

SOBRE LAS "INCONSTITUCIONALIDADES" DE LA CONSTITUCIÓN

Juventino V. CASTRO

El planteamiento de un publicitado juicio de amparo que introduce una controversia sobre las reformas al artículo 28 constitucional, en lo que se refiere a la prestación del servicio público de banca y crédito, y que dispone que dicho servicio será prestado exclusivamente por el Estado, ha concluido en nuestro más Alto Tribunal, pero toma actualidad en los puntos de vista expuestos por varios juristas, especialmente en la *Revista de Investigaciones Jurídicas* de la Escuela Libre de Derecho.

Por mi calidad de profesor de ella en uno de los grupos del Segundo Curso de Derecho Constitucional, —apartado para el manejo de la materia de Garantías y Amparo—, me creo en la obligación ineludible de manifestarme en relación a este tema, que por su importancia no puede contemplarse en silencio, sobre todo para quienes tenemos a nuestro cargo la enseñanza de cuestiones relacionadas con esa controversia, y por ello —reconociendo de antemano la modestia y los límites de mis conocimientos— me he propuesto hacer consideraciones en este breve artículo.

Debe quedar sin embargo bien entendido, que manifiesto ante todo mi más profundo respeto a los polemistas, de cualquier signo, aunque no coincida con sus posiciones, y que de ninguna manera haré alusiones personales a quienes en un momento dado fueron titulares del Poder Ejecutivo Federal, ni a las personas o grupos que constituyeron el núcleo de la banca privada, porque mis análisis pretenden ser jurídicos, en cuanto a su estructura, y políticos en cuanto el tema afecta a las posiciones más altas de esta disciplina, esencia de los Estados modernos.

Considero, ante todo que, para no introducir desorden en los temas y poder hacer referencia a ellos con cierto método, dos rubros fundamentales se aprecian como necesarios y a ellos por tanto se dirigirán mis observaciones: las cuestiones relativas a si hay reformas a la Constitución que no resulta válido siquiera plantear —y mucho menos de-

cretar—; y el segundo aspecto a los procedimientos que pudieran ser los adecuados para oponerse a una reforma constitucional, para el caso de que realmente resulte pertinente oponerse o pronunciarse en contra de ciertas reformas constitucionales, y en lo que toca a ciertos temas que debe entenderse son perennes.

La polémica a que hago referencia abarca numerosas cuestiones de derecho constitucional, o ajenas a él; y de muy disímula naturaleza. Se mezclan cuestiones opinables, con antecedentes de fallos o posiciones doctrinarias. Anécdotas de supuestas expresiones de funcionarios que intervinieron en la reforma del artículo 28 constitucional, con exclamaciones de indignación, o calificativos de denuncia de dictaduras y tiranías.

No considero prudente aceptar ese enfoque. No lo califico, pero no lo sigo. Sinceramente me parece equivocado. Por ello me pronuncio solamente en los dos temas enunciados, absteniéndome de referirme a otros distintos.

Límites a las Reformas Constitucionales

La controversia a que hago referencia en la introducción, está planteada fundamentalmente en afirmaciones de juristas que sostienen, unos, que existen terrenos vedados para producir una reforma constitucional, mediante los sistemas del Constituyente Permanente que se establecen en nuestro propio texto actual, y que por ello carece de validez toda reforma que se llevare a cabo en esas áreas intocables. Hay otros autores que, por el contrario, sostienen que nuestra Constitución no señala límites al Poder Constituyente Permanente para introducir reformas a la Constitución, y que por tanto no son válidas las limitaciones y las impugnaciones que se llevaren a cabo dentro de una reforma constitucional, porque se carece de apoyo legal para oponerse a los cambios correspondientes.

Quienes adoptan la primera posición señalan diversos criterios, y citan en apoyo a ellos los externados por algunos autores que precisan cuestiones que en su concepto no podrían ser materia de una reforma constitucional, y si ésta se llevara a cabo la misma carecería de validez para regir como norma jurídica obligatoria.

Se dice, por ejemplo, que no puede reformarse la Constitución si se disminuyen en las modificaciones correspondientes los derechos del hombre, las garantías constitucionales, ya que estos derechos o garantías representan un mínimo que puede ser ampliado, pero nunca disminuido, inclusive si tal reforma se lleva a cabo para establecer garantías sociales.

Se entiende así, sin que pueda uno percatarse por qué no se fundamenta con hondura quién dice o quién resuelve que la Constitución debe quedar —como en un acto mágico— suspendida, estática o petrificada en un cierto punto, (sea éste acertado o equivocado), que pudiera haber sido formulado en su tiempo de creación, ya que a la vista de la alta calidad de los valores que se manejan en esos derechos constitucionales, no puede *retrocederse* hacia unas garantías sociales, las cuales aparecen así como una proclividad indeseada, ominosa, incivilizada, *injusta per sé*.

Paso por alto que ésta es una posición evidentemente de absolutismo individualista, y la observación de que muestra una verdadera molestia respecto a movimientos que se dirijan a afirmar lo social, o en beneficio de la conveniencia general, que producen así una posición individualista a *outrance*, para quedarme solamente con la afirmación unilateral de que por alguna razón esotérica que no alcanzo ya no digamos a valorar, sino tan siquiera a comprender, el texto constitucional se entiende ya arribó a un punto acabado en el cual no debe en forma alguna avanzar, derivar o siquiera llegar a tener un cambio. Es *lo absoluto*.

Si esto fuera verdad, y el movimiento justo, permisible y aconsejable fuera el de tan sólo avanzar hacia el individualismo más ortodoxo posible, valdría la pena preguntarse —quizás válidamente— ¿no podríamos con mayor provecho y celeridad —especialmente esta última calidad—, adoptar de una vez la tesis de que debemos *progresar* hacia la total prohibición de normar la conducta humana en toda forma, y olvidar la necesidad o conveniencia de evitar restringirla para permitir el ejercicio de esa misma libertad de acción en beneficio de otros seres humanos?

Si se está de acuerdo en que lo justo está solamente ahí, y que una reforma constitucional solamente es válida en tanto amplíe —y no limite— la libertad personalísima ¿no podríamos *liberar*, de una vez —de golpe— a los humanos, prohibiéndose que nunca más se le vuelva a esclavizar, proclamándose mediante este método su *total libertad de acción*? ¿Para qué asechar la posibilidad de una reforma constitucional, solamente en tanto amplíe y no restrinja esa libertad individual ganando así poco a poco terreno en esa meta; por qué no hacerlo de una vez y en firme, y ahí mismo proclamar la libertad total? Sería lo congruente.

Por ejemplo, el actual tercer párrafo del artículo 16 precisa: "La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la Ley." Con gran

insistencia se ha criticado que esta disposición estrictamente no permite —por supuesto mediante orden judicial—, abrir la correspondencia de un quebrado, de una persona fallecida, o de aquella que está siendo investigada o procesada (aunque todo esto sabemos bien que sí está ordenado en las leyes secundarias). Si dicha disposición —como es lógicamente necesario—, fuera adicionada para prever tales especificaciones, lo cual ya fue propuesto desde el Constituyente de 1856-1857, ¿ello sería calificado como una disposición imposible de decretar por la soberanía del Constituyente Permanente, o que resultaría viciada para el caso de que en efecto se expidiera?

El artículo 69 obliga al Estado a garantizar el derecho a la información. La reforma de él para precisar que el propio Estado podrá negarse a proporcionar una información estratégica relacionada con la seguridad de la nación, o aquella que provoque o pueda provocar alarma, pánico o caos en la sociedad ¿debe considerarse como una reforma de las prohibidas?

La verdad es que en el primer caso los individuos y su correspondencia son intocables, y en el segundo la información garantizada no tiene límites, y con las reformas apuntadas se restringirán o condicionarán sus derechos. ¿Esto es un procedimiento inconstitucional? ¿Ya no puede tocarse el texto de nuestra Ley Suprema?

Y en lo que se refiere a temas tan delicados y controvertidos como son los derechos individuales y los sociales —y lo que de ninguna manera es su equivalente, pero que puede traducirse en su consecuencia: las garantías individuales y las garantías sociales—, es de llamar la atención que a fines del siglo XX todavía se usen conceptos absolutos, *reduccionistas*, que pretenden con simplismo ingenuo ignorar todo el acervo de reflexiones y de conclusiones que desde los filósofos griegos —principalmente Platón y Aristóteles—, y con especial mención de la escolástica y de Santo Tomás, se han manejado con gran seriedad para tratar de obtener la conciliación del bien individual y del bien común —que a estas fechas inclusive ya tienen terminologías ampliamente diferenciadas—, y de ninguna manera declarar unilateralmente que "lo que vale" son los derechos individuales, y que éstos de ninguna manera pueden ceder ante los sociales.

Mucho menos tratar de proscribir toda esta problemática sobre la base de implantar una doctrina constitucional según la cual lo que no ocurrió en su tiempo ya no podrá ser. Porque sí.

Es regla de interpretación perfectamente entendible que donde la ley —y con mayor razón si ésta es la constitucional— no distingue, no debemos distinguir.

Si nuestra Constitución no indica un requisito de fondo respecto al contenido de las reformas que pueden ser objeto de procedimiento reformativo, ya que sólo indica el porcentaje de votación y el procedimiento, no resulta siquiera congruente que se afirme que a pesar de ello haya reformas imposibles de llevar a cabo; y mucho menos que el no cumplimiento de la prohibición deviene en inconstitucionalidad. Debemos distinguir cuidadosamente cuál es la mejor doctrina aconsejable para llevar a cabo una reestructuración (que irónicamente requeriría hacer una reforma para introducir una adición a la propia Constitución), de una interpretación extensiva que quiera hacer decir a la Constitución aquello que no dice, aunque lo afirmen estimabilísimos tratadistas. En otras palabras: precisemos bajo la vieja distinción lo que es *de lege ferenda*, de aquello que es *de lege lata*.

El derecho comparado nos puede dar excelentes ejemplos a este respecto.

Así por ejemplo, el artículo cinco de la Constitución norteamericana precisa la posibilidad de reformarla, añadiendo que ello será a condición de que antes del año de 1808 no se haga ninguna enmienda que modifique en cualquier forma las cláusulas primera (no prohibir la inmigración o *importación* de las personas que cualquiera de los Estados entonces existentes estimaren oportuno admitir), y cuarta (no establecer ningún impuesto directo ni de capitalización, sino aquellos que sean proporcionales al censo o recuento que antes se haya ordenado practicar), y de que a ningún Estado se le privará, sin su consentimiento, de la igualdad de voto en el Senado.

La Constitución francesa de 1958, en los dos últimos párrafos, el cuarto y el quinto, de su artículo 89, indica que no podrá iniciarse ni proseguirse ningún procedimiento de enmienda mientras sufra menoscabo la integridad del territorio francés; y que la forma republicana del Gobierno no puede ser objeto de reforma.

La Carta Constitucional Canadiense de 1971, en su artículo 55, limita las posibilidades de modificación, entre otras cuestiones, respecto de aquellas relativas a las sesiones anuales del Parlamento, el periodo máximo para la permanencia en funciones de la Cámara de los Comunes y de las Asambleas Legislativas, los poderes del Senado y el número de miembros que representen a las Provincias en el propio Senado y en la Cámara de los Comunes, los principios de la representación proporcional, el uso del francés y el inglés en su territorio, y alguna otra cuestión más.

Otros muchos ejemplos pueden darse de esta naturaleza. Así como otros más de Constituciones que, como la nuestra, simple y sencilla-

mente no emiten disposiciones especiales que condicionen las reformas. Pero es bien claro —y lógico— que cuando se quiere condicionar o fijar límites todas las leyes —no sólo las nuestras— precisan el campo sustraído a una acción.

Una cosa es expresar la conveniencia de limitar (¿a quién: al pueblo?) las posibilidades de reformar la Constitución, por ejemplo promoviendo se lleve a cabo mediante *referéndum*, y otra muy distinta es dar por hecho que a pesar de ausencia de texto expreso esto está implícito en principios extraconstitucionales, iusnaturalísticos o superlógicos.

Por lo demás, exigir excesivos requisitos para modificar las Constituciones rígidas, lleva también consigo una problemática digna de la mayor atención. No es un problema de bozal o de cinturón de castidad. Es imprescindible sopesar cuidadosamente las consecuencias de pretender introducir un sistema sumamente rígido, exageradamente complicado o limitante, para llevar a cabo las reformas constitucionales, —lo cual aparece como un alto ideal democrático, pero absoluto, petrificante y dogmático—, ya que probablemente en esa forma no se están midiendo las graves consecuencias históricas de una resistencia al cambio.

K. C. WHEARE (*Las Constituciones Modernas*, Barcelona, 1975; p. 100), nos da un excelente ejemplo que nos debe llevar a una cuidadosa reflexión: "Algunas veces se ha preguntado si, de haber sido más viable el procedimiento de enmienda de la Constitución norteamericana, hubiera podido evitarse la guerra civil de 1861-1865. De tiempo en tiempo y en los años que precedieron al estallido de la guerra se intentó hacer algunas enmiendas a la Constitución que hubieran podido satisfacer al norte y al sur, pero ninguna de estas propuestas obtuvo el suficiente apoyo. Verdad es que el veto que algunos Estados sudistas podían ejercer a través de sus senadores sobre las propuestas de reforma de los Estados del norte provocaban la exasperación, el resentimiento y la violencia de los norteamericanos; verdad es también que al ver los sudistas que cada día eran más los Estados libres que formaban la Unión, comprendieron que su derecho de veto iba a esfumarse, fueron presa de la desesperación y empujados a admitir la secesión. Sin embargo, de haber sido más sencillo el procedimiento de enmienda, de haber tenido derecho el norte de lograr su objetivo por simple mayoría, en fin, de haber tenido derecho una mayoría del pueblo de los Estados Unidos para prevalecer sobre una minoría y reformar la Constitución, la secesión del sur probablemente se hubiera producido tan pronto como la enmienda se hubiera adop-

tado. El proceso de enmienda quizás hizo converger sobre la Constitución las diferencias existentes entre el norte y el sur, pero no creó estas diferencias, ni siquiera las exacerbó. Sólo después de que la guerra civil se hubo desarrollado y que el norte quedó vencedor, fue posible enmendar la Constitución en la forma que este último aprobó."

Se pone así de manifiesto que aún para determinar una mecánica normativa, respecto al sistema bajo el cual deben funcionar las Constituciones *rígidas*, más que examinar en exclusividad concepciones de alto contenido filosófico o ideológico, se requiere el tacto evaluador de puntos de vista sociológicos, psicosociales o de voluntad colectiva. Es decir: políticos.

Instrumentos para Controvertir las Reformas Constitucionales

Ya me he pronunciado por la convicción personal de que en los términos concretos del texto constitucional que nos hemos dado (yo sí creo que nos lo hemos dado, a través de los legisladores que hemos elegido), no existe disposición precisa que permita concluir que existen materias o cuestiones que no pueden ser tocadas en una reforma constitucional. La vigencia del artículo 39 es indiscutible, y la soberanía reside en el pueblo, y la ejerce —artículo 41— por medio de los Poderes de la Unión.

Y debo subrayar que en estos casos la ortodoxia de una disposición explícita al respecto, es más necesaria que en algún otro campo de leyes secundarias. Precisamente por la trascendencia y los posibles resultados de una limitación estrecha que pudiese ahogar un devenir congénito a toda colectividad, a toda vida en sociedad; y muy especialmente dentro de un juego de intereses fundamentalmente políticos, que en aquel texto resultan estructurales. Por algo al mismo lo denominamos *Constitución Política*.

A pesar de lo anterior, cabe la posibilidad de que bajo una posición exitosa contraria a esta convicción por la cual me he pronunciado, o en virtud de una futura adición al artículo 135 que a sus autores les pareciere adecuada, todavía tendríamos que afrontar la problemática de determinar cuál es el instrumento procesal para plantear y llevar a feliz término la impugnación de una reforma constitucional, que a un quejoso o a un grupo de quejosos les pareciera en contra del espíritu, los valores, los principios o las doctrinas contenidas en nuestro Código Político.

El primer instrumento que se antoja es la acción de amparo. Eso es así porque es la vía escogida en el caso que ahora examinamos,

y porque se ha alegado como en todo amparo una "inconstitucionalidad". Pero, desde luego, y en forma inmediata, manifiesto que ésa no es la vía adecuada. Me explico:

Para llegar a esta determinación lo que debemos tener en cuenta, prioritariamente, son los efectos de las sentencias de amparo. A este respecto, nuestra Constitución (y espero que tampoco en esto se vaya a considerar que la misma es *inconstitucional*), es muy clara en relación con los efectos que se prohíben, o que no es posible otorgar, a esas resoluciones definitivas. La fracción II del artículo 107 señala que la sentencia (en el juicio de amparo) será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, *sin hacer una declaración general respecto de la ley* o acto que la motivare.

Es bien claro, por lo tanto, que aun suponiendo que se admitiera una acción de amparo mediante la cual resultare procedente impugnar una reforma constitucional, por considerar que la misma no debe integrar al propio texto de la Constitución, —por tales o cuales razones que aparezcan como muy estimables, atendibles o filosóficamente intocables—, de ninguna manera la sentencia que finalmente se dictare —como se pretende— significaría la anulación de la reforma. Ello en virtud de los términos de las actuales disposiciones, y para estar estrictamente a los mandatos de la fracción II del artículo 107 Constitucional.

Por ello, y todavía bajo una hipótesis en la cual no creo, (y que por el contrario afirmo que es inexistente), no podría tener otro efecto la sentencia favorable a ese quejoso o quejosos que aquél, consistente en que *para ellos* esa parte de la Constitución no les es aplicable. Es como si en "su" Constitución no existiera ese mandato. Pero por otra parte, a *todos los demás* que no hubieren impugnado en tiempo la promulgación, o el primer acto de aplicación de la reforma constitucional, el mandato sí resultaría válido, si les es obligatorio, si existe, si produce todos sus efectos.

Para poner de manifiesto lo absurdo de toda esta situación, permítaseme hacer el manejo de alguna situación ideológica similar que a mí me parece muy indicativa a estos respecto.

La pasión, la intolerancia y la estrechez de algunos hombres, les han hecho reclamar para sí que son los poseedores de la "verdad", y pretenden desde ese mirador imponer en materia religiosa —creencias y vocación sublimadas, dignas del mayor de nuestros respetos, por la finura de su teleología y de su inspiración— esa supuesta verdad, aunque atrás de tal actitud en hondura no encontramos otra cosa

que su prepotencia, su temor a equivocarse, su conveniencia, su intransigencia obsecada.

Como el pensamiento y la creencia son libres, *malgré tout*, todo "poseedor de la verdad" encuentra su homólogo en otra trinchera, y por falta de tolerancia y comprensión frecuentemente se producen posiciones individuales, elitistas y segregacionistas que tanto daño han hecho a la humanidad. Y así es como solemos escuchar, desde la torre de los diferentes cubículos:

- "mi" religión me prohíbe comer carne de puerco;
- "mi" religión me prohíbe casarme;
- "mi" religión me prohíbe ver de frente al Emperador;
- "mi" religión me prohíbe molestar a una vaca;
- "mi" religión me prohíbe develar mi rostro.

Sería sumamente deplorable, —siguiendo este ejemplo desastroso de encajonamiento individualizante de criterios—, el triunfo de una posición como la que se sostiene ahora como una de las jurídica y constitucionalmente posibles, con la cual se permitiría eventualmente llegar a la conclusión de que nuestro Pacto Federal, (fuente además de todo el orden jurídico nacional y de los principios básicos fundamentales), puede llegar a ser incumplido, admitiéndose que a los amparados no les resulte obligatoria *una porción* de la Constitución —aquella que se alegó era contraria a una "inmanencia constitucional", o irregular, o intolerable en relación con su antiguo texto—, y por tanto están exentos de ajustar su conducta al concreto *texto constitucional*, apreciado como *no constitucional*.

Si así fuera, habría la posibilidad de adoptar afirmaciones de este cariz:

- "mi" Constitución me permite explorar y explotar todos los carburantes que encuentre en el subsuelo de mi propiedad;
- "mi" Constitución me permite acaparar y manejar precios de cualesquiera artículos;
- "mi" Constitución me permite manejar libremente los recursos naturales de la plataforma continental;
- "mi" Constitución me permite prestar el servicio público de banca y de crédito.

Tantas Constituciones como individuos o como personas jurídicas que exitosamente hubieren convencido a nuestro más Alto Tribunal de que una reforma a la Constitución, que pasó por el tamiz —bueno

o malo; elogiado o despreciable—, de todo el sistema constitucional estrictamente pactado, y escrupulosamente respetado, no sea tal Constitución para alguien. Y por ello *derogando* la reforma —aunque sólo sea en beneficio del quejoso, o los quejosos que se opusieron a tal reforma—, se dejare vivo el texto anterior, o ninguno si ése fuera el caso.

Creo que bajo las anteriores situaciones se produciría un caótico estado de confusión que es incomparablemente más insostenible, más peligroso, más anonadante, que la tesis que combatimos, y que sostiene que dentro de nuestra Constitución puede deducirse que está implícita y es reclamable una nulidad de reforma.

Pero independientemente de este argumento de fondo, resulta claro que no puede anularse una reforma constitucional por no apegarse a aquellos criterios alegados por los quejosos, —por seductores que aparezcan—, ya que ese efecto no sólo no está autorizado en el sentido que se desea por los impugnadores, sino porque inclusive hay disposición expresa en sentido contrario. Mediante el amparo, pues, no puede anularse una reforma constitucional. No está en su técnica. No se le puede utilizar así.

Podrá insistirse, por supuesto, en las excelencias de una tesis quizás de finura inestimable; pero para combatir una reforma que parezca al impugnador como totalmente inaceptable, tendrían que introducirse ineludiblemente reformas constitucionales que no únicamente precisen sin ningún género de duda, sin subjetivismos, sin posiciones ideológicas, cuál es el material prohibido e intocable, sino además especificar una acción procesal constitucional que indique los extremos de la controversia, el tipo de alegación que se puede hacer valer, el tribunal o tribunales ante los cuales deben plantearse las oposiciones, el procedimiento al que se sujetará el litigio, las partes que pueden o deben concurrir para impugnar o defender la reforma, la forma de llegar al fallo y los efectos de la sentencia.

Y por supuesto —y antes que todo eso—, la generalidad de los efectos de la sentencia que declare la nulidad de la reforma decretada por el Constituyente Permanente, o su no incorporación a la Constitución, en forma tal que se aplique la declaratoria a todos, ciudadanos y habitantes de nuestro país, y así con toda certeza jurídica y política podamos afirmar —sin ningún género de duda—, que el orden jurídico nacional se fundamenta indispensable e ineludiblemente en una Constitución que de una vez y para siempre se garantiza no será objeto de dudas o de opiniones encontradas sobre su plena, indubitable, insospechada y total validez.

EL DERECHO ECONÓMICO: UN ASUNTO PARA REPENSAR EL DERECHO

Martín Díaz y Díaz

SUMARIO: Introducción, 1.—Derecho Económico: ¿Derecho de la crisis?; 2.—Las categorías "mercado" y "monopolio" como límites que acotan el espacio del Derecho Económico; 3.—El Derecho Económico y las áreas de conflicto: la nacionalización; 4.—La relación política económica y derecho económico ¿es una relación de fondo y forma?; 5.—Los primeros elementos de la nueva "Razón Económica" de Estado"; 6.—Constitución Política y Constitución Económica; 7.—Apuntamiento final.

Introducción

Los fenómenos sociales tienen un carácter invariablemente complejo y sus manifestaciones no siempre revelan a primera vista el sentido de sus conexiones internas.

El conocimiento moderno, sobre todo a partir del kantismo, ha enfatizado y practicado la especialización. Desde entonces han sido pocos los intentos cognoscitivos que pretendan recuperar el sentido integral del discurso científico. Ello provoca que las consecuencias epistemológicas de los modelos particularistas deban evaluarse a partir de un doble reconocimiento, porque si por un lado han sido motivo de un desarrollo técnico muy intenso en los distintos campos del conocimiento; por otro, han sacrificado el carácter integral que es consustancial a los procesos históricos.

En el campo de la ciencia del Derecho pueden constatarse los innegables progresos que los modelos exagéticos e incluso la Teoría Pura han conseguido para la ciencia jurídica.

Sus aportaciones a la teoría del derecho privado, a la teoría constitucional y a la técnica procesal y legislativa, forman parte medular del Derecho contemporáneo y, aun más, del alto grado de certeza que el orden jurídico proporciona a las relaciones sociales en general. Pero si éstos han sido los aciertos, otras son también las omisiones.

Resulta obvio que el derecho no acontece sólo en el curso histórico