entre la Federación y los Länder]

(1) Los Länder poseen el derecho de legislar en tanto la presente Ley Fundamental no lo confiera a la Federación.

(2) La delimitación de competencias entre la Federación y los Länder se rige por las disposiciones de la presente Ley Fundamental sobre la legislación exclusiva y concurrente.

De lo preceptuado en el anterior artículo, podemos colegir que la competencia residual para los Länder se encuentra limitada por lo dispuesto en la Ley Fundamental.

Empero, el artículo 71 de la Ley Fundamental establece que los Länder también pueden legislar en algunas materias exclusivas de la Federación, siempre y cuando estén autorizados por una ley federal expresa; por lo que podemos entender esta potestad como concurrente.

Artículo 71 [Legislación exclusiva de la Federación, concepto]

En el ámbito de la legislación exclusiva de la Federación, los Länder tienen la facultad de legislar únicamente en el caso y en la medida en que una ley federal los autorice expresamente para ello.

La figura de la legislación concurrente entre los *Länder* y la Federación, deviene de la Ley Fundamental, concretamente de su artículo 72; sin embargo, previene la facultad de la Federación para legislar en tales materias *cuando considere necesario el mantenimiento de la unidad jurídica y económica en interés de la República*; empero, esta facultad puede revertirse a favor de los *Länder*, cuando las circunstancias, a juicio de la Federación, lo permitan.

Artículo 72 [Legislación concurrente de la Federación, concepto]

(1) En el ámbito de la legislación concurrente, los Länder tienen la facultad de legislar mientras y en cuanto la Federación no haya hecho uso mediante ley de su competencia legislativa.

(2) En este ámbito, la Federación tiene el derecho de legislar siempre que y en cuanto exista la necesidad de una regulación legislativa federal porque así lo requieran la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica en interés de la totalidad del Estado.

(3) Por ley federal puede determinarse que una regulación legislativa federal que ya no sea necesaria en el sentido del apartado (2), pueda ser reemplazada por la legislación de los Länder.

La Constitución señala también, en su artículo 73, un catálogo de once grandes temas en las cuales la Federación tiene la facultad exclusiva de legislar, entre ellos el señalado en el numeral (10), referido a “La cooperación de la Federación y los *Länder*”. Podríamos equipar esta legislación a una ley general mexicana.

Artículo 73 [Legislación exclusiva de la Federación, catálogo]

Corresponde a la Federación la legislación exclusiva en las siguientes materias:

- 1. Los asuntos exteriores así como la defensa y la protección de la población civil;*
- 2. La nacionalidad en la Federación;*
- 3. La libertad de circulación y de residencia, el régimen de pasaportes, la inmigración y emigración y la extradición;*
- 4. El régimen cambiario y monetario y de acuñación de moneda, el sistema de pesas y medidas así como la fijación de la hora oficial;*

5. *La unidad aduanera y comercial, los tratados de comercio y navegación, la libre circulación de mercancías, el intercambio comercial y financiero con el extranjero, incluso la policía de aduanas y fronteras;*

6. *El tráfico aéreo;*

6a. *El tráfico de los ferrocarriles que son propiedad total o en su mayoría de la Federación (ferrocarriles de la Federación), construcción, mantenimiento y explotación de las vías férreas de la Federación así como las tarifas por el uso de estas vías férreas;*

7. *Correos y telecomunicaciones;*

8. *La situación jurídica de las personas afectadas al servicio de la Federación y de las corporaciones de Derecho público directamente dependientes de la Federación;*

9. *La protección de la propiedad industrial, los derechos de autor y los derechos de edición;*

10. *La cooperación de la Federación y los Länder*

a) *En materia de policía criminal,*

b) *Para la defensa del régimen fundamental de libertad y democracia, la existencia o la seguridad de la Federación o de un Land (defensa de la Constitución), y*

c) *Para la defensa contra quienes, en el territorio federal, mediante el recurso a la violencia o acciones preparatorias en este sentido, intenten poner en peligro los intereses exteriores de la República Federal de Alemania, así como la creación de una Oficina Federal de Policía Criminal y la lucha internacional contra la delincuencia;*

11. *La estadística para fines de la Federación.*

La legislación concurrente, prevé la participación de los *Länder* en una amplitud de temas, los que se enlistan en el artículo 74 y se agrupan en 26 clases. Como se puede observar, la potestad de poder legislar en todas esas materias, le dan a los *Länder* una gran fortaleza legislativa, tales son los casos de la emisión de leyes sobre: derecho económico, energía nuclear, derecho laboral, recursos naturales, derecho de expropiación, prácticas monopólicas, producción y soberanía alimentaria; de igual manera, los *Länder* pueden también legislar sobre la responsabilidad del Estado, sólo que en este último caso sí se requiere la aprobación del *Bundesrat*.

Artículo 74 [Legislación concurrente de la Federación, catálogo]

(1) La legislación concurrente abarca las materias siguientes:

- 1. El Derecho civil, el Derecho penal y el régimen penitenciario, la organización judicial, el procedimiento judicial, el régimen de la abogacía, del notariado y del asesoramiento jurídico;*
- 2. El estado civil;*
- 3. El derecho de asociación y reunión;*
- 4. El derecho de residencia y establecimiento de los extranjeros;*
- 4a. El derecho de tenencia de armas y explosivos;*
- 5. [derogado]*
- 6. Los asuntos relativos a los refugiados y expulsados;*
- 7. La asistencia social;*
- 8. [derogado]*
- 9. Los daños de guerra y reparaciones;*
- 10. La atención de los mutilados de guerra y de las viudas y huérfanos de guerra y la asistencia a los antiguos prisioneros de guerra;*
- 10a. Las tumbas de guerra y las tumbas de otras víctimas de guerra y de la tiranía;*
- 11. El Derecho económico (minería, industria, energía, artesanía, pequeña industria, comercio, régimen bancario y bursátil, seguros de derecho privado);*
- 11a. La producción y el uso de la energía nuclear con fines pacíficos, la construcción y funcionamiento de instalaciones destinadas a tales fines, la protección frente a los peligros que puedan surgir de la liberación de la energía nuclear o de la producción de rayos ionizantes, y la eliminación de material radioactivo;*
- 12. El Derecho laboral con inclusión del régimen orgánico de las empresas, la protección laboral y las oficinas de colocación, así como el seguro social con inclusión del seguro de desempleo;*
- 13. La regulación de la ayuda para la formación profesional y el fomento de la investigación científica;*
- 14. El derecho de expropiación en lo referente a las materias comprendidas en los artículos 73 y 74;*
- 15. La transferencia de la tierra, de los recursos naturales y medios de producción a un régimen de propiedad colectiva u otras formas de economía colectiva;*
- 16. La prevención del abuso de una posición de poder económico;*
- 17. El fomento de la producción agrícola y forestal, el aseguramiento del abastecimiento de alimentos, la importación y exportación de*

productos agrícolas, ganaderos y forestales, la pesca costera y de alta mar y la protección de las costas;

18. Las transacciones inmobiliarias, el derecho del suelo (sin el derecho de las contribuciones por urbanización) y el régimen de los arrendamientos rurales, de las viviendas, de las colonias y hogares;

19. Las medidas contra enfermedades humanas y animales contagiosas y peligrosas para la colectividad, la admisión al ejercicio de las profesiones médicas, paramédicas y afines, así como el comercio de medicamentos, remedios, estupefacientes y tóxicos;

19a. El financiamiento de los hospitales y la regulación de las tarifas de los mismos;

20. Las medidas de protección en el comercio de productos alimenticios y estimulantes, artículos de consumo, piensos, semillas y plantas agrícolas y forestales, protección de las plantas contra enfermedades y parásitos, así como la protección de animales;

21. La navegación de alta mar y de cabotaje, así como las señales marítimas, la navegación interior, el servicio meteorológico, las vías marítimas y las vías navegables interiores destinadas al tráfico público;

22. El tráfico por carretera, el régimen para automotores, la construcción y el mantenimiento de las carreteras para el tráfico de largo recorrido, así como la percepción y distribución de ingresos por el uso de carreteras públicas con vehículos;

23. Los ferrocarriles que no sean ferrocarriles de la Federación, con excepción de los de montaña;

24. La eliminación de basuras, el mantenimiento de la pureza del aire y la lucha contra el ruido;

25. La responsabilidad del Estado;

26. La inseminación artificial humana, la investigación sobre manipulaciones genéticas así como las regulaciones sobre trasplante de órganos y tejidos.

(2) Las leyes del apartado (1) N° 25 requieren la aprobación del Bundesrat.

El artículo 75 de la Carta Magna, complementa la facultad concurrente de los *Länder* estableciendo una figura jurídica de disposiciones marco; semejante a directrices o lineamientos sobre varios temas emitidos por el gobierno federal, a los que deberán sujetarse los *Länder* al momento de

legislar. Destaca de esta facultad concurrente, la obligatoriedad de los *Länder* de dictar las leyes necesarias, dentro de un plazo adecuado que estará determinado por la ley.

Artículo 75 [Legislación marco de la Federación, catálogo]

(1) En las condiciones establecidas en el artículo 72, la Federación tiene el derecho a dictar disposiciones marco para la legislación de los Länder en las materias siguientes:

1. La situación jurídica de las personas pertenecientes al servicio público de los Länder, municipios y otras corporaciones de Derecho público, en cuanto el artículo 74a no determine otra cosa;

1a. Los principios generales de la enseñanza superior;

2. El régimen jurídico general de la prensa;

3. La caza, la protección de la naturaleza y el cuidado del paisaje;

4. La distribución de la tierra, la ordenación del territorio y el régimen hidráulico;

5. El empadronamiento y los documentos de identidad;

6. La protección del patrimonio cultural alemán frente a su traslado al extranjero.

El artículo 72 apartado (3) se aplica por analogía.

(2) Sólo excepcionalmente las disposiciones marco podrán entrar en detalles o contener regulaciones de aplicación inmediata.

(3) Cuando la Federación dicte disposiciones marco, los Länder están obligados a dictar las leyes necesarias, dentro de un plazo adecuado determinado por la ley.

La Ley Fundamental, instituye en su apartado VIII referido a “La Ejecución de las Leyes Federales y la Administración Federal”; que los *Länder* ejecutarán las leyes federales como si fuese asunto propio, salvo que la Ley Fundamental determine otra cosa (art. 83). Empero, los *Länder* deberán observar varias disposiciones obligatorias, relacionadas con la ejecución de las leyes federales en su territorio, que incluyen la supervisión de su aplicación por medio de comisionados del Gobierno Federal; y si de esta supervisión se llegasen a detectar deficiencias en la ejecución de las leyes federales, el *Bundesrat*, a solicitud del Gobierno Federal o del *Land*, decidirá si el *Land* ha violado el derecho. Sin embargo, la determinación del *Bundesrat* podrá recurrirse ante la Corte Constitucional Federal (art. 84).

En la Ley Fundamental, encontramos una disposición que maniat a los *Länder* al Gobierno Federal, lo que cuestiona su soberanía; tal afirmación se

deriva de lo expreso en el artículo 85; al establecerse que cuando los *Länder* ejecutan leyes federales, por delegación de la Federación, no obstante que puedan nombrar a los funcionarios encargados de su administración, dichas autoridades estarán sujetas a las instrucciones de las autoridades federales supremas competentes.

VIII. LA EJECUCIÓN DE LAS LEYES FEDERALES Y LA ADMINISTRACIÓN FEDERAL

Artículo 83 [División de competencias entre la Federación y los Länder]

Los Länder ejecutarán las leyes federales como asunto propio, salvo que la presente Ley Fundamental determine o admita otra cosa.

Artículo 84 [Ejecución como asunto propio de los Länder, control federal]

(1) Cuando los Länder ejecuten las leyes federales como asunto propio, ellos mismos establecerán la organización de las autoridades y el procedimiento administrativo, siempre que leyes federales, aprobadas por el Bundesrat, no dispongan otra cosa.

(2) El Gobierno Federal, con la aprobación del Bundesrat, podrá dictar disposiciones administrativas generales.

(3) El Gobierno Federal controla que los Länder ejecuten las leyes federales conforme al derecho vigente. A este fin, el Gobierno Federal podrá enviar comisionados ante las autoridades supremas de los Länder y con el consentimiento de las mismas o, en caso de negativa, con la aprobación del Bundesrat, también a las autoridades inferiores.

(4) Si no fueren eliminadas las deficiencias comprobadas por el Gobierno Federal en la ejecución de las leyes federales en los Länder, el Bundesrat, a solicitud del Gobierno Federal o del Land, decidirá si el Land ha violado el derecho. Contra la decisión del Bundesrat podrá recurrirse ante la Corte Constitucional Federal.

(5) Mediante una ley federal, que requiere la aprobación del Bundesrat, podrá conferirse al Gobierno Federal, a fin de asegurar la ejecución de leyes federales, la facultad de impartir instrucciones específicas para casos especiales. Estas instrucciones deberán ser dirigidas a las autoridades supremas del Land, salvo que el Gobierno Federal considere que el caso es urgente.

Artículo 85 [Ejecución por delegación de la Federación]

(1) Cuando los Länder ejecuten leyes federales por delegación de la Federación, la organización de las autoridades quedará bajo la competencia de los Länder, siempre que leyes federales aprobadas por el Bundesrat no dispongan otra cosa.

(2) El Gobierno Federal, con la aprobación del Bundesrat, podrá dictar disposiciones administrativas generales. Podrá regular la formación uniforme de los funcionarios y empleados. Los directores de los órganos ejecutivos intermedios se nombrarán de común acuerdo con el Gobierno Federal.

(3) Las autoridades de los Länder estarán sujetas a las instrucciones de las autoridades federales supremas competentes. Las instrucciones deberán ser dirigidas a las autoridades supremas del Land, salvo cuando el Gobierno Federal considere que el caso es urgente. Las autoridades supremas del Land deberán asegurar la ejecución de las instrucciones.

(4) El control federal se refiere tanto a la legalidad como a la oportunidad de la ejecución. A tal efecto, el Gobierno Federal podrá exigir informes y la presentación de expedientes y enviar comisionados a todas las autoridades.

Existen en la Ley Suprema, concretamente en los artículos: 87c, 87d, 87e y 89, otras facultades administrativas que se pueden delegar por el Gobierno Federal a los *Länder*; por ejemplo, las relativas a: la energía nuclear; la navegación aérea; los transportes ferroviarios; las vías navegables; y las autopistas federales; empero, esta delegación de potestades requiere la aprobación del *Bundesrat*. En el caso de la administración de la navegación aérea, se estatuye también, que será a través de una ley federal como se decidirá la forma de organización de Derecho público o de Derecho privado.

Artículo 87c [Administración delegada en el sector de la energía nuclear]

Las leyes que se dicten en virtud del artículo 74, N° 11a, podrán determinar, con la aprobación del Bundesrat, que sean ejecutadas por los Länder por delegación de la Federación.

Artículo 87d [Administración de la navegación aérea]

(1) La administración de la navegación aérea funcionará como administración federal propia. A través de una ley federal se decidirá sobre la forma de organización de Derecho público o de Derecho privado.

(2) Mediante ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat, podrán transferirse a los Länder, con carácter de administración delegada tareas de la administración de la navegación aérea.

Artículo 87e [Administración de los transportes ferroviarios]

(1) Por lo que respecta a los ferrocarriles de la Federación, la administración de los transportes ferroviarios estará a cargo de una administración propia de la Federación. Una ley federal puede transferir a los Länder tareas de la administración de los transportes ferroviarios a título de competencia propia.

(2) La Federación asume las tareas de administración de los transportes ferroviarios que exceden el ámbito de los ferrocarriles de la Federación, que le sean transferidas por ley federal.

(3) Los ferrocarriles de la Federación son gestionados bajo la forma de empresas económicas de Derecho privado. La Federación será su propietaria en la medida en que la actividad de la empresa económica abarque la construcción, mantenimiento y explotación de las vías férreas. La enajenación de participaciones de la Federación a las empresas según la segunda frase se efectuará en virtud de una ley; la mayoría de las participaciones en estas empresas deberá quedar en manos de la Federación. La regulación se hará por ley federal.

(4) La Federación garantizará que el bien de la comunidad, especialmente las necesidades de transporte, sean tenidos en cuenta en la ampliación y conservación de la red de vías férreas de los ferrocarriles de la Federación así como en sus ofertas de transporte sobre esta red, salvo aquellas relacionadas con el transporte ferroviario de pasajeros de cercanías. La regulación se hará por ley federal.

(5) Las leyes dictadas en base a los apartados 1 a 4 requieren la aprobación del Bundesrat. Se requiere también la aprobación del Bundesrat para las leyes que regulan la disolución, fusión y división de las empresas ferroviarias de la Federación, la transferencia a terceros de vías férreas de los ferrocarriles de la Federación así como la supresión de vías férreas de los ferrocarriles de la Federación o que tengan efectos sobre el transporte ferroviario de pasajeros de cercanías.

Artículo 89 [Vías navegables federales]

(1) Las vías navegables que pertenecían al Reich son propiedad de la Federación.

(2) La Federación administrará las vías navegables federales por medio de órganos propios. Se ocupará de las tareas estatales resultantes de la navegación interior que excedan el ámbito de un Land y de las de la navegación marítima que le sean transferidas por ley. La Federación podrá transferir a un Land, cuando le fuere solicitado y con carácter de administración delegada, la Administración de vías navegables ubicadas en el territorio de aquél. Cuando una vía navegable atraviere el territorio de varios Länder, la Federación la podrá delegar en el Land que propongan los Länder interesados.

(3) En la administración, la ampliación y la construcción de vías navegables se respetarán, de conformidad con los Länder, las necesidades de los cultivos regionales y del régimen hidráulico.

Artículo 90 [Autopistas y carreteras federales]

(1) Las autopistas y las carreteras que pertenecían al Reich, son propiedad de la Federación.

(2) Los Länder o las corporaciones administrativas autónomas que sean competentes de acuerdo con la legislación del respectivo Land administrarán por delegación de la Federación las autopistas federales y las demás carreteras federales de largo recorrido.

(3) A solicitud de un Land, la Federación podrá transferir al régimen de administración federal propia las autopistas federales y otras carreteras federales de largo recorrido ubicadas en el territorio de dicho Land.

III.3 El Federalismo Fiscal Alemán.

Hechas las anteriores consideraciones, entraré al estudio de las facultades fiscales, que de acuerdo con la Ley Fundamental tienen los tres órdenes de gobierno: el Gobierno Federal, los *Länder* y los Municipios; en consecuencia, iré analizando todos aquellos artículos que nos permitan lograr una mejor comprensión sobre el tema del federalismo fiscal alemán.

En cuanto a la materia financiera, la Constitución alemana, incluye un capítulo muy completo denominado “X Hacienda”, integrado por una docena de artículos que se refieren a los siguientes temas: el principio general de que la Federación y los *Länder* carguen con los gastos derivados del cumplimiento de sus obligaciones, salvo que la Constitución establezca lo contrario (art. 104a); ayudas financieras de la Federación (art. 104b); el reparto competencial en materia tributaria entre Federación y *Länder*, tanto en materia normativa

como en la gestión fiscal (art. 105); la distribución de los ingresos tributarios entre la Federación y los *Länder* (art. 106); la compensación financiera para el transporte público de pasajeros de cercanías (art. 106a); compensación financiera para *Länder* y Municipios sobre impuestos repartibles (art. 107); administración financiera de los recursos fiscales por la Federación y los *Länder* (art. 108); gestión presupuestaria de la Federación y de los *Länder* (art. 109); plan presupuestario y ley de presupuesto de la Federación (art. 110); gestión presupuestaria provisional, en tanto se aprueba el nuevo presupuesto (art. 111); se precisa que los gastos excedentes y extraordinarios del presupuesto requieren de autorización del Ministro Federal de Hacienda (art. 112); es necesaria la aprobación del Gobierno Federal de las leyes que aumenten los gastos presupuestarios o que impliquen nuevos gastos (art. 113); el Tribunal Federal de Cuentas, cuyos miembros gozarán de independencia judicial, revisará la cuenta pública, así como la eficacia y legalidad de la gestión presupuestaria y económica federal (art. 114); de igual manera, se establece la prohibición respecto a los ingresos provenientes de créditos públicos, los que no podrán superar a la totalidad de los gastos destinados a inversiones, previstos en el presupuesto (art. 115).

X. HACIENDA.

Artículo 104a [Distribución de los gastos entre la Federación y los Länder]

(1) La Federación y los Länder asumen por separado los gastos que resultan del cumplimiento de sus tareas, siempre que la presente Ley Fundamental no disponga otra cosa.

(2) Cuando los Länder actúen por delegación de la Federación, ésta asumirá los gastos que de ello resulten.

(3) Las leyes federales que otorguen prestaciones pecuniarias y que sean ejecutadas por los Länder pueden disponer que estas prestaciones sean asumidas total o parcialmente por la Federación. Cuando la ley establezca que la Federación debe aportar la mitad o más de los gastos, dicha ley será ejecutada por delegación de la Federación. Cuando la ley determine que una cuarta parte o más de los gastos tienen que ser asumidos por los Länder, se requiere la aprobación del Bundesrat.

(4) Derogado

(5) La Federación y los Länder asumen los gastos administrativos de sus servicios respectivos y son responsables recíprocamente de una administración ordenada. La regulación se hará por una ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat.

Las adiciones hechas al capítulo X, agregando el artículo 104b, aumentaron el control por parte de la Federación, del uso que los *Länder* realizan de las ayudas financieras que se les transmiten del Gobierno Federal; so pretexto de asegurar su eficiente utilización, dadas las experiencias pasadas relativas a los malos resultados de los fondos del *Pacto de Solidaridad II*, destinados a la inversión en la infraestructura de los nuevos *Länder*; sin embargo, en la práctica se utilizaron en gastos de personal y para liquidación de deudas; lo que determinó la necesidad de poner plazos a tales ayudas y controlar periódicamente su destino; introduciendo, en su caso, sanciones por sus desviaciones e inadecuada utilización. De conformidad con el artículo 125c de la Constitución, la reforma hecha al art. 104.a.(4), expresa en el artículo 104b, a partir de la reforma de 2006, se aplicará hasta el 31 de diciembre de 2019, cuando concluya el *Pacto de Solidaridad II*.¹³⁵

Artículo 104b (Ayudas financieras)

(1) La Federación puede, en la medida en que esta Ley Fundamental le confiera competencias legislativas, otorgar a los Länder ayudas financieras para inversiones de importancia especial de los Länder y de los municipios (asociaciones de municipios), siempre que dichas inversiones sean necesarias para:

- 1. Combatir una perturbación del equilibrio global de la economía o*
- 2. Para el ajuste de la distinta capacidad económica en el territorio federal o*
- 3. Para promover el crecimiento económico.*

(2) Por ley federal, que requiere la aprobación del Bundesrat, o mediante un convenio administrativo en base a la ley federal de presupuesto, se regularán los pormenores, especialmente los tipos de inversiones que se promoverán. Las ayudas se otorgarán por tiempo limitado y se sujetarán con respecto a su utilización a comprobaciones periódicas. Las ayudas financieras se conformarán

¹³⁵ ELÍAS MÉNDEZ, Cristina, *La reforma de la Constitución financiera en Alemania: una reforma pendiente*, Universidad de Extremadura, España, ReDCE, n° 6, Julio-Diciembre de 2006, p. 243.

con el transcurso del tiempo con importes anuales que deben ir decreciendo.

(3) El Bundestag, el gobierno federal y el Bundesrat, si así lo requieren, deberán ser informados sobre la aplicación de las medidas y las mejoras conseguidas.

A. Las finanzas públicas subnacionales en Alemania.

Alemania tiene un complejo sistema de legislación tributaria con amplias facultades para el Gobierno Federal; así como una recaudación administrada por los *Länder* y un sistema de distribución y asignación de los ingresos fiscales entre la Federación, los *Länder* y los Municipios; de igual manera, cuenta con un mecanismo muy desarrollado de equilibrio financiero entre la Federación y los *Länder*, así como entre los propios *Länder*.

En cuanto a los recursos naturales, ni la Constitución Federal, ni las Constituciones de los *Länder*, le otorgan a ningún orden de gobierno la propiedad o la autoridad tributaria sobre los mismos, dondequiera que se localicen. Sin embargo, en la parte norte de Alemania existen algunas excepciones con relación a la cuota tributaria por la extracción de campos petroleros y de gas, que son explotados por empresas privadas, la cual cuenta como un ingreso en el esquema de equidad fiscal horizontal.

La Ley Fundamental alemana garantiza el derecho individual a la propiedad y por lo tanto crea un límite inherente para la autoridad tributaria, tanto de la Federación como de los *Länder*. Establece también, los límites a la autoridad tributaria de los *Länder*, en la medida en que prohíbe la duplicidad de impuestos entre los niveles de gobierno.

La competencia legislativa constitucional a favor de la Federación, limita a los *Länder* en cuanto a legislar en la misma materia tributaria; salvo que se trate de las facultades concurrentes listadas en el artículo 74 de la Constitución. La organización de las autoridades federales está regulada por la legislación federal.

El artículo 105, se refiere a la competencia legislativa; otorgando a la Federación: la exclusividad de legislar en materia de derechos aduaneros y sobre los monopolios fiscales.

Artículo 105 [Competencia legislativa]

(1) La Federación posee la competencia legislativa exclusiva sobre los derechos aduaneros y monopolios fiscales.

(2) La Federación posee la competencia legislativa concurrente sobre los demás impuestos, cuando los ingresos provenientes de dichos impuestos le correspondan total o parcialmente o se den las condiciones establecidas en el artículo 72, apartado (2).

(2a) Los Länder poseen la competencia legislativa en materia de impuestos locales sobre el consumo y el lujo mientras, y en tanto que estos impuestos no fueran del mismo tipo que los regulados por ley federal.

(3) Las leyes federales sobre impuestos cuyo producto corresponda total o parcialmente a los Länder o a los municipios (o mancomunidades de municipios) requieren la aprobación del Bundesrat.

La Ley Fundamental, instituye en su Capítulo X, un sistema para repartir los ingresos derivados de la carga impositiva entre la Federación y los *Länder* y de estos últimos con sus Municipios.

Teniendo conocimiento de la distribución de competencias para legislar en materia tributaria, entre la Federación y los *Länder*, incursionaremos ahora en el tema del reparto de las participaciones; así, el artículo 106 de la Ley Fundamental, expresa que: “En los ingresos provenientes de los impuestos sobre la renta y de sociedades participan la Federación y los *Länder* a partes iguales.”

La Ley Federal contempla la concurrencia entre autoridades hacendarías federales y de los *Länder*, en materia de recaudación y administración de impuestos federales; siempre y cuando mejore o facilite la implementación de la legislación fiscal. La recaudación y administración de los impuestos, cuyo ingreso recaudado se acumula exclusivamente en los municipios, son delegadas por las autoridades hacendarias de los *Länder* a los Municipios.

Legalmente, la Ley Fundamental alemana refleja un marco de federalismo rígido, donde predomina la responsabilidad individual de cada *Land*. Empero, la propia Constitución en su artículo 106, faculta al legislador federal para fijar los criterios de reparto de los ingresos tributarios, lo que se traduce en una merma de la autonomía financiera de los *Länder*.

Este mismo artículo, define el orden administrativo al que corresponden los ingresos de las distintas figuras impositivas, destacando el hecho de que los impuestos más importantes (ISR e IVA), son compartidos entre los tres

órdenes de gobierno, tal como se aprecia en el cuadro comparativo siguiente:¹³⁶

<i>Ingresos comunes a Federación, Länder y Municipios</i>	<i>Ingresos exclusivos de la Federación</i>	<i>Ingresos exclusivos de los Länder</i>	<i>Ingresos exclusivos de los Municipios</i>
<i>Impuesto sobre la Renta</i>	<i>Aranceles</i>	<i>Impuesto sobre el Patrimonio</i>	<i>Impuesto sobre Bienes Inmuebles</i>
<i>Impuesto de Sociedades</i>	<i>Monopolios fiscales</i>	<i>Impuesto de sucesiones</i>	<i>Impuesto industrial (secomparte con la Federación y Länder)</i>
<i>Impuesto al valor añadido (IVA)</i>	<i>Otros impuestos indirectos</i>	<i>Impuesto sobre vehículos</i>	<i>Impuestos locales</i>
	<i>Recargos de solidaridad</i>	<i>Impuesto sobre la cerveza y el juego</i>	<i>Tasas y contribuciones</i>
	<i>Impuesto sobre circulación de capitales</i>	<i>Impuesto de transmisiones patrimoniales</i>	
	<i>Impuesto de seguros</i>		
	<i>Impuesto sobre transporte de bienes en carretera</i>		

¹³⁶ OFICINA ECONÓMICA Y COMERCIAL DE ESPAÑA, *Op. Cit.*, p. 8.

Asimismo, el artículo referido determina que los ingresos percibidos por los *Länder*, tanto por los impuestos sobre la renta a las personas físicas y a las sociedades, así como por los impuestos sobre ventas, deben participarse a los Municipios, con base en una Ley Federal aprobada por el *Bundesrat*.

De la parte que corresponda a los *Länder* de los ingresos totales provenientes de los impuestos comunes, los Municipios y las mancomunidades de municipios, recibirán un determinado porcentaje que será fijado por las legislaciones de los *Länder*. Vale la pena resaltar que en los ingresos provenientes de los impuestos sobre la renta y de las sociedades, participan la Federación y los *Länder* en un 50%; los Municipios, por su parte, reciben de los *Länder* el equivalente al 12% del total de estos impuestos.¹³⁷

La participación de los ingresos entre la Federación, *Länder* y Municipios, se fundamenta en una ley Federal aprobada por el *Bundesrat*. Dicho ordenamiento, lo fue la Ley de Compensación Financiera (*Finanzausgleichsgesetz, FAG*) de 1951, reformada en 1998, y abrogada y sustituida por la Ley de Continuación del Pacto de Solidaridad (*Solidarpaktfortführungsgesetz*) de 2002.¹³⁸

Sólo para efectos comparativos, mencionaré que en el caso del sistema de participaciones mexicano, de conformidad con la Ley de Coordinación Fiscal vigente, el reparto de las mismas se destina en un 80% para la Federación y un 20% para los Estados; en tanto que a los Municipios mexicanos sólo les toca el 4%.

Artículo 106 [Distribución de los ingresos tributarios]

(1) Corresponden a la Federación el producto de los monopolios fiscales y de los impuestos siguientes:

- 1. Los derechos aduaneros;*
- 2. Los impuestos sobre el consumo, siempre que no correspondan a los Länder según el apartado (2), a la Federación y a los Länder conjuntamente según el apartado (3) o a los municipios según el apartado (6);*
- 3. El impuesto sobre el transporte de mercancías por carretera;*
- 4. El impuesto sobre las transacciones de capital, el impuesto sobre los seguros y el impuesto sobre las letras de cambio;*
- 5. Los tributos únicos sobre el patrimonio y los tributos recaudados para la realización de la compensación de cargas;*

¹³⁷ *Ibidem*, pp. 8 y 9.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 8.

6. *El tributo complementario del impuesto sobre la renta y del impuesto de sociedades;*

7. *Los tributos dentro del marco de las Comunidades Europeas.*

(2) Corresponden a los Länder los ingresos provenientes de los siguientes impuestos:

1. El impuesto sobre el patrimonio;

2. El impuesto sobre sucesiones;

3. El impuesto sobre los automotores;

4. Los impuestos sobre transacciones siempre que no correspondan a la Federación según el apartado (1) o conjuntamente a la Federación y a los Länder según el apartado (3);

5. El impuesto sobre la cerveza;

6. Las tasas de las casas de juego.

(3) Los ingresos provenientes de los impuestos sobre la renta, de sociedades y sobre las ventas corresponden conjuntamente a la Federación y a los Länder (impuestos comunes), salvo que estén atribuidos a los municipios los ingresos provenientes del impuesto sobre la renta de acuerdo con el apartado (5) y los ingresos provenientes del impuesto sobre las ventas de acuerdo con el apartado (5ª). En los ingresos provenientes de los impuestos sobre la renta y de sociedades participan la Federación y los Länder a partes iguales. La participación de la Federación y la de los Länder en el impuesto sobre las ventas, será fijada por ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat. Dicha fijación deberá responder a los siguientes principios:

1. Dentro del marco de los ingresos corrientes, la Federación y los Länder tienen el mismo derecho a la cobertura de sus respectivos gastos necesarios. A este respecto, deberá determinarse la cuantía de dichos gastos teniendo en cuenta una planificación financiera de varios años.

2. Las necesidades de cobertura de la Federación y de los Länder deberán ajustarse de tal forma entre sí que se garantice una compensación equitativa, evitando cargas excesivas a los contribuyentes y asegurando la homogeneidad de las condiciones de vida dentro del territorio federal.

Adicionalmente, para la fijación de las participaciones de la Federación y de los Länder en el impuesto sobre las ventas se tomará en cuenta la disminución de los ingresos fiscales que resulte para los Länder, a partir del 1 de enero de 1996, a raíz de la consideración de

los hijos en el derecho del impuesto sobre la renta. La regulación se hará por la ley federal mencionada en la tercera frase.

(4) La participación de la Federación y la de los Länder en el impuesto sobre las ventas será objeto de una nueva fijación cuando la proporción entre los ingresos y los gastos de la Federación y de los Länder hubiere experimentado un desarrollo sensiblemente diferente; no se considerará aquí la disminución de los ingresos fiscales que, según el párrafo 3, frase 5, es tomada en cuenta para la fijación de las participaciones en el impuesto sobre las ventas. En el caso de que por ley federal se les imponga a los Länder gastos adicionales o se los prive de ingresos, esta sobrecarga podrá también ser compensada, mediante ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat, por medio de asignaciones financieras de la Federación, siempre que la sobrecarga en cuestión se limite a un breve período de tiempo. En la ley se determinarán los principios a los que deberá obedecer la fijación de dichas asignaciones, así como su distribución entre los Länder.

(5) Los municipios reciben una parte de los ingresos provenientes del impuesto sobre la renta, que los Länder deberán hacer llegar a sus municipios sobre la base de los pagos efectuados por sus habitantes en concepto de impuesto sobre la renta. La regulación se hará por una ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat. Dicha ley podrá autorizar a los municipios para que fijen tipos de recaudación para la participación municipal.

(5a) Los municipios recibirán a partir del 1 de enero de 1998 una parte de los ingresos provenientes del impuesto sobre las ventas. Esta parte será transferida por los Länder a sus municipios en base a un criterio referido a las circunstancias locales y económicas. La regulación se hará por una ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat.

(6) Los ingresos provenientes del impuesto inmobiliario y del impuesto industrial corresponden a los municipios, los provenientes de los impuestos sobre el consumo y de lujo corresponden a los municipios o, según determinen las legislaciones de los Länder, a las mancomunidades de municipios. Deberá otorgarse a los municipios el derecho de fijar los tipos de recaudación de los impuestos inmobiliario e industrial dentro del marco de las leyes. Cuando en un Land no existan municipios, le corresponderán a aquél los ingresos provenientes de los impuestos inmobiliario e industrial, así como los

provenientes de los impuestos locales sobre el consumo y el lujo. Mediante un reparto podrán participar la Federación y los Länder en los ingresos provenientes del impuesto industrial. La regulación del reparto se hará por una ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat. De acuerdo con las legislaciones de los Länder, podrán tomarse como base de estimación para el reparto los impuestos inmobiliario e industrial así como aquella parte de los ingresos provenientes de los impuestos sobre la renta y sobre las ventas que corresponda a los municipios.

(7) De aquella parte de los ingresos totales provenientes de los impuestos comunes que corresponda a los Länder, los municipios y las mancomunidades de municipios en su conjunto recibirán un determinado porcentaje que será fijado por las legislaciones de los Länder. Por lo demás, dichas legislaciones determinarán si y en qué proporción los ingresos provenientes de los impuestos de los Länder serán asignados a los municipios (o mancomunidades de municipios).

(8) En caso de que la Federación estableciese la creación, en determinados Länder o municipios (o mancomunidades de municipios), de instituciones especiales que irroguen directamente a esos Länder o municipios (o mancomunidades de municipios) un aumento de gastos o una reducción de sus ingresos (cargas especiales), la Federación acordará la compensación necesaria en la medida en que no pudiera exigirse de los Länder o de los municipios (o mancomunidades de municipios) que asuman estas cargas especiales. Al fijarse dicha compensación se tendrán en cuenta las indemnizaciones pagadas por terceros y las ventajas financieras que resulten para esos Länder o municipios (o mancomunidades de municipios) como consecuencia de la creación de tales instituciones.

(9) A los efectos del presente artículo se considerarán como ingresos y gastos de los Länder también los ingresos y gastos de los municipios (o mancomunidades de municipios).

Artículo 106a [Compensación financiera para el transporte público de pasajeros de cercanías]

A partir del 1º de enero de 1996, corresponderá a los Länder una suma proveniente del ingreso impositivo de la Federación por el transporte público de pasajeros de cercanías. La regulación se hará por una ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat. La suma prevista en la primera frase no será tomada en consideración

en el cálculo de la capacidad financiera de acuerdo con el artículo 107 apartado (2).

La Constitución, en su artículo 107, considera como ingresos locales a todos aquellos provenientes del impuesto sobre la renta y de sociedades, recabados en el territorio de un *Land*; para ello, deberá expedirse una ley federal aprobada por el *Bundesrat*, que fije la delimitación y modalidades del reparto; de igual manera, la ley federal establecerá disposiciones sobre la distribución de otros impuestos.

Artículo 107 [Compensación financiera]

(1) Los ingresos provenientes de los impuestos de los Länder y la participación de los Länder en los ingresos provenientes del impuesto sobre la renta y de sociedades le corresponden a cada Land, en tanto dichos impuestos fueren recaudados por las autoridades fiscales en su territorio (ingresos locales). Mediante una ley federal, que requiere la aprobación del Bundesrat, se dictarán respecto al impuesto de sociedades y de la renta disposiciones más detalladas sobre la delimitación y modalidades del reparto de los ingresos locales. La ley podrá fijar también disposiciones relativas a la delimitación y reparto de los ingresos locales provenientes de otros impuestos. La parte de los ingresos provenientes del impuesto sobre las ventas que corresponde a los Länder, se repartirá entre los diferentes Länder en proporción al número de sus respectivos habitantes; para una parte no superior en un cuarto a esa participación de los Länder, podrán preverse, mediante ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat, participaciones complementarias para aquellos Länder cuyos ingresos provenientes de los impuestos de los Länder y del impuesto sobre la renta y de sociedades sean por habitante inferiores al promedio de todos los Länder.

(2) Se garantizará mediante ley que quede debidamente compensada la desigual capacidad financiera de los Länder; a tal fin se tendrán en cuenta la capacidad y las necesidades financieras de los municipios (o mancomunidades de municipios). En la ley se determinarán las condiciones para los derechos de compensación de los Länder con derecho a ella y para los deberes de compensación de los Länder obligados a hacerla efectiva, así como los criterios para la fijación de la cuantía de las prestaciones de compensación. Dicha ley podrá determinar asimismo que la Federación conceda de sus propios recursos asignaciones a los Länder de capacidad reducida para cubrir

a título complementario sus necesidades financieras generales (asignaciones complementarias).

En cuanto a la partición de los ingresos derivados de las ventas, que corresponden a los *Länder*, ésta se hará proporcionalmente al número de habitantes de cada *Land*; estableciéndose compensaciones financieras para aquellos *Länder* que reciban ingresos participables menores al promedio. La propia ley podrá determinar la asignación de recursos complementarios para los *Länder* con capacidades reducidas.

En lo que se refiere a la compensación financiera y apoyo a inversiones, se formulan cuatro mecanismos de coordinación fiscal, cuya concreción y especificación está a cargo del legislador federal, y que corrigen de modo sustancial las desigualdades en el reparto de fondos, que se derivan de la recaudación de los impuestos correspondientes a cada nivel de la administración pública, siendo estos los siguientes:¹³⁹

REPARTO DEL IVA. De conformidad con el artículo 107, apartado (1), el reparto de la recaudación por el impuesto sobre las ventas (IVA) se realizará atendiendo al número de habitantes al menos en un 75%. El importe de la cuarta parte restante, se transferirá de los Länder más ricos a los más pobres, de acuerdo con criterios que se fijarán por ley federal aprobada por el Bundesrat. Esta ley, determinará también qué parte de la recaudación del IVA corresponde a los Municipios.

SOLIDARIDAD HORIZONTAL O INTER-LÄNDER. El artículo 107, apartado (2), establece la obligación de la Federación de garantizar mediante ley federal, que quede debidamente compensada la desigual capacidad financiera de los Länder; tomando en cuenta la capacidad y las necesidades financieras de los Municipios o mancomunidades de Municipios.

SOLIDARIDAD VERTICAL O ESTADO-LÄNDER. Asimismo, este mismo artículo y apartado de la Constitución, abre la posibilidad de que la Federación cubra con sus propios recursos las necesidades financieras de los Länder económicamente más débiles, mediante transferencias compensatorias.

PROGRAMA DE INVERSIONES. Por su parte, el artículo 104b, adicionado por la Reforma Constitucional de 2006, precisa que la Federación podría otorgar ayudas financieras a los Länder, en ciertos casos: para apoyar a las inversiones de especial importancia en sus Municipios; siempre que dichas inversiones sean necesarias para contrarrestar una perturbación del

¹³⁹ *Ibidem*, p. 9.

equilibrio general de la economía, para compensar las desigualdades de desarrollo económico dentro del territorio federal o para promover el crecimiento económico.

Artículo 104b (Reforma de 2006)

(1) La Federación puede, en la medida en que esta Ley Fundamental le confiera competencias legislativas, otorgar a los Länder ayudas financieras para inversiones de importancia especial de los Länder y de los municipios (asociaciones de municipios), siempre que dichas inversiones sean necesarias para:

- 1. Combatir una perturbación del equilibrio global de la economía o*
- 2. Para el ajuste de la distinta capacidad económica en el territorio federal o*
- 3. Para promover el crecimiento económico.*

(2) Por ley federal, que requiere la aprobación del Bundesrat, o mediante un convenio administrativo en base a la ley federal de presupuesto, se regularán los pormenores, especialmente los tipos de inversiones que se promoverán. «Las ayudas se otorgarán por tiempo limitado y se sujetarán con respecto a su utilización a comprobaciones periódicas. Las ayudas financieras se conformarán con el transcurso del tiempo con importes anuales que deben ir decreciendo.

(3) El Bundestag, el gobierno federal y el Bundesrat, si así lo requieren, deberán ser informados sobre la aplicación de las medidas y las mejoras conseguidas»”.

Con la unificación alemana, el Gobierno Federal se planteó el problema de la necesaria financiación a los cinco nuevos *Länder* provenientes de Alemania Oriental, que se incorporaron a la Federación alemana. Por ello, en marzo de 1993, el canciller *Helmut Kohl* firmó con los presidentes de todos los *Länder* el llamado primer Pacto de Solidaridad, que tendría una vigencia temporal de diez años (1995-2005); los recursos financieros necesarios para cumplir con los acuerdos de este Pacto, quedarían establecidos tanto en la Ley de Compensación Regional como en la Ley de Fomento de Inversiones que fueron reformadas en ese mismo año.¹⁴⁰

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 11.

La Ley de Compensación Financiera (FAG), se encargó de desarrollar y detallar los mecanismos de compensación previstos por la Ley Fundamental. Dichos mecanismos girarían alrededor de tres elementos:

- a). Los ingresos del IVA
- b). Las compensaciones entre los Länder o solidaridad horizontal
- c) El Presupuesto Federal o solidaridad vertical

REPARTO DEL IVA:¹⁴¹ Los ingresos provenientes del IVA se distribuyen en dos fases: una de manera vertical y otra horizontal; la primera, rige el reparto de los ingresos entre la Federación y los Länder; y la segunda, se da en la partición entre los distintos Länder.

En el siguiente cuadro se observa la composición de la distribución del IVA, entre la Federación, los Länder y los Municipios a partir de 1999.¹⁴²

Ente Territorial	Participación
<i>Federación</i>	46.62%
<i>Länder</i>	45.55%
<i>Municipios</i>	2.2%
<i>Fondo de Compensación</i>	5.63%

El importe del IVA, correspondiente a los Länder, se distribuye entre éstos de acuerdo con los siguientes criterios:¹⁴³

1. El 75% de la recaudación de este impuesto, se reparte entre los Länder de acuerdo con el número de habitantes (*umsatzsteuervorwegausgleich*).

2. El 25% restante de la recaudación, se comparte entre aquellos Länder cuyos ingresos, por habitante, de impuestos propios y comunes, excepto el IVA, son inferiores al 92% de la media.

SOLIDARIDAD HORIZONTAL.¹⁴⁴ En esta fase se compara la capacidad financiera de los Länder con sus necesidades de financiación (*ausgleichsmesszahl*).

La capacidad financiera (*finanzkraftmeßzahl*) de un Land, es la suma de todos los ingresos fiscales de los Länder, incluyendo su participación en el

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 12.

¹⁴² *Ibidem*, p. 12.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 9.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pp. 13-14.

IVA y los ingresos de los Municipios. En el caso de los *Länder* costeros; es decir, Hamburgo, Bremen, Mecklemburgo-Pomerania y Baja Sajonia, se les deduce la base en la cuantía por las “cargas portuarias” (*hafenlasten*); derivada la exigencia de infraestructura por el acceso al mar.

La necesidad financiera (*ausgleichsmesszahl*) del *Land*, consiste en calcular el gasto medio de todas las administraciones públicas por habitante, y multiplicar dicha cifra por el número de habitantes del *Land* en cuestión. La ley toma en cuenta aquellos *Länder* que corresponden a una ciudad; tal es el caso de Berlín, Bremen y Hamburgo; y cuyo cálculo consiste en multiplicar su número de habitantes por el factor 1.35.

La diferencia entre la capacidad y la necesidad financiera, determina la condición de contribuyente o perceptor neto del *Land* en cuestión; si la primera es superior a la segunda, el *Land* tiene la obligación de contribuir (*ausgleichverpflichtet*). Por el contrario, si la segunda es superior a primera el *Land* tiene derecho a percibir un apoyo financiero (*ausgleichberechtigt*).

Las sumas percibidas (*ausgleichszuweisungen*) se aplicarán en primer lugar a aquellos *Länder* cuya capacidad financiera sea inferior al 92% de su necesidad financiera. Alcanzado ese límite, los *Länder* cuya capacidad sea inferior al 95% continuarán percibiendo transferencias financieras hasta llegar al primer porcentaje.

SOLIDARIDAD VERTICAL (*Bundesergänzungszuweisungen*)¹⁴⁵: La compensación horizontal, entre *Länder*, es complementada por la compensación vertical; es decir, la que tiene lugar entre la Federación y los *Länder*, con fondos procedentes del Presupuesto Federal; las sumas transferidas por aquélla a éstos, son denominadas Transferencias Federales Complementarias (*Bundesergänzungszuweisungen*) (BEZ).

Las Transferencias Federales Complementarias se dividen en 3 tipos:

1. Los llamados *Importes de Carencia* (*fehlbetrags*), garantizan a los *Länder* más pobres una ampliación de sus medios financieros hasta un mínimo del 99.5% de su necesidad financiera. Con los Importes de Carencia, el nivel del gasto público en todos los *Länder* se ha igualado casi por completo. Así, el *Länder* que menos tiene alcanza una capacidad financiera equivalente al 99.5% de la media; y el que más posee logran hasta el 103.7%.

2. Las *Transferencias para Necesidades Especiales* (*sonderbedarfs*). En este subtipo entran los *Länder* de pequeñas dimensiones con altos costos de administración (*kosten der kleinheit*); los *Länder* por situaciones de

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 15-16.

emergencia presupuestaria; y los *Länder* de la extinta República Democrática Alemana, por sus necesidades de infraestructura (*teilungsbedingte sonderlasten*).

3. Las *Transferencias de Transición (übergangs)*, son entregadas a los *Länder* más pobres de la Alemania Occidental desde 1995, para compensar el efecto de la entrada de los *Länder* provenientes del Este, en las políticas de solidaridad.

La *Ley de Compensación Financiera* (FAG), fue cuestionada por varios *Länder* y sujeta a revisión por el Tribunal Constitucional Federal (TCF), quien declaró la inconstitucionalidad de esta Ley, resolviendo que el concepto de *necesidades especiales (sonderlasten)* no está contemplado por la Ley Fundamental para la determinación de la capacidad financiera de los *Länder*; tampoco existe fundamento en la Constitución para justificar la ponderación del número de habitantes de un *Land*, lo que daba origen a agravios a juicio de algunos *Länder*.¹⁴⁶

De acuerdo con el TFC, la Ley de Compensación Financiera, contenía una serie de criterios que no tenían fundamento en la Constitución, podían además generar tratos discriminatorios, en especial por los criterios relativos a las compensaciones verticales. Si bien, el TFC no decretó la nulidad de la FAG, sí obligó al Poder Legislativo a promulgar una “Ley de Baremos”¹⁴⁷ y a reformar la FAG; aun cuando la “Ley de Baremos” se promulgó en julio de 2001 y en diciembre de ese mismo año el Canciller Schröder y los Presidentes de los 16 *Länder* suscribieron el *Pacto de Solidaridad II*, la reforma de la FAG entró en vigor hasta enero de 2005, sentando las bases para la financiación regional que se mantendrá hasta diciembre de 2019. Es decir, continúa vigente.

La reforma prevé, en primer lugar, la fusión de las transferencias federales con los fondos procedentes de la *Ley de Fomento de Inversiones (Investitionsförderung)* IFG. Esta fusión, entró en vigor en el año 2002 y a partir de 2005 tendería a descender progresivamente. Es de destacar que se incluyó en el cálculo, como nuevo criterio de ponderación, el de la baja densidad poblacional.¹⁴⁸

Artículo 108 [Administración financiera]

(1) Los derechos aduaneros, los monopolios fiscales, los impuestos sobre el consumo regulados por leyes federales, con inclusión del

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 17.

¹⁴⁷ Equivalente a medidas, tablas o índices.

¹⁴⁸ OFICINA ECONÓMICA, *Op. Cit.*, p. 18.

impuesto del valor añadido, así como los tributos dentro del marco de las Comunidades Europeas, serán administrados por las autoridades financieras federales. La organización de dichas autoridades será regulada por ley federal. Los directores de los órganos ejecutivos intermedios serán nombrados de común acuerdo con los gobiernos de los respectivos Länder.

(2) Los demás impuestos serán administrados por las autoridades financieras de los Länder. La organización de dichas autoridades y la formación uniforme de sus funcionarios podrán ser reguladas por ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat. Los directores de los órganos ejecutivos intermedios se designarán de común acuerdo con el Gobierno Federal.

(3) Cuando las autoridades financieras de los Länder administren impuestos destinados total o parcialmente a la Federación actuarán por delegación de ésta. Para los efectos del artículo 85 apartados 3 y 4, actuará, en lugar del Gobierno Federal, el Ministro Federal de Hacienda.

(4) Mediante ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat podrá preverse una actuación conjunta de las autoridades financieras de la Federación y de los Länder en la administración de impuestos, así como, en el caso de los impuestos contemplados en el apartado 1, la administración por parte de las autoridades financieras de los Länder y, en el caso de los otros impuestos, la administración por parte de autoridades financieras federales, si y en tanto ello mejore o facilite considerablemente la ejecución de las leyes tributarias. Respecto a los impuestos que sean asignados exclusivamente a los municipios (o mancomunidades de municipios), la administración que compete a las autoridades financieras de los Länder podrá ser delegada total o parcialmente en los municipios (o mancomunidades de municipios) por los Länder.

(5) Por ley federal se establecerá el procedimiento a aplicar por las autoridades financieras federales. El procedimiento a aplicar por las autoridades financieras de los Länder y, en los casos del apartado (4), segunda frase, por los municipios (o mancomunidades de municipios), podrá ser establecido por ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat.

(6) La jurisdicción financiera será regulada uniformemente por ley federal.

(7) El Gobierno Federal podrá dictar disposiciones administrativas generales, que requieren la aprobación del Bundesrat, en tanto la administración incumba a las autoridades financieras de los Länder o a los municipios (o mancomunidades de municipios).

Artículo 109 [Gestión presupuestaria de la Federación y de los Länder]

(1) La Federación y los Länder son autónomos y recíprocamente independientes por lo que respecta a su gestión presupuestaria.

(2) La Federación y los Länder deberán tener en cuenta en su gestión presupuestaria las exigencias del equilibrio global de la economía.

(3) Por ley federal, que requiere la aprobación del Bundesrat, podrán fijarse principios comunes para la Federación y los Länder, en lo que atañe al Derecho presupuestario, a una economía presupuestaria que tenga en cuenta las exigencias coyunturales y a una planificación financiera de varios años.

(4) Para evitar una perturbación del equilibrio global de la economía, una ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat puede:

1. Determinar las cantidades máximas, condiciones y orden cronológico de los créditos que se concederán a las corporaciones territoriales y las mancomunidades locales y

2. Obligar a la Federación y a los Länder a tener depósitos que no devenguen intereses en el Banco Federal Alemán (reservas de compensación coyuntural).

Sólo el Gobierno Federal podrá ser habilitado para dictar decretos. Estos decretos requieren la aprobación del Bundesrat. Deberán ser derogados si así lo exigiere el Bundestag; la regulación se hará por una ley federal.

Artículo 110 [Plan presupuestario y ley de presupuesto de la Federación]

(1) Todos los ingresos y gastos de la Federación deberán figurar en el presupuesto; en el caso de las empresas federales y de los patrimonios especiales no necesitarán figurar más que las entradas o las entregas. El presupuesto federal deberá ser equilibrado en sus ingresos y gastos.

(2) El presupuesto será fijado por la ley de presupuesto para uno o varios ejercicios económicos, separado por años, antes de que comience el primer ejercicio. Para partes del presupuesto podrá

preverse que rijan por períodos diferentes, divididos en ejercicios económicos.

(3) El proyecto de la ley de presupuesto mencionado en el apartado 2, primera frase, así como los proyectos de enmienda de la ley de presupuesto y del plan presupuestario serán presentados al Bundestag al mismo tiempo que sean enviados al Bundesrat. El Bundesrat podrá dictaminar sobre el proyecto en un plazo de seis semanas y en el caso de los proyectos de enmienda, en un plazo de tres semanas.

(4) En la ley de presupuesto no deberán incluirse más que aquellas disposiciones que se refieran a los ingresos y gastos de la Federación y al período para el que fuere aprobada la ley de presupuesto. Dicha ley podrá prescribir que las disposiciones sean derogadas solamente cuando se promulgue la siguiente ley de presupuesto o, en el caso de haber sido otorgada una habilitación según el artículo 115, en fecha posterior.

Artículo 111 [Gestión presupuestaria provisional]

(1) Cuando al término de un ejercicio el presupuesto para el siguiente año no hubiese sido fijado por ley, el Gobierno Federal estará facultado para efectuar hasta su entrada en vigor todos los gastos necesarios para:

a) Mantener las instituciones legalmente existentes y ejecutar las medidas dispuestas por ley;

b) Cumplir las obligaciones de la Federación jurídicamente fundadas;

c) Continuar los trabajos de construcción, las adquisiciones y demás prestaciones o seguir concediendo subvenciones para estos fines siempre que por el plan presupuestario de un ejercicio anterior ya se hayan aprobado los fondos.

(2) En tanto los gastos mencionados en el apartado 1 no puedan ser cubiertos por ingresos creados por ley especial y provenientes de impuestos, contribuciones y otras fuentes, ni por las reservas para los gastos ordinarios, el Gobierno Federal podrá movilizar por vía de crédito los fondos necesarios para mantener la gestión económica hasta la cuantía de una cuarta parte de la suma final del presupuesto vencido.

Artículo 112 [Gastos excedentes y extraordinarios]

Los gastos que excedan el límite fijado en el presupuesto y los gastos extraordinarios, requieren la aprobación del Ministro Federal

de Hacienda. Esta aprobación sólo podrá ser otorgada en el caso de una necesidad imprevista e ineludible. La regulación podrá hacerse por una ley federal.

Artículo 113 [Aprobación del Gobierno Federal de los aumentos de gastos o la disminución de ingresos]

(1) Requieren la aprobación del Gobierno Federal las leyes que aumenten los gastos presupuestarios propuestos por el Gobierno Federal o que impliquen nuevos gastos o los involucren para el futuro. Lo mismo regirá respecto a las leyes que impliquen disminuciones de los ingresos o que las involucren para el futuro. El Gobierno Federal podrá exigir que el Bundestag postergue su decisión sobre tales leyes. En este caso, el Gobierno Federal deberá hacer llegar al Bundestag un dictamen en el plazo de seis semanas.

(2) El Gobierno Federal podrá exigir en un plazo de cuatro semanas, a contar desde la aprobación de la ley por parte del Bundestag, que éste vuelva a adoptar una nueva decisión.

(3) Si la ley hubiese sido adoptada de acuerdo con el artículo 78, el Gobierno Federal sólo podrá negar su aprobación dentro de un plazo de seis semanas y únicamente en el caso de haber iniciado previamente el procedimiento previsto en el apartado 1, tercera y cuarta frases, o en el apartado 2. Vencido dicho plazo, la aprobación se considerará otorgada.

Artículo 114 [Rendición y revisión de cuentas]

(1) Acerca de todos los ingresos y gastos así como de los bienes y las deudas correspondientes a cada ejercicio económico, el Ministerio Federal de Hacienda rendirá cuentas ante el Bundestag y el Bundesrat en el transcurso del ejercicio económico siguiente, para la exoneración del Gobierno Federal.

(2) El Tribunal Federal de Cuentas, cuyos miembros gozarán de independencia judicial, revisará las cuentas, así como la economía y legalidad de la gestión presupuestaria y económica. Deberá informar directamente todos los años, además de al Gobierno Federal, también al Bundestag y al Bundesrat. Por lo demás, las atribuciones del Tribunal Federal de Cuentas serán reguladas por ley federal.

Artículo 115 [Obtención de créditos]

(1) La obtención de créditos y la prestación de fianzas, garantías u otras clases de seguridades que puedan dar lugar a gastos en ejercicios económicos futuros, necesitan una habilitación por ley

federal que determine o permita determinar el monto de los mismos. Los ingresos provenientes de créditos no podrán superar la suma de los gastos para inversiones previstos en el presupuesto, no admitiéndose excepciones sino para contrarrestar una alteración del equilibrio global de la economía. La regulación se hará por una ley federal.

(2) Respecto a los patrimonios especiales de la Federación, podrán autorizarse, por ley federal, excepciones a lo dispuesto en el apartado 1.

Aun cuando debería formar parte del capítulo X, HACIENDA, el legislador decidió, con la reforma constitucional de 2006, adicionar al capítulo XI, de DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES, el artículo 143c, que constituye una disposición transitoria que regula las compensaciones que se otorguen, entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2019, de los recursos federales que pierden los *Länder* al suprimirse las tareas comunes.

143c. (Ayudas financieras que compensen la supresión de tareas comunes)

(1) Se pondrá a disposición de los Länder a partir del 1 de enero de 2007 y hasta el 31 de diciembre de 2019 anualmente cantidades provenientes del presupuesto de la Federación para (compensar) la supresión condicionada de los aportes financieros de la Federación por la supresión de las tareas comunes para la ampliación y la nueva construcción de universidades, incluyendo clínicas universitarias y la planificación de la educación, así como la supresión de las ayudas financieras para la mejora de las condiciones del tráfico de los municipios y para la inversión en vivienda social. Hasta el 31 de diciembre de 2013 estas cantidades serán proporcionadas a partir de la media de las aportaciones financieras de la Federación en el período de referencia 2000-2008.

(2) Las cantidades referidas en el apartado (1) serán distribuidas entre los Länder hasta el 31 de diciembre de 2013 de la siguiente forma:

- 1. Como cantidades anuales fijas, cuya cuantía se calcula según la participación media de cada Land en el período 2000-2003;*
- 2. En todo caso vinculadas a un ámbito de tareas de la hasta ahora financiación mixta.*

(3) La Federación y los Länder revisarán hasta el fin de 2013, en qué cuantía los medios financieros proporcionados a los Länder de

conformidad con el párrafo (1) resultan aún adecuados y necesarios para el cumplimiento de las tareas de los Länder. A partir del 1 de enero de 2014 decae la vinculación a un objetivo prevista en el párrafo (2), numeral 2 de los medios financieros transferidos de conformidad con el párrafo (1); sí se mantiene la vinculación a objetivos de la inversión del volumen medio. Los convenios derivados del Pacto de Solidaridad II se mantienen igual.

(4) Los detalles serán regulados en una ley federal, que requiere la aprobación del Bundesrat.

Las finanzas públicas son un tema esencial para el funcionamiento de un Estado federal, razón por la cual la Ley Fundamental alemana lo establece en forma explícita. Partiendo de este principio, el Estado federal y los *Länder*, tienen que asumir de manera separada los gastos que resulten de sus tareas específicas; estableciéndose las siguientes excepciones:¹⁴⁹

1. Cuando los *Länder* actúen por encargo del Gobierno Federal; la Federación será la que asuma los gastos que resulten; por ejemplo, la administración de las autopistas federales.
2. Cuando los *Länder* ejecuten leyes del Estado Federal en su territorio que impliquen transferencias monetarias; se establece que la Federación absorba los gastos de operación.
3. Cuando el Gobierno Federal estime necesario apoyar con inversiones que sean importantes para los *Länder* y los Municipios; derivadas de situaciones coyunturales, estructurales o de política económica, favorables al crecimiento de la economía nacional; en tal caso, le corresponderá al Gobierno Federal hacerse cargo de las mismas.
4. Cuando se trate de tareas comunes pero la atención signifique un gasto excesivo para un *Länder*; como por ejemplo, la ampliación y la construcción de universidades públicas, el mejoramiento de la estructura económica regional y de la estructura agraria o la protección de las costas; la Federación participará en el financiamiento de las mismas.

B. Reglas para la distribución de los ingresos tributarios.

Una Ley Federal determina, que de los ingresos tributarios percibidos, una parte le corresponde de forma exclusiva a cada orden de gobierno, a la Federación, a los *Länder* y a los Municipios.

¹⁴⁹ FUCHS, *Op. Cit.*, p. 8.

Los impuestos aduaneros y los impuestos sobre el tabaco y del petróleo, ingresan en forma exclusiva a las arcas del Gobierno Federal. En tanto que a los *Länder*, les pertenecen algunos impuestos como los de herencias y sobre los vehículos.¹⁵⁰

La mayoría de los ingresos tributarios, provienen de los llamados impuestos comunes: impuesto sobre la renta, impuesto a las sociedades e impuesto sobre el valor añadido (IVA), que se reparten en los tres órdenes de Gobierno. Estos impuestos representan alrededor de las dos terceras partes del total de los ingresos tributarios.¹⁵¹

Del impuesto sobre la renta a las personas físicas, un 15% se destina a los Municipios y el 85% restante se divide en partes iguales entre el Gobierno Federal y los *Länder* (42.5% c/u).

Para la distribución de los impuestos sobre la renta, sobre sueldos y salarios, así como sobre las sociedades, entre los *Länder*, se aplica el *principio generador de la recaudación local*; es decir, los ingresos tributarios permanecen en el *Länder* cuya oficina hacendaria haya recaudado los impuestos. Empero, este principio se rompe en el caso de los impuestos sobre sueldos/salarios y sobre las sociedades, debido al llamado fraccionamiento del impuesto; así por ejemplo, la repartición del impuesto sobre las sociedades se define por el *principio de la sede de la producción (betriebsstaettenprinzip)*; con él, se intenta evitar que los impuestos que pagaría una empresa con instalaciones fabriles en diferentes *Länder*, no tribute en su totalidad en el *Länder* en donde la empresa tiene su domicilio fiscal. Por lo que respecta al reparto de los ingresos tributarios, cuyo origen es el impuesto sobre sueldos y salarios, rige el *principio de residencia*; es decir, el impuesto corresponde al *Länder* donde el empleado tiene su domicilio; con esta disposición, se trata de evitar que el impuesto sobre sueldos y salarios se quede en el *Länder* donde el empleado trabaja y, por lo contrario, se reciba en el Municipio en donde reside el trabajador que es donde se le otorgan los servicios públicos.¹⁵²

El impuesto sobre la renta de las sociedades y el impuesto al valor añadido (IVA), se reparten por el principio de partes iguales (50%) entre el Gobierno Federal y los *Länder*.

El 75% del volumen del IVA que pertenece a los *Länder*, se reparte según el número de habitantes. En tanto que el 25% restante se usa para poner en

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 8.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 8.

¹⁵² *Ibidem*, pp. 8-9.

práctica un mecanismo de compensación entre los *Länder* que tienen mayor recaudación y los *Länder* con una recaudación más baja. De esta forma, se incrementa la fuerza contributiva de los *Länder* débiles hasta llegar al 92% promedio del país. El fundamento de esta reglamentación, parte del precepto constitucional de lograr las condiciones de vida igualitarias en todo el territorio nacional.¹⁵³

En la misma lógica se realiza la compensación financiera horizontal entre los *Länder*. Esta medida coadyuva a que los *Länder* débiles incrementen hasta llegar al 95% del promedio de todo el país. Las sumas percibidas (*Ausgleichszuweisungen*) se aplicarán en primer lugar a aquellos *Länder* cuya capacidad financiera sea inferior al 92% de su necesidad financiera. Alcanzado ese primer límite, los *Länder* cuya capacidad sea inferior al 95% continúan percibiendo transferencias hasta llegar a dicho porcentaje.¹⁵⁴

La compensación horizontal es complementada a los *Länder* con baja contribución, por la compensación vertical; es decir, la que tiene lugar entre Federación y *Länder*, denominadas *transferencias federales complementarias* (*Bundesergänzungszuweisungen*) con fondos procedentes del Presupuesto Federal. La Federación concede *transferencias federales complementarias*, con el objeto de que los *Länder* más atrasados puedan llegar hasta el 99.5% del promedio federal.¹⁵⁵

Es decir, el objetivo de las finanzas públicas es proveer a los *Länder* con baja capacidad contributiva de recursos adicionales hasta que alcancen el promedio nacional. De esta manera, se pretende que los *Länder* tengan la misma capacidad financiera para cumplir con sus tareas públicas.

No obstante que las transferencias se sustentan en acuerdos generales entre la Federación y los 16 *Länder*; los apoyos derivados de los índices para los cálculos financieros han sido muy controvertidos, incluso entre los mismos *Länder*. Sobre todo, cuando se determina que los *Länder* donantes tienen que aportar para los *Länder* más débiles; tal situación, ha sido más evidente a partir de la incorporación de los 5 *Länder* provenientes de la Alemania del Este, derivado de la reunificación alemana, con un alto grado de atraso económico, social y de infraestructura respecto a los *Länder* occidentales. Empero, el Gobierno Federal ha tenido que batallar con los *Länder* más desarrollados, donantes por naturaleza, quienes demandan el

¹⁵³ *Ibidem*, p. 9.

¹⁵⁴ OFICINA ECONÓMICA, *Op. Cit.*, p. 14.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 15.

derecho de retener más ingresos tributarios como premio a su éxito económico.¹⁵⁶

El rendimiento de los monopolios fiscales y el ingreso recaudado a través de diversos impuestos de carácter federal, lo concentra la Federación; mientras que el producto de otros tributos de carácter estatal, que en su conjunto no ascienden a más del 25% del ingreso general, se acumula en los *Länder*.

El ingreso recaudado por los impuestos sobre la renta, sobre la actividad empresarial, y los impuestos a las ventas (que conforman el 75% del ingreso general) se acumula tanto para la Federación como para los *Länder* y los Municipios (impuestos participables). Los impuestos sobre la renta y sobre las actividades empresariales son compartidos de manera equitativa entre la Federación y los *Länder* (42.5% para la Federación, 42.5% para los *Länder* y el 15% restante, para los Municipios en relación al número de habitantes).

Las participaciones por el impuesto sobre las ventas (IVA) recaudado, están determinadas por una Ley Federal aprobada por el Consejo Federal (*Bundesrat*). Dicha determinación, está basada en principios relacionados con la demanda igualitaria de ingresos, la planeación financiera multianual y el equilibrio redistributivo. Mientras que la Federación recibe el 45% del IVA, los *Länder* reciben el 55%, distribuido *per cápita*; los Municipios participan, a su vez, del ingreso recaudado por el impuesto sobre la renta, por el impuesto sobre las ventas, el impuesto sobre la propiedad inmobiliaria y sobre transacciones, así como de algunos impuestos locales sobre gasto y consumo; además de los subsidios complementarios de parte de los *Länder*.

La Ley Fundamental también autoriza al gobierno federal a destinar recursos tributarios en apoyo de programas de los *Länder* y de los Municipios (art. 104, LF), lo que se realiza de dos maneras: mediante transferencias financieras conforme a la *Ley de Equidad Fiscal de la Federación*, o por medio del otorgamiento de subsidios federales a los *Länder* financieramente débiles, con el fin de complementar sus requerimientos financieros generales.

Asimismo, se contempla un esquema bien elaborado en el que se basa el procedimiento de distribución referido a la equidad fiscal, a partir de dos principios básicos: a) el *principio de rendimiento local*, y b) el *principio de población*.

¹⁵⁶ FUCHS, *Op. Ct.*, p.10.

La política monetaria se asigna a ambos niveles de gobierno, la Federación y los *Länder*. En cuanto a la administración de su presupuesto, la Federación y los *Länder* son autónomos e independientes unos de otros; sin embargo, tienen que tomar en cuenta los requerimientos del equilibrio macroeconómico para un adecuado crecimiento, la estabilidad del tipo de cambio, un nivel alto de empleo, y un comercio exterior equilibrado.

En cuanto a las políticas públicas del sistema alemán de financiación regional, lo podemos resumir en los siguientes puntos.

1. El régimen de financiación regional alemana se caracteriza por un federalismo con criterios de solidaridad y de compensación. Sobre todo, a partir de la unificación alemana que ha contribuido a acentuar dichos criterios, por las disparidades económicas y sociales de los 5 *Länder* incorporados provenientes de la ex Alemania Oriental.
2. Legalmente, la Constitución alemana diseña un marco de federalismo rígido, donde prima la responsabilidad de cada *Land*. Sin embargo, la propia Constitución permite al legislador que al fijar los criterios de reparto merme considerablemente la autonomía financiera efectiva de los *Länder*.
3. La evolución en Alemania, sobre todo a partir de la unificación, ha sido hacia un federalismo de tipo cooperativo, en el que han primado los aspectos de reparto sobre los de competencia. La principal prueba es que el sistema de transferencias no solamente ha tratado de disminuir las desigualdades financieras entre los *Länder* ricos y los pobres; sino que ha implementado una política de una inversión pública diferenciada, de tal forma que el gasto público por habitante es proporcionalmente mayor en los últimos.
5. Empero, esta política de solidaridad ha sido muy criticada por los grupos tradicionalistas, acostumbrados a los beneficios generales anteriores a la reunificación, alegando que las políticas de solidaridad no garantizan a todos los ciudadanos un gasto público de la misma calidad y extensión, con independencia de su lugar de residencia.
6. De igual manera, se aduce, se producen efectos colaterales no deseados; entre los que destaca el deterioro del concepto de responsabilidad individual de los *Länder*, debido a la falta de incentivos para aplicar austeridad y rigor presupuestario en la gestión pública.
7. Lo más criticable, es que paradójicamente se fomentan actitudes no solidarias por parte de los *Länder* receptores, en cuanto a equilibrar sus presupuestos; y sólo aspiran a que el resto de los *Länder* financie su

gestión deficitaria. Ésta es quizás una de los principales motivos, que explican por qué Alemania no está pudiendo controlar su gasto público; que en los últimos dos años se ha agudizado por la crisis financiera mundial, y, con mayor énfasis en la Unión Europea, que demanda más apoyo del Estado alemán.

9. Añádase, por último, la aplicación de elementos correctores que favorecen a los *Länder* costeros, así como a los *Länder-ciudad*. Cuyo trato no resulta claro para los partidos de oposición, además de no tener fundamento expreso en la Ley Fundamental. Incluso, así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional Federal, que ha resuelto la obligación de reformar las leyes que sustentan las políticas de solidaridad y en otros aspectos.

C. El sistema financiero alemán.

El sistema financiero alemán ha venido experimentando un cambio permanente, derivado de varias situaciones:

La interna, producto primero, de las sentencias del Tribunal Constitucional Federal,¹⁵⁷ que como ya fue comentado, ha criticado al sistema de repartición vigente, calificándolo como indefinido y poco transparente y por tanto inconstitucional; en segundo lugar, por la insistencia de algunos *Länder* (especialmente los ricos) que creen que la influencia del Estado Federal es demasiado grande y que requieren una reorientación del sistema federal en cuanto a la distribución de competencias y de recursos fiscales. Ante esta situación, los *Länder* se han esforzado por solicitar una mayor descentralización de tareas frente al Gobierno Federal: por una parte, aspiran a más atribuciones legislativas (especialmente en materia de legislación tributaria). Por otro lado, los *Länder* pobres con menor fuerza financiera, ven estas pretensiones con sentimientos encontrados; puesto que dependen, en gran medida, de un Estado Federal solidario; pero que también está comprometido con el cumplimiento del precepto constitucional de lograr condiciones de vida igualitarias para todos los alemanes.

La externa, debido al proceso de integración a la Unión Europea, que ha adquirido una significación especial, por la cada vez mayor presencia e influencia de Alemania en los organismos económicos de la Unión Europea

¹⁵⁷ El Tribunal Constitucional Federal, se ha pronunciado en tres ocasiones sobre el sistema de reparto de asistencias financieras a los *Länder*; el primero, a través de la Sentencia de 24 de junio de 1986; el segundo, por medio de la Sentencia de 27 de mayo de 1992; y el tercero, con la Sentencia de 11 de noviembre de 1999.

(UE), y cuyo liderazgo la ha llevado a ceder, al igual que todos los miembros, cada vez más atribuciones a la Unión; debiendo, prácticamente, tender a ampliar las atribuciones del Estado Federal y disminuir las facultades de los *Länder*.

El estudio del sistema financiero alemán, ha sido una inquietud de investigadores de la UE; de los cuales destaca el desarrollado por *Antonio Arroyo Gil*,¹⁵⁸ denominada “La Reforma constitucional del federalismo alemán: estudio crítico de la 52.^a”; *Ley de modificación de la ley fundamental* de Bonn, de 28 de agosto de 2006.

El 1 de septiembre de 2006, entró en vigor la *52a Ley de modificación de la Ley Fundamental*, la que marcó tres objetivos esenciales, relacionados con el fortalecimiento al sistema federal que son:¹⁵⁹

1. Reducción del número de leyes federales que requieran la aprobación del Consejo Federal (*Bundesrat*).

A fin de mejorar la capacidad de actuación y de decisión del gobierno federal, se consideró necesario reducir el número de leyes federales que requieran aprobación del Consejo Federal (*Bundesrat*); que antes de la reforma de 2006, ascendían a más de la mitad de las leyes federales y que se pretende disminuir entre el treinta y el cuarenta por ciento, como máximo.

Antes de esta reforma, constitucional, el proceso legislativo se volvía tortuoso al depender del voto favorable del *Bundesrat*, lo que obligaba a un largo proceso de negociación entre el Consejo Federal y la Dieta Federal; a través de la Comisión de Mediación (*Vermittlungsausschuss*)¹⁶⁰, que no siempre lograba alcanzar el consenso para obtener una solución satisfactoria a los problemas de índole social, económica, política, etc., que afrontaba el Gobierno Federal.

¹⁵⁸ ARROYO GIL, Antonio, *La Reforma constitucional del federalismo alemán: estudio crítico de la 52.^a Ley de modificación de la ley fundamental* de Bonn, 28 de agosto de 2006. Esta obra, recibió ex aequo, el II Premio Josep Maria Vilaseca Marcet del Instituto de Estudios Autonómicos de la Generalitat de Cataluña.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 31-34.

¹⁶⁰ Compuesta por una representación paritaria de diputados federales y de representantes del *Bundesrat*, que deliberan a puerta cerrada; contraria a los trabajos públicos de ambas Cámaras.

2. Determinación de las responsabilidades políticas de cada una de las Cámaras (*Bundestag* y *Bundesrat*).

El segundo objetivo de la reforma, consistió en determinar con precisión las responsabilidades de cada una de las Cámaras en el procedimiento legislativo; y, dentro de cada uno de estos órganos constitucionales, alcanzar las mayorías necesarias para lograr los acuerdos legislativos necesarios.

Como ya ha sido comentado, la Ley Fundamental determina las facultades legislativas entre la Federación y los *Länder*; lo que permite asociar la responsabilidad al ejercicio de la competencia, y, en su caso, ser exigible tanto jurídica como políticamente por los ciudadanos.

No obstante ello, esta distribución de competencias no es absoluta, y en ocasiones la Constitución, considera un nuevo tipo legislativo que permite, en determinados campos, regular por medio de una Ley Federal la concurrencia de los *Länder* (art. 72.3), o la ejecución de las leyes federales como propias (art. 84.1).

3. Mejora de la eficiencia en el cumplimiento de las tareas públicas.

El tercer objetivo de la reforma, pretende mejorar la calidad de la actuación de las autoridades federales en el cumplimiento de las tareas públicas de la UE; en términos de eficiencia, funcionalidad o eficacia. En consecuencia, cuando se vean afectadas las facultades legislativas exclusivas de los *Länder*, en el marco Constitucional, en materias de educación, cultura o radiodifusión, la Federación transferirá obligatoriamente a un representante de los *Länder*, nombrado por el *Bundesrat*, el ejercicio de los derechos que le corresponden a la República Federal de Alemania ante la Unión Europea (art. 23.6).¹⁶¹

En síntesis, la reforma de la Ley Fundamental de 2006, pretende agilizar y hacer más transparente el procedimiento legislativo en el Parlamento alemán. Mediante la reducción de la capacidad de intervención del *Bundesrat* (Consejo Federal) en la actividad legislativa del *Bundestag* (Dieta Federal); lo que significa, una merma de la influencia en la legislación federal de los órganos ejecutivos de los *Länder* representados en el Consejo

¹⁶¹ Artículo 23 (6) *Cuando en su esencia sean afectadas competencias legislativas exclusivas de los Länder, el ejercicio de los derechos de que goza la República Federal de Alemania en tanto Estado miembro de la Unión Europea deberá ser transferido por la Federación a un representante de los Länder designado por el Bundesrat. El ejercicio de los derechos se realizará con la participación del Gobierno Federal y de acuerdo con él; se mantendrá la responsabilidad de la Federación por el Estado en su conjunto.*

Federal, a cambio de un fortalecimiento de los órganos legislativos (Dietas de cada *Land-Landtage*) mediante el incremento de sus facultades legislativas.¹⁶²

4. Ventajas de las reformas constitucionales de 2006.

La reforma constitucional al orden federal, que se ha venido comentando, acarrea las siguientes ventajas:

a). Ventajas para la Federación¹⁶³

La Dieta Federal (*Bundestag*) fortalece su posición para dictar leyes sobre diversos ámbitos materiales, antes sujetos a la aprobación del Consejo Federal; y a partir de la reforma, el derecho de veto que los *Länder* ejercían a través del Consejo Federal, y que alcanzaba ya a más de la mitad de las leyes federales aprobadas en Alemania, se ha visto claramente reducido. De esta forma, se prevé que la Dieta Federal vuelva a ser el órgano constitucional protagonista de la legislación federal, en perjuicio de la preponderancia que en los últimos lustros había ido adquiriendo la Comisión de Mediación.

b). Ventajas para los *Länder*¹⁶⁴

La disminución de la participación de los gobiernos de los *Länder*, vía el Consejo Federal, en la aprobación de la normativa federal, encuentra su compensación en un incremento o fortalecimiento paralelo de las competencias propias de los *Länder*, sobre todo, en los ámbitos de la política educativa y universitaria.

c). Ventajas para los gobiernos locales¹⁶⁵

La reforma del federalismo, también trae consigo grandes ventajas financieras para las ciudades, los Municipios y las asociaciones de Municipios; en tanto la sobrecarga económica de estos entes locales se verá atemperada, debido a que la Federación no podrá ya encomendarles tareas administrativas que les representen altos costos. Además, los *Länder* decidirán en el futuro que leyes federales han de ser ejecutadas por los gobiernos locales, y se ocuparán de que éstos

¹⁶² ARROYO GIL, *op. cit.*, p. 34.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 37.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 37.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 38.

dispongan de una dotación financiera adecuada, que les permita ejercer esas competencias con éxito.

d). Ventajas para la democracia¹⁶⁶

La reforma del federalismo supone también un fortalecimiento de la democracia; al quedar de manifiesto que la Dieta Federal, que es el órgano constitucional con mas notoriedad democrática, pase de nuevo a jugar el rol principal en la labor legislativa, en lugar de la Comisión de Mediación, que, como sabemos, no está legitimada, al no provenir sus miembros de una elección directa de los ciudadanos.

e). Ventajas para los ciudadanos¹⁶⁷

La principal ventaja para los ciudadanos, es que su decisión electoral (voto), adquiere ahora un mayor valor, al dejar sentir que es a través de ella como se le otorga un mandato a los diputados para que desarrollen una determinada línea política, que ya no se verá diluida como hasta entonces, a causa de los entrelazamientos competenciales del sistema federal, que serán drásticamente disminuidos como consecuencia del nuevo reparto de atribuciones entre la Federación y los *Länder*; así como la disminución sustantiva de la participación del Consejo Federal en la labor legislativa. Otra consecuencia positiva más, es que a los ciudadanos les va a resultar mucho más sencillo identificar que Partido Político es el responsable en la toma de decisiones públicas, y, en consecuencia podrán decidir sobre el sentido futuro de su voto.

f). Ventajas para la economía¹⁶⁸

Por último, la reforma constitucional del federalismo trae consigo también ventajas importantes en el terreno de la economía, al verse fortalecidas, entre otras cosas, la creatividad y la iniciativa de las esferas estatales más pequeñas, sin que quede afectada por ello la unidad del espacio jurídico y económico.

No obstante la importancia de las reformas a la Ley Fundamental del 1 de septiembre de 2006, que incluyó modificaciones a 25 disposiciones constitucionales; se han llevado a cabo algunas otras, que afectan el alcance de las denominadas tareas comunes; técnica de cooperación

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 38.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 38.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 39.

típica del federalismo alemán, que fue introducida a finales de la década de los sesenta del pasado siglo, precisamente durante el primer Gobierno de gran coalición que hubo en Alemania. Además de otras que se refieren a las relaciones entre los *Länder* y los Municipios, con el propósito de proteger a estos últimos, frente a cesiones competenciales que no vengán acompañadas de los recursos financieros para su desempeño.¹⁶⁹

5. Distribución o reparto de competencias

La parte más importante de la modificación de la Ley Fundamental, es la que se refiere a las cuestiones competenciales en un Estado territorialmente descentralizado como el alemán, entre la Federación y los *Länder*, habiendo quedado a partir de la reforma constitucional de 2006 de la siguiente manera:

a) Legislación exclusiva de la Federación (*Die ausschließliche Gesetzgebung des Bundes*)

La Federación ha visto incrementado el número y la calidad de sus facultades legislativas de carácter exclusivo, las cuales, vale la pena comentar, no afectan mayormente a las finanzas de los *Länder* y Municipios. Siendo estas materias provenientes de la antigua legislación marco, a las que se extiende ahora la facultad legislativa exclusiva de la Federación: artículo 73.1.3, relativo al registro y la identificación de las personas;¹⁷⁰ el artículo 73.1.5a, sobre la protección del patrimonio cultural alemán contra su transferencia al extranjero.

De las materias que antes de la reforma de 2006, formaban parte de la legislación concurrente, y que se han engrosado al catálogo de la legislación exclusiva de la Federación, son: el artículo 73.1.12, respecto “al derecho de tenencia de armas y explosivos”;¹⁷¹ el artículo 73.1.13, referido a “la atención a los damnificados por la guerra, a las viudas y huérfanos de guerra, y la asistencia a los antiguos prisioneros de guerra”;¹⁷² el artículo 73.1.14, relacionado con “la producción y

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 40.

¹⁷⁰ Antiguo número 5 del art. 75.1 (LF). La justificación de la inclusión de esta materia en el número

3 del art. 73.1 (LF) deriva de la conexión temática con alguna de las ya reguladas en este precepto, en particular con la relativa al “régimen jurídico de los pasaportes”.

¹⁷¹ Antiguo número 4a del art. 74.1 (LF).

¹⁷² Antiguo número 10 del art. 74.1 (LF).

utilización de la energía nuclear para fines pacíficos, así como la construcción y funcionamiento de las instalaciones que sirvan a tales fines; la protección contra los peligros derivados de la liberación de energía nuclear o a causa de radiaciones ionizantes, y la eliminación de material radiactivo". Por último, en el catálogo de la legislación exclusiva de la Federación se ha incluido una nueva materia, artículo 73.1.9a, referente a "la defensa frente a peligros del terrorismo internacional, a través de la Oficina Federal de Policía de Investigación Criminal, en los casos en que exista un peligro que se extienda mas allá de un *Land*, cuando la competencia de las autoridades policiales de un *Land* no sea reconocible, o en que así lo soliciten las autoridades superiores de un *Land*". La modificación del artículo 73, traerá consigo una clara restricción de la actuación de los legisladores de los *Länder*, que hasta antes de esta reforma podían regular determinadas materias que a partir de ahora tendrá vedadas, por caer dentro del ámbito de la legislación exclusiva de la Federación. A tal efecto, el artículo 125a.3 prevé un régimen transitorio, en virtud del cual el derecho que haya sido dictado como derecho de un *Land*, antes de la reforma al artículo 73, sigue siendo válido como tal, sin perjuicio de que pueda ser sustituido por una ley federal.

b) La legislación concurrente (*Die konkurrierende Gesetzgebung*)

La modificación de la Ley Fundamental, ha afectado sustancialmente al catálogo de las competencias concurrentes, previsto en el artículo 74.1, de manera que algunas materias han pasado a engrosar las competencias exclusivas de la Federación o de los *Länder*, o bien han visto ampliado o dividido su objeto; con el fin de definir o delimitar con más precisión, el alcance de la competencia de cada una de las partes. Tales modificaciones afectan a los siguientes numerales de dicho artículo; pero sólo me referiré a aquellas materias de mayor relevancia en la economía de los *Länder*, de ahí su importancia, por ejemplo:¹⁷³

- 4., *El derecho de residencia y establecimiento de los extranjeros; ...*
- 7., *El régimen de previsión pública* (excluido el derecho sobre centros de asistencia);
- 11., *El derecho de la economía* (minería, industria, energía, artesanía, pequeña industria, comercio, régimen bancario y bursátil, y régimen

¹⁷³ ARROYO GIL, *Op. Cit.*, pp. 49-50.

de los seguros jurídico-privados), excluido el derecho sobre el cierre de los comercios, los establecimientos de restauración, las salas de juego, las exhibiciones de personas en espectáculos, las ferias, las exposiciones y los mercados;

13. *La regulación de las ayudas para la educación y el fomento de la investigación Científica;*

15. *La transferencia de la tierra, de los recursos naturales y de los medios de producción a un régimen de propiedad colectiva o a otras formas de economía colectiva;*

19a. *La financiación de los hospitales y la regulación de las tarifas hospitalarias;*

20. *El derecho sobre los productos alimentarios*, incluidos los que se obtengan de animales, *el derecho sobre artículos de consumo*, objetos de necesidad y piensos, así como la protección del comercio de semillas y plantas agrícolas y forestales, la protección de las plantas contra enfermedades y daños, y la protección de los animales;

22. *El tráfico por carretera, el transporte por camión, la construcción y mantenimiento de carreteras* para el tráfico de largo recorrido, así como la percepción y distribución de tasas o pagos por la utilización de carreteras públicas por vehículos automóviles;

25. *La responsabilidad del Estado;*

26. *La creación de vida humana por medios médicos*, la investigación y la modificación artificial de la información genética, así como las regulaciones relativas a los trasplantes de órganos, tejidos y células.”

No hay que olvidar, que hay ámbitos materiales que por su propia naturaleza han de ser regulados por la Federación con plena libertad (al igual que sucede en el terreno de su legislación exclusiva), de modo que sólo cuando ésta no establezca ningún tipo de normativa al respecto, podrán los *Länder* entrar a regularlos por sí mismos.

Asimismo, la reforma del artículo 72.2, supone una ampliación de la capacidad normativa de la Federación, en detrimento de los *Länder*. El legislador de *Land* requiere, por tanto, de una autorización de la Federación para poder sustituir el derecho federal. Habilitación que el legislador federal concederá, en principio, sólo cuando considere que la imprescindibilidad de su regulación que demanda este artículo haya desaparecido.¹⁷⁴

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 51.

Tras la reforma constitucional, los empleados en el servicio público de los *Länder*, los Municipios y otras corporaciones de derecho público, han pasado a formar parte de la competencia exclusiva de los *Länder*, al quedar excluida expresamente de la legislación concurrente. Si bien este traslado competencial tiene su razón de ser, debido a que los *Länder* dedican más del 50% de su presupuesto total a la partida de personal (mientras la Federación destina un 10% de su presupuesto general); se ha presentado un problema entre los *Länder* ricos y los *Länder* pobres, al crear funcionarios públicos, incluyendo jueces, con diferentes ingresos; lo cual ha motivado críticas a esta política por inequitativa.¹⁷⁵

c) La legislación divergente de los *Länder* **(*Die Abweichungsgesetzgebung der Länder*)**

Una de las características del federalismo alemán, en el terreno competencial, lo era la exclusividad de la Federación o de los *Länder* de poder legislar expresamente en ciertas materias; de esta manera, la distribución de competencias entre la Federación y los *Länder* jurídicamente no se podían traslapar, pues donde empezaba una, acababa la otra y viceversa. con independencia del tipo legislativo (legislación exclusiva, concurrente, marco o básica); situación que ha quedado en entredicho con la reforma constitucional de 2006. Antes de la reforma, los conflictos normativos que eventualmente pudieran surgir entre las leyes de la Federación y las de los *Länder* se resolvían generalmente por mediación del *principio de competencia*, lo que motivaba que la previsión constitucional del artículo 31 (prevalencia del derecho federal sobre el derecho del *Land* (*Bundesrecht bricht Landesrecht*) apenas tuviera algún margen de aplicación.¹⁷⁶

Esta situación, ha quedado sustancialmente alterada con la modificación constitucional que introdujo un nuevo apartado, el (3) en el artículo 72 de la Ley Fundamental; denominado *legislación divergente* de los *Länder*, por medio de la cual, en determinados campos materiales, enumerados en ese mismo precepto, una vez que la Federación haya hecho uso de su competencia legislativa, se puede establecer por medio de ley local una regulación distinta. Resulta entonces paradójico, que para la regulación de determinados ámbitos materiales sean igualmente competentes tanto la Federación como los *Länder*, sin ningún tipo de

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 59.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 60.

condicionamiento previo, al menos en lo que se refiere a la aprobación de la respectiva normativa, ya que, el único requisito previsto en este artículo, es que las leyes federales entren en vigor “como mínimo seis meses después de su publicación, en la medida en que no sea determinada otra cosa, con el asentimiento del Consejo Federal”. La razón de ser de esta previsión, no es otra que dejar un margen razonable de tiempo a los *Länder* para conocer la nueva regulación federal y, en su caso, para elaborar su correspondiente legislación divergente (antes de que la ley federal entre en vigor). Como se puede apreciar, esta nueva categoría legislativa, llevada a sus últimas consecuencias, puede dar lugar a una situación que se podría calificar de absurda; en la que alternativamente la Federación y los *Länder* se dedicaran *ad infinitum* a dictar una nueva regulación completa de las materias previstas en este inverosímil artículo 72. (3). A esta disposición, se le ha calificado, por parte de la doctrina alemana, como “efecto ping-pong”.¹⁷⁷

“En los campos del apartado anterior, en la relación entre el derecho federal y el de los *Länder*, prevalece la respectiva ley posterior”, dispone expresamente el artículo 72.3 *in fine*. Es decir, el criterio de resolución de los conflictos normativos a este respecto no es ya ni el de competencia, como sucede -según parte de la doctrina científica alemana-, a la que me adhiero, en el resto de tipos legislativos previstos en la Ley Fundamental, ni el de prevalencia del derecho federal, como cabría derivar de una lectura aislada del artículo 31 ó del derecho de los *Länder*, sino el temporal, de modo que la ley posterior prevalece sobre la ley anterior, sean indistintamente, federal o de los *Länder*. Se trata de una prevalencia en la aplicación, no de una derogación de la norma preválida. De este modo, si la norma federal o de algún *Land* posterior fuera, en algún momento derogada, sería de aplicación la norma inmediatamente anterior, que había quedado inaplicada tras la entrada en vigor de la norma ahora derogada.

Esta introducción del criterio temporal de la *lex posterior* en la resolución de los conflictos normativos supone, por consiguiente, una auténtica innovación del orden federal alemán; lo que les da el mismo rango de validez a ambas normas. Es decir, el reformador constitucional alemán acepta ahora la existencia de la “competencia doble” (*Doppelzustandigkeit*); algo que tanto para la jurisprudencia

¹⁷⁷ *Ibidem*, pp. 63-64.

constitucional como para la mayoría de la doctrina científica alemana quedaba excluido por la Ley Fundamental, dada la imposibilidad de que para la regulación de un mismo ámbito material pudieran ser competentes simultáneamente y con el mismo alcance tanto el legislador federal como el de los *Länder*. Sólo falta esperar el uso que hagan de esta facultad de legislación divergente los Parlamentos de los *Länder*, además, no hay que perder de vista el hecho de que si tanto la Federación como los *Länder* son igualmente competentes para la regulación de una determinada materia, tal situación diluye *per se* la cuestión de la responsabilidad política, tanto desde el punto de vista de la acción como desde el de la omisión normativa; ya que la Federación o los *Länder* podrán escudarse en la existencia de esa *doble competencia* para defender la mejor calidad u oportunidad, o bien de su normativa, o bien de la normativa de la parte contraria, con lo que, finalmente, a los ciudadanos, principales destinatarios de las normas, les resultara muy difícil determinar el alcance de la responsabilidad de una o de otros por su actuación u omisión; por lo que algunos críticos como el *Prof. Christian von Pestalozza*, la han calificado de *regulación monstruosa*.¹⁷⁸

El concepto de *doble competencia* constituye una *aberratio iuris*; pues desde un punto de vista estrictamente jurídico, la idea de competencia se encuentra estrechamente ligada a la exclusividad; lo que no sucede en este caso. Imaginémonos, lo que sucedería si en un momento determinado, tanto la Federación como los *Länder* se vean insertos en un proceso incesante de actividad normativa, con el fin de regular una determinada materia que a ambos, por la razón que sea, les interese normar, sin que sea posible jurídicamente ponerle freno; incluso podría presentarse la situación de que la población y los jueces se encuentren con leyes contradictorias entre sí (federales y de los *Länder*, y entre éstos), cuyo conflicto se resolvería sólo por el *principio de temporalidad*; que si bien resulta aplicable dentro de cada orden de gobierno, no puede hacerse en jurisdicciones diferentes; de ahí el calificativo de *regulación monstruosa* dado por el *Prof. Christian von Pestalozza*. Lo único bueno de esta regulación, es que sólo es aplicable a unas cuantas materias; las previstas el apartado (3) del artículo 72 reformado.¹⁷⁹

Mientras que en el campo de la legislación concurrente no existen dobles competencias, debido a que la competencia de los *Länder* está

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 67.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 68.

supeditada a la competencia superior de la Federación; en el terreno de la legislación divergente, sí se da un supuesto de doble competencia, ya que tanto la Federación como los *Länder*, se encuentran legitimados para regular una serie de materias, con independencia de que la parte contraria haya hecho uso o no de su derecho de competencia. De ahí que, en la *legislación concurrente*, el eventual conflicto normativo que se dé entre el derecho federal y el derecho de los *Länder*, se resuelve por el *principio de competencia*; en tanto que en el caso de la *legislación divergente* entre la Federación y los *Länder*; el conflicto de leyes se resolverá por el *principio de temporalidad (lex posterior)*.¹⁸⁰

Tal parece que los legisladores alemanes trataron de aplicar en la creación de la norma, un esquema semejante al de los *precedentes* del sistema judicial del *Common well*, que a mi manera de ver es incorrecto, y por tanto esta reforma, en lo particular, no tendrá gran aplicación y terminará por ser una disposición ineficaz.

d) La legislación marco (*Die Rahmengesetzgebung*)

Con la reforma constitucional de 2006, el artículo 75 de la Constitución que regulaba las disposiciones marco de la Federación (*Rahmenvorschriften des Bundes*), fue derogado y en consecuencia, las materias que regulaba, aparentemente intrascendentes, pasaron a engrosar el catálogo de la legislación concurrente, incluyéndose también, con algunas exclusiones, las materias sujetas a la nueva legislación divergente de los *Länder*.

Anterior a la reforma, la Ley Fundamental permitía a la Federación determinar las líneas básicas del orden jurídico de una materia, dejando un margen suficiente a los *Länder* para desarrollar aquellas de acuerdo con sus propios intereses. Una correcta utilización de la legislación marco exigía, por consiguiente, tanto de la Federación como de los *Länder*, una actitud cooperativa constante inspirada en el principio de lealtad federal (*Bundestreue*), lo que no siempre se producía. Más allá de estas dificultades que podríamos calificar de institucionales o intergubernamentales, es la percepción de los ciudadanos, en cuanto a la atribución de la responsabilidad, por la adopción de una determinada medida de carácter legislativo.¹⁸¹

¹⁸⁰ *Ibidem*, pp. 69-70.

¹⁸¹ *Ibidem*, pp. 73-75.

Posición que me parece poco sólida, sobre todo si pensamos que con estos antecedentes se pudiera pensar en ampliar esta disposición en aquellas materias que constriñen al habitante de los *Länder* a cumplir con una obligación necesaria para los Gobiernos Federal o de los *Länder*, como son las disposiciones fiscales indispensables para el cumplimiento de las políticas públicas; las de orden público; así como para el cuidado del medio ambiente; aún cuando en esta etapa se encuentran excluidas de esta reforma.

e) La legislación básica federal (*Die Grundsatzgesetzgebung des Bundes*)

La reforma de la Ley Fundamental de 2006, ha significado una supresión de la legislación básica federal; a este respecto, se establece que: “Las tareas comunes así como los detalles de la coordinación serán precisados mediante ley federal necesitada del asentimiento del Consejo Federal.”

De esta manera, la facultad de la Federación para precisar no sólo las tareas comunes a que se refiere el apartado (1) del artículo 91a, sino incluso los detalles de la coordinación con los *Länder*, se ve, aparentemente incrementada a partir de la reforma constitucional; por lo que con la reforma de este precepto y la desaparición de la referencia a los principios generales, la facultad del Gobierno Federal no tiene por que limitarse al establecimiento de unas reglas básicas para la legislación de los *Länder*, sino que puede ir mucho más allá, precisando incluso los detalles de la coordinación entre la normativa federal y la de los *Länder*, a fin de conseguir una regulación completa de la materia en cuestión. Empero, hay que subrayar, la nueva ley federal, a que se refiere el artículo 91a.2 de la Constitución Alemana, requiere para poder ser aprobada, del beneplácito del Consejo Federal, con lo que la facultad de la Federación, para precisar las tareas comunes, así como los detalles de la coordinación, se encuentra acotada. El límite normativo para la Federación, jurídico-constitucionalmente impuesto, ha desaparecido, pero no así el procedimental, que deriva de la necesaria concurrencia de dos voluntades, la de la Dieta Federal, por un lado, y la del Consejo Federal, por el otro.¹⁸²

¹⁸² *Ibidem*, pp. 75-77.

f) La legislación exclusiva de los *Länder* (*Die ausschließliche Gesetzgebung der Länder*)

La reforma constitucional de 2006, permitió a los *Länder* incrementar sus facultades legislativas exclusivas en ciertas materias, provenientes fundamentalmente del campo de la legislación concurrente, aunque también, en alguna medida, de la legislación marco federal; de las cuales habrá que destacar a dos de ellas, desde un punto de vista político como el económico y social: tal es el caso del régimen jurídico de los funcionarios de los *Länder*, los Municipios y otras corporaciones de derecho público, así como de los jueces, incluida la regulación de su carrera profesional, remuneración y previsión social; y también el de los principios generales del régimen de la enseñanza superior. Queda en manos de la Federación, la regulación del acceso a la educación superior y su conclusión, a fin de garantizar un mínimo de homogeneidad en todo el territorio federal sobre la selección de los alumnos y la adjudicación de plazas; así como la regulación de los títulos universitarios, la duración mínima de los estudios y el nivel de calificación exigible para poder graduarse.

Con las reformas a la Ley Fundamental, se presenta una inevitable tensión entre el principio de unidad del Estado y el principio federal. De tal manera, que la necesidad de armonizar ambos principios estructuradores del Estado, exige aplicar una gran ponderación en la adopción de las medidas que puedan perjudicar a alguna de las partes. Porque si resulta perfectamente legítimo favorecer a una parte (un *Land* y/o sus ciudadanos), difícilmente se puede aceptar, por contra, se pueda poner en serio riesgo la estabilidad financiera, económica, política o social de la otra (Federación).¹⁸³

6. Bundesrat o Consejo Federal

Resulta por demás interesante conocer los motivos aducidos por los reformadores de la Constitución Federal, cuando cuestionan la participación del Consejo Federal (*Bundesrat*) en el proceso legislativo; señalando que este órgano que representa a los *Länder*, ha llegado a participar en la aprobación de cerca del 60 por ciento de todas las leyes federales; qué pensarían del proceso legislativo mexicano, donde el Senado (figura parecida al *Bundesrat*) actúa como Cámara revisora en todas las leyes aprobadas por la Cámara de Diputados, con la facultad de hacer

¹⁸³ *Ibidem*, pp. 77-81.

observaciones a las mismas e incluso mantenerlas en la “congeladora” por tiempo indefinido; con la única salvedad en materia de aprobación del Presupuesto de Egresos de la Federación por ser facultad exclusiva de la Cámara de Diputados; situación inversa se puede presentar cuando la Cámara de Senadores actúa como Cámara de origen.

El acto de consentimiento del Consejo Federal en la aprobación de las leyes federales, se conocen como leyes de asentimiento (*Zustimmungsgesetze*), mismas que fueron concebidas originariamente por el constituyente como una vía excepcional en la labor legislativa, por contraposición a las llamadas leyes de veto (*Einspruchsgesetze*), pero habían llegado a convertirse en casi una regla general. Los promoventes de la reforma, sustentaron sus motivos, en la necesidad de reunir una mayoría parlamentaria en la Dieta Federal y en el Consejo Federal, para poder aprobar una ley federal, lo que conlleva, en ocasiones a largos y complejos procesos de negociación, y que incluso han de ser dirimidos en la Comisión de Mediación (*Vermittlungsausschuß*), compuesta de una representación paritaria de diputados federales y de representantes del *Bundesrat*, a puerta cerrada, y que tras esos prolijos trabajos de negociación no se llegue a ningún acuerdo o no se alcancen los compromisos suficientes para dar una respuesta adecuada y oportuna al problema o cuestión que se trata de solucionar o abordar.

La labor de oposición que puede llegar a desempeñar el *Bundesrat* frente a la Dieta Federal y, por ende, al Gobierno Federal, en el supuesto de que él o los partidos que cuenten con mayoría en *Busdestag*, no se correspondan con él o los partidos que reúnan la mayoría en la Dieta Federal y que puede significar una desnaturalización de la función que el *Bundesrat* tiene constitucionalmente asignada.

El Consejo Federal ha sido concebido en la Ley Fundamental como el órgano de representación de los *Länder*, es decir, como aquel foro en el que los intereses de cada *Land* se pueden hacer valer a nivel federal, básicamente, durante el proceso de toma de decisiones legislativas federales. Empero, si quienes representan a los *Länder* en este órgano constitucional, actúan prioritariamente en favor de un partido político y pretenden, en consecuencia, hacer oposición al partido o partidos gobernantes, en el conjunto del Estado, están, en realidad, desvirtuando esa función constitucionalmente asignada referida con anterioridad. Al respecto pienso que es incorrecto tratar de minimizar al *Bundesrat* en el proceso legislativo alemán puesto que tal medida conlleva a disminuir el

sistema federal en perjuicio de quienes representan que son los Estados Federados (*Länder*).¹⁸⁴

a) La ejecución de la legislación federal como administración propia de los *Länder* (artículo 84.1)

En este campo, se presenta también otra medida de limitación a las facultades que anterior a la reforma de 2006 habían logrado los Gobiernos de los *Länder*, con el apoyo del *Bundesrat*, cuyos integrantes tenían la potestad de aprobar las leyes federales que podían incidir sobre los *Länder*, situación que le daba al sistema federal alemán un equilibrio entre la Federación y los Estados Federados; que con la reforma antes referida se ha desbalanceado; esta ha sido, pues, una de las finalidades básicas que se han perseguido con la reforma constitucional: limitar sustantivamente el número de supuestos en que la aprobación de una ley federal requiere el asentimiento imprescindible del *Bundesrat*. La Federación, en numerosos supuestos ha pretendido incluir en la ley federal disposiciones reguladoras de la organización y el procedimiento administrativo de la materia objeto de regulación en cada caso. Esta pretensión, ha traído consigo la necesidad de que esos proyectos de ley hubieran de obtener el consentimiento del Consejo Federal para ser válidamente aprobados sobre la base de la tesis o teoría de la unidad (*Einheitsthese oder-theorie*) de la norma mantenida por el Tribunal Constitucional Federal, en relación con la totalidad del proyecto de ley. Sin embargo, merece ser destacado que aunque la pretensión fundamental de esta reforma del artículo 84.1, es disminuir notablemente los casos en que la aprobación de una ley federal requiere el beneplácito del Consejo Federal, se introduce, curiosamente, un nuevo supuesto en que tal aprobación resulta necesaria: cuando la Federación pretenda que su regulación entre en vigor antes de los seis meses desde su publicación se precisara el consentimiento del *Bundesrat*.¹⁸⁵

b) La ejecución de las leyes federales por los *Länder* como asunto propio o por encomienda de la Federación (artículo 104a.4)

Vale la pena señalar que la reforma constitucional, si bien suprimió parcialmente una de las disposiciones del artículo 104a, apartado (3),

¹⁸⁴ *Ibidem*, pp. 81-83.

¹⁸⁵ *Ibidem*, pp. 84-88.

mantuvo la participación del *Bundesrat* cuando se presente el caso de leyes federales que den lugar a obligaciones de los *Länder* por el otorgamiento de prestaciones monetarias, prestaciones evaluables económicamente o prestaciones de servicios equivalentes, frente a terceros y que sean ejecutadas por los *Länder* como asuntos propios o por encomienda de la Federación, y que impliquen costes que tengan que ser soportados por los *Länder*.¹⁸⁶

(3) Las leyes federales que otorguen prestaciones pecuniarias y que sean ejecutadas por los Länder pueden disponer que estas prestaciones sean asumidas total o parcialmente por la Federación. Cuando la ley establezca que la Federación debe aportar la mitad o más de los gastos, dicha ley será ejecutada por delegación de la Federación. Cuando la ley determine que una cuarta parte o más de los gastos tienen que ser asumidos por los Länder, se requiere la aprobación del Bundesrat.

7. Reducción de las tareas comunes (*Gemeinschaftsaufgaben*)

Una de las mayores preocupaciones de los encargados de llevar a cabo la modernización del orden federal alemán, consistía en articular el modo de disminuir o suprimir las denominadas “tareas comunes” (*Gemeinschaftsaufgaben*) de los arts. 91a y 91b de la Ley Suprema, que habían sido introducidas en la reforma de 1969, y mediante las cuales se hacía patente la identificación del Estado federal alemán con el modelo cooperativo de federalismo. Empero, desde hace tiempo y de manera cada vez más abierta, se ha criticado esta técnica de cooperación federal aduciendo la falta de transparencia y la mezcla poco clara de responsabilidades entre la Federación y los *Länder*, que supone, se afirma, presenta importantes carencias desde el punto de vista democrático ante los ciudadanos quienes al desconocer los límites de los órdenes de gobierno en la aplicación de las políticas públicas, se encuentran impedidos de manifestarse en las urnas para aprobar o no a las autoridades su desempeño. Ello ha motivado que, en no pocas ocasiones, se haya solicitado su supresión, particularmente las llamadas “tareas comunes auténticas” del artículo 91a, por considerarlas extrañas al sistema jurídico en su conjunto.¹⁸⁷

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 88-92.

¹⁸⁷ *Ibidem*, pp. 104-105.

a) Tareas comunes obligatorias (artículo 91a)

Dentro del rubro de las “tareas comunes”, antes de la reforma de 2006, nos encontramos ciertas tareas consideradas obligatorias para el Gobierno Federal; siendo la más importante la que corresponde a la “ampliación y construcción de nuevos centros de enseñanza superior, incluidas las clínicas universitarias” -antiguo apartado (1)-, suprimida del artículo 91a (*Participación de la Federación en virtud de leyes federales*), convirtiéndose, de este modo, en competencia exclusiva de los *Länder*, lo cual ciertamente fortalece al federalismo;

Las ayudas financieras que dejan de percibir los *Länder* por la supresión de la tarea común “ampliación y nueva construcción de centros de enseñanza superior, incluidas las clínicas universitarias”, serán compensadas durante un periodo transitorio relativamente amplio (1 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2019), por unas aportaciones anuales provenientes del Presupuesto de la Federación, las cuales serán calculadas hasta el 31 de diciembre de 2013, a partir de la media de las aportaciones financieras de la Federación en el periodo de referencia comprendido entre 2000 y 2008, según dispone el nuevo artículo 143c.1. Tales cantidades serán distribuidas entre los *Länder*, hasta el 31 de diciembre de 2013, del siguiente modo: como cantidades anuales fijas, cuya cuantía se calculará según la participación media de cada *Land* en el periodo que va de 2000 a 2003; y en todo caso, reservadas al ámbito de tareas de la hasta ahora de financiación mixta. El apartado (4) de este artículo 143c, dispone que “*Los detalles serán regulados en una ley federal, que requiere la aprobación del Bundesrat*”, introduciéndose, de este modo, un nuevo supuesto en que la participación del *Bundesrat* en la tarea legislativa federal resulta imprescindible.¹⁸⁸

b) Tareas comunes voluntarias (artículo 91b)

La antigua redacción de este artículo, se limitaba a prever la posibilidad de cooperación en virtud de convenio entre la Federación y los *Länder* en la planificación de la enseñanza y en la promoción de instituciones y proyectos de investigación científica de relevancia suprarregional; de acuerdo con el nuevo dictado de este artículo, se amplía considerablemente la posibilidad de colaboración entre la Federación y los *Länder* en el ámbito de la ciencia, que ahora abarca, además de “el fomento de las instituciones y proyectos de investigación científica,

¹⁸⁸ *Ibidem*, pp. 105-108.

fuera de los centros de enseñanza superior” -apartado(1) del artículo 91b.1-, también “los proyectos de ciencia e investigación en los centros de enseñanza superior” -apartado(2)-, así como “los edificios destinados a la investigación en los centros de enseñanza superior, incluidas las grandes instalaciones” -apartado (3)-.

De esta forma, la totalidad de la cooperación científica entre la Federación y los *Länder* se ha visto trasladada del ámbito de las llamadas tareas comunes *auténticas u obligatorias* al de las tareas comunes *no auténticas*; es decir, al terreno de la colaboración voluntaria en virtud de convenio, que se entiende que con ese cambio de régimen jurídico se gana en flexibilidad.

La sustitución de la tarea común “planificación de la enseñanza”, y sus numerosas manifestaciones, por esta nueva tarea común de cooperación voluntaria, si bien le aporta a los *Länder*, mayor presencia en la políticas públicas y la recuperación de amplias competencias en materia de educación; tiene como contrapartida mayores costes para estos, que con anterioridad a la reforma de 2006 eran asumidos por la Federación.¹⁸⁹

8. Relaciones financieras entre la Federación, los *Länder* y los Municipios (y asociaciones de municipios)

a) El reforzamiento de la garantía de la autonomía administrativa municipal (*gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie*)

La reforma constitucional de 2006, trajo consigo una modificación importante en la relación entre la Federación, los *Länder* y los municipios -incluyendo a las asociaciones de municipios- que, en términos generales, se puede concebir como la intención del reformador constitucional de potenciar, por un lado, la autonomía de estos entes locales; ya garantizada en el artículo 28.2; y, por otro, la de preservar un ámbito de mayor independencia de los *Länder* frente a las intervenciones de la Federación en las tareas de gobierno.

Tal innovación, se refleja en la introducción en dos preceptos constitucionales, el artículo 84¹⁹⁰ y el artículo 85¹⁹¹, de una frase de igual contenido, en virtud de la cual la organización de las autoridades queda

¹⁸⁹ *Ibidem*, pp. 108-112.

¹⁹⁰ Art. 84 (1) Cuando los *Länder* ejecuten las leyes federales como asunto propio, ellos mismos establecerán la organización de las autoridades y el procedimiento administrativo, siempre que leyes federales, aprobadas por el *Bundesrat*, no dispongan otra cosa.

bajo la competencia de los *Länder*. Empero, tales tareas pueden ser transferidas por los *Länder* hacia los Municipios y/o asociaciones de Municipios, acompañadas de los recursos necesarios para su desempeño. En efecto, el artículo 28 de la Ley Fundamental, garantiza explícitamente a los Municipios la *autonomía administrativa*; es decir, el derecho de los Municipios y de las asociaciones de Municipios a regular bajo su propia responsabilidad, dentro del marco que establezcan las leyes (tanto federales como de *Land*), todos aquellos asuntos propios de la comunidad local; incluyendo el derecho a establecer la organización de su administración local (*Selbstverwaltung*).¹⁹²

La garantía de autonomía administrativa, comprende no sólo contar con una fuente tributaria, incluyendo el derecho de fijar los tipos de recaudación, de acuerdo con la capacidad económica de cada Municipio, sino tener determinada claramente las bases de la autorresponsabilidad financiera. La fuente de ingresos de los Municipios, está representada por las transferencias financieras de los *Länder*, y se fundamenta en el artículo 106 (*Distribución de los ingresos tributarios*) de la Carta Magna; y proviene de su participación en los ingresos del impuesto sobre la renta (*Einkommensteuer*), calculado el importe de las recaudaciones en su territorio; de igual manera, los Municipios participarán de los ingresos provenientes del impuesto sobre las ventas (*Umsatzsteuer*), de conformidad con las circunstancias económicas de cada Municipio; asimismo de los ingresos provenientes: del impuesto inmobiliario (*Grundsteuer*) y del impuesto industrial (*Gewerbesteuer*), así como los derivados de los impuestos sobre el consumo (*Verbrauchssteuer*) y los gastos suntuarios (*Aufwandsteuer*); estos dos últimos pueden corresponder a las asociaciones o mancomunidades de Municipios como lo dispone la legislación del *Land*. Por su parte, el apartado (7) del artículo 106 de la Carta Magna, establece que de los ingresos totales provenientes de los impuestos federales que corresponda a los *Länder*, los Municipios y las asociaciones de Municipios, en su conjunto, recibirán como participaciones un determinado porcentaje que fijará la legislación del *Land*. Por lo demás, la legislación del *Land* determinará también en qué medida los ingresos provenientes de los impuestos del

¹⁹¹ Art. 85 (1) Cuando los *Länder* ejecuten leyes federales por delegación de la Federación, la organización de las autoridades quedará bajo la competencia de los *Länder*, siempre que las leyes federales aprobadas por el *Bundesrat* no dispongan otra cosa.

¹⁹² ARROYO GIL, *Op. Cit.*, pp. 113-114.

Land serán transferidos a los Municipios (o asociaciones de Municipios).¹⁹³

Constitucionalmente, los Municipios y asociaciones de Municipios, pertenecen al ámbito económico de los *Länder*; de ahí, que se encuentre prohibido transferir tareas por medio de una ley federal a los Municipios y asociaciones de Municipios; con ello, el reformador constitucional pretendió evitar injerencias del legislador federal en el ámbito de la autonomía administrativa municipal; lo que se interpreta como un reforzamiento de la garantía de la autonomía administrativa de este orden de gobierno (*Kernbereich oder Wesensgehalt der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie*); que, como lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional Federal, supone fijar un límite a la discrecionalidad del legislador federal, cuya actuación está sometida a un examen sobre el respeto al principio general jurídico-constitucional de proporcionalidad.¹⁹⁴

9. Las reformas financieras en la Ley Fundamental

Las reformas habidas en el campo financiero, orientadas a la consecución de los objetivos de descentralización, clarificación de las responsabilidades públicas y potenciación de la autonomía de actuación de los tres órdenes de gobierno, se circunscriben al agravamiento de las condiciones para la obtención de ayudas financieras, así como al fortalecimiento de la autonomía impositiva de los *Länder*.¹⁹⁵

a) Las ayudas financieras (artículo 104b)

Uno de los objetivos de la reforma constitucional de 2006, fue reducir los supuestos de financiación mixta, a fin de evitar la confusión de responsabilidades entre la Federación y los *Länder*; empero, las notorias diferencias entre estos, tanto desde un punto de vista económico como político-social, ha hecho aconsejable el mantenimiento de determinadas tareas comunes y ayudas financieras, que posibiliten una paulatina reducción de esos desequilibrios.

En este sentido, el artículo 104b, que vino a sustituir y complementar la regulación prevista en el antiguo artículo 104a, mantiene, en su apartado (1), la competencia de la Federación de conceder “ayudas

¹⁹³ *Ibidem*, 114-115.

¹⁹⁴ *Ibidem*, 115-116.

¹⁹⁵ *Ibidem*, 121-122.

financieras para inversiones especialmente significativas de los *Länder* y de los Municipios (o asociaciones de Municipios).

Artículo 104b (Reforma de 2006)

(1) La Federación puede, en la medida en que esta Ley Fundamental le confiera competencias legislativas, otorgar a los Länder ayudas financieras para inversiones de importancia especial de los Länder y de los municipios (asociaciones de municipios), siempre que dichas inversiones sean necesarias para:

- 1. combatir una perturbación del equilibrio global de la economía o*
- 2. para el ajuste de la distinta capacidad económica en el territorio federal o*
- 3. para promover el crecimiento económico.*

Disposición que se complementa en el apartado (2) de este precepto, que indica los requisitos necesarios como son: estar previsto en una ley federal, aprobada por el Bundesrat o por convenio administrativo basada en el presupuesto federal, por tiempo limitado y sujeto a comprobación.

(2) Por ley federal, que requiere la aprobación del Bundesrat, o mediante un convenio administrativo en base a la ley federal de presupuesto, se regularán los pormenores, especialmente los tipos de inversiones que se promoverán. «Las ayudas se otorgarán por tiempo limitado y se sujetarán con respecto a su utilización a comprobaciones periódicas. Las ayudas financieras se conformarán con el transcurso del tiempo con importes anuales que deben ir decreciendo.

(3) El Bundestag, el gobierno federal y el Bundesrat, si así lo requieren, deberán ser informados sobre la aplicación de las medidas y las mejoras conseguidas»”.

De este modo, se ha de entender que en el ámbito de la legislación exclusiva de los *Länder* no caben ayudas financieras de la Federación.

En todo caso, a fin de mitigar las drásticas consecuencias que podrían tener una reducción o supresión de estas ayudas financieras federales, se ha previsto un régimen transitorio en los nuevos arts. 125c (2) y 143c (1). Así, de conformidad con la primera de estas disposiciones, “las regulaciones aprobadas en virtud del artículo 104a (4) en la redacción vigente hasta el 1 de septiembre de 2006, en los ámbitos de la financiación del tráfico municipal y el fomento de las viviendas sociales, son válidas hasta el 31 de diciembre de 2006”. Asimismo, “las

regulaciones aprobadas en el campo de la financiación del tráfico municipal en relación con los programas especiales a que se refiere el párrafo (6).1 de la Ley de financiación del tráfico municipal, así como las demás derivadas del artículo 104a (4) en la redacción vigente hasta el 1 de septiembre de 2006, son válidas hasta el 31 de diciembre de 2019, en la medida en que no esté prevista o no se prevea una fecha anterior para su pérdida de vigencia”.

Por su parte, en el artículo 143c.1 GG se prevé que “[a] causa de la eliminación condicionada de las ayudas financieras de la Federación por la supresión de las tareas comunes relativas a la ampliación y nueva construcción de centros de enseñanza superior, incluidas las clínicas universitarias y la planificación de la educación, así como la supresión de las ayudas financieras destinadas a la mejora de las condiciones del tráfico de los municipios y al fomento de las viviendas sociales, a los Länder les corresponden a partir del 1 de enero de 2007 y hasta el 31 de diciembre de 2019, con carácter anual, cantidades provenientes del presupuesto de la Federación”.¹⁹⁶

Así, el Convenio administrativo firmado el 12 de mayo de 2003, entre la Federación y los Länder, relativo al programa de inversión sobre el futuro de la educación (*Investitionsprogramm “Zukunft Bildung und Betreuung ” - IZBB*), continúa vigente. De igual forma, en todos los ámbitos educativos en que la Federación ostente competencia (formación profesional extraescolar y estudios de postgrado, acceso y conclusión de los estudios universitarios), continúan siendo válidas sus ayudas financieras, dado que en estos campos no existe competencia legislativa exclusiva de los Länder. La concesión, al margen de estos objetivos, de una ayuda económica de alcance general queda completamente excluida; pues, el propio Tribunal Constitucional Federal ha considerado que tales ayudas financieras “no son ningún instrumento en manos de la Federación de dirección directa o indirecta de las inversiones para la consecución de objetivos generales de política económica, monetaria, de planificación territorial o estructural en los Länder”; por lo que estas ayudas no pueden sustituir el instrumento del equilibrio financiero (*Finanzausgleich*) previsto.¹⁹⁷

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 123.

¹⁹⁷ *Ibidem*, pp. 123-124.

A fin de poder controlar el eventual éxito de estas ayudas financieras, el apartado (3) del nuevo artículo 104b reconoce una obligación de informar a favor de la Dieta Federal, el Gobierno Federal y el Consejo Federal, cuando así lo requieran, sobre la aplicación de las medidas y las mejoras alcanzadas. Lo que determinará la eventual necesidad de mantener, reducir o suprimir las ayudas financieras, en el supuesto de que se haya alcanzado el objetivo buscado con su concesión.¹⁹⁸

b) La autonomía impositiva de los *Länder* (arts. 105.2a y 107.1)

La transparencia de responsabilidades financieras entre la Federación y los *Länder*, pasa por una más definida atribución de responsabilidades a nivel impositivo; de esta manera, la vinculación de la responsabilidad por los gastos, con la responsabilidad por los ingresos (fiscales), es una de las mejores formas de garantizar que aquellos no sean excesivos y éstos no resulten insuficientes.

En este orden de ideas, se expresa que dada “la facultad de establecer el tipo impositivo del impuesto sobre la adquisición de terrenos”; por los gobiernos de los *Länder*, éstos habrán de responder políticamente ante sus ciudadanos/electorado por su cuantía y eventuales variaciones.¹⁹⁹

c) La reforma pendiente de la denominada Constitución financiera.

Una de las principales críticas que se formularon frente a la reforma constitucional del federalismo alemán, es el hecho de que dejó pendiente una modificación profunda de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*, que hiciera viable y eficaz la nueva distribución de tareas y funciones; la que para hacerla efectiva ha de venir acompañada de una revisión de los instrumentos de financiación, pues, de lo contrario, los propósitos que se perseguían con aquella se pueden ver completamente frustrados.²⁰⁰

Ello explica el porqué al poco tiempo de la entrada en vigor de la reforma constitucional referida, la Dieta Federal y el Consejo Federal determinaran, en sendas sesiones de 15 de diciembre de 2006, la creación de una “Comisión para la modernización de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*” (Comisión sobre el federalismo II), integrada por dieciséis miembros de cada uno de estos

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 125.

¹⁹⁹ *Ibidem*, pp. 125-126.

²⁰⁰ *Ibidem*, pp. 126-127.

órganos constitucionales, en la que, además, también están presentes cuatro representantes de las Dietas de los Länder, sin derecho a voto, así como, por parte de las ciudades y municipios, tres representantes de las principales agrupaciones o asociaciones locales; esta composición de la Comisión nos da una idea de su importancia. La Comisión se constituyó el 8 de marzo de 2007 y entre los objetivos principales que persigue se encuentran los siguientes:²⁰¹

1. *Establecer un límite efectivo al endeudamiento del Estado y procurar una paulatina amortización de las deudas existentes a medio plazo;*
2. *Adecuar las finanzas públicas a las cambiantes condiciones marco, tanto de dentro como de fuera de Alemania, a fin de poner en práctica una política activa que fomente el empleo y el desarrollo económico;*
3. *Fortalecer la responsabilidad propia de las corporaciones territoriales (Federación, Länder y Municipios), dotándolas de recursos financieros adecuados a las tareas que han de desempeñar;*
4. *Establecer un sistema de alerta temprana que ayude a prever las crisis presupuestarias;*
5. *Alcanzar un pacto de consolidación entre la Federación y todos los Länder en virtud del cual cada una de las partes se obligue a la consecución del objetivo común, de un presupuesto equilibrado desde un punto de vista estructural, que sea duradero;*
6. *Procurar que determinados Länder, de conformidad con unos criterios generales bien delimitados, obtengan ayudas financieras concretas;*
7. *Incrementar la autonomía impositiva de los Länder (particularmente, en el terreno de la imposición inmobiliaria (predial) y del incremento de los derechos recaudatorios en los impuestos sobre la renta y sobre sociedades, dado el caso, por la vía de una cláusula de carácter experimental);*
8. *Desburocratizar e incrementar la eficiencia de la Administración pública, entre otras cosas, por medio de la concentración o desconcentración de las tareas públicas –*

²⁰¹ *Ibidem*, pp. 128-129.

*según convenga— y a través de la introducción de IT-
Standards;*

*9. Abrir posibilidades para facilitar las uniones voluntarias de
Länder y posibilitar la cooperación reforzada entre algunos de
ellos.*

CONCLUSIONES

En términos generales, se puede concluir que en Alemania encontramos una razonable descentralización del gasto público hacia los Gobiernos Subnacionales o Subcentrales, con diferentes matices; empero no ha ocurrido lo mismo con la política tributaria.

Algunos estudiosos como lo son *Hansjörg Blöchliger* y *Oliver Petzold*, Economista Principal del Departamento Económico de la OCDE y Estadístico del Ministerio de Hacienda de Alemania, respectivamente, sostienen que:²⁰²

*Los Gobiernos subcentrales tiene dos fuentes principales de ingresos, en primer lugar, sus propios impuestos y, en segundo, las transferencias de fondos procedentes de otros niveles de gobierno. Ambas fuentes de ingresos tiene como primer objetivo la financiación del gasto público a nivel subcentral. Los ingresos procedentes de impuestos y de transferencias se diferencian en la forma en que se generan, asignan y distribuyen, condicionando las decisiones de todos los niveles de gobierno sobre dónde, cómo y en qué gastar el dinero. La composición de los ingresos a nivel subcentral puede, por tanto, afectar a resultados fiscales tales como la eficiencia del sector público, la equidad en el acceso a los servicios públicos, o la estabilidad a largo plazo de las cuentas públicas, tanto a nivel central como subcentral.*²⁰²

En su trabajo denominado *Impuestos y Transferencias de Fondos sobre la composición de los Ingresos de los Gobiernos Subcentrales*, estos funcionarios

consideran que el gasto público, en términos generales, ha presentado una ligera descentralización al pasar de un 31 al 33 por ciento en la década de 1995 a 2005, utilizando principalmente la figura de las transferencias.

Otros investigadores como *Martín Lousteau* y *Gustavo Lopetegui*, miembros del *Grupo Unidos del Sud*, en su trabajo realizado en 2004, sobre la Distribución de la Recaudación Total Federal, con datos del año 2000, indican que los Gobiernos Federales reparten a los Estados y Municipios cantidades menores de los ingresos tributarios federales, Alemania

²⁰² BLÖCHLIGER, Hansjörg and PETZOLD, Oliver, *Impuestos y Transferencias de Fondos sobre la composición de los Ingresos de los Gobiernos Subcentrales*, Departamento Económico de la OECD, 2009, p. 4.

distribuye a los *Länder* el 23% y a los Municipios el 8% y por la vía de las transferencias destina un 39% a la seguridad social de los pobladores de los Estados federados; enseguida se presenta un cuadro comparativo de varios países, con el caso de México.

DISTRIBUCIÓN DE LA RECAUDACIÓN FEDERAL POR NIVEL DE GOBIERNO,
AÑO 2000
(Porcentaje sobre el total)

Países de la OCDE	Gobierno Central	Seguridad Social	Gobierno Provincial	Gobierno Municipal
Alemania	31	39	23	8
Australia	83	0	14	3
Austria	53	28	9	10
Bélgica	37	35	23	5
Canadá	42	14	36	8
EE. UU.	48	23	19	12
México	64	16	16	4
Suiza	32	34	20	14
Brasil	33	39	25	4
Argentina	52	25	17	5

Fuente: Martín Lousteau y Gustavo Lopetegui, miembros del Grupo Unidos del Sud

Al respecto, nos dice *Antoni Castells*, que la distribución de funciones y competencias hacia los órdenes de Gobierno Subcentrales o Subnacionales, suele ser producto de múltiples y diversos factores, teniendo un papel relevante los de tipo histórico, cultural y, sobre todo, político; empero, en las últimas décadas, han sido las razones de tipo económico las que se han sobrepuesto a las anteriores. No obstante esta regresión, la teoría del federalismo fiscal se ha encargado de demostrar que un conjunto de razones aconsejan, en el estricto sentido de la eficiencia económica, atribuir la prestación de un buen número de servicios públicos y de responsabilidades públicas a los Gobiernos Subnacionales y en concreto a los Municipios.²⁰³

²⁰³ CASTELLS, *op. cit.*, p. 279.

Hechas estas anotaciones generales, entraré a las particularidades del Estado Alemán.

Este país corresponde a un Estado federal unitario, régimen que se ha mantenido después de la reforma constitucional de 2006, en el que la cooperación y la solidaridad entre el todo (Federación) y las partes (*Länder*), resulta imprescindible para el buen funcionamiento del conjunto del Estado, tanto desde el punto de vista legislativo, como el administrativo y financiero.²⁰⁴

Distribuir y delimitar competencias con claridad y precisión, es algo que en todo Estado territorialmente descentralizado corresponde realizar a la Constitución Federal. Por regla general, cuanto más nítida y exacta sea esa distribución competencial, menos posibilidades habrá que surja la disputa por la competencia, que relega a un segundo plano la cooperación. Otro binomio, al que merece la pena prestar alguna atención, es el de competencia y solidaridad. Cuando la solidaridad viene garantizada constitucionalmente, haciendo participe de ella a todas y cada una de las partes, la introducción de elementos competitivos entre ellas no solo no podrá ponerla en peligro, sino que, será susceptible de traer consigo un incremento de los derechos sociales, de que disfrutaban todos y cada uno de los ciudadanos del Estado Federal.²⁰⁵

De acuerdo con la concepción del Tribunal Constitucional Federal, mayoritariamente aceptada por la doctrina constitucional alemana, en el Estado federal solo caben dos centros de poder público autónomos: el de la Federación (Gobierno Federal), y el de cada uno de los *Länder* (Estados federados). Tanto aquella como éstos, ejercen las competencias que les han sido atribuidas por la Ley Fundamental. Congruente con esta teoría, la Federación, en tanto que superestructura de carácter estatal o Estado superior (*Oberstaat*), comprendería a los *Länder*; por lo que los órganos de aquella, actuarían en el marco de sus respectivas competencias, como órganos del Estado global (*Gesamtstaat*), que incluiría a los *Länder*; es decir, los órganos federales estarían también facultados para actuar por los *Länder*.²⁰⁶

El propio Tribunal Constitucional Federal, a partir de la conocida como *Sentencia de Hessen*, se preocupó por dejar claro que la República Federal de Alemania es un Estado federal bímembre; de modo que la Federación no es:

²⁰⁴ ARROYO GIL, *Op. Cit.*, p. 142.

²⁰⁵ *Ibidem*, pp. 142-143.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 118

“ningún Estado central a diferencia de un Estado global, sino sólo la organización supraestatal que también en su relación con los Estados miembros representa al Estado federal”; “la República Federal de Alemania no es, por tanto, ningún Estado federal trimembre”; puesto que “junto al Estado federal como Estado global no hay un Estado central especial, sino sólo una organización central que en conjunto con las organizaciones de los Estados miembros, en el ámbito de validez de la Ley Fundamental, cumple todas las tareas públicas que en un Estado unitario corresponden a una organización estatal unitaria”.

Resulta interesante conocer la estructura funcional del Estado Federal Alemán, así como su fundamento constitucional, encontrando que su Ley Fundamental no sólo presenta la estructura y organización del sistema federal, sino que es muy clara en mostrar las competencias de los dos órdenes de gobierno; (el sistema federal alemán considera a los Municipios como parte de los *Länder*); señalar con precisión las atribuciones fiscales, que les garanticen a la Federación y a los Estados federados, los recursos financieros suficientes para el cumplimiento de sus atribuciones legales, y dentro del esquema de las finanzas públicas, la propia Ley Fundamental determina con precisión los sistemas de reparto de las participaciones de los ingresos fiscales federales, de la Federación hacia los *Länder* y de éstos a sus Municipios, de igual manera prevé esquemas de coparticipación y de solidaridad entre la Federación y los Estados federados, e incluso entre estos últimos.

Hasta 1989, el federalismo fiscal alemán fue capaz de crear un alto grado de homogeneidad en la provisión regional de servicios públicos en todo su territorio, dado que no existían grandes disparidades económicas entre los *Länder*. Empero, a partir de la unificación alemana, el requerimiento constitucional de igualar las condiciones de vida entre todos sus habitantes ha originado persistentes déficits, tanto en los *Länder* como en el Gobierno Federal. El costo fiscal de la equidad interestatal parece ser tan alto que hasta resulta (materialmente) imposible de cumplir.

Alemania se caracteriza por tener un sistema tributario centralizado. Los *Länder* no tienen la facultad de fijar tasas tributarias, las cuales son establecidas por el Gobierno Federal. La única excepción es la tasa del Impuesto a los Negocios Locales, que puede ser fijada a nivel local. Sin embargo, los *Länder* participan en la legislación impositiva a través de su

voto en el *Bundesrat* (asamblea legislativa representativa de los *Länder*) que les permite influir en la política tributaria de manera colectiva.

En la República Federal de Alemania, las bases impositivas no se comparten entre los distintos niveles de gobierno. A nivel federal, los impuestos más importantes son los internos, principalmente aquellos sobre el tabaco, la gasolina y el alcohol. A nivel *Länder*, los más relevantes son los Impuestos al Automotor y a la Riqueza Neta (renta). A nivel municipal, además del Impuesto a la Propiedad, se aplica un Impuesto a los Negocios Locales.

Una característica particular del sistema tributario alemán es que las fuentes más importantes de ingresos son compartidas entre los distintos órdenes de gobierno. Los llamados “impuestos compartidos” están formados por el Impuesto al Salario, al Ingreso Personal y Corporativo, a los Dividendos e Intereses y al Valor Agregado. Estos impuestos se utilizan para financiar los “gastos compartidos”. Por su parte, los gobiernos municipales ceden una porción del Impuesto a los Negocios Locales a los *Länder* y al Gobierno Federal.

En cuanto a la Coparticipación de Impuestos y Transferencias Intergubernamentales, la redistribución de los “impuestos compartidos” se realiza calculándose impuesto por impuesto, en base a una fórmula específica que varía periódicamente según las responsabilidades de gastos de los distintos niveles de gobierno.

En Alemania se implementan tanto transferencias verticales como horizontales, pudiendo ser condicionadas o no condicionadas. Las primeras implican un cofinanciamiento federal de proyectos específicos estatales y operan en una red compleja de cooperación inter *Länder*. Entre las transferencias verticales se distinguen los “impuestos compartidos” y las *transferencias grants in aids*. Estas últimas son otorgadas a los *Länder* para financiar inversiones regionales y locales en ciertas áreas definidas previamente por ley federal o acuerdos entre la Federación y los *Länder*.

Las transferencias no condicionadas se usan en su mayoría para ayudar a los *Länder* pobres de la Federación. Estas se volvieron más relevantes a partir de la unificación Alemana.

La distribución horizontal del Impuesto al Ingreso, tanto personal como corporativo, entre regiones sigue un criterio devolutivo. La distribución regional del 75% del IVA se hace en base al criterio *per cápita* (criterio redistributivo).

Las transferencias horizontales están formadas por:

1. Los fondos transferidos a los *Länder* a través del *Sistema de Coparticipación de Impuestos*: hasta un 25% del IVA es usado para financiar *Länder* pobres.
2. Un esquema horizontal de *igualación inter Länder* sin la intervención del Gobierno Federal: las transferencias son recibidas por aquellos *Länder* que poseen una capacidad fiscal inferior a la del promedio, a los que se les garantiza al menos el 95% de la capacidad fiscal promedio del conjunto de los *Länder*. Los pagos igualadores son realizados por los *Länder* cuya capacidad fiscal excede el estándar, a través de contribuciones graduales. El sistema funciona de forma tal que los pagos realizados por los *Länder* financieramente fuertes siempre igualan los montos recibidos por los *Länder* financieramente débiles.
3. Las Transferencias Suplementarias: que constituyen una variedad de transferencias verticales asimétricas realizadas por el Gobierno Central para favorecer a las regiones más pobres (financiar los costos del proceso de unificación).

En síntesis, la principal característica de las relaciones intergubernamentales alemanas es su tendencia creciente a redistribuir recursos para alcanzar cierta uniformidad entre los *Länder*.

Reflexiones generales.

Si bien se reconoce, que a nivel general ha habido más descentralización del gasto hacia los denominados Gobiernos Subcentrales o Subnacionales, no ha sucedido lo mismo con la política tributaria.

El incremento de la descentralización del gasto se deriva principalmente de los aumentos en las transferencias (aportaciones federales) y, en menor medida, de la cesión de facultades tributarias a Estados y Municipios, para poder legislar en materia de los principales impuestos generados en su jurisdicción territorial; lo que ha derivado en un persistente desequilibrio fiscal de los Gobiernos Subnacionales. Actualmente, en promedio, la mitad de los gastos locales se cubre con impuestos propios y la otra mitad con transferencias.

Para los estudiosos del federalismo, les resulta claro que una mayor participación de las autoridades locales en el cobro y administración de los impuestos y por ende en la composición de los ingresos, permitiría un

mayor control democrático de la responsabilidad en el ejercicio del gasto, con la consiguiente eficacia en el uso de los recursos públicos.

Sin embargo, dadas las disparidades que se presentan en el desarrollo económico de los diferentes Estados o Provincias, que redundarían en ampliar las desigualdades entre las regiones, es necesaria la implementación de otros mecanismos que permitan la nivelación dentro del Estado Federal, siendo éstos los provenientes de las transferencias de la Federación hacia áreas y materias específicas de los Estados federados y los Municipios. Empero, debe de establecerse una permanente supervisión del uso de las transferencias para evitar efectos indeseables que se conviertan en limitantes del esfuerzo fiscal, incrementen el gasto no productivo, aumenten el déficit de las finanzas, y con ello la deuda pública; además de crear gobiernos irresponsables para la sociedad a la cual deben de atender.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN

ARROYO GIL, Antonio, *La Reforma constitucional del federalismo alemán: estudio crítico de la 52.ª Ley de modificación de la ley fundamental* de Bonn, 28 de agosto de 2006.

ARTEAGA NAVA, Elisur, *Tratado de Derecho Constitucional*, vol. 1, Biblioteca de Derecho Constitucional, Oxford University Press, México, 1999

BLÖCHLIGER, Hansjörg and PETZOLD, Oliver, *Impuestos y Transferencias de Fondos sobre la composición de los Ingresos de los Gobiernos Subcentrales*, Departamento Económico de la *OECD*, 2009.

CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, sexta edición, editorial Porrúa, UNAM, México, 1998

CASTELLS, Antoni, *Haciendas locales, autonomía y responsabilidad fiscal*, Gestión y Política Públicas, vol. VIII, núm. 2, Universidad de Barcelona segundo semestre de 1999

ELÍAS MÉNDEZ, Cristina, *La reforma de la Constitución financiera en Alemania: una reforma pendiente*, Universidad de Extremadura, España, ReDCE, nº 6, Julio-Diciembre de 2006

FUCHS, Anke, *La Experiencia Alemana de Descentralización*, Análisis Político Coyuntural Nº 4, Serie Publicaciones/2001

KELSEN, HANS, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Textos universitarios, Cuarta reimpresión, Facultad de Derecho, UNAM, México, 1988

LARIOS, José, ALVARADO, Betty, y CONTERNO, Elena, *Descentralización Fiscal, Documento Técnico No. 7, PRODES "Pro-descentralización"*. USAID, enero, 2004.

LEY FUNDAMENTAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA.
OFICINA ECONÓMICA Y COMERCIAL DE ESPAÑA, *Financiación regional en Alemania y en España*, Documento de trabajo, Berlín, diciembre de 2004,

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima segunda edición.

PÁGINAS WEB:

<http://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/es/>

<http://www.madrid.diplo.de/Vertretung/madrid/es/04/SeiteBundesrat.html>

FISCALIZACIÓN SUPERIOR EN BRASIL, CANADÁ Y ECUADOR

CECILIA LICONA VITE*

*Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Investigadora “A” del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias.

I. NOTA PREVIA

La fiscalización es un elemento esencial para la gobernabilidad y el desarrollo de las sociedades, que se incrusta en los sistemas políticos, habitualmente, a través de la representación popular y de la división de poderes. Su desarrollo primigenio, aparece en Inglaterra, desde los primeros tiempos del constitucionalismo inglés, época en que el Parlamento atendió las tareas relativas al control político y económico de los monarcas.²⁰⁷

Si bien en el Medioevo se encuentran algunas manifestaciones artísticas relacionadas con la fiscalización de los fondos públicos, no hubo normas fundamentales referentes al control del gasto público de un país. Ello por la falta total de una distinción entre la caja del Estado y la del príncipe.²⁰⁸

Ya en el siglo XVI, en América en la época colonial, era característico encontrar, en las colonias sometidas a la Corona española, un sistema de contraloría sobre las cuentas de las Cajas Reales a cargo de las audiencias locales, a través de una serie de disposiciones que regulaban las actuaciones de funcionarios de Gobierno.²⁰⁹

²⁰⁷ El control económico inglés, denominado poder de bolsa, comprendía los requerimientos e impuestos que el Soberano pretendía imponer a sus súbditos, así como los mecanismos de control de gastos para evitar los excesos en que podía incurrir la Corte. Ese control, fue de los primeros que se opusieron con éxito a la arbitrariedad de los monarcas. Después, surgió la función legislativa, como compensación al consentimiento que hacían las asambleas a los soberanos para recaudar tributos o exigir prestaciones. Con el paso del tiempo, el poder de bolsa inglés vino a ser un instrumento eficaz del órgano Legislativo en su relación de equilibrio con el Poder Ejecutivo, para influir en el diseño de las políticas públicas; para vigilar su implantación, y para frenar la corrupción y la mala administración dentro de la gestión gubernamental. *Vid.*, LICONA VITE, Cecilia, *Fiscalización superior. Análisis de derecho comparado. Alemania, Francia, Argentina y los Estados Unidos de América*. México, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, octubre-diciembre de 2009.

²⁰⁸ En el Estado monárquico absolutista el poder real era considerado como propietario feudal de los impuestos, de los que disponía a su capricho y voluntad. Fueron los Estados de la democracia constitucional los primeros en establecer en sus leyes fundamentales la facultad de sus pueblos de participar en las decisiones acerca del gasto público. En el Estado moderno el poder de la bolsa se ha hecho mucho más complejo.

²⁰⁹ Tal era el caso, por ejemplo, de las Leyes de Indias, las cuales en conjunto con algunas instituciones como la Residencia, la Visita y la Rendición de Cuentas, son antecedentes básicos del control financiero en las colonias españolas. *Vid.*, BARRAGÁN, José, *Antecedentes históricos del régimen mexicano de responsabilidades de los servidores públicos*. Obra colectiva denominada: *Las responsabilidades de los servidores públicos*, México, Manuel Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, pp. 29 a 55. Asimismo, *Vid.*, CASTAÑEDA, Fausto, *Juicio político de los Servidores públicos*. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos38/juicio-politico/juicio-politico.shtml>. (Consultada en

Fue a partir del siglo XVIII, cuando los representantes populares de los países más adelantados de occidente empezaron a preocuparse seriamente por controlar el gasto público, como el medio más eficaz para evitar el incremento de las cargas fiscales.²¹⁰

En nuestros días, es común observar que el Estado otorgue el control financiero a un órgano representativo del mismo, para que fiscalice el gasto público.²¹¹ Dicho control se lleva a cabo mediante entidades de fiscalización superior, llámense tribunales de cuentas, contralorías, auditorías....

Esas entidades, en gran número, se encuentran incorporadas a la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI, por sus siglas en inglés).²¹²

abril de 2010).

²¹⁰ A finales de esa época, las aspiraciones liberales de la Revolución Francesa, dejaron huella clara, en la historia política de la humanidad, del clamor ciudadano francés por el control de la cuenta gubernamental. Tal demanda ciudadana quedó difundida en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), la cual dispuso en el artículo 15: “Toda comunidad tiene derecho a pedir a todos sus agentes cuentas de su conducta.” *Vid.*, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, adoptada por la Asamblea Constituyente francesa del 20 al 26 de agosto de 1789, aceptada por el Rey de Francia el 5 de octubre de 1789. Disponible en: http://www.aidh.org/uni/Formation/01Home2_e.htm, (Consultada en mayo de 2010).

²¹¹ Tal control tiene como objetivos primarios la apropiada y eficaz utilización de los fondos públicos, la búsqueda de una gestión rigurosa, la regularidad en la acción administrativa y la información, tanto a los poderes públicos como al país, mediante la publicación de informes imparciales.

Dice Berlín Valenzuela que el catálogo de asuntos que podrían formar parte de la función financiera es muy extenso: la imposición de contribuciones; la aprobación del Presupuesto del Gobierno; la revisión de la Cuenta Pública; la distribución detallada de los caudales públicos; la venta o concesiones de bienes y servicios de la Nación; y los tratados internacionales en materia económica y comercial. *Vid.*, BERLÍN VALENZUELA, Francisco, *Derecho Parlamentario*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003 (5ª. Reimpresión), pp. 136 y 137. Asevera Cecilia Mora Donato que si los Parlamentos del siglo XIX fueron los grandes legisladores, los de la época contemporánea son esencialmente controladores, siendo instrumento básico de control la fiscalización superior. *Vid.*, MORA-DONATTO, Cecilia, *Función presupuestaria o financiera, Facultades del Congreso en materia presupuestaria*, Antología, México, Cámara de Diputados, LIX Legislatura, Grupo Parlamentario del PRD, Centro de Producción Editorial, 2004, pp. 21 y 22.

Expone Gabino Fraga que para garantizar la regularidad de las operaciones financieras gubernamentales no es suficiente que se prevenga que ellas deben sujetarse a una serie de disposiciones (por ejemplo, Ley de Ingresos, Presupuesto de Egresos...), sino que es indispensable establecer un régimen de control eficaz para evitar las irregularidades que pretendan cometerse y reprimir las que se hayan cometido y, en su caso, fincar las responsabilidades a que haya lugar. *Vid.*, FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1979, p. 346.

²¹² De la INTOSAI es pertinente mencionar que:

- Es la organización central para la fiscalización pública exterior;

Dicha Organización con su lema: *Experientia mutua omnibus prodest*, busca el intercambio de experiencias entre sus miembros y los consiguientes descubrimientos y perspectivas, lo que constituye una garantía para que la fiscalización pública avance continuamente hacia nuevas metas.²¹³

Ahora bien, en este documento, precisamente, realizamos un estudio descriptivo de la fiscalización gubernamental en Brasil, Canadá y Ecuador, considerando sus entidades de fiscalización superior, que tienen la característica de ser miembros de pleno derecho de la INTOSAI.

Para ello, utilizamos criterios de la Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización, de las que la INTOSAI expresó la perspectiva para que dichos criterios fuesen aplicados por las entidades de fiscalización superior integrantes de todo el mundo.²¹⁴ Eso adicionado con una nota de generalidades del país seleccionado.²¹⁵

- Desde más de 50 años ha proporcionado un marco institucional para la transferencia y el aumento de conocimientos para mejorar a nivel mundial la fiscalización pública exterior y, por lo tanto, fortalecer la posición, la competencia y el prestigio de las distintas Entidades de Fiscalización Superior en sus respectivos países;
- Es un organismo autónomo, independiente y apolítico; y
- Es una organización no gubernamental con un estatus especial con el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC).

Asimismo, es de indicar que:

- La INTOSAI fue fundada en el año 1953, a iniciativa del entonces Presidente de la Entidad de Fiscalización Superior de Cuba, Emilio Fernandez Camus; y
- A junio de 2010 –fecha de terminación del presente estudio-, la INTOSAI contaba con 189 miembros de pleno derecho y 4 miembros asociados.

Vid., International Organization of Supreme Audit Institutions. Disponible en: http://www.intosai.org/es/portal/about_us/. (Consultada en abril de 2010).

²¹³ Es de recordar que el C.P.C. Juan Manuel Portal Martínez fue electo como Titular de la Auditoría Superior de la Federación de México en diciembre de 2009, ocupando la presidencia de la INTOSAI.

También es de acordarse que en el XIX Congreso de la INTOSAI, celebrado en noviembre de 2007 en la Ciudad de México, la Auditoría Superior de la Federación asumió la Presidencia de la INTOSAI para el periodo 2007-2010.

²¹⁴ En 1977 los delegados al IX INCOSAI de Lima (Perú) aprobaron por aclamación la Declaración de Lima de Criterios sobre las Normas de Auditoría, surgiendo grandes esperanzas de que llegarían a aplicarse en todo el mundo, pero no se tenía ninguna certidumbre a ese respecto. Las experiencias llevadas a cabo desde ese entonces, en relación con la Declaración de Lima, superaron incluso las expectativas más elevadas, y pusieron de manifiesto que su influjo decisivo sobre el desarrollo de la auditoría pública en todos los países. *Vid., International Organization of Supreme Audit Institutions.* Disponible en: http://www.intosai.org/es/portal/documents/intosai/general/lima_declaration/. (Consultada en abril de 2010).

²¹⁵ La Declaración de Lima se ha convertido en uno de los documentos más importantes para las entidades fiscalizadoras superiores de todo el orbe, sin importar cuál sea la región a la que pertenezcan, el desarrollo que hayan tenido, el modo en que se integren dentro del sistema de

No omitimos mencionar que la presente investigación complementa otra que anteriormente realizamos sobre las entidades de fiscalización superior de Alemania, Francia, Argentina y los Estados Unidos de América.

Con esos antecedentes, pasamos a estudiar la fiscalización gubernamental en los países seleccionados, comenzando por el Tribunal de Cuentas brasileño.

la Administración Pública, o la forma en que estén organizadas.

II. BRASIL. TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA UNIÓN

2.1 Generalidades

Brasil es una República Federal, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, constituida en Estado Democrático de Derecho y que tiene como fundamentos la soberanía, la ciudadanía, la dignidad de la persona humana, los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa, así como el pluralismo político.²¹⁶ Su Organización Político-Administrativa comprende la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios (todos autónomos).²¹⁷

En Brasil, son poderes de la Unión, independientes y armónicos entre sí, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.²¹⁸

De la rama Ejecutiva, es de mencionar que es ejercida por el Presidente de la República,²¹⁹ así como por un Vicepresidente que auxilia aquél.²²⁰ Entre las atribuciones del Presidente destacan las siguientes: iniciar el proceso legislativo; sancionar, promulgar y hacer públicas las leyes, así como dictar decretos y reglamentos para su fiel ejecución; vetar proyectos de ley, total o parcialmente; celebrar tratados, convenciones y actos internacionales, sujetos a refrendo del Congreso Nacional; realizar nombramientos de servidores públicos, algunos con la participación del Senado; someter al Congreso Nacional el plan plurianual, el proyecto de

²¹⁶ *Vid.*, el artículo 1 de la *Constituição da República Federativa do Brasil*.

²¹⁷ Es de señalar que en Brasil:

- Los Territorios Federales integran la Unión, y su creación, transformación en Estado o reintegración al Estado de origen son reguladas en ley complementaria;
- Los Estados pueden integrarse entre sí, subdividirse o desmembrarse para anexionarse a otros o formar nuevos Estados o Territorios Federales, mediante la aprobación de la población directamente interesada, a través de plebiscito y del Congreso Nacional, por ley complementaria; y
- La creación, la integración, la fusión y el desmembramiento de los Municipios preserva la continuidad y la unidad histórico-cultural del ambiente urbano, se hacen por ley estatal, cumpliendo los requisitos previstos en ley complementaria estatal, y dependen de la consulta previa a las poblaciones directamente interesadas mediante plebiscito.

Vid., el artículo 18 de la *Constituição da República Federativa do Brasil*.

²¹⁸ *Vid.*, el artículo 2 de la *Constituição da República Federativa do Brasil*.

²¹⁹ Es de señalar que la Constitución de Brasil dedica los artículos 76 a 91 a la regulación del Poder Ejecutivo.

²²⁰ El Vicepresidente, además de otras atribuciones que le fuesen conferidas por ley complementaria, auxilia al Presidente, siempre que sea convocado por él para misiones especiales.

directrices presupuestarias y las propuestas de presupuesto previstas en la Constitución Federal; y rendir anualmente al Congreso Nacional, las cuentas referentes al ejercicio anterior.²²¹

En lo que atañe al Poder Judicial brasileño, éste se forma por varios tribunales, a saber: el Supremo Tribunal Federal; el Superior Tribunal de Justicia; los Tribunales Regionales Federales y Jueces Federales; los Tribunales y Jueces del Trabajo; los Tribunales y Jueces Electorales; los Tribunales y Jueces Militares; y los Tribunales y Jueces de los Estados, del Distrito Federal y Territorios.²²²

Por lo que hace al Poder Legislativo, éste reside en un Congreso Nacional que se compone de la Cámara de Diputados y del Senado Federal. La Cámara de Diputados se forma con representantes del pueblo, elegidos, por el sistema proporcional, en cada Estado, en cada Territorio y en el Distrito Federal.²²³ Por su parte, el Senado Federal se integra con representantes de los Estados y del Distrito Federal, elegidos según el sistema mayoritario (cada Estado y el Distrito Federal elegirán tres Senadores, con un mandato de ocho años).²²⁴

Justamente, como parte del Poder Legislativo, existe en Brasil un Tribunal de Cuentas de la Unión (TCU). Y es que, entre las competencias

²²¹ Como parte del Poder Ejecutivo, existe en Brasil un Consejo de la República y un Consejo de Defensa Nacional, los cuales son órganos superiores de consulta del Presidente.

²²² Al Supremo Tribunal Federal compete principalmente la garantía de la Constitución. Es de señalar que en Brasil existe la figura del Ministerio Público, como una institución permanente, esencial para la función jurisdiccional del Estado. A ese órgano, le incumbe la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles brasileños.

²²³ El número total de Diputados, así como la representación por cada Estado y por el Distrito Federal, son establecidos por ley complementaria proporcionalmente a la población, procediéndose a los ajustes necesarios en el año anterior a las elecciones, para que ninguna de aquellas unidades de la Federación tenga menos de ocho ni más de setenta Diputados. Actualmente, la Cámara de Diputados se forma por 513 miembros.

²²⁴ En Brasil, las unidades de la Federación son consideradas igualmente importantes para la República Federativa y no puede existir distinción o privilegios entre ellas, a no ser los producidos por el poder Constituyente originario. Como consecuencia, la elección para el Senado Federal no es proporcional sino que obedece al principio mayoritario. El candidato que obtiene el mayor número de votos ocupa el cargo y en conjunto con él son electos los dos suplentes indicados a lo largo de la campaña electoral. Los Senadores son los representantes de los intereses de las unidades de la Federación. Por ello, la representación es igualitaria; o sea, son tres Senadores para cada Estado y el Distrito Federal, independiente del tamaño de su territorio o del número de sus habitantes. La representación de cada Estado y del Distrito Federal es renovada cada cuatro años, en uno y dos tercios alternativamente. Cada Senador es elegido con dos suplentes. Actualmente, el Senado Federal brasileño está compuesto por 81 senadores. *Vid.*, la página del Senado Federal brasileño. Disponible en la siguiente dirección: <http://www2.camara.gov.br/espanol/the-federal-senate>. (Consultado en abril de 2010).

más trascendentales que la Constitución Federal de Brasil asigna al Congreso Nacional, se encuentra la de la fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operacional y patrimonial de la Unión y de las entidades de la administración directa e indirecta, en cuanto a la legalidad, legitimidad, economicidad, aplicación de las subvenciones y renuncia de los ingresos. Se trata de un control externo que el Congreso Nacional ejerce con auxilio del TCU, el cual tiene un largo historial que data de 1808.²²⁵

De ese Tribunal, es de distinguir que pertenece al Poder Legislativo, y que en la actualidad encuentra su marco fundamental en la Constitución Federal de Brasil de 1988, específicamente, en la Sección IX, denominada: *De la Fiscalización Contable Financiera y Presupuestaria*, inserta en el Capítulo I *Del Poder Legislativo*, del Título IV *De la Organización de los Poderes*. Su base legal primordial la constituye su Ley Orgánica, su Reglamento Interno y sus actos normativos.

De ese Tribunal, es de mencionar que se encuentra encabezado por nueve Ministros; tiene su sede en el Distrito Federal; cuenta con su cuadro propio de personal; realiza un control externo; y ejerce jurisdicción en todo el territorio nacional brasileño.

Igualmente, es de indicar que aunque el nombre del TCU pareciera sugerir que se trata de un organismo que forma parte del Poder Judicial, lo cierto es que está encuadrado en el Poder Legislativo.²²⁶

Por lo demás, es de advertir que por no ser parte del Poder Judicial, las decisiones del TCU no hacen cosa juzgada.

Finalmente, es de añadir que aparte del TCU, existen en Brasil otros tribunales con funciones de control externo. Se trata de los Tribunales de Cuentas de los Estados, y del Distrito Federal, así como de Tribunales y Consejos de Cuentas de los Municipios. Tales entidades de fiscalización son reguladas por las Constituciones estatales; aunque, por mandato de la Constitución Federal, las rigen también las pautas sobre organización,

²²⁵ La raíz de ese Tribunal se localiza en la Carta del príncipe-regente Don *João*, de 28 de junio de 1808, cuyo título VI, crea un tribunal para apreciar las cuentas del Tesoro Público. Luego, la Constitución brasileña de 1824 estableció, en sus artículos 170 y 172, que la apreciación de las cuentas públicas se diera mediante un Tribunal, llamado de Tesoro Nacional. Más adelante, mediante Decreto-Ley 966-A, de 7 de noviembre de 1888, fue instituido un Tribunal de Cuentas, siguiendo los modelos francés o belga. Después, en la Carta Magna brasileña de 1891, en el artículo 81, fue instituido el Tribunal de Cuentas, el cual liquidaría las cuentas públicas, y verificaría su legalidad, antes de ser entregadas al Congreso. Los miembros de este Tribunal eran nombrados por el Presidente de la República, con aprobación de Senado, y solamente perdían sus cargos por sentencia.

²²⁶ Esa es la posición adoptada en Brasil, aunque en otros países la entidad fiscalizadora puede estar integrada a cualquiera de los otros Poderes.

composición y fiscalización que establece la Constitución Federal para el TCU, en lo que les resulte compatible.²²⁷ Tales tribunales frecuentemente colaboran con el TCU en tareas de fiscalización en las se abarca el ámbito de la competencia federal, estatal y municipal.

2.2 Facultades

La Ley Fundamental de Brasil señala, en su artículo 71, las facultades cardinales del TCU, en tanto auxiliar del Congreso en sus funciones de fiscalización, a saber:

- Examinar las cuentas rendidas anualmente por el Presidente de la República, mediante informe previo que deberá ser elaborado en el plazo de sesenta días a contar desde su recepción;
- Juzgar las cuentas de los administradores y demás responsables por dinero, bienes y valores públicos de la administración directa e indirecta, incluidas las fundaciones y sociedades instituidas y mantenidas por el Poder Público Federal, y las cuentas de aquellos que dieran lugar a

²²⁷ El artículo 75 de la *Constituição da República Federativa do Brasil* establece: *Las Constituciones estatales regularán los Tribunales de Cuentas respectivos, que estarán integrados por siete Consejeros.*

De conformidad con ese dispositivo, los Tribunales de Cuentas estatales de Brasil poseen siete miembros denominados Consejeros. Esos tribunales deben observar los preceptos establecidos en la Constitución Federal Brasileña, en atención al principio de la simetría.

Aunque se encuentra prohibido la creación de Tribunales y Consejos de Cuentas en la esfera municipal, la Constitución Federal Brasileña de 1988 permitió el mantenimiento de los dos tribunales de cuentas de municipios existentes.

Actualmente, en Brasil hay 33 Tribunales de Cuentas estatales y municipales. Al respecto, 22 examinan las cuentas de cada uno de los Estados y aún de los Municipios de esos Estados (con la excepción de los Estados del Río de Janeiro y São Paulo). 4 Tribunales de Cuentas estatales examinan sólo las cuentas estatales, pues, en Bahia, Ceará, Goiás y Pará, hay también Tribunales de Cuentas de los Municipios, que examinan sólo cuentas municipales, pero son instituciones mantenidas por los Estados. Hay aún la situación peculiar del Tribunal de Cuentas del Distrito Federal, entidad de la Federación brasileña que, equivaliendo a un Estado y, no pudiendo ser subdividida en Municipios, lleva su Tribunal de Cuentas a examinar materias comunes a los Estados y a los Municipios, que, en el caso, son todas del Distrito Federal. Además, hay dos Municipios, Río de Janeiro y São Paulo, que tienen sus propios Tribunales de Cuentas, como instituciones de estas ciudades (y no de los respectivos Estados), de modo que, en éstos, los Tribunales de Cuentas estatales examinan las cuentas del Estado y de todos los otros Municipios, excepto de sus propias capitales. Esta situación peculiar se reduce, desde la Constitución de 1988, sólo a Río de Janeiro y São Paulo, habiendo sido vedada la creación de nuevos Tribunales de Cuentas por Municipios desde entonces.

pérdida, extravío u otra irregularidad de la cual resulte perjuicio para el erario publico;

- Examinar, para fines de registro, la legalidad de los actos de admisión de personal bajo cualquier título en la administración directa e indirecta, incluidas las fundaciones instituidas y mantenidas por el Poder Público, excepto las nominaciones para cargo de provisión en comisión;
- Realizar por iniciativa propia, o a petición de la Cámara de Diputados, del Senado Federal, o de una Comisión técnica o de investigación de esas Cámaras, inspecciones y auditorías de naturaleza contable, financiera, presupuestaria operacional y patrimonial en las unidades administrativas de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial y demás entidades de la administración directa e indirecta, incluidas las fundaciones y sociedades instituidas y mantenidas por el Poder Público Federal;
- Fiscalizar las cuentas nacionales de las empresas supranacionales en cuyo capital social participe la Unión de forma directa o indirecta, en los términos del tratado constitutivo;
- Fiscalizar la aplicación de cualesquiera recursos trasferidos por la Unión, mediante convenio, acuerdo, ajuste u otros instrumentos similares, a los Estados, al Distrito Federal o a los Municipios;
- Facilitar las informaciones solicitadas por el Congreso Nacional, por cualquiera de sus Cámaras o por cualquiera de las respectivas Comisiones sobre fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operacional y patrimonial y sobre los resultados de las auditorías e inspecciones realizadas;
- Aplicar a los responsables, en caso de ilegalidad del gasto o irregularidad de las cuentas, las sanciones previstas en la ley, que establecerá entre otras conminaciones y multa proporcional al daño causado al erario;
- Señalar plazo para que el órgano o entidad adopte las providencias necesarias para el exacto cumplimiento de la ley, si fuera verificada alguna ilegalidad; e
- informar al poder competente sobre las irregularidades o abusos verificados.

Adicional a esas atribuciones, la propia Constitución Federal determina que en el caso de contratos en los que el TCU encontrare ilegalidad o irregularidad, esos actos jurídicos pueden ser suspendidos, y que el acto de suspensión será adoptado directamente por el Congreso Nacional, el cual

solicitará de inmediato al Poder Ejecutivo, las medidas pertinentes. Si el Congreso Nacional o el Poder Ejecutivo, no adoptan esas medidas en el plazo de noventa días, el TCU decidirá a ese respecto.

Además, la misma Constitución Federal dispone que las decisiones del TCU, de las cuales resulten imputación de deuda o multa, tengan eficacia de título ejecutivo.

Igualmente, estipula el deber del TCU de rendir al Congreso Nacional, trimestral y anualmente, informe de sus actividades.

Por otra parte -en complemento del texto constitucional-, otros ordenamientos también establecen atribuciones para el TCU. Tal es el caso de la Ley Orgánica del TCU,²²⁸ y de su Reglamento Interno.²²⁹ Un ejemplo de esas facultades son las siguientes:

- Realizar investigaciones;
- Juzgar las infracciones administrativas en contra de las finanzas públicas y la responsabilidad fiscal tipificada en la ley;
- Imponer sanciones y hacerlas cumplir, así como adoptar las medidas cautelares;
- Controlar la aplicación de recursos de la compensación financiera para explotación del petróleo y el gas natural;
- Vigilar, supervisar y evaluar los procesos de privatización realizados por el Gobierno Federal, incluyendo la privatización de las instituciones financieras, y las concesiones, permisos y autorizaciones de servicio público;
- Detectar irregularidades, indicando el acto viciado y la definición de responsabilidades;
- Revisar las declaraciones de bienes e ingresos realizadas por las autoridades y servidores públicos;
- Decidir sobre la denuncia que le remita cualquier ciudadano, partido político, asociación o sindicato, sobre irregularidades o ilegalidades en las materias de la competencia del Tribunal de Cuentas de la Unión; y

²²⁸ *Vid.*, el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de la Unión (Ley N° 8.443, de 16 de Julio de 1992).

²²⁹ *Vid.*, el artículo 1 del Reglamento Interno de ese Tribunal, en vigor a partir del 1 de enero de 2003.

- Supervisar la aplicación de los recursos asignados al Comité Olímpico Brasileño y el Comité Paralímpico Brasileño.

En cuanto a su organización y régimen interno, el TCU tiene diversas facultades asignadas en su Ley Orgánica y su Reglamento Interno. Ejemplo de ellas son las que residen en:

- Preparar y modificar su reglamento interno;²³⁰
- Elegir a su Presidente y a su Vicepresidente, y darles posesión;
- Conceder permisos, licencias y vacaciones a los miembros del Tribunal;
- Proponer al Congreso Nacional la fijación de los sueldos de los ministros, los auditores y los miembros del ministerio público del Tribunal;
- Organizar su Secretaría; y²³¹
- Aplicar y mantener la página en Internet de Cuentas Públicas.

2.3 Competencia fiscalizadora

El TCU tiene competencia propia y privativa, en todo el territorio nacional brasileño, sobre las personas y cuestiones sujetas a su jurisdicción.²³² Ello considerando que debe rendir cuentas cualquier persona física o entidad que utilice, recaude, guarde, gestione o administre dinero, bienes o valores públicos o por los cuales la Unión responda o que asuma obligaciones de naturaleza pecuniaria en nombre de ésta.

En ese contexto, la competencia del TCU incluye a:²³³

- Cualquier persona, organismo o entidad que utilice, recaude, guarde, gestione o administre fondos, bienes o valores públicos, o por los cuales

²³⁰ El TCU, dentro de su competencia y jurisdicción, tiene la potestad reglamentaria y, en consecuencia, puede emitir los actos normativos y las instrucciones sobre asuntos de sus funciones y organización de los procedimientos, obligando a su cumplimiento.

²³¹ En relación con dicha facultad, el TCU también puede proponer al Congreso la creación, la transformación y la terminación de la relación de cargos, empleos y funciones del personal de la Secretaría del Tribunal y el establecimiento de su remuneración.

²³² *Vid.*, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de la Unión, y el artículo 4 del Reglamento Interno de ese Tribunal.

²³³ *Vid.*, el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de la Unión, y el artículo 5 del Reglamento Interno de ese Tribunal.

la Unión responda, o asuma obligaciones, en nombre de ésta, de naturaleza pecuniaria;

- Cualquier persona, organismo o entidad que dieren causa a la pérdida, u otras irregularidades con el consiguiente perjuicio para el erario público;
- Los dirigentes o el liquidador de las empresas en virtud de intervención o de cualquier manera que se integren, temporal o permanentemente, al patrimonio de la Unión o de otra autoridad federal;
- Los responsables por las cuentas nacionales de las empresas supranacionales de cuyo capital la Unión participa, de forma directa o indirecta, en términos de tratado constitutivo;
- Los responsables por entidades dotadas de personalidad jurídica de derecho privado, por la recepción de contribuciones parafiscales y que presten servicio de interés público o social;
- Todos los que son responsables o cuyas acciones están sujetas a la supervisión del citado tribunal por disposición expresa de la ley;
- Los responsables de la aplicación de los recursos asignados por la Unión, por convenio, acuerdo, ajuste u otros similares, en los Estados, el Distrito Federal o los Municipios;
- Los sucesores de los directores y funcionarios de todas las personas, organismos y entidades antes mencionados, hasta el valor de los activos transferidos; y
- Los representantes de la Unión o del poder público federal en la asamblea general de las empresas estatales y sociedades anónimas de cuyo capital participan la Unión o el poder público federal, solidariamente con los miembros de los consejos de vigilancia y de gestión, en la práctica de los actos de gestión ruinosos o donación a expensas de las respectivas sociedades.

Esa competencia fiscalizadora la lleva a cabo el TCU por su propia iniciativa, ejerciendo controles en los organismos y entidades que se encuentran bajo su jurisdicción, para verificar la legalidad, economía, la legitimidad, la eficiencia y la eficacia de los actos, contratos y demandas de administración. A la par, también lleva a cabo revisiones por iniciativa del Congreso Nacional.²³⁴

²³⁴ *Vid.*, el artículo 230 del Reglamento Interno del TCU.

A lo anterior, es de advertir que, en el ejercicio de su jurisdicción, el TCU tiene acceso sin restricciones a todas las fuentes de información disponible en los órganos y entidades del gobierno federal, incluso a los sistemas de procesamiento electrónico de datos.²³⁵

2.4 Clase de control

El TCU es un organismo que auxilia al Congreso Nacional en sus funciones de control externo para la fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operacional y patrimonial de la Unión y de las entidades de la administración directa e indirecta, en cuanto a la legalidad, legitimidad, economicidad, aplicación de las subvenciones y renuncia de los ingresos.

Justamente, para aumentar la capacidad del Congreso para ejercer ese control, fue que la Constitución creó al TCU y lo dotó de amplias facultades.²³⁶ Y es que el Congreso Nacional, a través de leyes y, sobre todo, del presupuesto y de los recursos económicos, procura que el Gobierno alcance sus altos objetivos. Para ello, el Parlamento necesita herramientas para evaluar y supervisar la obtención de resultados. Ese es el principio fundamental de control externo en Brasil; ese es el fundamento del TCU y de los tribunales de cuentas locales y municipales en ese país.²³⁷

²³⁵ Los auditores del TCU tienen entrada libre a los órganos y entidades sujetas a la jurisdicción de ese Tribunal, así como acceso a todos los archivos, documentos y la información necesaria para llevar a cabo su trabajo, incluso los sistemas electrónicos de procesamiento de datos, que no puede ser eludido bajo cualquier pretexto.

El TCU también tiene la posibilidad de solicitar por escrito a los órganos y organismos responsables, la documentación y la información deseada, estableciendo un plazo razonable para ello.

En caso de obstrucción al libre ejercicio de las auditorías e inspecciones, o la denegación de proceso, documento o información, el TCU dará un plazo improrrogable de hasta quince días para la presentación de los documentos, la información y las explicaciones necesarias, comunicando el hecho al Ministro de Estado supervisor del área o a una autoridad del área o puestos equivalentes, para que tome las medidas pertinentes.

Vencido el plazo, sin que se hubiese cumplido con el requerimiento de documentación e información, el TCU aplicará las sanciones previstas en el artículo 268 de su Reglamento Interno. Asimismo, comunicará el hecho al Presidente del Congreso Nacional, para que tome las medidas conducentes.

²³⁶ Es de indicar que diversos ordenamientos en Brasil establecen atribuciones al Tribunal de Cuentas de la Unión. Tal es el caso de la Ley de Responsabilidad Fiscal, la Ley de Licitaciones y contratos, y la Ley de Presupuesto.

²³⁷ Los tribunales de cuentas estatales y municipales del Brasil, lo mismo que el TCU son órganos que apoyan al Poder legislativo Estatal y municipal, respectivamente, en sus funciones de control externo.

Así, por ejemplo, el artículo 31 de la Constitución Federal de Brasil dispone que:

Ahora bien, para el control externo que ejerce el TCU, los instrumentos más utilizados son:

- Auditorías, sobre todo para examinar la legalidad y la legitimidad de los actos de gestión gubernamental; y evaluar el desempeño y los resultados de la gestión pública;
- Inspecciones, básicamente para atender quejas o denuncias presentadas por cualquier persona en cuanto a la legalidad, la legitimidad o economicidad de actos administrativos;
- Acompañamientos, que tienen por objeto la supervisión de la legalidad y la legitimidad de los actos que se desarrollan en un largo período predeterminado de gestión responsable, siempre que estén sujetos a la jurisdicción del TCU, en lo contable, financiero, presupuestal o patrimonial; asimismo, para la evaluación, a lo largo de un período predeterminado, del desempeño de los organismos, entidades y demás sujetos de fiscalización, y de los sistemas, programas, proyectos y actividades del gobierno, en cuanto a economía, eficiencia y eficacia de los actos realizados; y
- Supervisiones, para verificar cumplimiento de sus resoluciones y los resultados de las mismas.

Por lo demás, es de apuntar que como resultado de la función de control externo, el TCU puede hacer recomendaciones y aplicar sanciones contra funcionarios públicos cuando encuentra irregularidades.

Esas sanciones pueden consistir en multa de hasta cien por ciento del valor actualizado de los daños causados al erario público y/o inhabilitación por un período de cinco a ocho años para el ejercicio de la función en el gobierno federal.²³⁸ Ello con independencia de otro tipo de responsabilidades y sanciones determinadas por otras autoridades competentes.

Por lo demás, el TCU puede también aplicar medidas cautelares, consistentes, por ejemplo, en la retirada temporal de la persona responsable, si hay pruebas suficientes de que la continuación del ejercicio de sus funciones,

-
- La fiscalización del Municipio será ejercida por el Poder Legislativo Municipal, mediante control externo, y por los sistemas de control interno del Poder Ejecutivo Municipal, en la forma de la ley; y
 - El control externo de la Cámara Municipal será ejercido con el auxilio de los Tribunales de Cuentas de los Estados o del Municipio o de los Consejos o Tribunales de Cuentas de los Municipios, donde los hubiese.

Asimismo, conforme al artículo 33 Constitucional, las cuentas del Gobierno del Territorio serán sometidas al Congreso Nacional, con el parecer previo del TCU.

²³⁸ El TCU deberá mantener un registro de sanciones por él impuestas.

puede retrasar o entorpecer el cumplimiento de una auditoría o inspección. Otro ejemplo es la incautación de los bienes de los responsables.

A lo anterior, es de hacer notar que la competencia fiscalizadora la ejerce el TCU tanto ex post como preventivamente. Un ejemplo de la fiscalización preventiva es la que actualmente lleva a cabo ese Tribunal en colaboración con el Tribunal de Cuentas del Distrito Federal y otros tribunales de cuentas estatales y municipales —en sus respectivas jurisdicciones—, respecto de los gastos de los preparativos para la realización de la Copa del Mundo de 2014 en Brasil.²³⁹ A eso, es de advertir que con las acciones preventivas de fiscalización se trata de evitar desvíos de dinero público.

Adicional al control externo que el Congreso Nacional ejerce con auxilio en el TCU, la Constitución Federal brasileña establece el deber de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial de mantener, de forma integrada, sistemas de

²³⁹ En esa tarea participan:

- El Tribunal de Cuentas de la Unión;
- El Tribunal de Cuentas del Distrito Federal;
- El Tribunal de Cuentas del Estado de Bahía;
- El Tribunal de Cuentas del Estado de Mato Grosso;
- El Tribunal de Cuentas del Estado de Minas Gerais;
- El Tribunal de Cuentas del Estado de Pernambuco;
- El Tribunal de Cuentas del Estado de São Paulo;
- El Tribunal de Cuentas del Estado de Amazonas;
- El Tribunal de Cuentas del Estado de Ceará;
- El Tribunal de Cuentas del Estado de Paraná;
- El Tribunal de Cuentas del Estado de Río de Janeiro;
- El Tribunal de Cuentas del Estado de Río Grande do Norte;
- El Tribunal de Cuentas del Estado de Río Grande do Sul;
- El Tribunal de Cuentas del Municipio de São Paulo;
- El Tribunal de Cuentas del Municipio de Río de Janeiro;
- El Tribunal de Cuentas de los Municipios del Estado da Bahía; y
- El Tribunal de Cuentas de los Municipios del Estado do Ceará.

Al respecto, es de mencionar que los representantes del TCU y de los tribunales de cuentas estatales y de los municipios que recibirán los juegos, firmaron protocolo de ejecución que define las responsabilidades de cada órgano y prevé intercambio de informaciones con el objetivo de viabilizar la fiscalización de los recursos públicos aplicados en el citado campeonato.

También es de señalar que la fiscalización preventiva de la Copa del Mundo de 2014 fue a iniciativa del TCU, así como de hacerla accesible a la sociedad.

En esa fiscalización, el Tribunal de Cuentas de la Unión y los tribunales de cuentas estatales y municipales trabajarán en conjunto para mostrar a la sociedad brasileña cómo el dinero público destinado a los preparativos de la Copa del Mundo de 2014 será utilizado. Las informaciones serán publicadas en la página web www.fiscalizacopa2014.gov.br (consultada en mayo de 2010).

control interno con la finalidad de evaluar el cumplimiento de las metas previstas en el plan plurianual, la ejecución de los programas de gobierno y de los presupuestos de la Unión; comprobar la legalidad y evaluar los resultados, en cuanto a su eficacia y eficiencia de la gestión presupuestaria, financiera y patrimonial de los órganos y entidades de la administración federal, así como de la aplicación de los recursos públicos por entidades de derecho privado; ejercer en control de las operaciones de crédito, avales y garantías, así como de los derechos y haberes de la Unión; y apoyar el control externo en el ejercicio de su misión institucional.

Finalmente, es de indicar que los responsables del control interno, al tener conocimiento de cualquier irregularidad o ilegalidad, tienen el deber de dar conocimiento de ella al TCU, bajo pena de responsabilidad solidaria.²⁴⁰

Asimismo, cualquier ciudadano, partido político, asociación o sindicato es parte legítima para denunciar irregularidades o ilegalidades ante el TCU.

2.5 Grado de independencia

En principio, es de hacer notar que el TCU es un órgano perteneciente al Poder Legislativo, a quien auxilia en su función de control externo. Ello porque la Constitución Federal establece que atañe en exclusivo al Congreso Nacional:

- Juzgar anualmente las cuentas rendidas por el Presidente de la República y apreciar los informes sobre la ejecución de los planes de gobierno; y
- Fiscalizar y controlar, directamente, o por cualquiera de sus Cámaras los actos del Poder Ejecutivo, incluidos los de la administración indirecta.²⁴¹

Asimismo, la Constitución Federal manda que sea de la competencia privativa de la Cámara de Diputados, el proceder a la petición de cuentas del Presidente de la República, cuando no fueran presentadas al Congreso Nacional dentro de sesenta días después de la apertura de la sesión legislativa.²⁴²

²⁴⁰ Vid., el artículo 74 de la *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988.

²⁴¹ Vid., el artículo 49 de la *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988.

²⁴² El artículo 84, fracción XXV, de la *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988, establece la atribución del Presidente de la República de rendir anualmente al Congreso Nacional, dentro de los sesenta días a partir de la apertura de la sesión legislativa, las cuentas referentes al ejercicio anterior.

Además, la misma Carta Magna precisa que corresponde a la Comisión Mixta permanente de Senadores y Diputados:²⁴³

- Examinar y emitir opinión sobre las cuentas presentas anualmente por el Presidente de la República;
- Examinar y emitir opinión sobre los planes y programas nacionales, regionales y sectoriales, y ejercer la fiscalización presupuestaria, sin perjuicio de la actuación de las demás comisiones del Congreso Nacional y de sus Cámaras; y
- Ante indicios de pagos no autorizados incluso bajo la forma de inversiones no programadas o subvenciones no aprobadas, esa Comisión podrá solicitar a la autoridad gubernamental responsable que haga las aclaraciones necesarias, en el plazo de cinco días. Y, no hechas las aclaraciones, o consideradas éstas insuficientes, la Comisión solicitará al TCU pronunciamiento definitivo sobre la materia, en el plazo de treinta días. Determinando el Tribunal irregular el gasto, la Comisión, si estimase que el gasto puede causar daño irreparable o grave lesión a la economía pública, propondrá al Congreso Nacional su suspensión.²⁴⁴

En ese panorama, es en el Congreso Nacional Brasileño en quien reside la fiscalización de los recursos públicos federales, lo cual conlleva a que su órgano auxiliar en esa función, el TCU, se encuentre en un grado de cierta subordinación respecto del Congreso Nacional. Ello se evidencia en varias circunstancias, por ejemplo en que el TCU debe:

- Atender las peticiones que la Cámara de Diputados, el Senado Federal, o una Comisión técnica o de investigación de esas Cámaras le formulen para realizar inspecciones y auditorías de naturaleza contable, financiera, presupuestaria operacional y patrimonial en las unidades administrativas de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial y demás entidades sujetas a ser fiscalizadas;
- Facilitar las informaciones solicitadas por el Congreso Nacional, por cualquiera de sus Cámaras o por cualquiera de las respectivas Comisiones sobre fiscalización contable, financiera, presupuestaria,

²⁴³ *Vid.*, el artículo 166 de la *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988.

²⁴⁴ *Vid.*, el artículo 72 de la *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988.

operacional y patrimonial y sobre los resultados de las auditorías e inspecciones realizadas, y²⁴⁵

- Rendir al Congreso Nacional, trimestral y anualmente, informe de sus actividades.

De esa manera, el Congreso puede, por ejemplo, ordenarle al TCU la realización de auditorías e inspecciones. En ese tenor, el TCU al decidir el calendario, la forma y el enfoque de las auditorías a realizar, tendrá que tomar en cuenta lo solicitado por el Congreso.

La situación del TCU es la de órgano auxiliar del Congreso Nacional, y como tal ejerce funciones de asesoría del Parlamento, así como otras actividades privativas.

A lo anterior, no pasa inadvertido que en la selección de los ministros del TCU, el Congreso Nacional tiene una participación relevante, a saber:²⁴⁶

a) Un tercio es designado por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado Federal, siendo dos de los ministros elegidos alternativamente de entre auditores y miembros del Ministerio Público ante el tribunal, propuestos en terna por el Tribunal, según los criterios de antigüedad y méritos;

b) dos tercios son nombrados por el Congreso Nacional.²⁴⁷

Pero también es de observar que los Ministros del TCU tienen el grado de independencia que les da el hecho de que, en términos de la Constitución Federal, gocen de las mismas garantías prerrogativas, impedimentos,²⁴⁸

²⁴⁵ Esas solicitudes se atienden en el seno de la plenaria de ese Tribunal, encabezada por su Presidente. *Vid.*, el artículo 15 del Reglamento Interno del TCU.

²⁴⁶ *Vid.*, los artículos 52 y 73 de la *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988.

²⁴⁷ Los Ministros del TCU serán nombrados entre brasileños que cumplan los siguientes requisitos:

- Más de treinta y cinco, y menos de sesenta y cinco años de edad;
- Idoneidad moral y reputación intachable;
- Notorios conocimientos jurídicos, contables, económicos y financieros o de administración pública; y
- Más de diez años de ejercicio como funcionarios o de efectiva actividad profesional que exija los conocimientos antes mencionados.

²⁴⁸ A los jueces les está prohibido:

- Recibir, por cualquier título, y bajo cualquier pretexto, honorarios, porcentajes o costas procesales;
- Ejercer la abogacía;
- Participar en sociedades comerciales;
- Ejercer cualquier otra función pública, salvo en la enseñanza; y
- Ejercer actividad política de partidos, salvo las excepciones previstas en la ley.

salarios y ventajas que los Ministros del Superior Tribunal de Justicia de Brasil, disfrutando:²⁴⁹

- El carácter vitalicio de la función;
- La inamovilidad en la misma, salvo por motivo de interés público; y
- La irreductibilidad de los salarios.

A lo anterior, es de añadir que el Presidente y Vicepresidente del TCU son elegidos por pares, y que el Presidente tiene varias atribuciones que confieren cierto grado de autonomía funcional al organismo, a saber:

1. Dirigir y supervisar el trabajo el orden y la disciplina del TCU y su Secretaría;
2. Representar a TCU ante los poderes de la Unión, los estados y municipios, y otras autoridades;
3. Aprobar, anualmente, la programación financiera para el desembolso del Tribunal;
4. Conceder la jubilación a los servidores del Tribunal y su pensión; y
5. Gestionar los recursos humanos, materiales, tecnológicos, presupuestales y financieros del Tribunal.

Finalmente, es de mencionar que hay quien opina que no hay ningún tipo de sumisión entre el Congreso y el TCU, pues cada cual tiene prerrogativas propias, y la relación que existe entre ellos es de simple cooperación. Nosotros pensamos (por las razones expuestas) que esa relación es de subordinación.

2.6 Relación con el Congreso Nacional

El TCU es un organismo que forma parte del Poder Legislativo, auxiliando a éste en las funciones de control externo que le asigna la Constitución Federal. En ese sentido, el TCU y el Congreso Nacional mantienen una estrecha comunicación.

Para esos efectos, el TCU tiene una unidad para ayudar en la comunicación con el Congreso. Se trata de una unidad parlamentaria consultiva, conocida como “Aspar”, la cual está formada con técnicos

²⁴⁹ *Vid.*, el artículo 95 de la *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988.

dedicados a mejorar el flujo de información entre el Congreso y el TCU. Los técnicos de esa unidad visitan periódicamente a las comisiones del Congreso; les proporcionan información; y son enlace de comunicación entre el Congreso Nacional y el TCU.

De esa vinculación entre el Congreso Nacional y el TCU, en específico, es de señalar que en la Cámara de Diputados, la Mesa tiene la tarea de enviar al TCU la rendición de cuentas de la Cámara de cada ejercicio financiero.²⁵⁰

Asimismo, entre las responsabilidades del Presidente de esa Cámara se encuentra la de firmar la correspondencia dirigida al Presidente del TCU.²⁵¹

Además, las comisiones permanentes tienen la atribución de determinar la realización, con la ayuda del TCU, de diligencias, peritajes técnicos, inspecciones y auditorías contables, financieras, presupuestarias, operacionales y de los bienes en las unidades administrativas de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, así como de la administración directa e indirecta, incluidas las fundaciones y corporaciones creadas y mantenidas por el Poder Público Federal; y ejercer la supervisión y el control de los actos del Poder Ejecutivo, incluidos los de la administración indirecta.²⁵²

En especial, la Comisión de Fiscalización Financiera y Control de dicha Cámara tiene facultades para: a) tomar cuentas al Presidente de la República en el caso de que no fueran presentadas al Congreso Nacional dentro de sesenta días después de la apertura de la sesión legislativa; b) el seguimiento y la supervisión de la contabilidad, financiera, presupuestaria, operacional y de activos de las entidades y la administración directa e indirecta, incluidas las empresas y fundaciones instituidas y mantenidas por el gobierno federal, sin perjuicio del examen por parte de las demás comisiones en las áreas de sus competencias y en colaboración con la Comisión Mixta Permanente de que trata el artículo 166 de la Constitución Federal; c) el seguimiento y la supervisión de planes y programas de desarrollo nacional o regional, previo examen por las demás comisiones, en los programas que les conciernan; d) la atención de la solicitud del TCU de la sustanciación de un contrato impugnado u otras providencias a cargo del Congreso Nacional, elaborando, en caso de parecer favorable, el respectivo

²⁵⁰ Vid., el artículo 15, fracción XXVII del *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*. Disponible en la siguiente página de Internet: <http://www.tcu.gov.br> COMUNICA_SEGEP@tcu.gov.br. (Consultada en abril de 2010).

²⁵¹ Vid., el artículo 17, fracción VI, inciso n, del *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*.

²⁵² Vid., el artículo 24, fracciones X y XI, del *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*.

proyecto de decreto legislativo;²⁵³ y, e) el examen de los informes de actividades del TCU;²⁵⁴ y, f) la solicitud de información, relatorias, evaluaciones e inspecciones de las cuentas o autorización de gastos de los órganos y entidades del gobierno federal, directamente o a través del TCU.²⁵⁵

Por lo que hace al Senado, es de hacer notar que al Presidente de esa Cámara le compete firmar la correspondencia remitida al Presidente del TCU.²⁵⁶ Asimismo, a la Comisión de Asuntos Económicos le corresponde opinar acerca de la elección de Ministros del TCU.²⁵⁷

En especial, a la Comisión de Medio Ambiente, Protección de los Consumidores y Vigilancia y Control le atañe,²⁵⁸ sin perjuicio de las competencias de otras comisiones: ejercer la supervisión y el control de los actos del Ejecutivo;²⁵⁹ proporcionar lo necesario para solicitar al TCU

²⁵³ Ello en términos del artículo 71, párrafo 1o. de la Constitución Federal, el cual establece que en el caso de contratos, el acto de suspensión de los mismos será adoptado directamente por el Congreso Nacional, el cual solicitará, de inmediato, al Poder Ejecutivo, tome las medidas adecuadas.

²⁵⁴ Ello conforme a lo ordenado por el artículo 71, párrafo 4, Constitucional.

²⁵⁵ *Vid.*, el artículo 24, fracción XI, del *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*.

²⁵⁶ *Vid.*, el artículo 48, fracción XXIX, inciso “d”, de las Normas Interiores del Senado Brasileño, emitidas por *RESOLUCIÓN N ° 93, 1970*, Texto editado de acuerdo con la Resolución N ° 18, 1989, consolidada con las modificaciones resultantes de las enmiendas a la Constitución, leyes y resoluciones posteriores a 2006.

²⁵⁷ *Vid.*, el artículo 99, fracción V, de las Normas Interiores del Senado Brasileño.

²⁵⁸ A esa Comisión, asimismo, le compete: evaluar la eficacia, eficiencia y economía de los proyectos y programas de gobierno a nivel nacional, regional y sectorial; evaluar la compatibilidad de la aplicación de planes con el presupuesto y programas de gobierno, y con los objetivos aprobados en la ley; solicitar por escrito información al gobierno de los documentos públicos necesarios para el esclarecimiento del acto objeto de vigilancia; evaluar las cuentas de los administradores y otros responsables de la administración pública, directa e indirecta, incluidas la fundaciones y empresas creadas y mantenidas por las autoridades federales, especialmente cuando las pruebas de la pérdida, o la irregularidad de cualquier tipo, sean causa de detrimento al erario público; evaluar las cuentas nacionales de las empresas supranacionales en cuyo capital participa la Unión, de forma directa o indirecta, así como la aplicación de los recursos asignados por contrato, acuerdo u otros instrumentos similares, con los Estados, el Distrito Federal o los municipios; promover la interacción del Senado con los órganos de poder Ejecutivo que, por el carácter de sus actividades, pueden generar o disponer de lo necesario para el ejercicio de la supervisión y control; y promover la interacción del Senado con los órganos del Poder Judicial y el Ministerio Público, que por la naturaleza de sus actividades, pueden facilitar o generar los datos necesarios para el ejercicio de auditoría y control.

²⁵⁹ De conformidad con el artículo 102-B de las Normas Interiores del Senado Brasileño, la vigilancia y el control de los actos del Poder Ejecutivo, puede ser a propuesta de cualquier senador o Comisión, con los detalles específicos del acto y la justificación objetiva de la providencia.

inspecciones y auditorías financieras, presupuestales, operacionales y patrimoniales de las entidades y la administración directa e indirecta, incluidas las empresas y fundaciones instituidas y mantenidas por el gobierno federal; y proponer a la plenaria del Senado la adopción de medidas apropiadas en relación con los resultados de la evaluación, en particular, como resultado de las diligencias realizadas por el TCU.

Esa Comisión, para la ejecución de sus actividades, puede pedir al TCU la realización de investigaciones, inspecciones y auditorías de naturaleza contable, financiera, presupuestaria operacional y patrimonial en las unidades administrativas de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial y demás entidades responsables por dinero, bienes y valores públicos de la administración directa e indirecta, incluidas las fundaciones y sociedades instituidas y mantenidas por el Poder Público Federal, y de aquellos que dieran lugar a pérdida, extravío u otra irregularidad de la cual resulte perjuicio para el erario publico.

También puede solicitar informaciones sobre la fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operacional y patrimonial y sobre los resultados de las auditorías e inspecciones realizadas por el TCU.²⁶⁰

Tal Comisión presenta un informe en donde detalla sus conclusiones en el tema materia de la información, investigación, auditoría o inspección, que se publica en el Diario de Senado y que es enviado: a la Mesa de la Cámara, en su caso, con un proyecto de ley de decreto legislativo, para la resolución o una indicación al respecto; al Fiscal General de la Unión con una copia de la documentación, a fin de promover la responsabilidad civil o penal por las violaciones descubiertas, para que adopte otras medidas derivadas de sus funciones institucionales; al Ejecutivo, para que adopte las medidas necesarias para la aplicación de medidas disciplinarias y administrativas; a la Comisión Mixta Permanente, por lo que atañe a sus atribuciones constitucionales y legales; al Comité mixto de Planes, Presupuestos Públicos y de Seguimiento; y al TCU, para las medidas previstas en el artículo 71 de la Constitución Federal.²⁶¹ Finalmente, es de destacar que en las relaciones entre el TCU y el Congreso Nacional, aquél dirigirá trimestral y anualmente, informe de sus actividades.

2.7 Intercambio internacional de experiencias²⁶²

²⁶⁰ *Vid.*, el artículo 102-B de las Normas Internas del Senado Brasileño.

²⁶¹ *Vid.*, el artículo 102-C de las Normas Internas del Senado Brasileño.

²⁶² *Vid.*, la siguiente página de Internet del portal del TCU: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>. (Consultada en mayo de 2010).

El TCU mantiene una red de relaciones de cooperación con las Instituciones Superiores de Auditoría (ISA) de diversos países.

Esa cooperación abarca desde la simple asistencia en actividades de investigación y esquemas de intercambio de informaciones, hasta la organización de cursos de entrenamiento y proyectos más profundos de intercambio técnico llevados a cabo por medio de acuerdos bilaterales y multilaterales de cooperación.

Al respecto, el TCU le ha dado un énfasis especial a la cooperación técnica ejecutada por medio de acuerdos de cooperación multilateral.

Además de sus mecanismos de intercambio con instituciones similares en el marco de la INTOSAI y uno de sus grupos regionales, la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores-OLACEFS, el TCU se ha abocado en actividades de cooperación intensa en la Organización de las Entidades Fiscalizadoras Superiores de los Países del MERCOSUR, Bolivia y Chile,²⁶³ y la Organización de las Instituciones Superiores de Control de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa (CPLP).²⁶⁴

²⁶³ Es de señalar que el 26 de julio de 1996, fue firmado un Memorando de Entendimiento entre las Entidades Fiscalizadoras Superiores del MERCOSUR (EFS de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) como resultado de su interés común en acompañar los actos resultantes de la integración de los países a través del Tratado de Asunción de 1991, y también basado en la meta de las cuatro instituciones de compartir informaciones y experiencias.

En 1997, la Oficina del Auditor General de Bolivia y la Oficina del Auditor General de Chile se adhirieron a este grupo de EFS de los países del MERCOSUR.

Las dos instituciones ratificaron los términos del Memorando de Entendimiento firmado en julio de 1996.

En 2006, la Contraloría General de la República Bolivariana de Venezuela se integró a la Organización, así que hoy, siete instituciones forman la Organización de EFSs de los países del MERCOSUR, Bolivia y Chile, creada en 1999, luego de aprobados sus estatutos.

Conforme lo estipulado en dichos estatutos, la Organización está conformada por el Comité Técnico, Científico y de Cooperación Cultural (un órgano deliberativo), la Secretaría Ejecutiva y el Grupo de Coordinación Técnica.

Entre otras actividades realizadas por la Organización en los recientes años, se deben mencionar especialmente las auditorías en la red de informaciones del MERCOSUR, puestos aduaneros y transferencias presupuestarias para la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, así como auditorías ambientales.

²⁶⁴ Desde el 29 de junio de 1995, el TCU junto con los Tribunales de Cuentas de Angola, Cabo Verde, Guinea-Bissau, Mozambique, Portugal y San Tomé y Príncipe, como miembros de la Organización de las ISCs de la CPLP, han realizado acciones de cooperación como cursos y estudios conjuntos, intercambio de auditores para cursos y pasantías, y también el intercambio de publicaciones técnicas.

Las Instituciones de Control de la CPLP han estado abocadas al intercambio de actividades con efectos positivos sobre el papel de la auditoría de la Administración Pública atribuido a

A lo anterior, es de destacar que el TCU es miembro fundador de la INTOSAI, participando en varios órganos, por ejemplo: en el Comité de Normas Profesionales; en el Grupo de Trabajo sobre Deuda Pública; en el Grupo de Trabajo sobre Auditoría de Tecnología de la Información; y en el Grupo de Trabajo sobre Auditoría del Medio Ambiente.²⁶⁵

Finalmente, es de hacer notar que el TCU, en la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OLACEFS), es el brazo regional de la INTOSAI; intercambiando, de forma continua, conocimientos y experiencias;²⁶⁶ y formando parte de varios comités, a saber: el Comité Técnico de Auditoría Ambiental-Comtema (coordinador); y el Comité de Desempeño de Instituciones Superiores de Auditoría e Indicadores de Desempeño.²⁶⁷

2.8. Control al Tribunal de Cuentas de la Unión

El TCU no está sujeto a una revisión permanente o periódica por parte de un órgano de control externo que lo fiscalice. Está sometido al control interno que realiza su propia Oficina de Control Interno.

cada una de las siete Instituciones.

La Organización de las ISC's de la CPLP, que fue oficialmente creada a través de estatutos aprobados en 2001, está conformada por una Asamblea General, una Dirección Administrativa, una Secretaría General y un Centro para Estudios y Entrenamiento. La Secretaría General opera en el TCU de Brasil, mientras que el Centro para Estudios y Entrenamiento opera en la Institución Superior de Control de Portugal.

²⁶⁵ Estos grupos técnicos se reúnen eventualmente para el intercambio de experiencias y para evaluar el desarrollo de sus actividades.

Es de mencionar que el TCU fue anfitrión de algunas de estas reuniones, incluyendo la 9ª Reunión del Grupo de Trabajo en Auditoría Ambiental, llevada a cabo en junio de 2004; la 12ª Reunión del Grupo de Trabajo en Privatización, en septiembre de 2005; la 15ª Reunión del Comité de Tecnología de la Información, en mayo de 2006; la 1ª Reunión del Subcomité de Auditoría de Rendimiento, en agosto de 2006; y la 2ª Reunión del Subcomité de Auditoría de Rendimiento, en mayo de 2008.

²⁶⁶ Los debates realizados durante las Asambleas Generales de la OLACEFS; la participación en cursos organizados por la Organización; y el intercambio de auditores por medio de pasantías, ofrecen las condiciones para tratar de tópicos prioritarios para el desarrollo de controles apropiados para la administración pública.

²⁶⁷ El TCU es una subse de la OLACEFS con relación a su programa de entrenamiento y durante muchos años ha proveído el curso de "Auditoría de Sistemas Computadorizados", que está abierto a la participación de todas las ISAs de la Organización, y empezó a ofrecer, en 2006, un curso sobre gestión ambiental.

Además, todos los años los auditores del TCU participan de cursos realizados en otras Instituciones miembros de la Organización.

Al respecto, la Ordenanza n-Dry 01 del 14/10/2008, establece las competencias, el funcionamiento, las actividades y la distribución de tareas de la Secretaría de Control Interno.

Esa Secretaría está vinculada a la Presidencia del TCU, y lo asesora en la supervisión de la correcta gestión; la presupuestación; y los activos financieros del Tribunal, en los aspectos de legalidad, la legitimidad, la economía, eficacia y eficiencia.

En esa tarea, el Secretario de Control Interno:

- Realiza el monitoreo, vigilancia, inspección y administración de sistemas de auditoría, contabilidad, finanzas, inventario y de las unidades operativas de la Secretaría del Tribunal, a fin de verificar la legalidad y la legitimidad de los actos de gestión responsable de la ejecución presupuestaria y financiera y patrimonial, y para evaluar sus resultados en la economía, eficiencia y eficacia;
- Guía a los directivos de la Secretaría del Tribunal en el desempeño eficaz de sus funciones y responsabilidades;
- Garantiza, en las cuentas anuales del Tribunal, la responsable gestión de activos y fondos públicos;
- Evalúa el logro de las metas del plan plurianual en los programas de trabajo contenidos en el presupuesto general del Tribunal;
- Apoya el control externo en el ejercicio de su misión institucional;
- Garantiza la calidad y la independencia del sistema de control interno;
- Prepara y presenta al Presidente del Tribunal el plan anual de auditoría interna;
- Certifica la compatibilidad o no de la propiedad y los ingresos declarados por los funcionarios que ocupan una posición o función de confianza en el Tribunal;
- Emite opinión en cuanto a la exactitud y legalidad de los actos de ingreso del personal del Tribunal, y de las pensiones y jubilaciones;
- Mantiene el intercambio de datos y conocimientos con las unidades de control interno de otros órganos de gobierno;
- En representación del Presidente del Tribunal, finca responsabilidades en el caso de ilegalidad o irregularidad observada;
- Lleva a cabo los demás procedimientos relacionados con la función de auditoría interna; y
- En general, desarrolla otras actividades relacionadas con su objeto.

Por último, es de señalar que en relación con el control de los ministros del TCU, al Supremo Tribunal Federal le compete procesar y juzgar:²⁶⁸

- A los miembros del TCU;
- Los *habeas corpus*, siendo sujeto pasivo alguno de los ministros del TCU;
- Los mandados de *suguranca* y los *habeas data* contra actos del TCU; y
- Los "mandados de *injuncao*, cuando la elaboración de la norma reglamentaria estuviese atribuida al TCU.

²⁶⁸ Es de mencionar que en Brasil, el Supremo Tribunal Federal está compuesto por once Ministros con más de treinta y cinco y menos de sesenta y cinco años de edad, de notable saber jurídico y de reputación intachable.

III. CANADÁ. OFICINA DEL AUDITOR GENERAL

3.1 Generalidades

Canadá es un país con un régimen de gobierno parlamentario cimentado en la Commonwealth británica,²⁶⁹ combinado con un sistema federativo.²⁷⁰

Las Diez provincias y tres territorios que integran a Canadá viven en una democracia parlamentaria y federalista.²⁷¹

El régimen de Canadá es del tipo *Holding together* (mantenerse unidos) o de sujeción, donde el gobierno central delega autoridad política a las regiones con el fin de mantener un Estado unificado único.²⁷²

En Canadá rige la división de poderes en tres ramas: la Ejecutiva, la Legislativa y la Judicial.

Como parte de la rama Ejecutiva Federal, Canadá tiene a la Reina de Inglaterra, que es la Jefa de Estado, con funciones esencialmente protocolarias. Ella es representada por un Gobernador General y, en cada una de las provincias canadienses, por un Gobernador Provincial. El Gobernador General es designado formalmente por la Reina, atendiendo a la propuesta que le formula el Primer Ministro canadiense.

²⁶⁹ La *Commonwealth*, es una comunidad constituida por una diversidad de estados enlazados mediante vínculos más o menos amplios y sólidos con la Corona Británica, y comprende Repúblicas independientes, dominios, colonias, autonomías, colonias de la Reina de Inglaterra, protectorados, territorios bajo tutela, etc. Los dominios tienen una independencia prácticamente completa. *Vid.*, SILVA, A., *Tratado de derecho constitucional*, Editorial Jurídica de Chile Santiago, Tomo I: Estado y Gobierno, 1997, p. 330.

²⁷⁰ En Canadá el sistema de gobierno combina el modelo de *Westminster* de Gran Bretaña (gobierno parlamentario) con la división de la soberanía (federalismo). Ese sistema es una derivación del parlamentarismo inglés.

²⁷¹ Las diez provincias canadienses son: Alberta, British Columbia, Manitoba, New Brunswick, Newfoundland, Nova Scotia, Ontario, Prince Edward Island, Quebec, Saskatchewan. Cada provincia tiene un gobernador y un cuerpo legislativo. Los tres territorios son: del Noroeste, de Yukon y territorio Nunavut. En términos de las cartas constitucionales canadienses, las provincias están dotadas de poderes similares entre sí. También poseen competencias legislativas propias, pero no iguales. De ahí que en Canadá exista un federalismo asimétrico.

²⁷² En Canadá el federalismo es asimétrico, puesto que algunas provincias gozan de diferentes poderes. Esa forma de federalismo es propia de países plurinacionales que pretenden evitar la secesión de miembros de un Estado previamente unitario. *Vid.*, FERNÁNDEZ MARTINET, Ivanna, *Países multiculturales: análisis constitucional comparado. Bélgica, Canadá, India, Sudáfrica y Suiza*, La Paz-Bolivia, Producción Plural Editores, noviembre 2006, p. 69.

Dicho Primer Ministro, aunque no figura en la Constitución canadiense, forma parte importante del Poder Ejecutivo. De él depende el Gabinete, el cual desempeña el papel primordial en Canadá,²⁷³ pues las facultades ejecutivas efectivas son ejercidas por el Gabinete.²⁷⁴ En Canadá, a la Monarca británica le es aplicable el viejo adagio que dice: *El Rey reina, pero no gobierna*.

Por lo que hace a la función Judicial, en Canadá prevalece el modelo de judicatura inglesa, donde los poderes judiciales federal y provinciales tienen una composición similar y un órgano general de apelación: la *Corte Suprema*, constituida por un presidente (*chief justice*) y ocho jueces con menos antigüedad que el primero. Su competencia se extiende por todo Canadá.²⁷⁵

En cuanto al Poder Legislativo Federal, en Canadá el Parlamento bicameral: consta de la Reina (en figura meramente protocolaria), la Cámara Alta del Senado y la Cámara de los Comunes.²⁷⁶ El Senado consta de 105 miembros (pueden llegar hasta 113), designados entre gente notable, ocupando el senador el cargo hasta que alcance la edad de 75 años.

Por su parte, la Cámara de los Comunes está integrada por 308 miembros, elegidos directamente por el pueblo.²⁷⁷ A los miembros de esa Cámara se les denomina usualmente "los miembros del Parlamento" o "diputados", terminología que nunca se aplica a los senadores, a pesar de que el Senado es parte del Parlamento.

Es de acotar que el Gobierno de Canadá es responsable ante la Cámara de los Comunes.²⁷⁸

²⁷³ En el Gabinete se procura dar participación geográfica a las provincias. Su composición es de aproximadamente 40 miembros.

²⁷⁴ En cada una de las provincias hay un Primer Ministro, como jefe de gobierno, responsable ante una Asamblea Legislativa unicameral. A los ministros canadienses les rigen los principios típicos del gobierno parlamentario inglés: la procedencia del partido mayoritario y la necesidad de pertenecer al Parlamento.

²⁷⁵ Es de anotar que la Corte Suprema está compuesta por dos divisiones: La Corte Federal-División de Juicio y la Corte Federal de Apelación.

²⁷⁶ *Vid.*, el artículo 17 de la *British North America Act*, 1867.

²⁷⁷ Cabe destacar que la Cámara de los Comunes se ajusta cada diez años después de un censo. Su tamaño al presente es de 308 miembros.

²⁷⁸ Al respecto, a fin de que puedan ser responsables ante la Cámara Baja, el Primer Ministro y la mayoría de los miembros del Gabinete son miembros de esa Cámara.

Para el estudio del sistema parlamentario de Canadá se recomienda ver a RABASA, Emilio O, *Las constituciones de Canadá, los Estados Unidos de América y México*, México, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 121-187. Asimismo, se recomienda consultar a GONZÁLEZ CHÁVEZ, Jorge, *Estudio de derecho comparado de cinco parlamentos con características especiales*.

En relación con eso, en el sistema parlamentario de Canadá, las legislaturas tienen la atribución de supervisar las actividades del gobierno y responsabilizarlo por el manejo de fondos públicos.

Al respecto, existe la Oficina del Auditor General (*Office of the Auditor General of Canada*) (OAG) que es la responsable de auditar al gobierno federal y a los gobiernos territoriales de Nunavut, el Yukón y los Territorios del Noroeste.

Esa Oficina se desempeña como entidad de apoyo al Parlamento, a quien le proporciona información clara y objetiva y asesoramiento confiable, en relación con la administración de los fondos públicos del gobierno federal. También apoya a las legislaturas de los gobiernos territoriales de Nunavut, el Yukón y los Territorios del Noroeste.

Tal Oficina, desempeña un papel central en la responsabilidad del gobierno federal y de los citados gobiernos territoriales, al suministrar información y asesoramiento que el Parlamento y las tres legislaturas territoriales, de Nunavut, el Yukón y los Territorios del Noroeste, pueden aprovechar en su control del gasto público. Ello, considerando que los representantes populares necesitan esa información y apoyo para que puedan, efectivamente, cuestionar y disputar al gobierno en sus acciones.

Así, con auxilio de la OAG, en el caso del Parlamento, se fiscalizan los estados financieros del gobierno federal y de las corporaciones de la Corona. De ese modo, el Parlamento lleva a cabo el control de toda la actividad de la administración pública federal.²⁷⁹

Al respecto, es de mencionar que la OAG de Canadá, en el desempeño de sus funciones, puede hacer comentarios en una auditoría sobre la aplicación de políticas, pero no puede hacer comentarios sobre la política en sí.

Ahora bien, fundada en 1878, la OAG de Canadá tiene una larga historia de servicio dedicado al Parlamento y a los canadienses:²⁸⁰

Australia, Canadá, Japón, Suiza y Sudáfrica, México, Cámara de Diputados, S.I.I.D., Servicio de Investigación y Análisis División de Política Interior. Disponible en la siguiente dirección de Internet <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/DPI-28-May-2001.pdf>. (Consultado en abril de 2010).

²⁷⁹ Vid., *Fiscalización Superior Comparada. Una aproximación al estudio de los modelos de fiscalización en el mundo*, México, Cámara de Diputados, LIX Legislatura, Comisión de Vigilancia de la Auditoría Superior de la Federación, Unidad de Evaluación y Control, 2005, pp. 43-49.

²⁸⁰ Vid., la página de Internet de la *Office of the Auditor General of Canada*. Disponible en la siguiente dirección: http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/English/au_fs_e_821.html. (Consultada en mayo de 2010).

- En 1878, John McDougall Lom, un ex miembro del Parlamento, fue nombrado el primer Auditor General de Canadá. Antes, el trabajo de auditor era realizado por un funcionario del gobierno: el viceministro de finanzas.

El trabajo del Auditor General tuvo dos funciones principales: examinar e informar sobre operaciones pasadas (ex post); y aprobar o rechazar la emisión de títulos del gobierno federal.

El Auditor General rendía informes anuales a la Cámara de los Comunes, que en esa época eran documentos de hasta 2.400 páginas. Ahí, se encontraban enumeradas todas las operaciones del gobierno federal, desde la compra de cordones para botas, hasta los contratos de construcción de puentes.

Ese registro detallado, revelaba un enfoque diferente al de la labor que actualmente desarrolla la OAG de Canadá.

Hoy, lo que se espera es que el Auditor General informe sobre si el dinero público se gastó de acuerdo a lo previsto por el Parlamento.

- En 1931, el Parlamento trazó una línea clara entre las funciones de gobierno y las del Auditor, a saber: el gobierno como responsable de recaudar y distribuir los fondos públicos; y, el Auditor como responsable de examinar e informar al Parlamento cómo esos fondos se manejaron.
- A partir de la década de los 50s, la OAG comenzó a tener su naturaleza actual, cuando el Auditor General comenzó a informar sobre "los pagos no productivos". Éstas fueron operaciones que, aunque legales, no proporcionaban ningún beneficio aparente para los canadienses. Los informes eran controversiales. Los funcionarios del gobierno consideraron que el Auditor General estaba comentando sobre la política del gobierno y que, por lo tanto, iba más allá de su mandato.
- En 1977, una Ley del Auditor General aclaró y amplió las responsabilidades de ese funcionario. Además de dirigirse hacia la exactitud de los estados financieros, esa Ley le dio al Auditor General un mandato más amplio para examinar la calidad de los manejos financieros del gobierno (para examinar qué tan bien el gobierno logró sus metas). La nueva ley mantuvo el principio importante de que el Auditor General no debía hacer comentarios acerca de la elección de políticas, sino que debía limitarse a examinar cómo se ejecutaron esas políticas.
- En 1984, las reformas a la Ley de Administración Financiera, convirtieron a las corporaciones de la Corona en sujetos de una forma

de auditoría de desempeño, conocida como *examen especial*. Los informes de esas auditorías se proporcionaban directamente a los comités de directores de las corporaciones de la Corona y, en circunstancias excepcionales, al ministro responsable y al Parlamento.²⁸¹

- En junio de 1994, se modificó la Ley del Auditor General para disponer la obligación de la OAG de producir hasta tres informes al año, adicionales al informe anual que rinde al Parlamento.
- Otras enmiendas a la citada Ley se llevaron a cabo en diciembre de 1995, creando la figura del Comisionado del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible en la OAG de Canadá. Dichas reformas, requirieron que los departamentos del gobierno publicaran las estrategias anuales de desarrollo sustentable.
- En junio de 2005, el Parlamento aprobó la Ley de ejecución del presupuesto, que modificó la Ley del Auditor General y la Ley de Administración Financiera. Esto dio como resultado los siguientes cambios en el mandato del Auditor General: el Auditor General puede incluir, en sus auditorías de gestión, a las fundaciones que reciben dinero público; y más empresas de la Corona están sujetas al requisito de un examen especial de la Ley de Administración Financiera.

A lo anterior, es de añadir que la OAG, para el ejercicio de sus revisiones, ha tomado como base dos interrogantes: ¿Se hacen los gastos del Gobierno con economía y eficacia? y ¿Mide el Gobierno la efectividad de sus programas con la debida precisión?

A partir de esas preguntas, la OAG de Canadá examina si los contribuyentes reciben o no servicios por un valor equivalente al que pagan en gravámenes fiscales.

Finalmente, es de señalar que la OAG de Canadá tiene su base principal en dos leyes: la Ley del Auditor General (*Auditor General Act*) y la Ley de Administración Financiera (*Financial Administration Act*), y que al 2010, la OAG de Canadá es una organización integrada por alrededor de 650 empleados,²⁸² que posee un reconocido liderazgo mundial y regional.

²⁸¹ Vid., *Fiscalización Superior Comparada. Una aproximación al estudio de los modelos de fiscalización en el mundo*, Op. Cit., p 43.

²⁸² Vid., la página de Internet de la *Office of the Auditor General of Canada*. Disponible en la siguiente dirección: http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/English/au_fs_e_370.html (consultada en mayo de 2010).

3.2 Facultades

La Ley del Auditor General (*Auditor General Act*), consagra las facultades y deberes primordiales del Auditor General.

Esa Ley indica, por ejemplo, que el Auditor General auditará las cuentas de Canadá, incluyendo las relativas al Fondo Consolidado de Ingresos y, como tal, realizará las revisiones y consultas que estime necesarias, para entregar los informes (anual, adicionales y especiales) a que se refiere la Ley del Auditor General.²⁸³

Asimismo, faculta al Auditor General para examinar los estados financieros a que se refiere el numeral 64 de la Ley de Administración Financiera, precepto que indica que un informe denominado *Cuentas Públicas* será preparado por el Receptor General de Canadá, en cada ejercicio fiscal,²⁸⁴ y que será sometido a la Cámara de los Comunes, por el Presidente de la Junta del Tesoro, a más tardar el 31 de diciembre siguiente a la conclusión del ejercicio fiscal.²⁸⁵

También esa Ley dispone que:

- El Auditor General podrá auditar los estados financieros que el Presidente de la Junta del Tesoro o el Ministro de Hacienda le solicite, para determinar si están de acuerdo con las políticas de contabilidad establecidas del gobierno federal, y si son coherentes con la Cuenta Pública del año anterior;²⁸⁶ y
- El Auditor General informará anualmente a la Cámara de los Comunes, y le remitirá no más de tres informes adicionales en un año,²⁸⁷ sobre la

²⁸³ *Vid.*, el numeral 5 del *Auditor General Act*.

²⁸⁴ Es de mencionar que en Canadá, el "año fiscal" significa el período que comienza el 1 de abril en un año y termina el 31 de marzo en el próximo año.

²⁸⁵ Ese informe contendrá:

- Una declaración de: a) las operaciones financieras del año fiscal; b) los gastos y los ingresos de Canadá para el año fiscal; y, c) los activos y pasivos de Canadá, a la terminación del año fiscal;
- Los pasivos contingentes de Canadá;
- El dictamen de los estados financieros realizado por el Auditor General de Canadá, de conformidad con el artículo 6 de la Ley de Auditor General, y
- Cualquier otra cuenta e información relativa al ejercicio fiscal que se estimen necesarios por el Presidente de la Junta del Tesoro para representar fielmente las transacciones financieras y la situación financiera de Canadá, o que sean exigidos por la Ley de Administración Financiera o por cualquier otra ley del Parlamento.

Vid., el numeral 65 de la *Financial Administration Act*.

²⁸⁶ *Vid.*, el numeral 6 del *Auditor General Act*.

labor de su Oficina, y acerca de si, en el desempeño de su trabajo, recibió toda la información y las aclaraciones que necesitaba.

Cada informe anual del Auditor General contendrá observaciones de lo que considere de importancia para llamar la atención de la Cámara de los Comunes, incluidos los casos en que haya notado que:

- Las cuentas no han sido fielmente rendidas o los pagos con dinero público no han sido debidamente explicados;
- Los registros esenciales no se han mantenido, o las normas y procedimientos aplicados no han sido suficientes para salvaguardar y controlar el patrimonio público; para garantizar un control eficaz de la evaluación y correcta asignación de los ingresos; y para asegurar que los gastos se han realizado sólo según lo autorizado;
- El dinero público se ha gastado para fines distintos para los que fue autorizado por el Parlamento;
- El dinero público ha sido gastado en quebranto de los principios de economía o eficiencia;
- No se han establecido procedimientos satisfactorios para medir y reportar la eficacia de los programas federales; y
- El dinero público ha sido gastado sin tener en cuenta los efectos ambientales de los gastos en el contexto del desarrollo sostenible.

En términos de la citada Ley, el Auditor General tiene facultades de investigación, pudiendo, por ejemplo, respecto a un beneficiario por un acuerdo de financiación, indagar si:²⁸⁷

- El beneficiario ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del acuerdo de financiación;
- El dinero que el destinatario ha recibido, en virtud del acuerdo de financiación, ha sido utilizado sin la debida atención a los principios de economía y eficiencia;
- El beneficiario no ha logrado establecer procedimientos satisfactorios para medir e informar sobre la eficacia de sus actividades en relación

²⁸⁷ No obstante, el Auditor podrá presentar un informe especial sobre cualquier asunto de vital importancia y urgencia que, a su juicio, no admita su aplazamiento. Asimismo, podrá hacer llegar un informe especial, en el caso de que las cantidades presupuestales previstas para su Oficina, previstas por el Parlamento, no sean suficientes para que el Auditor pueda cumplir las responsabilidades de su cargo. *Vid.*, el numeral 7 del *Auditor General Act*.

²⁸⁸ *Vid.*, el numeral 7.1 (1) del *Auditor General Act*.

con los objetivos para los que recibió financiamiento en virtud del acuerdo de financiación;

- El beneficiario no ha sido puntual en mantener adecuadamente las cuentas y los registros esenciales en relación con la cantidad que recibió en virtud del acuerdo de financiación, y
- El dinero que el destinatario ha recibido, en virtud del acuerdo de financiación, ha sido gastado sin tener en cuenta los efectos ambientales en el contexto del desarrollo sostenible.

El Auditor General podrá establecer sus conclusiones en relación con su investigación sobre cualquiera de los asuntos antes mencionados en su informe anual, o en cualquiera de los tres informes adicionales, que debe rendir al Parlamento. Podrá, asimismo, señalar cualquier cosa que considere de importancia para la Cámara de los Comunes.

El Auditor General podrá presentar informes especiales a la Cámara de los Comunes sobre cualquier asunto de vital importancia y urgencia que, a su juicio, no deba aplazarse hasta la presentación del próximo informe anual o de los informes adicionales.²⁸⁹

Además, el Auditor General:²⁹⁰

- Hará la revisión de las cuentas y registros que considere necesaria, y otros exámenes de registro de transacciones que le pida el Ministro de Hacienda;
- Deberá, en la fecha y del modo requerido por el Ministro de Hacienda, participar en la destrucción de algunos valores cancelados o de valores autorizados para ser sacrificados, conforme a la Ley de Administración Financiera; y
- Podrá, mediante acuerdo con un registrador, mantener la custodia y control, conjuntamente con ese registrador, de valores cancelados o no emitidos.

Por otra parte, cuando considere que algún dinero público ha sido indebidamente retenido por alguna persona, Auditor General -de manera inmediata- informará de las circunstancias del caso al Presidente de la Junta del Tesoro.²⁹¹

²⁸⁹ *Vid.*, el numeral 8. (1) del *Auditor General Act*.

²⁹⁰ *Vid.*, el numeral 9 del *Auditor General Act*.

²⁹¹ *Vid.*, el numeral 10 del *Auditor General Act*.

Adicionalmente, el Auditor General podrá -si considera que ello no interfiere con sus principales responsabilidades-, cada vez que el Gobernador de Canadá lo solicite, investigar e informar sobre cualquier asunto relacionado con los estados financieros de Canadá o con la propiedad pública, o investigar e informar sobre cualquier persona u organización que haya recibido o que haya solicitado ayuda financiera del Gobierno de Canadá.²⁹²

Igualmente, el Auditor General podrá advertir, a las personas autorizadas y a los empleados en la administración pública federal, de los asuntos que descubrió en sus exámenes.²⁹³

Por otra parte, salvo lo dispuesto por cualquier otra ley del Parlamento, el Auditor General tiene derecho al libre acceso, en todo momento, a la información que se relaciona con el cumplimiento de sus responsabilidades. También tiene derecho para requerir y recibir, de los miembros de la administración pública federal, la información y explicaciones que considere necesarias a tal fin.²⁹⁴

Al respecto, si a juicio del Auditor General, una corporación de la Corona, en respuesta a una petición de información o de aclaraciones, no presenta ninguna información o la que proporciona no es suficiente, así lo indicará al Gobernador General, para que éste mande a los funcionarios de la corporación a que le den al Auditor General toda la información y hagan todas las aclaraciones, y le den acceso a todos los documentos, registros contables y comprobantes de la corporación o de cualquiera de sus filiales, necesarios para que ese fiscalizador cumpla sus responsabilidades como auditor de las cuentas de Canadá.²⁹⁵

Finalmente, es de mencionar que, como parte de las facultades del Auditor General de Canadá, también se encuentra la de vigilar y presentar informes sobre el desarrollo sostenible.²⁹⁶ Ello como una constante basada en la integración de las preocupaciones sociales, económicas y ambientales.²⁹⁷

²⁹² *Vid.*, el numeral 11 del *Auditor General Act*.

²⁹³ *Vid.*, el numeral 12 del *Auditor General Act*.

²⁹⁴ A fin de llevar a cabo sus funciones con mayor eficacia, el Auditor General podrá pedir que en el departamento donde lleve a cabo sus funciones de auditoría, le proporcione un lugar para que sus auditores desempeñen sus labores. *Vid.*, el numeral 13 del *Auditor General Act*.

²⁹⁵ *Vid.*, el numeral 14 del *Auditor General Act*.

²⁹⁶ La Ley del Auditor General, define el desarrollo sostenible como el que satisface las necesidades presentes sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.

²⁹⁷ La Ley del Auditor General indica diferentes maneras con las que se puede lograr el desarrollo sustentable, por ejemplo: la integración del medio ambiente y la economía; la

3.3 Competencia fiscalizadora

La OAG de Canadá audita las operaciones del gobierno federal, y proporciona al Parlamento información en relación con la administración del gobierno federal del manejo de los fondos públicos.

La vigilancia que realiza la OAG de Canadá es de la mayoría de las empresas estatales y de muchas otras organizaciones federales. También fiscaliza a los gobiernos de Nunavut, el Yukón y los Territorios del Noroeste.

Así, las revisiones de la OAG de Canadá cubren una gama extensa de actividades, tales como salud; cultura; medio ambiente; transporte; finanzas públicas; agricultura; e investigación científica, entre otras.

En total, la OAG de Canadá fiscaliza más de 70 departamentos gubernamentales y agencias federales, así como más de 40 corporaciones de la Corona.

Para la revisión de las provincias, la OAG colabora de manera directa con los auditores de las legislaturas estatales y con organizaciones profesionales de carácter particular.²⁹⁸

Para esos efectos, la OAG lleva a cabo auditorías de desempeño de los departamentos y agencias federales; auditorías financieras anuales de los estados financieros del gobierno; exámenes especiales y auditorías anuales de las empresas estatales.

Así, la OAG audita los estados financieros del gobierno federal y de las corporaciones de la Corona, teniendo a su cargo el control de la legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública federal.²⁹⁹ También audita a los gobiernos de Nunavut, Yukón y los Territorios del Noroeste.

Al respecto, la OAG de Canadá ofrece un resumen de las auditorías de los estados financieros del gobierno federal, que se publican anualmente en el informe denominado *Cuentas Públicas*, así como de las auditorías realizadas a los tres territorios de Canadá mencionados.

protección de la salud de los canadienses; la protección de los ecosistemas; la promoción de la equidad; un enfoque integrado de la planificación y la toma de decisiones, que tome en cuenta los costos y opciones ambientales y de recursos naturales y las opciones y costos económicos; la prevención de la contaminación; y el respeto por la naturaleza y las necesidades de las generaciones futuras. *Vid.*, el numeral 21 del *Auditor General Act*.

²⁹⁸ *Vid.*, *Fiscalización Superior Comparada. Una aproximación al estudio de los modelos de fiscalización en el mundo*, *Op. Cit.*, p. 46.

²⁹⁹ *Ídem.*, p. 45.

Las Auditorías financieras (Audits Financial) responden a las preguntas de: ¿El gobierno mantiene una contabilidad y registros ordenados? y ¿El gobierno presenta su información financiera de manera correcta?

La OAG lleva a cabo una auditoría anual de los estados financieros de la mayoría de las empresas estatales y muchas organizaciones federales.

Las auditorías financieras al gobierno federal son similares a las realizadas en el sector privado, excepto porque tienen dos componentes adicionales: en primer lugar, incluir un dictamen sobre si las operaciones examinadas por los auditores se ajustan a las leyes y reglamentos. En segundo lugar, que el Auditor General informe sobre cualquier otro asunto que crea que debe ser puesto en conocimiento del Parlamento.

Los exámenes especiales (*Especial Examinations*) de los sistemas y las prácticas de una corporación de la Corona proporcionan una garantía razonable de que los bienes públicos están salvaguardados; que los recursos se gestionan de manera económica y eficiente; y que las operaciones se llevan a cabo de manera efectiva.

Según la Ley de Administración Financiera, las empresas estatales federales están sujetas a un examen especial al menos una vez cada 10 años.

En los exámenes especiales, el Auditor General puede emitir una opinión sobre la gestión de la corporación de la Corona en su conjunto.

A lo anterior, es de mencionar que las auditorías de rendimiento (*Audits Performance*), responden a estas preguntas: ¿Los programas que se ejecutan guardan la debida atención para la economía, la eficiencia y el impacto ambiental? ¿Tiene el gobierno los medios para medir su eficacia?

Esas auditorías no cuestionan el fundamento de las políticas gubernamentales, sino que examinan la gestión del gobierno con un enfoque en los resultados. Tratan de determinar si los programas del gobierno están siendo manejados con el debido apego a los principios de economía, eficiencia e impacto ambiental, y si hay medidas en marcha para determinar su efectividad.

A lo antes dicho, es de añadir que la OAG realiza alrededor de 30 auditorías de desempeño de un año en los departamentos y agencias federales.

Al respecto, la Ley otorga al Auditor General discrecionalidad para determinar qué áreas de gobierno examinar con dichas auditorías.³⁰⁰

³⁰⁰ El Auditor General puede decidir efectuar una auditoría a un programa de gobierno en particular o a un área de responsabilidad que involucra a varios departamentos u organismos (como la protección del patrimonio cultural), o sobre un tema que afecta a muchos

Es de mencionar que la OAG comienza la planificación de su programa de auditorías con varios años de antelación. Lleva a cabo un análisis de riesgos a fin de identificar las áreas que son más significativas y relevantes para el Parlamento. También tiene en cuenta cuestiones prácticas como la disponibilidad de recursos financieros y humanos.³⁰¹

Los informes de la OAG en las auditorías de gestión contienen recomendaciones que pueden servir para el cambio positivo y duradero en las funciones de forma de gobierno.

A lo anterior, es de indicar que la OAG realiza auditorías de seguimiento, para determinar si el gobierno ha hecho progresos satisfactorios en la aplicación de las recomendaciones de esa Oficina. Los resultados de las auditorías de seguimiento se publican en un informe anual sobre la Condición Jurídica y Social.

Es de mencionar que la metodología de auditoría empleada por la OAG es la forma en que codifica las normas y prácticas que deben seguir los auditores en el desempeño de su trabajo; es un aspecto inherente de lo que se hace, por qué se hace y cómo se hace.

Esa Oficina da rigor y disciplina a su trabajo, y proporciona la estructura dentro de la cual los equipos de auditoría ejercen un juicio profesional.

Esa Oficina ha puesto un esfuerzo considerable en la actualización de su metodología de auditoría con el fin de: reconocer las necesidades particulares de sus diferentes líneas de productos; y aprovechar la capacidad de los instrumentos electrónicos tales como Internet.

departamentos (como la seguridad de la tecnología de la información).

Dado el gran número de actividades del gobierno, la elección de temas para las auditorías de resultados es un ejercicio complejo y desafiante. Se requiere un buen conocimiento del gobierno y sus organizaciones que la integran, así como un alto nivel de juicio profesional. La debida elección de temas es esencial para la elaboración de informes útiles al Parlamento. La OAG pone un esfuerzo considerable en este proceso.

³⁰¹ Para determinar llevar a cabo una auditoría, la OAG se centra en áreas en las que las organizaciones federales son de mayor riesgo.

Ejemplos de zonas de alto riesgo son aquellas que cuestan a los contribuyentes importantes cantidades de dinero o que pueden amenazar a la salud o a la seguridad de los canadienses, si algo llegara a salir mal.

Esa Oficina también considera un área temática significativa si se tiene el potencial para mejorar los resultados del gobierno (como la gestión financiera y control) o si es de gran interés para los parlamentarios y los canadienses (como la seguridad nacional).

La OAG presta especial atención a las solicitudes de auditorías de las comisiones parlamentarias; sin embargo, la decisión última para atender esas peticiones la tiene el Auditor General.

Finalmente, es de apuntar que varios manuales ayudan a apoyar el producto del trabajo de auditoría de la OAG, por ejemplo: el Manual de Auditoría de Desempeño (de junio de 2004); el Manual de Auditoría Anual (de noviembre de 2009);³⁰² y el Manual de Examen Especial (de marzo de 2000).

3.4 Clase de control

La OAG de Canadá es organismo de control externo que examina la gestión financiera del gobierno federal y de las corporaciones de la Corona.

Tal control abarca no sólo la legalidad y regularidad de las operaciones gubernamentales, sino también la rentabilidad, utilidad, economicidad y eficiencia. También fiscaliza a los gobiernos de Nunavut, Yukón y los Territorios del Noroeste.

Ese control se lleva a cabo, generalmente, de modo posterior (ex post). Sin embargo, ello no obsta para que la OAG de Canadá realice un control previo (ex ante) de las operaciones financieras o administrativas.

Como órgano de control externo, esa Oficina goza de independencia para determinar su plan de trabajo.

Esa Oficina actúa como órgano de apoyo del Parlamento, siendo una fuente independiente y confiable de información objetiva, basada en hechos que el Parlamento necesita para cumplir una de sus funciones más importantes: tener la vigilancia de las cuentas del gobierno federal responsable de la administración de los fondos públicos.

Esa Oficina desempeña un papel central por la información objetiva y asesoramiento que proporciona al Parlamento y a las referidas tres legislaturas territoriales, para el control del gasto público.

3.5 Grado de independencia

La OAG es un órgano que pertenece al Congreso, al que apoya en las diversas comisiones de la Cámara de Diputados y del Senado.

³⁰² La OAG produce herramientas de aplicación general en las auditorías de gestión, y para su uso en las auditorías de las áreas especializadas. Su guía de aplicación general incluye los temas de eficiencia, reunión de pruebas y realización de encuestas. El tema de los subsidios y contribuciones es un ejemplo de la orientación en áreas especializadas. Las guías están disponibles en el portal de Internet de la OAG de Canadá.

Esa Oficina actúa con independencia del Gobierno, al cual fiscaliza para remitir diversos informes al Parlamento, los cuales explica detalladamente en comparecencias ante comités y comisiones del Poder Legislativo.

Especialmente, rinde cuentas a las Comisiones permanentes de Cuenta Pública y Ambiental de la Cámara de los Comunes, y al Comité de Finanzas Nacionales del Senado.

Es de señalar que la OAG, aunque pertenece al Parlamento, desarrolla con independencia su plan de trabajo. Y si bien toma en cuenta las peticiones de auditoría que le son formuladas por los legisladores, el Auditor General tiene la palabra final.

Asimismo, el Auditor General mantiene una relación de Jefe con los funcionarios y empleados de su Oficina, de conformidad con la Ley de Servicio Público de Empleo, y en el marco de la misma el Auditor General puede delegar funciones.³⁰³

Igualmente, en términos de la Ley del Auditor General, tiene independencia para designar a un oficial de alto rango con el carácter de Comisionado del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, que dependerá directamente de dicho Auditor General.³⁰⁴ Ese Comisario asistirá a la OAG en el desempeño de las funciones del Auditor General que figuran en la Ley del Auditor General que se relacionen con el medio ambiente y el desarrollo sostenible.

Es de indicar que el Auditor General tiene la responsabilidad de la gestión de los recursos humanos de su Oficina. En ese sentido, por ejemplo, puede designar a un miembro de alto rango de su personal para firmar en su nombre cualquier opinión que el Auditor tenga la obligación de dar o cualquier informe que deba rendir sobre los estados financieros de Canadá. Pero el funcionario deberá indicar su posición en la oficina del Auditor General y el hecho de que firma en nombre del Auditor General.

Por lo demás, el Auditor General podrá, dentro de los límites establecidos en el presupuesto de su oficina, contratar servicios profesionales para el desarrollo de sus funciones.

A lo anterior, es de añadir que la OAG de Canadá emplea a unas 650 personas en sus oficinas centrales en Ottawa, y en cuatro oficinas regionales en Vancouver, Edmonton, Montreal y Halifax; y que el Auditor

³⁰³ La persona a quien se le hizo la delegación, a su vez, con sujeción y de conformidad a esa autorización, podrá autorizar a una o más personas bajo la jurisdicción de ella para ejercer cualquier poder o desempeñar cualquier otra función a que la autorización se refiera.

³⁰⁴ *Vid.*, el numeral 15.1 (1) del *Auditor General Act*.

General y el Comité Ejecutivo se encargan de la dirección profesional y administrativa de la Oficina, que también recibe asesoramiento externo.

Es de señalar que:

- Los trabajadores de la OAG de Canadá son profesionales de auditoría altamente calificados en sus campos, y llevan una rica mezcla de disciplinas académicas y la experiencia en su trabajo. Estos profesionales incluyen contadores, ingenieros, abogados, expertos en gestión, profesionales en tecnología de la información, especialistas ambientales, economistas, historiadores y sociólogos, entre otros. Todo el personal de auditoría tiene un título o grado, de bachiller o profesional, y muchos tienen estudios adicionales; y
- Todos los funcionarios de la OAG están adheridos a un código de valores, ética y conducta profesional, que sirve para fomentar y mantener un ambiente de trabajo profesional, y la confianza del público y del gobierno de la integridad de la OCG.

Finalmente, es de añadir que el Auditor General tiene libertad para, cada año, hacer una estimación de las cantidades que le deberán ser proporcionadas por el Parlamento para el pago de los sueldos, dietas y gastos de su Oficina durante el siguiente ejercicio fiscal.

3.6 Relaciones con el Poder Legislativo y con el Gobernador General

En principio, es de resaltar que la OAG de Canadá es un órgano que pertenece y depende del Parlamento, al que rinde cuentas a través de diversas comisiones de la Cámara de Diputados y del Senado.

Y es que la función primordial de la OAG es apoyar al Parlamento en la vigilancia de las cuentas del gobierno federal. Esa es la razón de ser de esa Oficina. De ahí que las relaciones entre ambos organismos se den, sobre todo, en el marco de la información objetiva y confiable que ella suministra al Parlamento, para que éste pueda cumplir su mandato de controlar los recursos federales.

Para ello, es típico que la OAG realice auditorías por encargo del Parlamento, aunque la decisión final del plan de trabajo de esa Oficina depende del Auditor General. El producto final de esas auditorías se

plasma en el informe anual, en los informes adicionales y en los informes especiales que entrega al Parlamento.

Con esos informes, que reflejan la labor de auditoría de la OAG, se mide el éxito de los esfuerzos de esa entidad de fiscalización superior en sus relaciones con el Poder Legislativo. De ahí que sea habitual que ella lleve a cabo encuestas periódicas de los parlamentarios en relación con la información que les suministra, para garantizar que está cumpliendo con las necesidades de los legisladores en su quehacer de control del gasto gubernamental.³⁰⁵ Los resultados de sus auditorías también se envían a las asambleas legislativas de los territorios de Canadá, y, en algunos casos, se remiten a los distintos ministros de la Corona.

Así, los informes producidos por la OAG son el producto que genera su vinculación directa con el Parlamento.

Adicionalmente, es de hacer anotar que el Parlamento y el Gobernador General tienen vinculación con la OAG, que implica que participen en el nombramiento del titular de esa Oficina.

Y es que el nombramiento del Auditor General es realizado por el Gobernador General, previa consulta con el líder de todos los partidos reconocidos en el Senado y en la Cámara de los Comunes.³⁰⁶ La aprobación del nombramiento es acordada por ambas Cámaras. Ese nombramiento es por un periodo de 10 años, sin posibilidad de reelección.

Finalmente, es de agregar que:

- El Auditor General desempeña su cargo mientras observe buena conducta, pudiendo ser removido por causa justificada por el Gobernador General, con aprobación del Senado y la Cámara de los Comunes;
- El Auditor General cesa en sus funciones al cumplir los 65 años de edad; y
- En el caso de ausencia o incapacidad del Auditor General, o si ese cargo está vacante, el Gobernador General podrá nombrar un auditor calificado para desempeñar ese puesto provisionalmente, por un período no superior a seis meses.

³⁰⁵ Asimismo, la OAG encuesta a sus empleados, cada dos años, a fin de evaluar su desempeño en el logro de su objetivo de proporcionar un ambiente de trabajo donde los empleados estén satisfechos y comprometidos.

³⁰⁶ *Vid.*, el numeral 3 del *Auditor General Act*.

3.7 Intercambio internacional de experiencias ³⁰⁷

La OAG de Canadá colabora con las organizaciones internacionales y con las oficinas de auditoría en otros países, contribuyendo a la elaboración de normas internacionales de auditoría.

Asimismo, esa Oficina comparte su experiencia con organizaciones internacionales que participan en la contabilidad del sector público, la auditoría y las actividades de rendición de cuentas.

Además, esa oficina colabora activamente en comités y grupos de trabajo de la INTOSAI, participando, por ejemplo, en el Consejo de Normas Contables (IFAC-IPSASB) y en el Comité de Normas Profesionales de la INTOSAI, Sub-Comité de Contabilidad y Presentación de Informes, que se encarga de estudiar las cuestiones relativas a la contabilidad del sector público y la información financiera.

Desde hace muchos años, la OAG ha sido una fuerte partidaria de programas de capacitación para los auditores de las oficinas nacionales de auditoría de las naciones en desarrollo. Por eso, cada año ofrece el *Programa de Asistencia Internacional para la Mejora de la Gobernabilidad y Rendición de Cuentas*, trayendo a Canadá a los auditores de determinadas oficinas nacionales de auditoría, para que durante nueve meses reciban capacitación sobre auditoría de desempeño, rendición de cuentas y buena gestión. ³⁰⁸

A lo anterior, es de añadir que la OAG audita a una agencia de las Naciones Unidas –la Organización Internacional del Trabajo– y colabora en el Grupo de las Naciones Unidas, en la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en la Junta Auditores.

3.8 Control a la Oficina del Auditor General

La OAG está sujeta a una revisión permanente y periódica por parte de un órgano de control externo que la fiscaliza.

³⁰⁷ *Vid.*, la página de Internet de la *Office of the Auditor General of Canada*. Disponible en la siguiente dirección: http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/English/au_fs_e_830.html. (Consultada en mayo de 2010).

³⁰⁸ Ese Programa es financiado por la Agencia Canadiense de Desarrollo Internacional. En él se han graduado más de 186 auditores de unos 50 países en desarrollo.

Al respecto:

- Un auditor calificado, nombrado por la Junta del Tesoro examina los ingresos y los gastos de la OAG, e informa, anualmente, los resultados de sus exámenes a la Cámara de los Comunes;
- Cada informe se presenta al Presidente del Consejo del Tesoro antes del día 31 de diciembre en el año a que se refiere; y
- El Presidente de la Junta del Tesoro, a su vez, remite cada informe a la Cámara de los Comunes, dentro de los quince días siguientes a la recepción del mismo. En el caso en que la Cámara no esté en sesiones, lo hará llegar dentro de los primeros quince días siguientes a partir de la fecha en que inicie funciones dicha Cámara de los Comunes.

A lo antes dicho, es de adicionar que la OAG rinde cuentas al Poder Legislativo a través de comisiones permanentes de Cuenta Pública y Ambiental, de la Cámara de Diputados, y por medio de Comité de Finanzas Nacionales del Senado. Ello con independencia de que cualquiera de las comisiones de esas Cámaras pueda solicitar que el Auditor General comparezca para dar explicaciones en relación con el trabajo de su Oficina.

IV. ECUADOR. CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO

4.1 Generalidades

En términos de la Ley Fundamental de Ecuador, este país es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico, que se encuentra organizado en forma de república y gobernado de manera descentralizada. Su soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.³⁰⁹

En Ecuador las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participan de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. Esa participación se orienta por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. Esa participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejerce a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.³¹⁰

En Ecuador, se reconocen todas las formas de organización de la sociedad, como expresión de la soberanía popular para desarrollar procesos de autodeterminación e incidir en las decisiones y políticas públicas y en el control social de todos los niveles de gobierno, así como de las entidades públicas y de las privadas que presten servicios públicos.³¹¹

En Ecuador, en todos los niveles de gobierno, se conforman instancias de participación integradas por autoridades electas, representantes del régimen dependiente y representantes de la sociedad del ámbito territorial de cada nivel de gobierno, que funcionan regidas por principios democráticos.

³⁰⁹ *Vid.*, el artículo 1 de la Constitución de Ecuador de 2008.

³¹⁰ *Vid.*, el artículo 95 de la Constitución de Ecuador de 2008.

³¹¹ Las organizaciones podrán articularse en diferentes niveles para fortalecer el poder ciudadano y sus formas de expresión; deberán garantizar la democracia interna, la alternabilidad de sus dirigentes y la rendición de cuentas. *Vid.*, el artículo 96 de la Constitución de Ecuador de 2008.

La participación en esas instancias se ejerce para:³¹²elaborar planes y políticas nacionales, locales y sectoriales entre los gobiernos y la ciudadanía; mejorar la calidad de la inversión pública y definir agendas de desarrollo; elaborar presupuestos participativos de los gobiernos; promover la formación ciudadana e impulsar procesos de comunicación;³¹³ y fortalecer la democracia con mecanismos permanentes de transparencia, rendición de cuentas y control social.

En Ecuador —a diferencia de la mayoría de los países de América Latina, en que la estructura del Estado se divide en tres ramas—, el poder público se fracciona en cinco funciones: la Ejecutiva, la Judicial, la Electoral, la Legislativa, y la de Transparencia y Control Social, a saber:

- La Función Ejecutiva, la ejerce la Presidenta o Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado y de Gobierno, y responsable de la administración pública.³¹⁴ El período de su gobierno se inicia dentro de los diez días posteriores a la instalación de la Asamblea Nacional, ante la cual presta juramento, y dura cuatro años en sus funciones, pudiendo ser reelecto por una sola vez.³¹⁵

Entre las atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República de Ecuador, se encuentran las de: presentar, al momento de su posesión, ante la Asamblea Nacional, los lineamientos fundamentales de las políticas y acciones que desarrollará durante su ejercicio; dirigir y dirigir las políticas públicas de la Función Ejecutiva; dirigir la administración pública en forma desconcentrada y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control; presentar anualmente a la Asamblea Nacional, el informe sobre el cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo y los objetivos que el gobierno se propone alcanzar durante el año siguiente; y enviar la

³¹² *Vid.*, el artículo 100 de la Constitución de Ecuador de 2008.

³¹³ Para el ejercicio de la participación ciudadana, en Ecuador se organizan audiencias públicas, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, observatorios y las demás instancias que promueva la ciudadanía.

³¹⁴ Tal función está integrada por la Presidencia y Vicepresidencia de la República, los Ministerios de Estado y los demás organismos e instituciones necesarios para cumplir, en el ámbito de su competencia, las atribuciones de rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales y planes que se creen para ejecutarlas. *Vid.*, el artículo 141 de la Constitución de Ecuador de 2008.

³¹⁵ En caso de que la Asamblea Nacional se encuentre instalada, el período de gobierno se inicia dentro de los cuarenta y cinco días posteriores a la proclamación de los resultados electorales.

proforma del Presupuesto General del Estado a la Asamblea Nacional, para su aprobación.³¹⁶

La Presidenta o Presidente de la República también tiene atribuciones para disolver la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, ésta se hubiera arrogado funciones que no le competan constitucionalmente (previo dictamen favorable de la Corte Constitucional); o si de forma reiterada e injustificada obstruye la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, o por grave crisis política y conmoción interna.³¹⁷

- Por su parte, la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.³¹⁸ A ese efecto, la Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos.³¹⁹

Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y son los siguientes: la Corte Nacional de Justicia; las cortes provinciales de justicia; los tribunales y juzgados que establezca la ley; los juzgados de paz; y el Consejo de la Judicatura, que es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial. La Corte Nacional de Justicia está integrada por juezas y jueces en el número de 21, quienes se organizarán en salas especializadas; serán designados para un periodo de nueve años; no podrán ser reelectos; se renovarán por tercios cada tres años; y cesarán en sus cargos conforme a la ley. La Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede esta en Quito³²⁰

³¹⁶ *Vid.*, el artículo 147, numerales 2, 3, 5, 7, 8, de la Constitución de Ecuador de 2008.

³¹⁷ Esa facultad de disolución, podrá ser ejercida por una sola vez en los tres primeros años de su mandato.

En un plazo máximo de siete días después de la publicación del decreto de disolución, el Consejo Nacional Electoral convocará para una misma fecha a elecciones legislativas y presidenciales para el resto de los respectivos periodos. *Vid.*, el artículo 148 de la Constitución de Ecuador de 2008.

³¹⁸ *Vid.*, el artículo 167 de la Constitución de Ecuador de 2008.

³¹⁹ La ley determinará su estructura, funciones, atribuciones, competencias y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia.

³²⁰ Las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia eligen de entre sus miembros a la Presidenta o Presidente, que representará a la Función Judicial y durará en sus funciones tres años.

En cada sala se elige un presidente para el periodo de un año.

Existen *conjuezas* y *conjueces* que forman parte de la Función Judicial, quienes son seleccionados con los mismos procesos y tendrán las mismas responsabilidades y el mismo régimen de incompatibilidades que sus titulares. *Vid.*, el artículo 182 de la Constitución de

Las funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, son las siguientes: conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley; desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración; conocer las causas que se inicien contra las servidoras y servidores públicos que gocen de fuero; y presentar proyectos de ley relacionados con el sistema de administración de justicia.³²¹

Además, la Función Judicial tiene como órganos auxiliares: el servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales y los demás que determine la ley.³²²

Asimismo, existe la Corte Constitucional, que es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Esa Corte ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito.³²³ Ella está integrada por nueve miembros que ejercen sus funciones en plenario y en salas de acuerdo con la ley.³²⁴

- La Función Electoral está conformada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral.

Ambos órganos tienen sede en Quito, jurisdicción nacional, autonomías administrativa, financiera y organizativa, y personalidad jurídica propia. Se rigen por principios de autonomía, independencia, publicidad, transparencia, equidad, interculturalidad, paridad de género, celeridad y probidad.

La Función Electoral garantiza el ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio, así como los referentes a la organización política de la ciudadanía.³²⁵

Ecuador de 2008.

³²¹ *Vid.*, el artículo 184 de la Constitución de Ecuador de 2008.

³²² *Vid.*, el artículo 177 de la Constitución de Ecuador de 2008.

La Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado son órganos autónomos de la Función Judicial.

La ley determinará la organización, el ámbito de competencia, el funcionamiento de los órganos judiciales y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia. *Vid.*, el artículo 178 de la Constitución de Ecuador de 2008.

³²³ Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte. *Vid.*, el artículo 429 de la Constitución de Ecuador de 2008.

³²⁴ Los miembros de la Corte Constitucional desempeñan sus cargos por un periodo de nueve años, sin reelección inmediata, y son renovados por tercios cada tres años. La ley determina el mecanismo de reemplazo en caso de ausencia del titular. *Vid.*, el artículo 432 de la Constitución de Ecuador de 2008.

³²⁵ *Vid.*, el artículo 217 de la Constitución de Ecuador de 2008.

- La Función Legislativa se ejerce por la Asamblea Nacional, que es unicameral y que tiene su sede en Quito, integrada por asambleístas elegidos para un periodo de cuatro años.³²⁶

Tal Asamblea tiene, entre otras, facultades de:³²⁷

- Fiscalizar los actos de las funciones Ejecutiva, Electoral y de Transparencia y Control Social, y los otros órganos del poder público, y requerir a las servidoras y servidores públicos las informaciones que considere necesarias;
- Posesionar a la máxima autoridad de la Contraloría General del Estado, y del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social;
- Aprobar el Presupuesto General del Estado, en el que constará el límite del endeudamiento público, y vigilar su ejecución.

La Asamblea Nacional, para el cumplimiento de sus atribuciones, integra comisiones especializadas permanentes, en las que participarán todos sus miembros.³²⁸ Asimismo, para el cumplimiento de sus labores, se rige por la ley correspondiente y su reglamento interno.³²⁹

- La Función de Transparencia y Control Social tiene su base en que el pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación.

Dicha función está formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa.³³⁰

³²⁶ Excepcionalmente la Asamblea Nacional podrá reunirse en cualquier parte del territorio nacional. *Vid.*, el artículo 118 de la Constitución de Ecuador de 2008.

³²⁷ *Vid.*, el artículo 120, numeral 9, 11 y 12, de la Constitución de Ecuador de 2008.

³²⁸ La ley determinará el número, conformación y competencias de cada una de las comisiones de la Asamblea Nacional. *Vid.*, el artículo 125 de la Constitución de Ecuador de 2008.

³²⁹ Para la reforma o codificación de esa ley se requiere la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea. *Vid.*, el artículo 126 de la Constitución de Ecuador de 2008.

³³⁰ *Vid.*, el artículo 204 de la Constitución de Ecuador de 2008.

Tal Función:

- Promueve e impulsa el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad;
- Fomenta e incentiva la participación ciudadana;
- Protege el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y
- previene y combate la corrupción.

Es de resaltar que los representantes de las entidades que forman parte de la Función de Transparencia y Control Social ejercen sus funciones durante un período de cinco años; tienen fuero de Corte Nacional; y están sujetos al enjuiciamiento político de la Asamblea Nacional.³³¹

Además, los titulares de las entidades de la Función de Transparencia y Control Social conforman una instancia de coordinación, y eligen de entre ellos, cada año, a la Presidenta o Presidente de la Función.

Son atribuciones y deberes de la instancia de coordinación, además de los que establezca la ley, los siguientes:³³²

- Formular políticas públicas de transparencia, control, rendición de cuentas, promoción de la participación ciudadana y prevención y lucha contra la corrupción;
- Coordinar el plan de acción de las entidades de la Función, sin afectar su autonomía;
- Articular la formulación del plan nacional de lucha contra la corrupción;
- Presentar a la Asamblea Nacional propuestas de reformas legales en el ámbito de sus competencias; e
- Informar anualmente a la Asamblea Nacional de las actividades relativas al cumplimiento de sus funciones, o cuando ésta lo requiera.

³³¹ En caso de darse este enjuiciamiento, y de procederse a la destitución, se deberá realizar un nuevo proceso de designación. En ningún caso la Función Legislativa podrá designar al reemplazo. Sus máximas autoridades deberán ser ecuatorianas o ecuatorianos en goce de los derechos políticos y serán seleccionadas mediante concurso público de oposición y méritos en los casos que proceda, con postulación, veeduría e impugnación ciudadana. *Vid.*, el artículo 205 de la Constitución de Ecuador de 2008.

³³² *Vid.*, el artículo 206 de la Constitución de Ecuador de 2008.

Ahora bien, de los cinco poderes que forman la estructura del Estado en Ecuador, es de observar que la Ley Fundamental (artículo 204) prevé la existencia de la Contraloría General del Estado (CGE), como parte de la función de Transparencia y Control Social, dotándola de personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa. Asimismo, ubicándola en la misma posición que los órganos máximos de los demás poderes de ese país.

De esa Contraloría, es de indicar que fue creada en 1927 y cuenta con una larga tradición institucional en la fiscalización de los recursos públicos.³³³ De ella es de destacar que:³³⁴

- En 1960, por Decreto Ley 1065-A, se reformó la ley Orgánica de Hacienda de 1927, estableciendo que la Contraloría General de la Nación debía tener un sistema moderno de control (Sistema Integrado de Administración Financiera y Control), con el fin de precautelar la economía, efectiva y eficiente administración de los recursos humanos, materiales y financieros, para controlar oportunamente los fondos

³³³ El 2 de diciembre de 1927, como consecuencia del asesoramiento prestado a Ecuador por la Misión Kemmerer, entró en vigencia la Ley Orgánica de Hacienda, publicada en el Registro Oficial N° 448 de 16 de noviembre de 1927, que crea la Contraloría General de la Nación, como departamento independiente del gobierno, con el objeto de realizar el control fiscal, compilar cuentas y constituir la oficina central de la Contabilidad del Estado.

³³⁴ En los antecedentes de la CGE se distinguen tres etapas:

- Etapa de la Real Audiencia de Quito: Contadurías Mayores (siglos XVI, XVII, XVIII y principios del XIX).
- Etapa de la Gran Colombia (1822-1824-1826-1830):
 - 1822.- Contaduría General de Hacienda.
 - 1824.- Se suprime la Contaduría General y se crean las Contadurías Departamentales y se establece en Quito, Guayaquil y Cuenca.
 - 1826.- Se restablece la Contaduría General y se crean los puestos de Contadores Generales y Contadores Departamentales.
- 1. Etapa de la República del Ecuador:
 - 1830.- Se establece la Contaduría General y la Contadurías Departamentales.
 - 1846.- Se instituyen las Contadurías Mayores por cada una de las ciudades de Quito, Cuenca y Guayaquil.
 - 1851.- Se establece la Contaduría General como un Tribunal Superior de Cuentas y las Contadurías Mayores como juzgados de Distrito.
 - 1861.- Se crea el Tribunal de Cuentas.
 - 1896.- Se crea el Tribunal de Cuentas de Guayaquil.
 - 1927.- Se crea la Contraloría General de la Nación.

Vid., la historia de la CGE de Ecuador se encuentra disponible en la siguiente dirección de Internet: http://www.contraloria.gov.ec/la_institucion.asp?id_SubSeccion=1. (Consultada en abril de 2010).

fiscales y satisfacer las necesidades del servicio público y del desarrollo del país;

- En 1967, a la Contraloría General de la Nación se le asignaron, en la Constitución, funciones de fiscalización y se le cambio la denominación a: Contraloría General del Estado;
- Más adelante, en 1977, se expidió la ley Orgánica de Administración Financiera y Control, publicada en el Registro Oficial número 337, de 16 de mayo de ese año, que sustituyó a la Ley Orgánica de Hacienda Codificada. En la nueva Ley, se establecieron las normas fundamentales de la estructura y funcionamiento de la CGE, y se plasmó el cambio de esta Institución, dejando atrás el sistema del simple Control Fiscal para instaurar el sistema de Control Gubernamental Moderno de los recursos públicos;
- Posteriormente, en 2008, con la nueva Constitución de Ecuador, la CGE es ubicada en la Función de Transparencia y Control Social, como un organismo técnico; dotado de personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa; dirigido y representado por el Contralor General del Estado, quien desempeña sus funciones durante cinco años; y
- Luego, en 2009 se expidió la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la CGE -publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto del 2009-, adecuando la legislación secundaria al texto de la nueva Constitución de 2008.

Ahora bien, hoy por hoy, la base fundamental de la CGE se encuentra en la Constitución de la República del Ecuador (artículos 204, 205, 206, 211, 212 y 231). Su base legal y reglamentaria principal se forma, esencialmente, por los siguientes ordenamientos jurídicos: la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; la Ley Orgánica de Responsabilidad y Transparencia Fiscal; la Ley de Presupuestos del Sector Público; la Ley que Regula las Declaraciones Patrimoniales Juramentadas; el Reglamento Orgánico Funcional Sustitutivo de la Contraloría General del Estado; y el Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Finalmente, es de señalar que la CGE tiene su oficina matriz en Av. Juan Montalvo No. 256 y Av. 6 de Diciembre, en Quito-Ecuador.

4.2 Facultades

La Constitución de Ecuador, en su artículo 212, establece las funciones primordiales de la CGE, a saber:

- ✓ Dirigir el sistema de control administrativo, que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos;
- ✓ Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado;
- ✓ Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones; y
- ✓ Asesorar a los órganos y entidades del Estado, cuando se lo soliciten.

Asimismo, en el artículo 231 se consigna la atribución de la CGE para examinar y confrontar las declaraciones patrimoniales juradas de las servidoras y los servidores públicos; e investigar los casos en que se presuma enriquecimiento ilícito.³³⁵

El mismo texto constitucional, en el encabezado de su artículo 212, esclarece que las demás atribuciones de la CGE serán las que determine la ley.

Al respecto, la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LORLOGE), es el ordenamiento que de suyo estatuye diversas atribuciones y funciones para ese organismo, a saber:³³⁶

- ✓ Practicar auditoría externa, en cualquiera de sus clases o modalidades, por sí o mediante la utilización de compañías privadas de auditoría, a todas las instituciones del Estado, corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles, cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria esté integrado con recursos públicos; a las empresas adscritas a una institución del Estado, o que se hubieren constituido mediante ley, ordenanza o decreto, así como, en el

³³⁵ En relación con esa facultad, cuando existan graves indicios de testaferrismo, la CGE está facultada para solicitar declaraciones similares a terceras personas vinculadas con quien ejerza o haya ejercido una función pública. *Vid.*, el artículo 231 de la Constitución de Ecuador de 2008.

³³⁶ *Vid.*, el artículo 31 de la LORLOGE.

ámbito de su competencia, al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), al Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA), y al Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional (ISSPOL);

- ✓ Examinar los ingresos públicos, provenientes de diferentes fuentes de financiamiento;³³⁷
- ✓ Vigilar los gastos, inversiones, utilización, administración y custodia de recursos públicos;
- ✓ Examinar y evaluar, en términos de costo y tiempo, la legalidad, economía, efectividad, eficacia y transparencia de la gestión pública;
- ✓ Examinar y evaluar el sistema de control interno de cada una de las instituciones sujetas a su control;
- ✓ Ejercer la función fiscalizadora en las instituciones del Estado, mediante la predeterminación o glosa y la determinación, para la oportuna protección y seguridad de los recursos públicos;
- ✓ Identificar y evaluar los procedimientos internos de prevención contra actos de corrupción en las entidades sujetas a su control;
- ✓ Evaluar las labores de auditoría externa efectuadas por compañías privadas de auditoría;
- ✓ Exigir y examinar las declaraciones patrimoniales juramentadas, e investigar los casos en que se presuma enriquecimiento ilícito;
- ✓ Evaluar los costos de los estudios, prestación de servicios, adquisición de bienes y construcción de obras de las instituciones del Estado;
- ✓ Registrar las cauciones rendidas por los servidores públicos a favor de las respectivas instituciones del Estado;
- ✓ Exigir el cumplimiento de las recomendaciones establecidas en los informes de auditoría, exámenes especiales y la aplicación de responsabilidades administrativas y civiles culposas;
- ✓ Decidir la intervención como parte en los juicios civiles, penales, contencioso administrativos y otros relacionados con el manejo de los recursos públicos que son objeto de control;³³⁸
- ✓ Evaluar el sistema de control interno administrativo y económico de la Función Judicial;

³³⁷ El control de ingresos no interferirá en las facultades reglamentaria, resolutive, sancionadora, recaudadora y otras propias de la administración tributaria.

³³⁸ La intervención del Contralor General no exime la responsabilidad del funcionario a quien las leyes confieran la representación correspondiente.

- ✓ Actuar coordinadamente con el Ministerio Público para iniciar y proseguir los juicios penales, relacionados con delitos en el manejo de los recursos públicos;³³⁹
- ✓ Llevar un registro público de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos de todos los contratos que celebren las instituciones del sector público, en base a la solicitud y resolución emitida por la respectiva entidad contratante;
- ✓ Juzgar y examinar los fondos reservados destinados a la seguridad nacional, en armonía con lo establecido en la Constitución y las regulaciones que se dicten para el efecto;
- ✓ Emitir opinión profesional respecto de los estados financieros consolidados de las instituciones del Estado, que el Ministerio de Economía y Finanzas o el organismo que haga sus veces, presenta anualmente al Congreso Nacional;³⁴⁰
- ✓ Informar anualmente al Congreso Nacional y al Presidente de la República sobre las labores de control, del ejercicio fiscal precedente;
- ✓ Evaluar los resultados de consultorías, asesorías y transferencia de tecnología, nacional e internacional, cuando las mismas signifiquen egresos de recursos públicos;
- ✓ Dictar regulaciones de carácter general para la práctica de la auditoría gubernamental; la determinación de las responsabilidades de que trata la Ley Orgánica de la CGE; el control de la administración de bienes del sector público; y, las demás que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones;
- ✓ Emitir y actualizar para su funcionamiento interno los siguientes reglamentos: orgánico funcional; de administración de personal de su competencia, que incluirá la escala de remuneraciones mensuales unificadas y el régimen propio de remuneraciones; y, los demás que fueren necesarios;
- ✓ Capacitar a los servidores públicos y personas que lo soliciten en las diversas modalidades de control y auditoría de recursos públicos;
- ✓ Asesorar obligatoriamente a las instituciones del Estado, y a las personas jurídicas de derecho privado sometidas a su control, a petición de éstas, sin que la asesoría implique vinculación en la toma de decisiones; y

³³⁹ Es de mencionar que los funcionarios actuantes de la CGE que, en ejercicio indebido de sus facultades de control, causen daños y perjuicios al interés público o a terceros, serán civil y penalmente responsables.

³⁴⁰ Esa opinión será puesta en conocimiento de la Legislatura

generar un banco de datos sobre información de absolución de consultas y de los criterios institucionales adoptados por el Contralor General;

- ✓ Contratar los servicios de profesionales, cuando se trate de asuntos de interés institucional que requieran de experiencia o conocimientos especializados;
- ✓ Controlar la legalidad de los procesos en los cuales el Estado delegue o concesione sus facultades al sector privado, de acuerdo con lo previsto en la Constitución y la ley;
- ✓ Realizar el seguimiento y control continuos de las obras públicas en sus diferentes fases o etapas o en cada una de ellas, hasta su ejecución total; de los ingresos, gastos e inversiones; de la utilización de recursos; y de la administración y custodia de bienes que tengan carácter público;³⁴¹
- ✓ Auditar todo financiamiento internacional otorgado a favor de las instituciones del Estado, con arreglo a las normas de auditoría de la CGE y de las de la entidad financiadora, incluyendo las operaciones de ajuste estructural y el destino último de los créditos o préstamos concedidos para el país;
- ✓ Pronunciarse sobre los aspectos de legalidad, economía, eficiencia, efectividad y transparencia en el empleo de los recursos y bienes públicos, humanos, materiales, financieros, tecnológicos, ambientales, de tiempo y sobre los resultados de la gestión institucional;
- ✓ Requerir a las instituciones del Estado estudios técnicos del ámbito de su competencia, proforma del Presupuesto General del Estado, anexo de ingresos, informe sobre la situación económica y fiscal del país, datos estadísticos, informes y otros documentos del sector público que permitan cumplir con las atribuciones y funciones que constan en la LORLOGE;
- ✓ Ejercer coacción para la recaudación de sus propios créditos; y, de las instituciones y empresas que no tengan capacidad legal para ejercer la coactiva;
- ✓ Disponer la baja de los títulos de crédito, cuya recaudación le corresponda a la CGE, siempre y cuando se demuestre que se hubieren hecho incobrables y cuya cuantía, incluidos los intereses, no supere los cuarenta dólares;

³⁴¹ Tal clase de control por ningún concepto constituirá participación o autorización de actos administrativos, los cuales son de responsabilidad de la institución o entidad sujeta a examen.

- ✓ Establecer responsabilidades individuales administrativas, por quebrantamiento de las disposiciones legales, reglamentarias y de las normas de que trata la Ley Orgánica de la CGE; responsabilidades civiles culposas, por el perjuicio económico sufrido por la entidad u organismo respectivo, a causa de la acción u omisión de sus servidores; e indicios de responsabilidad penal, mediante la determinación de hechos incriminados por la ley;
- ✓ Una vez ejecutoriada la resolución que establezca la responsabilidad civil culposa, solicitar al juez correspondiente que dicte medidas cautelares civiles en contra de la autoridad, dignatario, funcionario o servidor público responsable, a fin de garantizar la reparación de los daños y perjuicios ocasionados y precautelar los intereses públicos;
- ✓ Observar los derechos constitucionales individuales y las garantías del debido proceso en los informes que emita; y
- ✓ Ejercer las demás competencias, atribuciones y funciones que le confieran la Constitución, la ley, y los reglamentos.

A lo anterior, es de añadir que las facultades de la CGE para examinar y confrontar las declaraciones patrimoniales juradas de las servidoras y los servidores públicos, e investigar los casos en que se presuma enriquecimiento ilícito, se encuentran detalladas en la Ley que Regula las Declaraciones Patrimoniales Juramentadas.

4.3 Competencia fiscalizadora

En términos del artículo 204 del Código Supremo de Ecuador:

- El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación; y
- La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad. Además, fomentará e incentivará la participación ciudadana. A la par, protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos. También prevendrá y combatirá la corrupción.

El texto constitucional incluye a la CGE en la Función de Transparencia y Control Social, por lo que esa Contraloría tiene competencia respecto de:

- Las entidades y organismos del sector público; y
- Las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público.

A ese efecto, es de considerar que la Constitución (artículo 225) dice que sector público comprende a:³⁴²

- Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social;
- Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado;
- Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y
- Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

A ello, es de advertir que la propia Constitución (artículo 211) asigna a la CGE la tarea de organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.³⁴³

En complemento, faculta a la CGE para dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos.³⁴⁴

Al respecto, es de considerar que la LORLOGE define a los recursos públicos de la siguiente manera:³⁴⁵

Para efecto de esta ley se entenderán por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los

³⁴² Vid., el artículo 225 de la Constitución de Ecuador de 2008.

³⁴³ Vid., el artículo 211 de la Constitución de Ecuador de 2008.

³⁴⁴ Vid., el artículo 212 de la Constitución de Ecuador de 2008.

³⁴⁵ Vid., el artículo 3 de la LORLOGE.

provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título, realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales.

Y señala:

Los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera que hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución, hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio, sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado, de conformidad con la ley.

Esa Ley indica, en cuanto a su ámbito de aplicación, que sus disposiciones rigen para las instituciones del sector público, determinadas en los artículos 225 y 315 de la Constitución, y a las personas jurídicas de derecho privado previstas en el artículo 211 de ese mismo cuerpo normativo.³⁴⁶

Asimismo, dispone:

- a. Que estarán sometidas al control de la CGE las personas jurídicas y entidades de derecho privado, exclusivamente sobre los bienes, rentas u otras subvenciones de carácter público de que dispongan, cualquiera que sea su monto, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 211 de la Constitución Política de la República; y
- b. Que se evitará la superposición de funciones con otros organismos de control, sin perjuicio de estar obligados a actuar en el marco de sus competencias constitucionales y legales, de manera coordinada y/o simultánea.³⁴⁷

De lo anterior, resulta que la competencia fiscalizadora de la CGE abarca a:

³⁴⁶ *Vid.*, el artículo 2 de la LORLOCGE.

³⁴⁷ Cuando el Estado o sus instituciones hayan delegado a empresas privadas la ejecución de obra pública, la explotación y aprovechamiento de recursos públicos mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de propiedad accionaria, de certificados de aportación o de otros títulos o derechos, o por cualquier otra forma contractual de acuerdo con la ley, la vigilancia y control de la CGE no se extenderá a la persona o empresa delegatoria, pero si, a la gestión referida a esa delegación por parte de la institución del Estado delegante, sin perjuicio de la eventual responsabilidad que la CGE pueda determinar, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de la misma.

- Los organismos, dependencias, entidades y personas jurídicas comprendidas en el sector público;
- Las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público;
- Cualquier entidad privada que disponga de bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título, realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales; y
- Las personas jurídicas y entidades de derecho privado, exclusivamente sobre los bienes, rentas u otras subvenciones de carácter público de que dispongan, cualquiera sea su monto.

Es de añadir que en el documento denominado *Ámbito de Control de la Contraloría General del Estado* -derivado del Acuerdo de la CGE 29, Registro Oficial 236 de 20 de diciembre del 2007- se establece que el ámbito de control de ese organismo comprende el territorio de la República del Ecuador, y abarca a todas las instituciones del Estado, así como a las personas jurídicas de derecho privado, exclusivamente sobre los bienes, rentas u otras subvenciones de carácter público de que dispongan, cualquiera sea su monto, naturaleza o finalidad. Ese control se ejercerá a través de las direcciones nacionales, direcciones regionales, delegaciones provinciales, unidades de Auditoría Interna y firmas privadas de auditoría contratadas, para el efecto, por la AGE.³⁴⁸ En términos del citado documento, el ámbito de control de cada unidad de la CGE guarda relación con las entidades y organismos públicos que conforman los distintos sectores económicos, a saber:³⁴⁹

- ✓ De la Dirección de Auditoría 1: Sectores: Legislativo; Jurisdiccional; Administrativo; Trabajo; Agropecuario y pesca; Desarrollo urbano y vivienda; otros organismos del Estado; Financiero; y, Asuntos internos.

³⁴⁸ *Vid.*, el artículo 2 del *Ámbito de Control de la Contraloría General del Estado*.

³⁴⁹ *Vid.*, el artículo 3 del *Ámbito de Control de la Contraloría General del Estado*.

- ✓ De la Dirección de Auditoría 2: Sectores: Educación; Salud; Turismo; Bienestar Social; Industrialización y competitividad; Comunicaciones; y otros organismos del Estado;
- ✓ De la Dirección de Auditoría 3: Sectores: Defensa Nacional; Finanzas; Recursos Naturales; Ambiente; y otros organismos del Estado;
- ✓ De la Dirección de Auditoría 4: Sectores: Asuntos del exterior; Deuda pública; Organismos seccionales y empresas adscritas; otros organismos del Estado; y varios sectores: Entidades y proyectos con financiamiento internacional;
- ✓ De la Dirección de Auditoría de Empresas: Empresas de derecho privado, corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria esté integrado con recursos públicos, ubicadas geográficamente en la provincia de Pichincha;
- ✓ De la Dirección de Auditoría de Proyectos y Ambiental. Con exclusión del ámbito asignado a las direcciones regionales, corresponde a esta unidad el control de las entidades del sector público multifinanciado a nivel nacional, que realicen proyectos de obras en cualquier etapa de su ejecución y/o que deleguen los servicios públicos a la iniciativa privada, incluyendo las actividades de control ambiental, concesiones realizadas por entidades sujetas al control de la Contraloría y a las entidades de derecho privado que realicen obras financiadas con recursos públicos; y
- ✓ De las direcciones regionales y delegaciones provinciales. El ámbito de control comprende o abarca a todas las entidades y organismos del sector público, empresas de derecho privado, corporaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles, cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria esté integrado con recursos públicos, ubicadas dentro de la sección territorial asignadas a cada una de ellas.

En ese contexto, es de concluir que la competencia fiscalizadora de la CGE es muy amplia.

4.4 Clase de control

Conforme a la Ley Fundamental de Ecuador, la CGE es organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la

consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.³⁵⁰

La CGE dirige el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos.³⁵¹

Al respecto, la Ley de Presupuestos del Sector Público, en su artículo 46, manifiesta que el control externo de los recursos de los presupuestos del Sector Público, es competencia de la CGE, que lo realizará obligatoriamente de manera previa, durante y posterior al proceso de ejecución de los presupuestos.

Por su parte, la Ley Orgánica de la CGE -la cual tiene por objeto establecer y mantener, bajo la dirección de la CGE, el sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, y regular su funcionamiento, con la finalidad de examinar, verificar y evaluar el cumplimiento de la visión, misión y objetivos de las instituciones del Estado y la utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos-³⁵² estipula que la ejecución del sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado se realizará por medio de:³⁵³

- El control interno, que es de responsabilidad administrativa de cada una de las instituciones del Estado;³⁵⁴ y
- El control externo que comprende el que compete a la CGE; y, el que ejerzan otras instituciones de control del Estado en el ámbito de sus competencias.

³⁵⁰ *Vid.*, el artículo 211 de la Constitución de Ecuador de 2008.

³⁵¹ *Vid.*, el artículo 212 de la Constitución de Ecuador de 2008.

³⁵² *Vid.*, el artículo 1 de la LORLOGE.

³⁵³ *Vid.*, el artículo 6 de la citada Ley.

³⁵⁴ El ejercicio del control interno se aplica en forma previa, continua y posterior, a saber:

2. Control previo.- Los servidores de la institución, analizarán las actividades institucionales propuestas, antes de su autorización o ejecución, respecto a su legalidad, veracidad, conveniencia, oportunidad, pertinencia y conformidad con los planes y presupuestos institucionales;
3. Control continuo.- Los servidores de la institución, en forma continua inspeccionarán y constatarán la oportunidad, calidad y cantidad de obras, bienes y servicios que se recibieren o prestaren de conformidad con la ley, los términos contractuales y las autorizaciones respectivas; y,
4. Control posterior.- La unidad de auditoría interna será responsable del control posterior interno ante las respectivas autoridades y se aplicará a las actividades institucionales, con posterioridad a su ejecución.

De acuerdo a la citada Ley, el control interno constituye un proceso aplicado por la máxima autoridad, la dirección y el personal de cada institución, que proporciona seguridad razonable de que se protegen los recursos públicos y se alcancen los objetivos institucionales. Sus elementos son los siguientes:

- El entorno de control;
- La organización;
- La idoneidad del personal;
- El cumplimiento de los objetivos institucionales;
- Los riesgos institucionales en el logro de tales objetivos y las medidas adoptadas para afrontarlos;
- El sistema de información; el cumplimiento de las normas jurídicas y técnicas; y,
- La corrección oportuna de las deficiencias de control.

Tal control es responsabilidad de cada institución del Estado y tiene como finalidad primordial crear las condiciones para el ejercicio del control externo a cargo de la CGE.³⁵⁵

Ahora bien, para regular el funcionamiento del sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, la CGE adapta, expide, aprueba y actualiza, según corresponda:

- Normas de control interno que sirvan de marco básico para que las instituciones del Estado y sus servidores establezcan y pongan en funcionamiento su propio control interno;
- Políticas de auditoría gubernamental;
- Normas de control y fiscalización sobre el sector público, adaptadas de Normas Internacionales y de las emitidas por la INTOSAI;
- Normas de auditoría gubernamental, de carácter local e internacional en sus modalidades de gestión, control de obras, auditoría judicial, protección ambiental y auditoría de proyectos internacionales; y,
- Reglamentos, regulaciones, manuales generales y especializados, guías metodológicas, instructivos y más disposiciones necesarias para la aplicación del sistema y la determinación de responsabilidades.³⁵⁶

³⁵⁵ *Vid.*, el artículo 9 de la LORLOGE.

³⁵⁶ En el marco de las normas, políticas, regulaciones, reglamentos, disposiciones y más instrumentos indicados, cada institución del Estado, cuando considere necesario, dictará las

En cuanto al control externo que realiza la CGE del Estado, éste se ejerce mediante la auditoría gubernamental y el examen especial, utilizando normas nacionales e internacionales y técnicas de auditoría.

La auditoría gubernamental, realizada por la CGE, consiste en un sistema integrado de asesoría, asistencia y prevención de riesgos que incluye el examen y evaluación críticos de las acciones y obras de los administradores de los recursos públicos.

Esa auditoría, no podrá modificar las resoluciones adoptadas por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones, facultades o competencias, cuando éstas hubieran definido la situación o puesto término a los reclamos de los particulares, pero podrá examinar la actuación administrativa del servidor, de conformidad con la ley.³⁵⁷

El ejercicio de la auditoría gubernamental será objeto de planificación previa y de evaluación posterior de sus resultados, y se ejecutará de acuerdo con las políticas y normas de auditoría y demás regulaciones de la Ley Orgánica de la CGE.³⁵⁸

Como parte de la auditoría gubernamental, el examen especial verificará, estudiará y evaluará aspectos limitados o de una parte de las actividades relativas a la gestión financiera, administrativa, operativa y medio ambiental. Con posterioridad a su ejecución, aplicará las técnicas y procedimientos de auditoría, de la ingeniería o afines, o de las disciplinas específicas, de acuerdo con la materia de examen y formulará el correspondiente informe que deberá contener comentarios, conclusiones y recomendaciones.³⁵⁹

Para el control externo que ejerce la CGE, los instrumentos utilizados son:

- La auditoría financiera, que informa respecto a un período determinado, sobre la razonabilidad de las cifras presentadas en los estados financieros de una institución pública, ente contable, programa o proyecto. Esta auditoría, concluye con la elaboración de un informe

normas, las políticas y los manuales específicos para el control de las operaciones a su cargo. La CGE verificará la pertinencia y la correcta aplicación de las mismas. *Vid.*, el artículo 7 de la LORLOCGE.

³⁵⁷ *Vid.*, el artículo 18 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

³⁵⁸ *Vid.*, el artículo 24 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

³⁵⁹ *Vid.*, el artículo 19 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

profesional de auditoría, en el que se incluirán las opiniones correspondientes. En este tipo de fiscalización, se incluyen el examen del cumplimiento de las normas legales, y la evaluación del control interno de la parte auditada;³⁶⁰

- La auditoría de gestión, que es la acción fiscalizadora dirigida a examinar y evaluar el control interno y la gestión, utilizando recursos humanos de carácter multidisciplinario, el desempeño de una institución, ente contable, o la ejecución de programas y proyectos, con el fin de determinar si dicho desempeño o ejecución se está realizando, o se ha realizado, de acuerdo a principios y criterios de economía, efectividad y eficiencia. Este tipo de auditoría, examina y evalúa los resultados originalmente esperados y medidos de acuerdo con los indicadores institucionales y de desempeño pertinentes;³⁶¹
- La auditoría de aspectos ambientales, en la cual la CGE puede, en cualquier momento, auditar los procedimientos de realización y aprobación de los estudios y evaluaciones de impacto ambiental en los términos establecidos en la Ley de Gestión Ambiental ecuatoriana; y³⁶²
- La auditoría de obras públicas o de ingeniería, en la cual la CGE evalúa la administración de las obras en construcción, la gestión de los contratistas, el manejo de la contratación pública, la eficacia de los sistemas de mantenimiento, el cumplimiento de las cláusulas contractuales y los resultados físicos que se obtengan en el programa o proyecto específico sometido a examen.³⁶³

A lo anterior, es de agregar que la CGE, cuando así lo determinen convenios internacionales, o cuando la materia a auditarse exija personal especializado del que no disponga, puede efectuar la auditoría gubernamental mediante la contratación de compañías privadas de auditoría externa e independiente, aplicando procedimientos de

³⁶⁰ *Vid.*, el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

³⁶¹ Constituyen objeto de la auditoría de gestión: el proceso administrativo, las actividades de apoyo, financieras y operativas; la eficiencia, efectividad y economía en el empleo de los recursos humanos, materiales, financieros, ambientales, tecnológicos y de tiempo; y, el cumplimiento de las atribuciones, objetivos y metas institucionales.

A diferencia de la auditoría financiera, el resultado de la fiscalización mediante la auditoría de gestión no implica la emisión de una opinión profesional, sino la elaboración de un informe amplio con los comentarios, conclusiones y recomendaciones pertinentes.

Vid., el artículo 21 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

³⁶² *Vid.*, el artículo 22 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

³⁶³ *Vid.*, el artículo 23 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

calificación, selección y contratación, que establezcan las normas legales y reglamentarias pertinentes.³⁶⁴

4.5 Grado de independencia

La Constitución de Ecuador establece que el pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación. También señala que la Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción.³⁶⁵

La Constitución incluye a la CGE como parte de la Función de Transparencia y Control Social. Igualmente, dota a la CGE de personalidad

³⁶⁴ En los casos en que las instituciones del Estado, requiriesen contratar a compañías privadas para ejecutar la auditoría externa de sus operaciones, solicitarán a la CGE se proceda a la contratación, aplicando procedimientos de calificación, selección y contratación, que establezcan las normas legales y reglamentarias pertinentes.

La compañía privada de auditoría y su personal deberán reunir los requisitos y cumplir con las disposiciones que se especifiquen en las normas de auditoría gubernamental, en la ley Orgánica de la CGE y demás disposiciones legales.

Tal compañía será seleccionada de acuerdo a términos de referencia y a las bases aprobados por la CGE y será supervisada por ésta.

El informe resultante de una auditoría financiera será suscrito por el funcionario que la hubiere practicado, quien será contador público autorizado, y por el representante legal de la compañía privada de auditoría.

Dicho informe, se sujetará a la aprobación prevista en el artículo 26 de la Ley Orgánica de la CGE.

La compañía privada de auditoría y su personal deberán guardar completa independencia respecto a las funciones, actividades e intereses de la institución del Estado sujeta a examen y a sus servidores.

La CGE mantendrá un registro actualizado de compañías privadas de auditoría externa independientes, calificadas por su profesionalidad y debidamente facultadas para ejercer sus actividades en el país.

Cuando los convenios internacionales, especialmente los del sistema multilateral de crédito, dispongan la contratación directa de compañías privadas por parte de la institución pública o el programa de que se trate, se estará a lo dispuesto en dichos convenios, sin perjuicio de la acción de control de la CGE.

Los costos de la auditoría externa privada correrán a cargo de la institución auditada. *Vid.*, el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

³⁶⁵ *Vid.*, el artículo 204 de la Constitución de Ecuador.

jurídica y le otorga amplia autonomía, que abarca el ámbito administrativo, financiero, presupuestario y organizativo. Literalmente indica:

La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa. (El énfasis es nuestro).

En perfeccionamiento de la plena autonomía de que se inviste a la CGE, la propia Constitución ecuatoriana excluye la posibilidad de que un Poder distinto al de la Función a que pertenece esa entidad intervenga en el nombramiento del Contralor General del Estado. Así, en el artículo 208, manda que la primera autoridad de la CGE sea designada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, que es un organismo que forma parte de la propia Función de Transparencia y Control Social.

En añadidura, en la legislación secundaria se contiene diversas disposiciones que remarcan la autonomía de la CGE.

Por ejemplo, la Ley Orgánica de la CGE instituye que la proforma del presupuesto anual de esa entidad sea remitida, directa y sin intermediario alguno, al Ministerio de Economía y Finanzas, oportunamente, para su ulterior aprobación por el Poder Legislativo.

Igualmente, esa Ley prevé que el presupuesto de la CGE se financie con:³⁶⁶

- ✓ La transferencia del cinco por mil de los ingresos presupuestados de todas las instituciones del Estado y, en la parte proporcional de las personas jurídicas de derecho privado, cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria esté integrado en el 50% o más, con

³⁶⁶ Es de mencionar que el presupuesto de la CGE no será afectado por transferencias, aportes ni deducción alguna. El Ministerio de Economía y Finanzas o el organismo que haga sus veces, transferirá de manera obligatoria y mensual, a través del Banco Central del Ecuador, el valor del cinco por mil que corresponde a la CGE.

Para el aporte del cinco por mil de las demás instituciones del Estado y privadas que tengan recursos públicos, se procederá mediante la retención automática mensual por parte de los bancos depositarios, privados y públicos, en las alícuotas establecidas por la CGE.

El pago y retención automática de los valores que correspondan a la CGE, deberá ser cumplido por los funcionarios y servidores responsables.

La CGE está facultada para realizar en forma periódica, en la correspondiente entidad, la liquidación de los valores pagados o adeudados por concepto del cinco por mil, sobre la base de los ingresos reales.

El Contralor General está facultado para expedir el reglamento para la determinación y recaudación del aporte del cinco por mil. *Vid.*, el artículo 30 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

recursos públicos, y que de conformidad con la Ley Orgánica de la CGE, se encuentran sometidas al control de la CGE;³⁶⁷

- ✓ Los ingresos previstos en otras disposiciones legales;
- ✓ Los recursos de autogestión; y,
- ✓ Otros ingresos.

Además, dicha Ley -respecto de la estructura orgánica funcional y del personal de la CGE- faculta al Contralor General para expedir y mantener actualizado el Reglamento Orgánico Funcional, que contendrá la estructura administrativa y las funciones de las respectivas unidades para el cumplimiento de los fines y objetivos de la CGE.³⁶⁸

Por otra parte, la citada Ley regula la independencia de la CGE para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal.³⁶⁹

A lo anterior, es de añadir que en el Reglamento Orgánico Funcional Sustitutivo de la CGE destacan las atribuciones del Contralor General, mismas que abonan al régimen de autonomía de ese organismo. En términos de dicho Reglamento, el Contralor General tiene potestad para:

- a) Ejercer la representación legal de la Contraloría en los casos y en la forma establecidos por la Ley;
- b) Dictar las políticas de la Contraloría;
- c) Planificar, dirigir, organizar, coordinar y controlar las actividades de la Contraloría;
- d) Nombrar, promover, suspender, trasladar y declarar cesante al personal de la Contraloría, de acuerdo con la Ley;
- e) Aprobar el proyecto de presupuesto de la Institución y sus modificaciones y dirigir su ejecución;
- f) Expedir los acuerdos y resoluciones que reglamenten el ejercicio de control;

³⁶⁷ Se exceptúan del cobro de ese aporte exclusivamente los ingresos provenientes de empréstitos internos y externos; los saldos iniciales de caja; los fondos de terceros destinados a sus respectivos beneficiarios; y los fondos de la Junta de Beneficencia de Guayaquil, Cruz Roja Ecuatoriana, Sociedad de Lucha Contra el Cáncer (SOLCA), y Sociedad Protectora de la Infancia. En el caso de las universidades y escuelas politécnicas, se está a lo que dispone la Ley Orgánica de Educación Superior.

³⁶⁸ *Vid.*, el artículo 35 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

³⁶⁹ *Vid.*, el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

- g) Delegar sus facultades a funcionarios y empleados cuando lo estime conveniente;
- h) Ordenar la práctica de auditorías y exámenes especiales;
- i) Suscribir los dictámenes e informes que le corresponda emitir de acuerdo con la Ley;
- j) Intervenir personalmente o por medio de su delegado como parte en los juicios relacionados con la defensa de los bienes y recursos públicos, cuando así lo decida y sin perjuicio de las acciones judiciales que, por mandato de la ley, correspondan a otras autoridades y funcionarios;
- k) Formular proyectos de Ley y de reforma legislativa, relacionados con el control de los recursos públicos y de la gestión de los mismos;
- l) Presentar a las diversas funciones del Estado los informes previstos en la Ley;
- m) Mantener actualizada la organización estructural y funcional de la Contraloría; y,
- n) Cumplir las demás funciones determinadas en la Constitución y Leyes de la República.

4.6 Relación con la Asamblea Nacional

La CGE tiene una relación de coordinación con la Asamblea Nacional, en cuanto ambos organismos pertenecen a Poderes del Estado. La primera forma parte de la Función de Transparencia y Control Social. La segunda integra la Función Legislativa.

En esa relación de coordinación, no pasa desapercibido que la Constitución asigna a la Asamblea Nacional las siguientes atribuciones y deberes respecto de la CGE:

1. Fiscalizar los actos de las funciones Ejecutiva, Electoral y de Transparencia y Control Social, y los otros órganos del poder público, y requerir a las servidoras y servidores públicos las informaciones que considere necesarias. Así, la Asamblea Nacional tiene la facultad de fiscalizar los actos de la CGE y requerirle informaciones que considere necesarias;³⁷⁰
2. Posesionar a la máxima autoridad de la CGE;³⁷¹

³⁷⁰ *Vid.*, el artículo 120, numeral 9, de la Constitución de Ecuador de 2008.

³⁷¹ *Vid.*, el artículo 120, numeral 11, de la Constitución de Ecuador de 2008.

3. Aprobar el Presupuesto General del Estado -en el que consta el de la CGE-, y vigilar su ejecución;³⁷²
4. Proceder al enjuiciamiento político -a solicitud de al menos una cuarta parte de sus miembros, por incumplimiento de las funciones que les asignan la Constitución y la ley- de la máxima autoridad de la CGE, durante el ejercicio de su cargo y hasta un año después de terminado; y³⁷³
5. Proceder a la censura y destitución de la máxima autoridad de la CGE.³⁷⁴

Tampoco pasa inadvertido que de conformidad con la Constitución los titulares de las entidades de la Función de Transparencia y Control Social, entre los que se encuentra la CGE, conforman una instancia de coordinación, entre cuyas atribuciones y deberes se encuentran las de:³⁷⁵

- Presentar a la Asamblea Nacional propuestas de reformas legales en el ámbito de sus competencias; e
- Informar anualmente a la Asamblea Nacional de las actividades relativas al cumplimiento de sus funciones, o cuando ésta lo requiera.

Asimismo, de acuerdo con la Ley Orgánica de la CGN, este organismo tiene el deber de informar anualmente al Poder Legislativo sobre las labores de control, del ejercicio fiscal precedente.³⁷⁶

En la relación entre la CGE y la Asamblea Nacional, es de tener presente que ésta, como parte de los organismos del sector público, está sujeta a la competencia fiscalizadora de aquélla.³⁷⁷

³⁷² *Vid.*, el artículo 120, numeral 12, de la Constitución de Ecuador de 2008.

³⁷³ *Vid.*, el artículo 131, párrafo primero, de la Constitución de Ecuador de 2008.

En caso de darse el enjuiciamiento político, y de procederse a la destitución, se deberá realizar un nuevo proceso de designación. En ningún caso la Función Legislativa puede designar al reemplazo. *Vid.*, el artículo 205 de la Constitución de Ecuador de 2008.

³⁷⁴ Para ello, se requerirá el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional.

La censura producirá la inmediata destitución de la autoridad. Si de los motivos de la censura se derivan indicios de responsabilidad penal, se dispondrá que el asunto pase a conocimiento de la autoridad competente *Vid.*, el artículo 131, párrafo segundo, de la Constitución de Ecuador de 2008.

³⁷⁵ *Vid.*, el artículo 206, numerales 4 y 5, de la Constitución de Ecuador de 2008.

³⁷⁶ *Vid.*, el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

³⁷⁷ *Vid.*, el artículo 225 en relación con los artículos 211 y 212 de la Constitución de Ecuador de 2008.

Finalmente, es de considerar que ante la CGE todos los servidores y servidoras públicas –incluidos los miembros de la Asamblea Nacional– deben presentar, al iniciar y al finalizar su gestión, y con la periodicidad que determine la ley, una declaración patrimonial jurada.³⁷⁸

4.7 Intercambio internacional de experiencias

La CGE es miembro activo de la INTOSAI, organización en la que tiene una participación activa, destacando su asistencia a la IV Reunión del Grupo de Trabajo de INTOSAI de Lucha Contra el Lavado Internacional de Dinero y la Corrupción, efectuada a principios de junio de 2010.

La CGE, asimismo, es integrante de la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OLACEFS), donde ha tenido una presencia relevante, siendo anfitriona, en marzo de 2010, de la cuadragésima sexta reunión del Consejo Directivo de la OLACEFS, donde se trataron asuntos estratégicos de esa Organización, y se discutió, entre otros temas, el ingreso de la Auditoría Superior de la Federación de México y de la Contraloría General de la República de Chile como miembros de la Comisión de Ética Pública, Probidad Administrativa y Transparencia (CEPAT), de la que la Contraloría de Ecuador es miembro activo, junto con las contralorías de Colombia, Nicaragua, Perú y Panamá.³⁷⁹

Además, es de subrayar la presencia de la CGE de Ecuador en la reunión llevada a cabo en mayo de 2010, en Panamá, para establecer las primeras directrices y el comportamiento que deberá seguir la OLACEFS para alcanzar sus metas durante el quinquenio 2011-2015.³⁸⁰

³⁷⁸ La CGE del Estado examinará y confrontará las declaraciones e investigará los casos en que se presuma enriquecimiento ilícito. La falta de presentación de la declaración al término de las funciones o la inconsistencia no justificada entre las declaraciones hará presumir enriquecimiento ilícito. *Id.*, el artículo 231 de la Constitución de Ecuador de 2008.

³⁷⁹ De la CEPAT, es de mencionar que tiene su origen en la X Asamblea General de la OLACEFS, efectuada en Brasilia el 24 de noviembre de 2000, a partir del informe de relatoría del tema técnico “El Papel de las Entidades Fiscalizadoras Superiores en la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad”, donde se resolvió conformar la “Comisión Técnica Especial de Ética Pública, Probidad Administrativa y Transparencia (CEPAT)”. Esa Comisión fue legalmente constituida el 19 de agosto de 2001 y la conforman las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) de Colombia, Ecuador, Nicaragua, Panamá y Perú. La presidia, al 2010, la Contraloría General de la República del Ecuador. Los objetivos general y específicos de la Comisión, pueden resumirse así: divulgación de estrategias y experiencias anticorrupción; búsqueda de apoyo de organizaciones internacionales; organización de eventos regionales y subregionales; y creación de una base de datos sobre los temas de su competencia al servicio de todos los miembros de la OLACEFS.

Finalmente, es de indicar que la CGE de Ecuador ha tenido presencia internacional en diferentes eventos sobre fiscalización superior. Por ejemplo en:

- La Segunda Conferencia CRECER sobre Contabilidad y Responsabilidad para el Crecimiento Económico Regional para Latinoamérica y el Caribe. Llevada a cabo en San Salvador, en junio de 2008;³⁸¹
- La 17th Reunión del Comité de Trabajo de Auditoría de Tecnologías de la INTOSAI. Llevada a cabo en Tokio, Japón, en mayo de 2008;
- La Mesa Redonda de Discusión sobre fortalecimiento de los sistemas de control interno y la creación de sinergias con el control externo, responsabilidad de las entidades de Fiscalización Superior de control. Llevada a cabo en Washington, Estados Unidos de Norteamérica, en 2007;³⁸² y
- Las V Jornadas EUROSAI OLACEFS, efectuadas en Lisboa, Portugal, en abril de 2007.

4.8. Control a la Contraloría General del Estado

Derivado de su grado de autonomía, es de advertir que la CGE no está sujeta a una revisión permanente o periódica por parte de un órgano de control externo que lo fiscalice. Si acaso está sometida a su propio control interno.

Sin embargo, la Asamblea Nacional ejerce cierto control sobre la CGE, en la medida en que la Constitución la faculta para fiscalizar los actos de la Función de Transparencia y Control Social, y requerir la información que considere necesaria. Por lo que siendo la CGE un organismo de la Función

³⁸⁰ En esa reunión participaron, además de la CGE de Ecuador, los titulares o representantes de las entidades de fiscalización superior de México, Costa Rica, Nicaragua, El Salvador, Honduras, Guatemala, Panamá, Cuba, República Dominicana, Venezuela, Colombia, Perú, Bolivia, Uruguay, Paraguay, Chile, Argentina y Brasil.

³⁸¹ En ese evento, el Contralor General de Ecuador sostuvo reuniones de Trabajo con representantes del Banco Interamericano de Desarrollo (BID); de la Federación Internacional de Contadores (IFAC); y del Banco Internacional de la Construcción y Fomento (BIF).

³⁸² En ese evento, entre otros temas, el Contralor General de Ecuador compartió en la Mesa Redonda de discusión las experiencias con sus colegas de la Región de América Latina, responsables de la gestión de los países andinos en materia de administración pública, desarrollo humano, desarrollo sostenible y responsables de la agenda anticorrupción y gobernabilidad. Asimismo, presentó comentarios sobre el documento "*Mejoramiento de la capacidad de gestión y el ambiente de control en la administración pública, en el marco de la agenda anticorrupción y gobernabilidad del Banco Mundial*".

de Transparencia y Control Social, la Asamblea Nacional tiene la facultad de fiscalizar los actos de esa Contraloría, y requerirle la información que considere necesaria.³⁸³

De la misma forma, otro control de la Asamblea Legislativa respecto de la CGE emana del deber que la Constitución asigna a la instancia de coordinación que forman los titulares de las entidades de la Función de Transparencia y Control Social -entre los que se encuentra el Contralor General del Estado- de informar anualmente a la Asamblea Nacional de las actividades relativas al cumplimiento de las funciones de esos organismos; y del deber de rendirle la información que requiera esa Asamblea.³⁸⁴

Igualmente, el hecho de que la Ley Orgánica de la CGE estatuya el deber de esa Contraloría de Informar anualmente al Poder Legislativo y al Presidente de la República sobre las labores de control, del ejercicio fiscal precedente, es un mecanismo que conlleva a que la Función Legislativa y la Función Ejecutiva conozcan el trabajo de la CGE, constituyéndose en un mecanismo de rendición de cuentas de un Poder hacia otros.³⁸⁵ Eso sin dejar de considerar que el informe de referencia, de conformidad con la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, tiene carácter público, por lo que la CGE, a través de la publicidad de ese Informe, está sujeta a la evaluación de la sociedad ecuatoriana.

Por último, es de mencionar que el hecho de que la Constitución de la República asigne a la Asamblea Legislativa la atribución de proceder al enjuiciamiento político y a la censura y, en su caso, destitución de la máxima autoridad de la CGE, es un mecanismo de control del Poder Legislativo respecto de esa entidad de fiscalización superior.

³⁸³ *Vid.*, el artículo 120, numeral 9, y 204, párrafo segundo, de la Constitución de Ecuador de 2008.

³⁸⁴ *Vid.*, el artículo 206, numeral 5, de la Constitución de Ecuador de 2008.

³⁸⁵ *Vid.*, el artículo 31, numeral 20, de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La fiscalización es un elemento esencial para la gobernabilidad y el desarrollo de las sociedades.

En nuestros días, es común observar que el Estado otorgue el control financiero a un órgano representativo del mismo, para que fiscalice el gasto público. Dicho control se lleva a cabo mediante entidades de fiscalización superior.

SEGUNDA. En este documento describimos tres entidades de fiscalización superior: el Tribunal de Cuentas de la Unión (TCU) de Brasil; la Oficina del Auditor General (OAG) de Canadá; y la Contraloría General del Estado (CGE) de Ecuador.

TERCERA. El TCU de Brasil forma parte del Poder Legislativo, a quien auxilia en la fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operacional y patrimonial de la Unión y de las entidades de la administración directa e indirecta, en cuanto a la legalidad, legitimidad, economicidad, aplicación de las subvenciones y renuncia de los ingresos. Las facultades de ese Tribunal tienen base constitucional.

Tal Tribunal:

- Ejerce un control externo;
- Sus decisiones no hacen cosa juzgada;
- Tiene competencia propia y privativa, en todo el territorio nacional brasileño, sobre las personas y cuestiones sujetas a su jurisdicción;
- Su competencia fiscalizadora la ejerce tanto ex post como preventivamente;
- Mantiene una red de relaciones de cooperación con las Instituciones Superiores de Auditoría de diversos países, y con organismos de fiscalización internacionales y regionales; y
- No está sujeto a una revisión permanente o periódica por parte de un órgano de control externo que lo fiscalice.

CUARTA. Por su parte, la OAG de Canadá se desempeña como entidad de apoyo del Parlamento, a quien le proporciona información clara y objetiva y asesoramiento confiable, en relación con la administración de los fondos

públicos del gobierno federal. También es responsable de auditar al Gobierno Federal, y a los gobiernos territoriales de Nunavut, el Yukón y los Territorios del Noroeste.

De esa Oficina, es de destacar que:

- Su base principal se encuentra en la Ley del Auditor General (*Auditor General Act*) y en la Ley de Administración Financiera (*Financial Administration Act*);
- Es un organismo de control externo de fiscalización;
- Desarrolla su plan de trabajo con independencia del gobierno federal;
- Colabora con organizaciones internacionales y con oficinas de auditoría de otros países; y
- Está sujeta a una revisión permanente y periódica por parte de un órgano de control externo que la fiscaliza.

QUINTA. A su vez, la CGE de Ecuador es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.

De tal Contraloría, es de resaltar que:

- Forma parte de la función de Transparencia y Control Social;
- Tiene su base principal en la Constitución;
- Goza de personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa;
- Es una entidad de control externo;
- Su competencia la ejerce de manera previa, durante y posterior al proceso de ejecución de los presupuestos;
- Mantiene una relación de coordinación con la Asamblea Nacional y con los otros poderes del Estado;
- Es miembro activo de organismos internacionales y regionales de auditoría superior; y
- No está sujeta a una revisión permanente o periódica por parte de un órgano de control externo que la fiscalice.

SEXTA. De las tres entidades de fiscalización superior de referencia, es de hacer notar que la situación legal y las circunstancias y necesidades del país de que forman parte determinan las características de las mismas. Así, por ejemplo, se puede distinguir que:

- En Canadá y en Brasil rige la clásica división de poderes en tres ramas: la Ejecutiva, la Legislativa y la Judicial. En cambio, en Ecuador, el poder público se fracciona en cinco funciones: la Ejecutiva; la Legislativa; la Judicial; la Electoral; y la de Transparencia y Control Social. En este panorama, en Brasil y Canadá compete al Poder Legislativo (Congreso Nacional, en Brasil, Cámara de los Comunes, en Canadá) la fiscalización superior de los recursos públicos federales. Ello en contraste, en Ecuador, donde esa tarea atañe a la Función de Transparencia y Control Social.

- El Congreso Nacional brasileño, para su función de fiscalización superior, se apoya en el TCU, que es un organismo que forma parte de su estructura.

También el Poder Legislativo de Canadá, para auditar al Gobierno Federal, y a los gobiernos territoriales de Nunavut, el Yukón y los Territorios del Noroeste, se auxilia de la OAG, que es una oficina que forma parte de su estructura.

En cambio, en Ecuador el control de la utilización de los recursos estatales compete a la Función Transparencia y Control Social, de la cual forma parte la CGE.

- En Brasil, el TCU se encuentra en un grado de cierta subordinación respecto del Congreso Nacional, quien puede ordenarle la realización de auditorías e inspecciones.

En contraste, en Canadá, aunque la OAG pertenece al Parlamento, desarrolla con independencia su plan de trabajo. Y si bien el Auditor General toma en cuenta las peticiones de auditoría que le son formuladas por los legisladores, dicho Auditor tiene la palabra final.

Por lo que hace a la CGE de Ecuador, es de advertir que tiene una relación de coordinación con la Asamblea Nacional, en cuanto ambos organismos pertenecen a diferentes Poderes del Estado: la primera, forma parte de la Función de Transparencia y Control Social; la segunda, integra la Función Legislativa.

- En Brasil, el modelo de fiscalización superior que rige es el de tribunal de cuentas. Ello en contraste con la OAG de Canadá y la CGE de Ecuador, que son el prototipo de auditorías o contralorías.
- En Brasil y en Ecuador, las principales atribuciones de sus entidades superiores de fiscalización constan a nivel constitucional. Eso a diferencia de Canadá, donde las potestades cardinales de la OAG no obran en rango constitucional, sino en la legislación secundaria.
- Brasil, Canadá y Ecuador tienen como rasgo común el que sus entidades de fiscalización superior realizan funciones de control externo.

También coinciden en que en que esas entidades ejercen su competencia fiscalizadora tanto ex post como preventivamente.

- En Brasil, los instrumentos más utilizados por el TCU para realizar su misión fiscalizadora son: auditorías, acompañamientos y supervisiones. Por su parte, la OAG de Canadá se caracteriza por sus auditorías de desempeño; auditorías financieras; exámenes especiales; y auditorías de seguimiento.

La CGE de Ecuador se distingue por efectuar auditorías financieras, auditorías de gestión, auditorías ambientales y auditorías de obras públicas o de ingeniería.

- El TCU de Brasil, la OAG de Canadá y la CGE de Ecuador son convergentes en que rinden informes al Poder Legislativo.

Así, el TCU de Brasil rinde al Congreso Nacional, trimestral y anualmente, informes de sus actividades. Por su parte, la OAG de Canadá produce hasta tres informes al año, adicionales al informe anual que rinde al Parlamento. También puede presentar informes especiales sobre cualquier asunto de vital importancia y urgencia que no admita su aplazamiento. Igualmente, presenta informes sobre el desarrollo sostenible.

Por lo que hace a la CGE de Ecuador, sólo rinde un informe anual al Congreso Nacional.

- La entidad de fiscalización superior de Brasil se caracteriza por estar regida por un órgano colegiado (nueve Ministros). Ello a diferencia de Canadá y de Ecuador, donde la cabeza de sus entidades de fiscalización superior es unipersonal.
- En Ecuador, el Contralor General del Estado desempeña su encargo durante cinco años. Ello en contraste con Canadá, donde el

nombramiento del Auditor General es por diez años. Asimismo, a diferencia de Brasil, donde los Ministros del TCU tiene carácter vitalicio.

- En cuanto a la selección de las cabezas de las entidades de fiscalización superior de Brasil, Canadá y Ecuador, es de comparar lo siguiente:

- d) En la selección de los Ministros del TCU de Brasil participan tanto el Presidente de la República, como el Congreso Nacional, teniendo éste una participación más relevante;

- e) En el nombramiento del titular de la OAG de Canadá intervienen tanto el Gobernador General como Parlamento; y

- f) En Ecuador, en perfeccionamiento de la plena autonomía de que está investida la CGE, se excluye la posibilidad de que un Poder distinto al de la Función a que pertenece esa entidad intervenga en el nombramiento del Contralor General del Estado. Así, la primera autoridad de la CGE es designada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, que es un organismo que forma parte de la propia Función de Transparencia y Control Social.

- El TCU de Brasil, lo mismo que la OAG de Canadá y la CGE de Ecuador, mantienen una red de relaciones de cooperación con Instituciones Superiores de Auditoría de diversos países. Además, son miembros activos de la INTOSAI.

- Ni el TCU de Brasil, ni la CGE de Ecuador están sujetos a una revisión permanente o periódica por parte de un órgano de control externo que lo fiscalice. Ello a diferencia de la OAG de Canadá que sí está sujeta a una revisión permanente por parte de un auditor calificado nombrado por la Junta del Tesoro, quien informa anualmente los resultados de sus exámenes a la Cámara de los Comunes.

BIBLIOGRAFÍA

BARRAGÁN, José, *Antecedentes históricos del régimen mexicano de responsabilidades de los servidores públicos*. En la obra colectiva denominada: *Las responsabilidades de los servidores públicos*. Coordinadores: maestro José de Jesús Orozco Henríquez y doctor José Luis Soberanes Fernández, México, Manuel Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984.

BERLÍN VALENZUELA, Francisco, *Derecho Parlamentario*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003 (5ª. Reimpresión).

CASTAÑEDA, Fausto, *Juicio político de los Servidores públicos*. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.monografias.com/trabajos38/juicio-politico/juicio-politico.shtml>. (Consultada en abril de 2010).

FERNÁNDEZ MARTINET, Ivanna, *Países multiculturales: análisis constitucional comparado. Bélgica, Canadá, India, Sudáfrica y Suiza*, La Paz-Bolivia, Producción Plural Editores, noviembre de 2006.

FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1979.

GONZÁLEZ CHÁVEZ, Jorge, *Estudio de derecho comparado de cinco parlamentos con características especiales. Australia, Canadá, Japón, Suiza y Sudáfrica*, México, Cámara de Diputados, S.I.I.D., Servicio de Investigación y Análisis División de Política Interior. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/DPI-28-May-2001.pdf>.

JIMÉNEZ RIUS, Pilar, *La Declaración de Pamplona: Una nueva etapa en el control externo de los fondos públicos en España*. Disponible en: <http://www.auditoriapublica.com/revistas/41/pg31-42.pdf>. (Consultada en abril de 2010).

LICONA VITE, Cecilia, *Fiscalización superior. Análisis de derecho comparado. Alemania, Francia, Argentina y los Estados Unidos de América*, México, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, Revista Quórum Legislativo, Número 99.

MORA-DONATTO, Cecilia, *Función presupuestaria o financiera, Facultades del Congreso en materia presupuestaria*, Antología, México, Cámara de Diputados, LIX Legislatura, Grupo Parlamentario del PRD, Centro de Producción Editorial, 2004.

RABASA, Emilio O, *Las constituciones de Canadá, los Estados Unidos de América y México*, México, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

SILVA, A., *Tratado de derecho constitucional*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, Tomo I.

LEGISLACIÓN

Auditor General Act de Canadá.

Financial Administration Act de Canadá.

British North America Act, 1867 *de Canadá.*

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Constitución de Ecuador de 2008.

Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de la Unión de Brasil.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado de Ecuador.

Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado de Ecuador.

Normas Interiores del Senado Brasileño.

Reglamento Interno del Tribunal de Cuentas de la Unión de Brasil.

Regimento Interno da Câmara dos Deputados de Brasil.

OTRAS FUENTES

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Constituyente francesa del 20 al 26 de agosto de 1789. Aceptada por el Rey de Francia el 5 de octubre de 1789. Disponible en: http://www.aidh.org/uni/Formation/01Home2_e.htm. (Consultada en abril de 2010).

Fiscalización Superior Comparada. Una aproximación al estudio de los modelos de fiscalización en el mundo, México, Cámara de Diputados, LIX Legislatura, Comisión de Vigilancia de la Auditoría Superior de la Federación, Unidad de Evaluación y Control, 2005.

International Organization of Supreme Audit Institutions. Disponible en: http://www.intosai.org/es/portal/about_us/. (Consultada en abril de 2010).

Senado Federal brasileño. Disponible en la siguiente dirección: <http://www2.camara.gov.br/espanol/the-federal-senate>. (Consultado en abril de 2010).

Tribunal de Cuentas de la Unión de Brasil. Disponible en la siguiente dirección: www.fiscalizacopa2014.gov.br. (Consultada en mayo de 2010).

Tribunal de Cuentas de la Unión de Brasil. Disponible en la siguiente dirección: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>. (Consultado en mayo de 2010).

Office of the Auditor General of Canada. Disponible en la siguiente dirección: http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/English/au_fs_e_821.html. (Consultada en mayo de 2010).

Office of the Auditor General of Canada. Disponible en la siguiente dirección: http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/English/au_fs_e_370.html. (Consultada en mayo de 2010).

Office of the Auditor General of Canada. Disponible en la siguiente dirección: http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/English/au_fs_e_830.html. (Consultada en mayo de 2010).

Contraloría General del Estado de Ecuador. Disponible en: http://www.contraloria.gov.ec/la_institucion.asp?id_SubSeccion=1

Acuerdo que contiene el Ámbito de Control de la Contraloría General del Estado, Ecuador, 20 de diciembre del 2007.

RESEÑA: INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

MARCIAL MANUEL CRUZ VÁZQUEZ

PRESENTACIÓN

Esta reseña tiene la exclusiva finalidad de difusión respecto de la obra original del autor, para que todos aquellos interesados en el tema acudan a ella y logren un estudio e información mayormente profundos. Aclarado lo anterior, es por ello que a lo largo de la reseña no se encontrarán juicios valorativos ni críticas de ninguna especie.

Respecto del autor mencionaremos que es abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral (UNL), licenciado en Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de Rosario (UNR), ex camarista civil y comercial y ministro de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe desde 1988.

Es miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, docente de la UNL, la Universidad Austral y la UCA-Rosario. Ha sido jurado académico en distintas unidades educativas.

Fue designado experto por la Cumbre Judicial Iberoamericana en el año 2005 para redactar el Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica, que fuera aprobado en la reunión de Presidentes de Cortes Supremas en República Dominicana en junio de 2006.

Fue designado, a partir de junio de 2006 y por cuatro años, como secretario Ejecutivo de la 1° Comisión Iberoamericana de Ética Judicial por la Cumbre Judicial Iberoamericana.

A la fecha ha publicado más de dieciséis libros relacionados con la ética, la interpretación, el derecho natural y la argumentación jurídica.*

*Información obtenida de la página electrónica de la Universidad Panamericana, Campus México.

1. INTRODUCCIÓN

Precisar lo que entendemos por interpretación jurídica y Constitución. El objetivo es individualizar algunas directivas reguladoras del intérprete constitucional.

2. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

El objeto de la interpretación jurídica es **atribuir o reconocer** un significado jurídico a cierto texto jurídico. Es **determinar racionalmente la conducta** jurídica prohibida, obligatoria o permitida. **Se instala en el campo de la razón práctica**, pues a éste modo de ejercer la razón le compete definir y justificar el carácter deóntico de las conductas.

El intérprete jurídico es un **mediador** que comunica a otros cual es la conducta que corresponde hacer y omitir o que puede hacerse u omitirse, según el significado que se le reconoce a ciertos **comportamientos, cosas, palabras o cualquier otro texto jurídico**.

La hermenéutica jurídica no es como la literaria, mero comentario o recreación de textos, sino que ella **se orienta a una decisión**, la cual a su vez supone que quien la emite es responsable de sus consecuencias.

El razonamiento del intérprete es un razonamiento **práctico-justificatorio** (en última instancia moral) que permite inferir un juicio valorativo o normativo que evalúa, fundamenta o guía en un cierto sentido a una acción.

Para encontrar la respuesta jurídica al problema planteado ya no basta el estudio de las leyes, sino que se hace necesaria la consideración de **todo** el ordenamiento jurídico.

Debemos separar entre:

- Interpretación y creación. Es decir, se crea derecho al momento de la interpretación.
- Interpretación y aplicación. Simplemente se aplica la norma al pie de la letra.

Hoy día, se rechaza la ingenuidad de suponer que el intérprete cuando aplica la norma jurídica la repite sin aportar nada innovador para el ordenamiento jurídico y, a su vez, procuran establecer mecanismos que

permitan asegurar cierta racionalidad, razonabilidad, justicia u objetividad en el resultado interpretativo.

3. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA COMO SABER PRUDENCIAL RETÓRICO

El conocimiento jurídico en general tiene por objeto final principal: **justificar, valorar o dirigir** la conducta humana en la que aparece comprometida la justicia.

Dicho conocimiento ofrece distinto grados:

- Filosófico.
- Científico.
- Prudencial.

Al conocimiento prudencial le compete determinar y/o proponer en existencia a la concreta, contingente e histórica conducta jurídica **mandándola, aconsejándola o enseñándola**.

La prudencia jurídica tiene como tarea decir el derecho (jurisdictio), por eso es justo conocer a las sentencias de los jueces como jurisprudencia. Por lo tanto, aplicar el derecho es “decir lo justo”.

Prudencia (Phronimos) significa vivir de conformidad a los requerimientos de la **razón práctica**. Llevada al campo jurídico significa “actuar o guiarse con justicia”

La prudencia jurídica tiene dos dimensiones:

- 1)Cognoscitiva. Deliberar acerca de las conductas jurídicas posibles y juzgar fundadamente cuál es la que se prefiere. **Deliberación y juicio de la elección dan como resultado la interpretación.**
- 2)Preceptiva. **Manda o aconseja** aquella conducta que se aconseja como la mejor.

Interpretación *sensu stricto*: momento de la deliberación entorno a las variables de las conductas jurídicas que se pueden llegar a mandar, aconsejar, enseñar u optar, incluyendo la etapa de elección de esas alternativas determinando la conducta prohibida, obligada o permitida por medio de la prescripción o regla respectiva.

El **método** de la interpretación jurídica es **prudencial** (dilucidar la respuesta justa o correcta) y **retórico** (razones y argumentos que sostengan la interpretación, buscando persuadir a los destinatarios). El Objeto de la retórica son los medios y técnicas propias del debate, de la argumentación, de la persuasión o del conocimiento. Su propósito es lograr la **adhesión del auditorio** particular o universal.

A través de la interpretación se justifica la elección de entre las alternativas posibles, siendo la aceptación de los destinatarios resultado de un discurso racional. Cabe distinguir entre **justificación interna y externa**.

Interna. **Comprensiva** de los **argumentos** o **premisas** (fuentes del derecho, reglas de la interpretación y valores) que sustentan la decisión.

Externa. **Justificación de esos argumentos** de la decisión con buenas razones, lo que equivale al descubrimiento de las premisas y los respectivos razonamientos justificativos como razonamientos apropiados.

4. LA CONSTITUCIÓN

A continuación, mostramos las concepciones que se tienen de la Constitución:

Juridicista: Reducen el contenido y función de la Constitución al **campo jurídico normativo**.

Sociologista: La Constitución queda identificada por la **realidad social**.

Politicista: Se preocupa por el **estudio del poder**. Se vincula el contenido de la Constitución a la organización del poder en el Estado y a su disputa.

Integral: Todas las anteriores. **No debemos recurrir a visiones reduccionistas** o unidimensionales que ignoren los demás componentes constitucionales ya que el riesgo es describir incompletamente al objeto de estudio.

5. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

- **Elimina problemas de vaguedad o ineficacia** jurídica.
- Hace al texto constitucional **operativo** y en consecuencia toda la constitución obliga a la totalidad de los sujetos y operadores jurídicos.
- Hay proliferación de órganos con funciones de control constitucional.
- El reconocerle fuerza normativa en todas sus partes, implica que éstas cumplen una función directiva estableciendo **cómo ha de observarse** y

también una **función preceptiva** mandando que esa operación se realice.

- La norma constitucional **funda y legitima** el sistema jurídico.

A través de **Valores, Principios y Reglas** la Constitución cumple con su finalidad directiva e imperativa.

Mediante el análisis de la **estructura lógico-lingüística** o formal se pueden detectar criterios distintivos entre valores, principios y reglas.

En las reglas se detectan fácilmente estos elementos. **El problema surge cuando se quieren detectar en los principios** y todavía más en los **valores**.

Dworkin menciona que la forma de aplicar las **normas** es **“TODO O NADA”**: “Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.

En cambio los **principios** y más aún los **valores** anuncian una **razón que discurre en una dirección pero no exige una decisión particular**. Por otra parte, **cuando las normas entran en contradicción “una de ellas no puede ser válida si la otra con la que se contra dice lo es**. Los valores y los principios tienen **“la dimensión de peso o importancia”** de modo que quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno, aún cuando la importancia que en definitiva se haga prevalecer sea motivo de controversia.

Otro de los criterios distintivos propuestos por Dworkin es el **“test”** de origen o **“pedigree”**, según el cual las normas a los fines de su validez deben ajustarse al formularse a ciertos requisitos formales, mientras que la validez de los principios y valores se determina en razón de su contenido.

Al igual que Dworkin, Alexi sigue la tesis de separación entre reglas y principios:

- Principio: Normas que ordenan que **se realice algo en la mayor medida** posible en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Son mandatos de optimización.
- Regla: normas que exigen un **cumplimiento pleno**, por lo tanto, pueden ser sólo cumplidas o incumplidas.

Los **valores** se enuncian sin recurrir a la estructura sintáctica de una proposición o un juicio, son **conceptos axiológicos expresos**: justicia, paz, libertad, etc. Se constituyen en los fines o los fundamentos sobre los que se estructura la sociedad.

Los **principios** operan como una **especie de puente entre los valores y las reglas jurídicas**. Son determinaciones genéricas o proyecciones al campo del derecho de los valores. Su **legitimidad** para inferir de los mismos ciertas conductas como obligatorias, prohibidas o permitidas **descansa en el sustento que le brindan los valores**. *“Desde el valor a la igualdad integral o esencial entre los hombres se explica el principio de igualdad ante la ley”*

6. TEORÍA GENERAL DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Relaciones que pueden plantearse entre la interpretación constitucional y una teoría general de la interpretación jurídica:

176. Hermenéutica general. La atención a las diferentes ramas del ordenamiento jurídico hacen perder de vista el marco común en el que aquel esfuerzo esclarecedor se desarrolla.

177. La que acentúa las particularidades de la interpretación jurídica. En toda interpretación jurídica está presente de manera más o menos directa la totalidad del sistema jurídico, incluida su norma superior. También aparece implicada la jerarquía de las diversas fuentes del derecho con sus límites y exigencias de validez.

7. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Se puede emplear la expresión “interpretación constitucional” como:

a) Sentencias del Tribunal Constitucional, 2) Sentencias que tengan como parámetro una constitución rígida, 3) sólo las sentencias relativas al control de constitucionalidad de las leyes y actos normativos con fuerza de ley, 4) en un sistema jurídico en el que tal control está concentrado.

La interpretación constitucional tiene un doble objeto posible:

- Para fijar el sentido de una norma.
- Como comportamiento en relación a la Constitución.

Se puede hablar **“de”** la interpretación de la Constitución o de la interpretación **“desde”** la Constitución. En el primer caso, se trata de **atribuir insignificado** jurídico al texto de la misma, de modo de reconocer

cuál es la conducta a la que está obligando, prohibiendo o permitiendo. En el segundo caso se busca **analizar el grado de coherencia** entre la norma constitucional y otra norma no constitucional, o entre aquella y un determinado comportamiento o una cierta omisión.

Lo que se busca con la interpretación jurídica es **determinar el grado de compatibilidad que tiene con otra norma no-constitucional o una conducta u omisión jurídica.**

Se vale hablar de **antinomias** entre normas, principios o de valores.

Solución de antinomias:

- Criterio **axiológico**: Mayor peso o importancia del valor implicado en las normas en conflicto genera a su vez el desplazamiento de una a favor de la otra.
- Criterio **jerárquico**: La norma superior prevalece sobre la inferior.
- Criterio **cronológico**: La norma posterior deja sin efecto a la anterior.
- Criterio de **especialidad**: La norma especial se impone a la general.
- Criterio de **liberalidad**: Entre una norma que consagra una liberalidad y otra una prohibición se acoge aquella.

8. SUJETOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Hoy se entiende que **al ser el Derecho dirigido a todos los miembros de la comunidad, entonces todos son intérpretes de la misma.** Por lo tanto, se interpreta de distinta manera según los agentes o sujetos de interpretativos:

- Jurisdiccional o judicial: Sentencias y resoluciones.
- Legislativa: Leyes sancionadas por el Poder Legislativo.
- Administrativa: Decretos, reglamentos, resoluciones.
- Consuetudinaria: Por la sociedad a través de la costumbre jurídica.
- Contractual, consensuada o conmutativa: Actos jurídicos acordados o conferidos por personas jurídicas.

- Científica: Por especialistas en sus escritos con pretensiones de objetividad y seguimiento general.
- Profesional o abogadil: En una consulta o concretar un reclamo.

Polémica entre los sujetos de la interpretación constitucional:

INTERPRETACIÓN JUDICIAL	INTERPRETACIÓN LEGISLATIVA
1.- Opera a pedido de parte	Opera de oficio
2.- Tiene eficacia jurídica para el caso	Tiene alcance general
3.- El procedimiento que concluye es necesariamente controversial	Puede ser simple manifestación normativa
4.- Su resultado interpretativo exhibe una estructura silogista práctica	El de los legisladores carece de ella
5.- Está ligada al precedente	Puede escindir de su pasado interpretativo
6.- La fidelidad que legitima políticamente a los jueces cuando interpretan la Constitución es a la voluntad constituyente o “voluntad popular de primer grado”	Invocan a ese respecto la voluntad popular actual o de segundo grado
7.- Su autoridad o eficacia está ligada al respaldo técnico.jurídico, de racionalidad y fuerza persuasiva de sus decisiones	Estos argumentos carecen de mayor importancia.
8.- Puede ser regulada mediante directivas interpretativas	Resulta prácticamente inusual y de difícil instrumentación
9.- Se gestiona su legitimidad cuando ejercen el control de constitucionalidad	No tienen cuestionamiento de legitimidad democrática.
10.- En el supuesto de conflicto entre una y otra interpretación prevalece la judicial.	

9. DIRECTIVAS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. Optimizar la fuerza normativa de la Constitución.

- La Constitución debe ser puesta en vigencia real y no meramente hipotética. La norma constitucional deberá adaptarse a las circunstancias sociales de cada época para lograr vigencia real.
- Para alcanzar las conductas que traduzcan con fidelidad los mandatos constitucionales se requiere conocer apropiadamente aquel orden, es necesario que se lo aprecie como valioso y benéfico para los miembros de la sociedad a la que se dirige.
- Con la operatividad de la Constitución se incluye a la totalidad de su texto y lograr una mayor eficacia jurídica.

2. La Constitución como sistema.

1. Facilita su inteligibilidad.
 2. Comprende toda la materia constitucional, inclusive la consagrada por otras fuentes del derecho, como la costumbre de status constitucional.
 3. Junto a la Constitución escrita convive una no-escrita que se describe en el funcionamiento de las instituciones, en el ethos cultural de la sociedad, en sus usos, etc.
 4. Inescindible vinculación de lo jurídico con lo moral y lo político.
 5. Evita que los diferentes enunciados sean interpretados sin tener en cuenta el resto del bloque normativo al que pertenece.
 6. Muestra coherencia entre sus distintos enunciados, armonizándolos o llegando a la eliminación o postergación de la norma de menor valor.
- No privar de vigencia a ninguna de las partes de la Constitución buscando por vía de un estudio casuístico conservar a cada una de ellas en medidas proporcionales.

3. La unidad del ordenamiento jurídico.

- a) La Constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de un orden de valores materiales

expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de la producción de normas.

b) Los jueces interpretan las leyes de manera que concuerden con los principios y garantías constitucionales.

4. La máxima funcionalidad del régimen político.

- ✓ La interpretación constitucional debe conservar y fortalecer los objetivos que la sociedad ha establecido en la ley fundamental.
- ✓ Está ligada al equilibrio de poderes.
- ✓ Dada la supremacía interpretativa que ostentan los tribunales del control constitucional es particularmente a ellos donde se dirige la exigencia de que el cuadro político de órganos, competencia y relaciones institucionales, dibujado en la Constitución, sea respetado frustrando los intentos de violentar los frenos y contrapesos dispuestos en la carta magna.

5. Consolidación de los valores constitucionales.

- La constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta a las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento.

6. Atender las consecuencias sociales.

- En la interpretación se debe atender a la “previsión” para anticipar posibles reacciones entre los medios y los fines. El intérprete deberá valorar las diferentes alternativas que el ordenamiento jurídico le ofrece a su opción, a partir de las consecuencias que conlleva cada una de ellas.
- Una mirada reduccionista del jurista al entuerto que tiene entre manos implica el riesgo de postular decisiones perjudiciales para el resto de la sociedad y motivo de arrepentimiento cuando se enfrente a conflictos posteriores, acerca de los cuales se encuentre atado por el precedente.

7. Fidelidad no estática del poder constituyente.

La interpretación jurídica puede ser **dinámica** o **estática**.

- Estática. Cuando se apunta a exigir **fidelidad** incondicional al autor de la norma, intentando poner a la luz sus intenciones. El mandato normativo se **petrifica** al momento de su dictado, y en esclarecimiento de su significado, no pesan los cambios que se van produciendo en la realidad social.
- Dinámica. Cuando importa la **intencionalidad incorporada** y objetivada de la norma a la que se la independiza de la voluntad psicológica o subjetiva del autor. El mandato es **reactualizado** al tenor de la cambiante materia a la que se aplica.

8. Estabilidad relativa en las decisiones interpretativas.

- El tribunal debe seguir la orientación del precedente para los casos análogos.

CRÍTICAS	DEFENSAS
El carácter inmovilista o conservador que imprime a la jurisprudencia.	Evitar la sospecha y falta de seriedad que suponen los cambios frecuentes en las orientaciones jurisprudenciales.
El clausurar la reflexión exhaustiva mediante el recurso fácil de que ya hay un criterio fijado para el caso.	No afectar la seguridad jurídica brindando previsibilidad de las consecuencias a los operadores jurídicos.
Encubrir los cambios jurisprudenciales bajo la apariencia de seguir la orientación consagrada.	Respetar la justicia, atento a que trata igual a los casos iguales.

9. La fundamentación apropiada de las decisiones.

- Exigencia a los jueces para **motivar** y **fundar** sus decisiones.

10. Esfuerzo coordinador del Derecho constitucional interno con el Derecho comunitario.

➤ Las alternativas teóricas posibles de sostener en cuanto a la relación del derecho comunitario o derecho de la integración y el derecho interno, pueden ser cuatro:

- Derecho de la integración por ser la totalidad del derecho interno, incluso la Constitución.
- Derecho comunitario con jerarquía similar a la Constitución.
- Derecho a la integración con status jerárquico superlegal, pero infraconstitucional.
- Derecho comunitario con un nivel en el ordenamiento jurídico interno equivalente a la ley.

En el sistema europeo rige el llamado incidente de prejudicialidad o recurso prejudicial mediante el cual el juez local consulta, antes de decidir la causa, al Tribunal Europeo acerca del modo de interpretar el derecho comunitario

10. IMPORTANCIA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

La interpretación **completa** el texto constitucional permitiendo su uso como medida de otras normas o comportamientos.

Genera una **conciencia** de la normatividad jurídica de la Constitución que establece derechos y deberes operativos para la totalidad de los sujetos jurídicos de esa sociedad y consagra ciertas restricciones y exigencias formales y materiales a las demás fuentes del derecho.

Otro factor han sido los **cambios que en las constituciones europeas se fueron introduciendo**. Además de reconocer los clásicos derechos individuales, que corresponden básicamente a deberes de abstención por parte del Estado, también se incluye la protección jurídica a intereses sociales y colectivos, y así, ya no sólo podían ser titulares de derechos previstos constitucionalmente, los sujetos individuales, sino también los sujetos colectivos.

Otro elemento que favorece es la **consolidación y expansión geográfica alcanzada por los sistemas democráticos**.

PARADIGMAS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICO-JUDICIAL

1.- *Paradigma dogmático o racionalista.* Pretende que el juez opere sometido a las exigencias propias de la **razón teórica** o científica exacta, de modo que con sencillez y certeza absoluta deduzca acriticamente desde la ley la solución al caso, tal cual la quiso el legislador

2. *Paradigma irracionalista.* Reconoce que sobre la decisión judicial operan inevitablemente un sin número de **factores extrarracionales que la tornan incontrolable en términos de objetividad y racionalidad. Consolida la presencia del juez** como fuente del derecho.

3. *Paradigma político o negativista.* El derecho queda subsumido en la **lucha que se desarrolla entorno al poder**, es decir, entre los que usufructúan esa dominación social y los que la padecen. Plantear razonamientos jurídicos asépticos, es mero ocultamiento del conflicto social desde el que emerge el derecho. Los juristas encargados de hacer funcionar las instituciones jurídicas, no son más que usufructuarios interesados de las mismas desde las cuales controlan, se benefician o actúan políticamente.

4. *Paradigma herculeano.* Se alude a la teoría de **Ronald Dworkin** que en su lucha contra el utilitarismo, negador de los derechos humanos, y contra el positivismo, reductor del derecho a las normas y postulador de la discreción judicial, va a poner el **modelo del juez filósofo que llama Hércules en tanto posee una habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumana**. Desde este perfil arraigado en el holismo o totalismo pragmático, pesa sobre los jueces la responsabilidad política de descubrir la respuesta correcta para cada caso a partir de una teoría omnicomprendensiva y coherente de la totalidad de las normas, directrices, principios, instituciones y precedentes que constituyen el derecho que rige y debe regir en una comunidad.

5. *Paradigma funcionalista o pragmático.* Aquellas teorías que **ven en el derecho simplemente un instrumento útil como para aportar al funcionamiento estable y pacífico de la sociedad**. La pretensión de justicia o de corrección lógica queda desvinculada del derecho, y sólo se reclama a los juristas habilidades técnicas en vista a la paz social. Las instituciones jurídicas forman parte del engranaje social y político, pues ellas son aptas para lograr el equilibrio entre los diversos sectores e intereses respectivos.

6. *Paradigma procedimentalista.* **Procurar controlar y regular el procedimiento a recorrer por el razonamiento, de modo que el resultado queda legitimado y aprobado en tanto y en cuanto el camino indicado se haya seguido.** No interesa el contenido de lo que se concluyó jurídicamente, sino el medio a través del cual se alcanzó dicho resultado.

7. *Paradigma dialéctico*. Con este paradigma queremos referirnos a **Michel Villey**. Se trata de una variante que reconoce una dimensión procedimentalista y se identifica con las **propuestas** claramente sustanciales o materiales del **iusnaturalismo clásico** expuesto por **Aristóteles**, el **Derecho Romano** y **Santo Tomás de Aquino**.

8. *Paradigma hermenéutico*. La hermenéutica concibe a la interpretación como un **proceso de encuentro, esclarecimiento y desarrollo entre la norma (“deber ser”) y el caso real (“ser”)**. El juez cumple un papel activo constituyendo el caso mediante la selección y estructuración de un acontecimiento del mundo exterior con el auxilio de la norma, y así llega a contar con un “caso real jurídico”. **La lectura de un texto se hace desde un contexto**.

9. *Paradigma analítico*. Se construye desde una **teoría del lenguaje**. Asume el lenguaje como un sistema de símbolos mediante los cuales los hombres convienen representar la realidad y comunicarse entre sí; de manera que no existe ninguna relación natural entre los símbolos y las cosas. Al preguntarnos por el derecho, **no puede responderse desde posturas esencialistas o metafísicas** que procuren descubrir en las cosas ciertas notas que constituyen el derecho como tal, sino que el camino será **observar e identificar los modos en que se usa la palabra por la que nos preguntamos**. Se tienen que analizar las disputas terminológicas, para describirlas apropiadamente o estipular un uso conveniente de los términos.

10. *Paradigma prudencial-retórico*. El esfuerzo interpretativo compete a la “razón práctica” atento a que todo el conocimiento jurídico no tiene por objeto la contemplación, sino que su finalidad es dirigir o valorar, con mayor o menor precisión y rectitud, a la conducta humana en la que aparece comprometida la justicia. Corresponde a la prudencia jurídica especificar y mandar. La interpretación en un sentido estricto llevada a cabo por el juez, se pronuncia en orden a un conflicto jurídico donde corresponde que defina y mande la conducta que satisfaga lo justo, o sea que respete o le restituya al otro lo que le corresponde. El juez deriva creativamente su solución no desde la ley, sino desde el derecho u ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFIA

VIGO Rodolfo, *Interpretación Constitucional* 1,2a Edicion, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, P.238

Coordinación y Revisión Editorial

EMILIO ROJO CERVANTES

Portada y Diseño

HUMBERTO AYALA LÓPEZ