

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

de la sociedad. Sus progresos, su forma, pero sobre todo su sentido, obedecen también a la relatividad de la circunstancia en la que lo normativo se produce; dejar de atender a las variables que en el derecho influyen, es renunciar de entrada a comprender y a explicar la razón histórica de los fenómenos jurídicos.

Si la sociedad no cambiara o si la organización política fuera inmutable, el camino de los modelos científicos especializados sería necesariamente correcto. En esta perspectiva, el jurista —como científico del derecho— daría plena satisfacción a sus tareas, dedicándose a pulir hasta la exquisitez los instrumentos técnicos de lo normativo.

Sin embargo, la realidad social cambia y la dinámica de la historia alcanza necesariamente al derecho. Los fundamentos jurídicos se forman y se transforman conforme la sociedad se modifica. Siguiendo el criterio de los "especialistas"; este proceso —que da cuenta de la relación entre el derecho y la sociedad— quedaría completamente al margen de la ciencia jurídica; para ellos la única tarea consiste en fijar la positividad del objeto, desestimando su génesis y su dinámica. Con esta actitud se corre el riesgo —ya inminente— de teorizar para un derecho que no existe. Es así que la mayor parte de los juristas que en nuestro medio se encargan por ejemplo del estudio del derecho de propiedad, lo hacen de la misma forma que lo realizó Pothier en el *Tratado de la propiedad*, y con facilidad desdeñan la especificidad que esta institución jurídica tiene, en la fórmula que el Congreso Constituyente de la ciudad de Querétaro dejó plasmada en nuestra Carta Magna.

La eliminación metódica de las variables "ajenas" al derecho, acarrea un vacío teórico que deja al conocimiento jurídico a un paso de la ingenuidad política y económica, que coloca al jurista muy cerca del cinismo en el plano de la ética.

Los acontecimientos de este siglo, sobre todo los de su segunda mitad, han prohiado movimientos estructurales de naturaleza sustancial en la sociedad contemporánea. La crisis económica se ha difundido en el espacio social y ello ha provocado un fuerte ajuste de los mecanismos institucionales, concretamente, se ha experimentado un crecimiento *no voluntario* de los aparatos estatales, que se constata de una manera fehaciente en el incremento de la función económica que los Estados contemporáneos efectúan.

Resulta míope la actitud de quien pretenda ignorar las rectificaciones jurídicas que la "economización" del Estado ocasiona. El derecho moderno —construido bajo el principio de la igualdad de los sujetos ante la ley— cede y se traslada con el derecho contemporáneo,

cuya factura se caracteriza por el reconocimiento de la desigualdad material de los sujetos sociales, que ahora son también sujetos jurídicos. Derecho del Trabajo, Derecho de Protección al Consumidor; Derecho de Transferencia de Tecnología, y otros derechos más, son la prueba que se ofrece para acreditar el proceso de rectificación del Derecho en general. En todos estos casos el viejo derecho privado ha visto desdichos sus principios y desplazadas sus normas a un espacio cada vez más restringido.

Con las discusiones que se han suscitado sobre la naturaleza del llamado Derecho Económico se abren nuevas perspectivas para reorientar el sentido general del conocimiento jurídico. El Derecho Económico se presta poco para las generalizaciones que caracterizan a las construcciones normativas modernas; su carácter es mucho más concreto: Los procesos económicos ameritan una normatividad flexible y poco distanciada del curso efectivo de los acontecimientos, así como de una teoría que tome en cuenta la compleja imbricación del derecho con el estado y con los fenómenos económicos.

1.—Derecho Económico: ¿Derecho de la Crisis?

El Derecho Económico sugiere el primer intento de respuesta jurídica a la crisis contemporánea; a la crisis del mercado —que durante mucho tiempo estuvo concebido como regulador natural y espontáneo del equilibrio social—, y a la crisis teórica de los enfoques jurídicos clásicos, que se muestran demasiado rígidos para comprender fenómenos tales como la participación del Estado en la economía o la reorganización política que implican los procesos de planeación central en un marco formalmente corporativizado, como el del Estado Mexicano por ejemplo.

Hasta la fecha no existe un consenso doctrinal sobre la naturaleza del derecho económico. Algunos juristas, militantes todavía de la vieja vocación taxonómica de la ciencia jurídica, persisten en plantear, como fundamental, el problema de la autonomía de ésta a la que consideran una nueva rama del derecho. Sin embargo, lejos de los artificios clasificatorios de la ortodoxia doctrinal, ocurren procesos históricos, que con sus manifestaciones desdichan los principios que fundan el derecho de iguales. Fenómenos tales como la rectoría económica del Estado se han producido y normativizado sin solicitar anuencia de los juristas tradicionales; ha sido la realidad y no los criterios valorativos sobre ésta, la que ha incorporado normas con un nuevo sentido al derecho contemporáneo, pero son precisamente estas transformaciones las que

exigen —en tanto objeto de estudio— una nueva orientación —no exegética y no purista— del conocimiento del derecho.

La crisis del capitalismo libre concurrencial, es decir de aquel capitalismo que depositó absolutamente su confianza en la espontaneidad del mercado como regulador del equilibrio social, ha devenido en la crisis de los sistemas jurídicos racionalistas, en la rectificación política del derecho de iguales, fuente principal de inspiración de las normas contractualistas del derecho privado, y por qué no decirlo, del contractualismo del derecho público que también existe.

A partir de la aplicación de las políticas del "New Deal" después de la gran crisis de 1929 por parte del gobierno norteamericano, han surgido normas programáticas, cuyo fin primordial consiste en reordenar los procesos económicos en defecto de la ordenación natural del mercado. Estas normas necesariamente se inmiscuyen en la esfera de las relaciones privadas; la ocupan suplantando en el fondo la "autonomía de la voluntad" de las partes contratantes, por una especie de "Razón Económica de Estado", que en forma de planes y programas intenta restablecer la anarquía que provoca un mercado incontrolado.

Las normas del Derecho Económico son reglas de la orientación económica, instituto jurídico de la planeación estatal y, en última instancia, de la participación del Estado en la reproducción material del sistema y de su reordenación monopólica. El Derecho Económico se asocia entonces, a la crisis del mercado, a la crisis del derecho privado y a la consolidación del monopolio como fenómeno determinante de la sociedad capitalista contemporánea. Vale la pena aclarar que no toda la planeación es pública, que los grandes consorcios privados ejercen medidas de control sobre el mercado, aunque sólo la planeación estatal es, hasta ahora, derecho económico en el ámbito nacional.

Normas de contenido económico han existido siempre en los ordenamientos jurídicos, simplemente para ejemplificar esta proposición, citemos las disposiciones sobre contratos, las normas que regulan las operaciones de crédito o el régimen de los títulos valor. Lo que da carácter distintivo al Derecho Económico no es exclusivamente el contenido material de sus disposiciones, sino la naturaleza de los procesos que regula. El Derecho Económico se encuadra en un movimiento estructural de amplias dimensiones, al que brevemente podríamos caracterizar como una contradicción entre el alto grado de concentración y de centralización de la actividad económica contemporánea y una supraestructura de fundamentos liberales, que se ha perpetuado

explicando nuestra sociedad como si ésta se constituyera como un conjunto de productores y propietarios individuales en igualdad de condiciones potenciales. Si bien es cierto que esta imagen ideológica de la sociedad moderna se construyó desde los mismos orígenes del capitalismo para encubrir las diferencias materiales de los sujetos sociales, también debe apuntarse que en el momento actual, dicha imagen procura asimismo ocultamiento a la constitución monopólica de la sociedad contemporánea, haciéndola pasar por la vieja sociedad del capitalismo libre concurrencial.

¿Qué papel juega el Derecho Económico en el proceso contradictorio que se suscita entre la constitución efectiva de la sociedad y su sistema de representaciones institucionales y discursivas?

El Derecho Económico constituye una zona de traslape y por tanto de atenuación entre los dos polos contradictorios —mercado y monopolio—; es un derecho que sin negar la vigencia de las normas del derecho privado, poco a poco, lo desplaza y se inmiscuye en sectores de las relaciones sociales que antes, en los tiempos del estado gendarme, eran espacios prohibidos para la injerencia pública. En el esquema típicamente liberal la esfera de lo público y la esfera de lo privado se encuentran absolutamente distanciadas. En la esfera de lo público el único agente es el Estado que actúa siguiendo el principio de legalidad o de atribuciones expresas; en la esfera de lo privado los agentes son los particulares, el principio de su acción es la libertad y el contenido de su ejercicio es preponderantemente económico. El Derecho Económico significa el abatimiento parcial de la dimensión entre un espacio público y otro privado; es un derecho que reconstituye el vínculo entre la sociedad civil y el Estado, pero no desde la perspectiva de la independencia de los intereses privados, sino desde la posición de una razón económica superior que autoriza a ingerir y a planear el curso del desarrollo económico sin atenerse a los organismos institucionales típico del capitalismo libre concurrencial. En el caso de México, la llamada planeación democrática entraña el establecimiento de un sistema alternativo a la democracia parlamentaria consagrada en el texto constitucional. La nueva "democracia" se desarrolló en foros *ad hoc* donde las opiniones de los "sectores interesados" en la elaboración de cada plan, son interpretadas por las propias autoridades competentes.

La política económica contemporánea invade, de hecho, aunque no niega discursivamente, el ámbito de la sociedad civil. Jurídicamente esto provoca que junto a las normas típicas del Estado Moderno (normas contractuales, garantías individuales, principio de la división de

poderes, etc.), exista otro bloque jurídico, cuyo sustento teórico e ideológico es distinto; me refiero a las normas llamadas de derecho social y a las normas del derecho económico. En estos casos existe un reconocimiento tácito a la desigualdad de los sujetos jurídicos y a la crisis del mercado como regulador o codificador de la sociedad en su conjunto.

La abrogación final del derecho de iguales o moderno no se encuentra cercana; su sobrevivencia está garantizada no por la permanencia del mercado como elemento determinante, sino por la sutileza social y política de sus principios e instituciones que le reservan un papel importante en la presentación ideológica de los órdenes jurídicos contemporáneos.

Negar la igualdad de los sujetos ante la ley, el derecho de libre empresa, o más, el derecho de propiedad, sería desnaturalizar de plano los fundamentos orgánicos de la sociedad moderna. Así las cosas, aunque fácticamente el monopolio exista como factor dominante y sobrepujado al mercado, políticamente, los estados contemporáneos se encuentran lejos de reconocerse como estados monopólicos, o peor todavía, propiciadores del monopolio. Justamente para afirmar el predominio del monopolio el Estado efectúa su negación en el plano del discurso y de la política y, para negar, hecha mano del más puro discurso jurídico liberal. El progreso de la desigualdad de los agentes económicos privados se logra cuando la voluntad política estatal mantiene su orden regulatorio como si los sujetos jurídicos (que son también económicos) continuaran siendo potencialmente iguales.

El derecho de los contratos sigue siendo funcional a la sociedad contemporánea, en la medida que el mercado siga fungiendo como representación general o como imagen de la actividad económica total que en dicha sociedad se verifica.

2.—Las categorías "mercado" y "monopolio" como límites que acotan el espacio del Derecho Económico

Cabe aclarar que cuando se utiliza el término "mercado", la referencia se hace no solamente al espacio físico del intercambio de bienes y servicios, sino que alude al conjunto de relaciones sociales que se codifican —de manera determinante— a partir del intercambio. Mercado, en el sentido que aquí se utiliza, corresponde a la idea política de sociedad civil; es el ámbito de los intereses privados y de las relaciones individuales de contenido preponderantemente económico de los sujetos sociales; es, así mismo, la explicación del conjunto social

a partir de la esfera de la circulación de mercancías. En este contexto el derecho privado de cuño racionalista resulta la envoltura formal del proceso descrito: institucionalización del intercambio y de las relaciones que éste genera.

La noción de "monopolio" no se restringe para nuestros fines a su sentido jurídico, es decir, al monopolio entendido como una fuerza económica concentrada por su situación de predominio o de exclusividad, puede fijar arbitrariamente las condiciones de comercialización de determinadas mercancías o servicios, sin sujetarse a los mecanismos competenciales del mercado, siempre y cuando esta conducta cause perjuicio a la sociedad. Aquí se utiliza el término monopolio para aludir al proceso de concentración y centralización de capital que al consolidarse como elemento determinante —es decir, que se sobrepone al mercado— ha pasado a constituir una etapa histórica en el desarrollo de la sociedad capitalista, perfectamente diferenciada de la etapa formativa libre concurrencial del sistema en el que vivimos. El predominio del monopolio data del primer tercio del presente siglo y su rasgo más característico estriba en el papel predominante que juega el capital financiero en el conjunto de la actividad económica.

Monopolio significa distorsión del mercado, y mercado, a largo plazo, siempre se traduce en monopolio. La legislación antimonopólica en realidad sólo tiene una función política: la de ocultar bajo principios libre concurrenciales la constitución efectiva de la sociedad moderna y eventualmente sostener un proyecto integral de desarrollo que permita la sobrevivencia en un plano restringido de los capitales medianos y pequeños. Los principios éticos que alientan y protegen la libertad mercantil se plasman en el orden jurídico como elementos del discurso político, pero se proyectan hacia la realidad con un sentido distinto; su carácter prohibitivo se acentúa y la noción de monopolio se restringe —por lo menos en la legislación mexicana— a los casos en que la práctica exclusiva ocasione perjuicio al público en general.

La práctica monopólica marca un periodo de ajuste supraestructural en la sociedad moderna, porque al comprometer la función económica del mercado, desmerece también su función social. Intervencionismo de Estado y monopolio son dos procesos que históricamente proceden en forma vinculada, porque al no ser ya la posición mercantil de los sujetos la que determina su ubicación social, es menester contar con una fuerza política superior de ordenación que medie el proceso de centralización de capitales y distribuya los costos sociales del ajuste. No existe monopolio sin privilegio, sin embargo, el reconocimiento

social generalizado de los privilegios, sólo se consigue cuando éstos se elevan al rango de leyes generales, lo que acontece únicamente en el marco del Estado moderno. En esta perspectiva, el Derecho Económico resulta un proceso normativo absolutamente concomitante al proceso de monopolización de la sociedad contemporánea y de regulación encubierta de las prácticas monopólicas. Es también derecho del conflicto entre los grandes capitales centralizados y los capitales medianos y pequeños, cuya sobrevivencia obedece a la protección estatal y a la conveniencia de un eventual proyecto de desarrollo nacional. A grosso modo se puede afirmar que un elemento fundamental para distinguir al derecho económico de la legislación tradicional, es, precisamente, la existencia social del monopolio: el presupuesto histórico de la desigualdad de los sujetos privados, encubierto por un orden jurídico que permite la coexistencia de las viejas normas del derecho de iguales con disposiciones ordenatrices del proceso de monopolización, necesariamente rectificadora de un mercado en crisis por la existencia del mismo monopolio.

El orden jurídico realiza el "acto mágico" de permitir la coexistencia de una sociedad que define sus rasgos de manera principal por la existencia del monopolio, con un orden jurídico de inspiración libre concurrencial. Sin embargo, es un hecho que el Estado contemporáneo a visto crecer su aparato administrativo en el que se concentran un mayor número de funciones en desdoro de los órganos legislativos, y que este proceso de tecnificación que resulta concomitante al proceso de monopolización, apareja una cortapisa a la envoltura democrática de los estados occidentales.

Se puede afirmar que el derecho privado y el derecho económico subsisten en el ámbito de la crisis; que su existencia obedece a un traslape doblemente funcional: mientras el Derecho privado encubre el carácter autoritario de los procesos de planeación y monopolización, el derecho económico reconstruye las posibilidades de vigencia del estado de derecho y del orden jurídico, ante fenómenos que escapan a las potencialidades regulatorias de un sistema normativo que surgió vinculado a un mercado, del que se esperaba el equilibrio natural de la sociedad y que corresponde históricamente al de la sociedad europea occidental de los siglos XVIII y XIX.

3.—El Derecho Económico y las áreas de conflicto: la nacionalización

El Derecho Económico, a pesar de lo que se ha planteado no es un

derecho de alcances solamente nacionales; debe aclararse que a nivel internacional el derecho económico surge para articular, desde el punto de vista normativo, el proceso de internacionalización del capital y que se manifiesta a la par de la redistribución de los espacios económicos, sobre todo en los procesos de integración internacional y de regulación del intercambio comercial y financiero.

El Derecho Económico también tiene por objeto regular una doble área de conflicto en el plano internacional, a saber: el intercambio comercial desigual que se produce entre los Estados nacionales desarrollados y los Estados dependientes, y la antinomia que se establece entre empresas transnacionales por un lado y Estados nacionales del otro. Dentro de este último ámbito de conflicto se ubican sectores legislativos como el de transferencia de tecnología y aquel que regula la inversión extranjera.

El Derecho Económico registra el conflicto que existe entre un proceso de acumulación de capital que se produce a escala nacional dentro de cada estado, y las condiciones que requiere el proceso de acumulación de aquellos capitales que por su dimensión y por la extensión de los mercados que ocupan han excedido el espacio territorial de los Estados nacionales.

El hecho de que actos como las nacionalizaciones adquieran arraigo jurídico en los órdenes internos y en el ejercicio de la política económica de los Estados, revela el intento de éstos por preservar el control interno del proceso de acumulación de capital frente a los grandes capitales internacionales, que coaccionan a los estados para satisfacer sus intereses y decidir los procesos de ordenación económica desde una dimensión supranacional que escapa al control político de los mencionados Estados.

En los Estados dependientes como el nuestro, las nacionalizaciones constituyen actos defensivos que intentan procurar, desde la esfera política, un espacio de autonomía y decisión a los procesos que constituyen el *desarrollo nacional*.

Por su naturaleza compleja y por el tipo de proceso que entrañan, las nacionalizaciones son actos típicos del Derecho Económico. La articulación de elementos políticos, económicos y jurídicos en un mismo proceso, confiere a la nacionalización la complejidad suficiente para hacer imposible su explicación desde cualquier perspectiva exegética o de inclinación purista, y obliga a intentar su comprensión con la ayuda de un método abierto, que en lugar de aislar los elementos normativos, los entienda en su funcionalidad recíproca con las variables económicas y políticas de una determinada sociedad. En este sentido

el Derecho Económico reivindica para el conocimiento jurídico el carácter de conocimiento social.

Los actos nacionalizadores, antes que otra cosa, son decisiones políticas de los Estados que consisten en reservar dentro de su constitución para el ejercicio público de manera exclusiva, cierto sector de la actividad económica. Vale la pena insistir en que cada nacionalización significa un mayor grado de restricción al derecho público subjetivo de la libertad ocupacional o de libre empresa como también se le conoce; que cada nacionalización implica la ampliación de la esfera pública en detrimento de la privada, pero que dichos actos son en ocasiones el requisito histórico para que la esfera privada mantenga un determinado carácter nacional.

En tanto que la nacionalización implica una modificación a la estructura constitucional de un Estado, los juristas no podemos sustraernos a la explicación del sentido de esas reformas y de su congruencia o incongruencia con los principios constitucionales fundamentales. A pesar de que contamos con un instrumental analítico muy limitado, tenemos la responsabilidad de dar una respuesta científica al hecho de las nacionalizaciones; una respuesta que trascienda los simples calificativos a prioristas y los juicios superficiales de constitucionalidad.

Obviamente una nacionalización implica una contravención al sustrato liberal de las constituciones modernas, pero también contradicen los principios fundamentales de esas Cartas, medidas como la relativización del principio de atribuciones expresas, el exagerado sobrecargamiento de las atribuciones del presidente de la República o la casi desaparición de la garantía de audiencia en los procedimientos de expropiación. Con esto se quiere decir, que las reformas constitucionales que hoy se introducen a esos textos, no son meras adecuaciones o acomodados de sus principios rectores, sino que implican una verdadera redefinición de los conceptos básicos de organización del Estado.

Tal parece que los mecanismos previstos por los órdenes jurídicos para defensa de sus respectivas constituciones no han sido suficientes para detener el embate de los movimientos reformadores, o bien para diseñar con espíritu crítico un modelo constitucional alternativo, donde conscientemente y en forma deliberada se programen los alcances organizativos de un Estado diferente al Estado Moderno y que podríamos denominar Estado Programador.

La mayoría de las nacionalizaciones son en efecto inconstitucionales porque su mecánica violenta la parte dogmática de las Cartas, pero es un hecho innegable que la conculcación a los derechos públicos sub-

jetivos forma parte de un proceso histórico cuyo sentido se encuentra en un nivel de profundidad que excede el mero juicio de constitucionalidad.¹

Ahora los juristas debemos explicar —no necesariamente legitimar— cuál es la razón por la que el orden jurídico contemporáneo admite en su interior un traslape relativamente ambiguo de principios; unos, los de sustrato liberal, y otros, los que obedecen a la lógica del "intervencionismo" de Estado. Aun más, la responsabilidad científica nos indica la obligación de formular hipótesis sobre el curso y las consecuencias de esos traslapes; sobre la vigencia o el anacronismo de los modelos constitucionales e incluso sobre la legalidad —que en buena parte es la legitimidad— de los nuevos principios que a las constituciones se incorporan, y de los que las nacionalizaciones no son sino una parte.

4.—La relación política económica y derecho económico ¿es una relación de fondo y forma?

Como punto de partida planteamos una proposición que en el curso de nuestra reflexión intentaremos justificar: el contenido fundamental del derecho siempre son las relaciones sociales; el contenido fundamental del derecho económico es la política económica, que no es sino un determinado sector de las relaciones sociales que el derecho vigente necesariamente contiene. Esto, si reconocemos que el derecho es un fenómeno formal, y en cuanto tal es necesario localizar su remisión a lo otro, es decir a aquellos de lo cual es fenómeno.

En un primer nivel se puede establecer que la política económica es el nombre genérico que recibe la participación del Estado en la reproducción económica o material de la sociedad. Los mecanismos concretos de participación son muy variados: emisión de moneda y ejercicio de la función de banca —central y especial—, manejo directo de áreas estratégicas, construcción de infraestructura técnica e incluso científica, prestación de servicios como salud, educación, comunicaciones, control del comercio exterior, otorgamiento de estímulos y subsidios a las actividades económicas prioritarias o ineficientes, control de precios, distribución social del ingreso mediante asignaciones pre-

¹ En sentido estricto las nacionalizaciones no pueden ser sino actos constituyentes, o bien del órgano reformador de la Constitución, porque entrañan una alteración sustancial a la distribución entre el espacio público y el espacio privado de la actividad social que solamente la Constitución puede regular por elemental criterio de seguridad jurídica.

supuestarias, ejercicio empresarial directo en aquellas áreas económicas que no resultan atractivas para los capitales privados; contratación de empréstitos con el exterior, y sobre todo, planeación general de la actividad económica y regulación de la crisis a partir del ejercicio combinatorio de los factores enunciados.

No siempre en el curso de la explicación política moderna se ha reconocido como conveniente la participación económica del Estado. Las concepciones liberales fueron partidarias de un estado constreñido exclusivamente a las funciones administrativas de gobierno. De esta convicción hicieron un principio fundamental de ética-política; el buen gobernante debe permitir el impulso natural de las leyes económicas que proviene precisamente de la motivación individual de la actividad privada. Toda injerencia pública en la función particular era vista con recelo y desconfianza. En las mentes liberales el espacio social se encontraba naturalmente dividido en un ámbito público —el del Estado— y en otro privado —el de la sociedad civil—; lo público era por necesidad el espacio de los fenómenos políticos, y lo privado, el de los procesos económicos; en un lado acontece lo artificial, lo ordenado; en el otro, lo natural y espontáneo. Los agentes económicos, por definición, deben ser agentes privados y operar bajo el presupuesto de su igualdad potencial, de su desplazamiento voluntario. El Estado es un órgano de dimensión distinta, su peso político se traduce necesariamente en asimetría económica y distorsión de las leyes espontáneas del mercado; por lo tanto, el Estado debe abstenerse de concurrir al espacio de la actividad privada, su función consiste en otorgar las garantías políticas y en preservar el orden intersubjetivo de la sociedad civil. La función estatal debe dirigirse de manera que sus actos no privilegien a ciertos agentes de la actividad privada, para que la igualdad potencial de los sujetos se mantengan y la competencia sea leal.

Con el advenimiento de la etapa monopólica, el esquema liberal se resquebraja. Las crisis del capitalismo vuelven inminente la intervención estatal para la rectificación de los desequilibrios económicos. En este contexto, el keynesianismo se ofrece como la primera explicación racional, dentro del pensamiento económico burgués, que atribuye a la injerencia económica estatal un carácter terapéutico, ya no peyorativo. En la explicación de los ciclos económicos, Keynes apuntó la necesidad de abatir los estados recesivos con el impulso político.² El

² Ver Sweezy, P. "La aportación de Keynes al análisis del capitalismo" en vol. col. *Crítica de la economía clásica*. (trad. A. Bosch), ed. Ariel, España, 1968, pp. 97-108.

Estado aparece entonces como un ente correctivo y capaz de planear algunos aspectos de la vida económica, a través del manejo de instrumentos financieros, monetarios y presupuestales; sin embargo, la intervención económica estatal debe orientarse con un criterio eminentemente restablecedor; su objetivo central tiene que ser el de proveer para la restitución del funcionamiento óptimo del mercado: Para Keynes el principio explicativo de los periodos recesivos se encuentra en la demanda insuficiente, es decir, todavía a nivel de los elementos constitutivos del mercado; no se trata de un proceso de crisis estructural del capitalismo en su conjunto, sino de un desajuste temporal que será convenientemente purgado por el periodo de crisis.

La política económica es sólo un sector de la política en general y, en cuanto participa de este género se caracteriza también por su carácter complejo, que proviene de las peculiaridades de su fuente, la cual, no es otra que la permanente confrontación de las fuerzas sociales en una formación nacional determinada. Entonces, la política económica no se explica exclusivamente como el conjunto de mecanismos materiales de participación económica estatal, sino también, y esencialmente, como conjunto de concepciones de una formación nacional sobre su propio desarrollo, expresadas contradictoria y políticamente en el discurso estatal.

La política económica, por lo tanto, se integra de elementos materiales y discursivos, tanto de los órganos de gobierno, como de las reivindicaciones de las clases sociales, aun las no hegemónicas, recogidas en el proceso de condensación política que lleva a cabo el Estado. Por citar un caso, en México la política financiera que practicó el Gobierno, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en los años anteriores a la nacionalización de la banca, respondía en todo a los intereses particulares de los grupos financieros cuyos enclaves en el propio gobierno les proveyeron de las medidas políticas de apoyo para la consolidación de su situación de predominio sobre el resto de la economía.

Ahora bien, debemos distinguir entre los mecanismos políticos reales —como la presión y el conflicto— a través de los cuales las clases sociales influyen en la generación de la política económica, y aquellos de carácter formal, que el mismo sistema de planeación establece "para incorporar la participación y la consulta de los diversos grupos sociales, con el objeto de que la población exprese sus opiniones para la elaboración, actualización y ejecución del Plan y sus programas". Este sistema de participación formal, guarda muchos inconvenientes desde el punto de vista de las aspiraciones democráticas, dado que las

clases sociales como tales no tienen como espacio de acción esos foros *ad hoc* que el Gobierno implementa para la consulta; y aunque la tuvieran, siguen siendo las autoridades políticas a quienes toca arbitrar y seleccionar las opiniones para la confección del Plan.

Cabe aclarar que del total del discurso que constituye la política económica, sólo una parte se transforma en actos positivos, y que para interpretar el conjunto del proceso no podemos hacer abstracción de los objetivos incumplidos, sino que debemos atender a las prácticas y a su congruencia con el proyecto discursivo al que aparentemente se deben y, en un segundo momento, contrastar los resultados con la efectiva función estructural de la política económica.

Las causas que bloquean la realización de ciertos objetivos de política económica estatal, los podemos encontrar en las condiciones externas que genera la situación de dependencia, en las pugnas de clase que integran una situación determinada, en contradicciones dentro del mismo aparato administrativo del estado y, finalmente, en el carácter ideológico que asume el propio discurso económico estatal.

5.—Los primeros elementos de la nueva "Razón Económica de Estado"

Dentro de la política económica la planeación resulta la expresión más acabada; constituye el mayor intento de racionalización para dar coherencia a los mecanismos concretos de participación estatal en la reproducción material del sistema. Y por otra parte, la planeación, como acertadamente lo expresó John Kenneth Galbraith en el *Nuevo Estado Industrial*, "existe porque ese proceso (el de la autorregulación del mercado) ha dejado de ser digno de confianza".

Para el autor citado, la planeación consiste:

...en sustituir los precios y el mercado, *en cuanto mecanismos determinantes* de lo que se va a producir, por una determinación autoritaria del estado de lo que se va a producir y consumir y de los precios.³

Sin embargo, la planeación estatal no es la única que existe, los grandes monopolios alteran de forma provisoria los mecanismos del mercado con el objeto de controlarlo, no de eliminarlo. De esta forma

³ Ver Galbraith, J. K. *El nuevo estado industrial*. (trad. M. Sancristan), ed. Ariel, España, 1974, p. 76.

existe también cierta "planeación privada", la cual, puede coincidir o no con la planeación pública, pero en todo caso responde a una dispersión del ejercicio del poder que sobrepasa el ámbito exclusivo de los órganos gubernativos. De cualquier forma, tanto el Estado capitalista, como los monopolios privados, considerados en su práctica económica, muestran que el mercado es exclusivamente un espacio marginal de los procesos económicos contemporáneos.

Desde luego, la planeación pública, para ser efectiva, requiere de que el órgano que la realiza cuente con un control real sobre ciertas actividades económicas que pueden ser calificadas de neurálgicas respecto al resto del sistema. Así las cosas, la planeación amerita como presupuesto; un control suficiente sobre los recursos financieros del sistema; supone también una posibilidad amplia de ejercicio presupuestal, la cual, a su vez, implica solvencia de recursos; asimismo, se hace necesario el manejo de los recursos naturales y energéticos más importantes; una burocracia eficiente y un grado elevado de consenso por parte de los agentes privados para con el proyecto de política económica que el plan encierra.

Jurídicamente los planes económicos suponen distintos grados de coacción, dado que generalmente son obligatorios exclusivamente para los órganos públicos, mientras que se presentan como meras medidas indicativas para la actividad privada. Existe sin embargo, al menos en México, un nivel obligatorio intermedio que es de la concertación, consistente en la asunción voluntaria del carácter obligatorio de determinadas medidas del plan, por parte de los agentes económicos privados. Cabe destacar que en lo fundamental los planes económicos son obra de equipos burocráticos especializados que pertenecen orgánicamente al Poder Ejecutivo; que a diferencia de la ley tradicional donde el Congreso es el órgano emisor por excelencia, los planes son solamente sancionados por las asambleas legislativas, lo cual resulta no fácil de aceptar en un orden jurídico de raíces liberales.

Lo jurídico del Plan se reconoce sólo en aquellos aspectos o "vertientes" en que surgen disposiciones obligatorias; el plan en general no tiene el carácter de una norma jurídica en sentido tradicional, si bien algunas partes de su contenido pueden identificarse como fuente inmediata de creación de normas. Este es el caso de lo que en México y en Francia se conoce como vertiente de concertación; y que no es otra cosa que un mecanismo en virtud del cual los agentes económicos privados aceptan de manera espontánea someter el sentido de su actividad a los lineamientos y objetivos previstos en el Plan. Aquí se trata, como ya lo han expresado algunos autores europeos, de un

conjunto de disposiciones que si bien no participan en todo de las características de una norma jurídica, sí entrañan regulación de conductas y, desde esta perspectiva podrían llegar a conceptuarse como un nuevo derecho flexible, donde la coacción de la norma no es el elemento fundamental para su definición.

El intento racionalizador, alternativo al "caos" de las leyes espontáneas del mercado, que desde el Estado —o más concretamente desde el Ejecutivo— se lleva a cabo; es una nueva forma del ejercicio político, que ha pasado a ser incluso la fundamental en el marco de los Estados contemporáneos. Del arbitraje de la realidad económica depende ahora el éxito o fracaso de la gestión política. Así como en los albores de la época moderna surgieron teóricos del ejercicio político; ahora proliferan los teóricos del ejercicio económico como instrumento político; es esto lo que nos ha sugerido el término de "Razón Económica de Estado" para calificar la práctica "planeadora" de los Estados contemporáneos, y a buscar dentro de ella las nuevas especificidades que lo jurídico asume en el momento que nos ha tocado vivir.

6.—Constitución Política y Constitución Económica

La proposición que adelantamos consiste en afirmar que las Constituciones Políticas de los Estados o Cartas Fundamentales involucran, además de un modelo de organización estatal y jurídica, un proyecto —también modélico— de organización económica.

Al modelo de estructuración económica previsto en la Constitución, podemos llamarle "proyecto de desarrollo" si nos situamos en la perspectiva de los Estados nacionales cuyo grado de autosuficiencia económica los sitúa como países dependientes. Este es precisamente el caso mexicano.

El "proyecto de desarrollo" puede encontrarse de manera explícita o implícita en el texto constitucional. Las Cartas Fundamentales de motivación liberal, generalmente no se ocupan de manera expresa de la cuestión económica; el manejo del equilibrio material de la sociedad se encuentra definitivamente confiado a la autorregulación del mercado y las normas jurídicas que la Constitución contiene se orientan precisamente a conseguir el libre funcionamiento del mecanismo mercantil; ello, a través de constreñir el ejercicio del Estado a su función administrativa y política a partir del principio de atribuciones expresas, y de garantizar por distintos medios de defensa constitucional las libertades que en forma de derechos públicos subjetivos las Cartas Fundamentales regulan en sus respectivos capítulos dogmáticos. A

esto llamamos un modelo económico implícito: los textos liberales diseñan una sociedad mercantil de pequeños propietarios, colocados en un relativo nivel de igualdad, que por su independencia y libertad hacen posible el intercambio de mercancías. El punto flaco de este modelo se encuentra en la escasa posibilidad de contener el proceso de monopolización al que el mercado necesariamente conduce por la sobrevivencia y consolidación de los capitales más aptos frente a los menos eficientes. El monopolio apareja la crisis del modelo constitucional, en tanto la igualdad de los sujetos privados ante la ley no corresponde a su desigualdad material.

Las llamadas "Constituciones sociales" de las cuales la nuestra es precursora, aceptan en su articulado la desigualdad material de los sujetos sociales, aunque no de un modo general; este reconocimiento alcanza a ramas especiales del orden jurídico y de la realidad social como por ejemplo la laboral o la agraria. Esta incorporación a las Cartas Fundamentales introduce necesariamente cierta ambigüedad a sus principios, ambigüedad cuyo sentido amerita ser analizado y precisado por el jurista; porque ni se puede juzgar a nuestro derecho positivo como si fuera sólo el bloque jurídico de inspiración liberal; ni se puede considerar que el bloque "social" o "intervencionista" pueda llegar a prescindir de la medida que a su sentido impone el bloque liberal.

En nuestra Constitución, desde 1917 se inició un proceso tendiente a hacer explícito en su articulado el modelo económico. Desde el principio, y a ello responden las fórmulas de la "propiedad originaria" y del "dominio directo" de la Nación, el Constituyente previó que el desarrollo nacional sería conducido por el Estado, ya que a éste se atribuyó el control de importantes recursos materiales, así como el papel de árbitro supremo de las relaciones sociales de propiedad.

La desconfianza del Constituyente de Querétaro a la espontaneidad del mercado y al equilibrio natural que éste debería provocar, se justifica por el rotundo fracaso de la Constitución liberal de 1857, la que a todas luces devino en un documento extralógico que definitivamente no logró hacer contacto con la realidad de la sociedad mexicana de la segunda mitad del siglo XIX.

El fortalecimiento estatal que la Constitución de 1917 previno es, en cierto modo, correlativo a la debilidad orgánica de la sociedad civil mexicana. El juicio que subyace al liderazgo económico del Estado, corresponde al reconocimiento de que no existe un impulso privado suficiente para llevar a cabo, por sí mismo, el desarrollo económico nacional.

Cabe también destacar que tratando de resolver el problema de la adecuación constitucional a la sociedad mexicana, que el Constituyente de 1956-1957 no pudo solventar, el de 1917 recogió el reto que Ponciano Arriaga había lanzado ya en su famoso voto particular e hizo de la Constitución de Querétaro una Carta, verdadera Carta de la tierra; es decir, asumió que el problema agrario, principal entonces, debía ser planteado y resuelto en el mismo texto constitucional. Así fue como el Artículo 27 recogió todo un programa de reforma agraria, que si bien no devino en resultados productivos muy eficientes, sí permitió al Estado post-revolucionario llevar a cabo un proyecto de desarrollo para el país distinto al proyecto latifundista del Porfiriato.⁴

El proyecto constitucional original, ha sido modificado y redefinido en numerosas ocasiones desde 1917 a la fecha. Entre estas reformas, la de mayor relevancia, desde el punto de vista del diseño normativo de contenido económico, se llevó a cabo en diciembre de 1982. Este movimiento legislativo introdujo principios tan importantes como el de la rectoría económica del Estado, la planeación, la tripartición de la sociedad mexicana en tres sectores sociales (definidos a partir de las formas sociales de propiedad), la reglamentación constitucional de los sistemas de fomento y, en general, la constitucionalización de las llamadas "atribuciones del ejecutivo en materia económica". Este conjunto de medidas que en realidad implica un capítulo económico en la Constitución, amerita, para su explicación cabal, la resolución previa de varios problemas, a saber:

a) Debe explicarse el sentido y la efectividad del traslape, que al interior del sistema jurídico se produce, por la sobreposición de un bloque normativo de inspiración "intervencionista" sobre otro bloque de fondo liberal, que sirvió de referencia fundamental al constitucionalismo occidental;

b) Debe precisarse hasta qué punto el nuevo capítulo económico de la Constitución entraña una redefinición del modelo económico constitucional en su versión original, o bien, hasta qué grado es un desarrollo de dicho modelo, sobre todo, a partir de la fórmula de la "propiedad originaria" que el Constituyente introdujo en el Artículo 27 de la Carta de Querétaro, y

c) Debe realizarse un esfuerzo para contrastar el modelo económico constitucional con las características fundamentales del modelo de acumulación en la formación nacional mexicana para establecer:

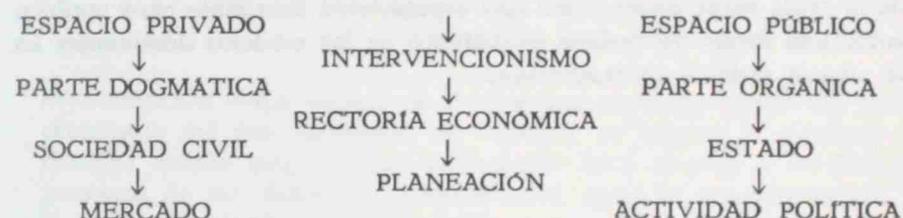
⁴ Ver Arriaga, P. "Derecho de propiedad. Voto particular" en Tena Ramírez. *Leyes fundamentales de México*. Ed. Porrúa, México, pp. 573 y ss.

- i) La congruencia o incongruencia entre fenómeno normativo y realidad social;
- ii) En caso de existir distorsión entre modelo normativo y modelo de acumulación, precisar el sentido de la distorsión;
- iii) Explicando, de paso, el papel general del derecho en el proceso de acumulación de capital.

El análisis del modelo económico constitucional rebasa la intención de estas breves anotaciones; sin embargo, se sugiere para ese efecto, el siguiente programa de trabajo analítico:

CONSTITUCIÓN

↙ Principio de Atribuciones Expresas ↘



En este esquema, la división del espacio público y el espacio privado se opera a partir del principio de atribuciones expresas a los poderes constituidos; al espacio privado corresponde la regulación de la parte dogmática y al público la parte orgánica. A los agentes privados se les reserva la actividad económica y al Estado la actividad política. La crisis del mercado provoca el borramiento de la distinción entre el eje de lo público y el de lo privado, dando lugar a la incrustación de un tercer eje que, viniendo de lo público, invade lo privado; éste es precisamente la vertiente donde ocurre el traslape de lo público con lo privado; de lo liberal con lo intervencionista; de lo formal con lo material.

Así las cosas puede afirmarse que la matriz principal del análisis es el esquema bipartita —público y privado— del modelo liberal; que el "intervencionismo" implica una corrección o bien una distorsión del esquema tipo. Lo científico consiste en precisar el sentido de esa corrección o distorsión que se produce, así como las expectativas de la existencia del sustrato liberal con el sustrato intervencionista.

He aquí un esquema que en lo sucesivo será una herramienta útil

para profundizar en el análisis económico constitucional, y a partir de ahí, en la regulación secundaria, cuyo fin principal sea, precisamente, la rectificación "artificial" de los procesos "naturales" del mercado, a través de la política económica y de la legislación y disposiciones jurídicas que finalmente le den forma.

7.—Apuntamiento final

Con lo expuesto hemos querido proponer una forma alternativa que colabore a devolver a la ciencia jurídica su carácter creativo; que permita al jurista desarrollar un instrumento teórico para responder a los problemas contemporáneos del orden jurídico y le facilite, asimismo, su labor crítica respecto a procesos sobre los que paulatinamente los especialistas del derecho hemos venido perdiendo el control.

La novedad de los procesos que generan la regulación económica de la crisis surge ahora como una especialidad innegable pero también como una forma de evaluar el conjunto de los modelos dominantes en la ciencia jurídica contemporánea.

LA CAPITULACIÓN DE SANTA FE

Rafael DIEGO FERNÁNDEZ SOTELO

"Piensa el iberoamericano que basta renunciar a la barbarie americana y a la herencia ibera para que su doble culpa desaparezca y se le incorpore al mundo de la cultura y la historia. Para ello renuncia a la una y la otra como si nada tuviera que ver con ellas, ni siquiera en la forma de haber sido; renuncia imposible, porque la una y la otra se harán patentes en forma de lo que no ha sido aún asimilado. No son aún el pasado, la experiencia dada, sino el presente, la experiencia que aún no termina."

Leopoldo Zea. *América en la Historia*.

INTRODUCCIÓN.—En víspera de los festejos conmemorativos del quinto centenario del descubrimiento de América, se impone la siguiente reflexión: quizás ninguna otra celebración laica alcance a hermanar a personas de tan distintas nacionalidades, como la conmemoración de la empresa colombina. Desde Japón y las Filipinas, pasando por la mayoría de los países europeos y, por supuesto, por todos y cada uno de los países americanos, se multiplican los preparativos y las comisiones especiales, las ediciones conmemorativas, la develación de placas, bustos y monumentos, así como toda clase de actos culturales y festivos. En una época de crisis como la nuestra, en que desgraciadamente los únicos aniversarios civiles que trascienden las fronteras de los países, y aún de los continentes, son las guerras —justamente en estos días se ha recordado en todo el mundo el infausto cuadragésimo aniversario de los bombardeos atómicos sobre Horoshima y Nagasaki— cabe aguardar, esperanzados, que los preparativos que a toda marcha se llevan a cabo en gran parte del mundo, trasciendan de los meramente anecdótico, y las fiestas del quinto centenario inflamen en los espíritus de los gobernantes y de los líderes de las distintas ideologías, razas y religiones, el mismo impulso emprendedor, entusiasta, genial y de buena voluntad que llevó, al marino genovés a buscar el canal de comunicación que habría de unir al mundo entonces conocido. Nunca, hasta entonces, había entrado en comunicación la humanidad entera. Nunca, como ahora, se presenta mejor oportunidad a los pueblos de todo el mundo para sentarse a una mesa, no ya a incriminarse mutuamente, sino a revitalizar los recuerdos de una hazaña que les es común,