



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**  
Programa de Posgrado en Derecho

Protección del derecho a decidir  
y contratar libremente:  
su impacto en la sociedad

Tesis que para optar por el grado de Doctor en Derecho

PRESENTA

Pedro Javier Reséndez Bocanegra

Tutora principal

Doctora Nuria González Martín  
Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Comité Tutor integrado por:

Doctora Nuria González Martín  
Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM  
Doctor Pedro Salazar Ugarte  
Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM  
Doctor Ciro Murayama Rendón  
Instituto de Investigaciones Económicas, UNAM

MÉXICO, D.F. JUNIO DE 2013



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**Protección del derecho a decidir y  
contratar libremente: su impacto en la sociedad**

Pedro Javier Reséndez Bocanegra

para Carmen,  
por su valiente e incansable apoyo

para Pedro y Santiago,  
porque confían en que podemos vivir en  
una sociedad más comprometida y solidaria

## Agradecimientos

Nuria González Martín es la tutora principal de esta tesis doctoral. Sin la generosidad de Nuria, sus atinados consejos, su guía y su gran calidez humana, no habría sido posible lograr los buenos resultados que juntos hemos alcanzado. Muchas gracias Nuria.

Agradezco también a los Doctores Pedro Salazar Ugarte y Ciro Murayama Rendón, integrantes de mi Comité Tutor, por todo el tiempo que me dedicaron, por haberme acercado a tantos autores y por haberme ayudado a orientar las inquietudes que me llevaron a escribir este trabajo para que llegásemos a buen puerto.

El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México ha sido una sólida columna en mi formación como abogado. Agradezco a su Programa de Doctorado, en particular al Doctor Francisco Ibarra Palafox y a su equipo de la Coordinación de dicho Programa, por haber apoyado este proyecto de investigación con tanto compromiso.

Cuando me acerqué al Doctor José Ovalle Favela para solicitarle asesoría para encauzar la investigación inicial, me dio un gran consejo; me recomendó buscar a Javier Mijangos y González. Tengo la fortuna que ambos me acompañarán como integrantes del sínodo ante el cual sustentaré mi examen de grado después de haber sido revisores de esta tesis con comentarios que aprecio mucho.

Javier Mijangos y González, como experto en análisis constitucional de afectaciones de derechos fundamentales por particulares, ha aportado bibliografía importante para esta tesis. Asimismo, el punto de vista jurisdiccional de Javier ha enriquecido el análisis práctico del trabajo y ha dado como resultado que se logren

propuestas que derivan del mismo para su posterior uso por los órganos impartidores de justicia; muchas gracias Javier por todo tu apoyo y compromiso.

La Universidad Iberoamericana es mi *alma mater*. Agradezco al Departamento de Derecho y a mis alumnos de dicha Universidad por su impulso a que escribiera esta tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho y continuar enriqueciendo nuestro conocimiento en sus aulas; este trabajo busca propuestas para resolver esas inequidades y abusos que tanto nos preocupan y que discutimos tan apasionadamente.

Mis clientes y colegas han sido entusiastas también apoyándome durante estos años. Ha sido muy gratificante constatar la solidaridad y respaldo que me han brindado para esta causa que ellos han considerado también valiosa; gracias a todos.

## Capítulo Primero

Derechos fundamentales, libertad de decidir y potestad regulatoria del Estado

- I. La importancia de los derechos fundamentales.
- II. Derechos fundamentales.
- III. Libertad y derechos de libertad.
- IV. Libertad de decidir como derecho fundamental.
- V. Derechos patrimoniales: derechos poder.
- VI. Derecho de propiedad y libertad de decidir.
- VII. La libertad de decisión: ¿derecho fundamental o derecho patrimonial?
- VIII. La libertad de decisión en el ámbito del derecho privado: contratos.
- IX. El Estado y su potestad regulatoria.
  - A. Estado regulador.
  - B. Poder Judicial.

## Capítulo Segundo

El derecho a decidir y contratar libremente desde una perspectiva comparada

- I. Un análisis desde la perspectiva del *common law*: las cambiantes resoluciones en los Estados Unidos de América en torno a la libertad contractual frente a la Constitución.
- II. La *Drittwirkung* del Derecho Alemán: prioridad de los derechos fundamentales en la impartición de justicia.
- III. La propuesta del Derecho Español al establecer mecanismos procesales de defensa ante tribunales ordinarios de las afectaciones a los derechos fundamentales derivadas de relaciones regidas por el Derecho Privado.
- IV. La supremacía de la libertad contractual en México y los efectos de dicha supremacía ante la ausencia de controles constitucionales.

### **Capítulo Tercero**

Análisis de algunas resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de libertad de contratar

- I. Contratación de propaganda electoral con los medios de comunicación.
- II. Acuerdos en relación con el cálculo de intereses en la contratación de préstamos.
- III. Posibilidad de pactar cláusulas restringiendo, por cierto tiempo, la libertad de prestar servicios a ciertas personas y de contratar a determinados empleados.

## Introducción

Ante la presencia de crisis económicas recurrentes, los especialistas en diversas materias se cuestionan si la participación del Estado como regulador en las economías nacionales ha sido o no la adecuada. “Más Estado y Menos Economía” claman muchos de ellos.

Surge así la hipótesis que sostiene que ante la ausencia de un Estado regulador se ha dejado a las diversas corporaciones que controlan las economías una vía libre para continuar fortaleciéndose, en perjuicio de los ciudadanos quienes ven afectadas en forma negativa sus libertades. Se han creado así monopolios y centros económicos de concentración de poder, poniendo en una posición muy débil a la pequeña y mediana empresa, así como al ciudadano mismo cuando interactúa frente a dichas corporaciones.

Ante este debate y como resultado del ejercicio profesional y de la cátedra en la Universidad Iberoamericana, decidí trabajar en la presente tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

El objetivo de la tesis es explicar la manera en que el ejercicio de las libertades, en este caso de la libertad de decidir y la libertad de contratar, tiene un impacto social significativo sobre las libertades de otros. Ante ello, propongo una clasificación de libertades y la necesaria intervención del Estado para garantizar y regular el ejercicio de éstas para lograr un equilibrio.

Esta intervención del Estado se presenta tanto a través del Poder Legislativo, como del Poder Judicial, teniendo éste la última palabra en la resolución de controversias que versen sobre la afectación de las libertades en tensión.

Para ello, analizaré la actividad reguladora del Estado como un medio que debe ser usado en forma equilibrada para lograr un sano y efectivo ejercicio de libertades que se traduzca en beneficios para la mayoría. De lo contrario, dicha actividad reguladora se pudiera convertir también en un medio de vulneración de libertades que pudiera crear desequilibrios significativos.

Por lo tanto, con esta tesis propongo que sea el Poder Judicial quien, a través del mecanismo de la ponderación, decida en cada caso que le sea planteado cuáles serán las libertades que deben prevalecer en cada uno de esos casos.

Como inicio, en el capítulo primero analizaré la importancia de los derechos fundamentales y la diferencia de éstos frente a los denominados derechos patrimoniales o derechos de disponer de la propiedad y de contratar.

Asimismo, analizaré las tensiones que se generan por el ejercicio de los derechos fundamentales frente a los derechos patrimoniales o derechos de disponer de la propiedad y de contratar.

Dedicaré un apartado del capítulo primero a explicar la manera en que la libertad de contratar o disponer de la propiedad -considerados como derechos patrimoniales- pueden llegar a afectar negativamente libertades fundamentales. Ello ante la hipótesis que propongo de que cuando ese tipo de relaciones se multiplican en una sociedad o economía determinada, se pueden llegar a generar grandes desigualdades y pobreza para quienes ven afectados sus derechos fundamentales.

El Estado y sus instituciones no deben actuar con indiferencia ante esta situación, sino garantizar el derecho a una justicia efectiva.

Para demostrar la efectividad de la actuación del Estado para resolver estas tensiones de libertades, en el capítulo segundo analizaré los casos de tres países -Estados Unidos de América, España y Alemania- en los que existe ya amplia jurisprudencia en esta materia y haré una comparación de los mismos con el caso de México.

Es necesario iniciar en México con el desarrollo de jurisprudencia en esta materia a partir de los ejemplos de los referidos tres países que se analizan en este trabajo, ya que los mismos ofrecen criterios de interpretación que nuestros tribunales pueden aprovechar.

Los estudiosos del Derecho debemos empezar a plantear alternativas para tratar de apoyar a quienes imparten justicia en nuestro país y esta tesis propone diversas alternativas para analizar y decidir conflictos en los que derechos fundamentales y derechos patrimoniales entran en tensión.

Aunque a nivel internacional existe una tendencia a analizar el efecto de los contratos y del intercambio comercial derivado de ellos para lograr la que se ha denominado “justicia social”, en México aún se continúa otorgando más relevancia a la libertad de contratar, sin analizar aún los efectos negativos que ésta puede llegar a ejercer frente a los derechos fundamentales. Para ello, en el capítulo tercero analizaré dos resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, mostrando el criterio en este sentido emitido por dicho tribunal en materia de (i) acuerdos en relación con el cálculo de intereses en la contratación de préstamos, y (ii) posibilidad de pactar cláusulas restringiendo, por cierto tiempo, la libertad de prestar servicios a ciertas personas y de contratar a determinados empleados.

El autor Eugène Gaudemet, en su *Teoría General de las Obligaciones*,<sup>1</sup> considera que frecuentemente acontece que la verdadera intención de las partes en un contrato no se manifiesta, porque éstas no han previsto la cuestión litigiosa; se dice que el juez tiene entonces que buscar la presunta intención de las partes. Para él, esta búsqueda de la intención de las partes no es sino mera ficción, considerando que es mucho más acertado decir que en estos supuestos, los jueces deben decidir de acuerdo con la equidad y las reglas de derecho fundadas en consideraciones de interés económico y social.

Veremos en los dos casos del capítulo tercero antes referidos, que el Poder Judicial en México aplica el criterio de interpretación de la voluntad de las partes, ignorando las afectaciones que dicho criterio produce en derechos fundamentales y libertades, así como también en las afectaciones sociales y económicas.

Con el presente trabajo propongo un nuevo criterio de interpretación distinto y acorde con las más recientes reformas en materia de derechos fundamentales en México y resoluciones judiciales derivadas de dichas reformas.

El tercer caso analizado en el capítulo tercero, relacionado con la restricción de contratar propaganda electoral en radio y televisión, resulta un buen ejemplo del ejercicio de la facultad regulatoria del Estado para restringir ciertas libertades cuando a su juicio éstas pudieran poner en riesgo a otras libertades. Para analizar dicho caso, realizaré un comparativo con un caso similar recientemente resuelto por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América y mostrar que sí es posible que el Poder Judicial analice a fondo la legitimidad para restringir la libertad de contratar.

---

<sup>1</sup> Gaudemet, Eugène, *Teoría General de las Obligaciones*, 2ª ed., México, Editorial Porrúa, 1984, p. 224.

<sup>2</sup> Cuando este fenómeno de afectación se plantea ante el Poder Judicial, el mismo pudiera resolver con base en la autonomía de la voluntad, sustento del Derecho Civil, partiendo del hecho que las partes en un contrato

Concluyo esta introducción con un especial agradecimiento al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México por su apoyo para desarrollar este trabajo de investigación, esperando que el mismo cumpla con el objetivo que nos planteamos yo en lo personal y todos quienes de alguna u otra manera me han acompañado en este proceso de investigación y reflexión.

CAPÍTULO PRIMERO  
DERECHOS FUNDAMENTALES, LIBERTAD DE DECIDIR Y POTESTAD  
REGULATORIA DEL ESTADO

Sumario: I. La importancia de los derechos fundamentales; II. Derechos fundamentales; III. Libertad y derechos de libertad; IV. Libertad de decidir como derecho fundamental; V. Derechos patrimoniales: derechos poder; VI. Derecho de propiedad y libertad de decidir; VII. La libertad de decisión: ¿derecho fundamental o derecho patrimonial?; VIII. La libertad de decisión en el ámbito del derecho privado: contratos; IX. El Estado y su potestad regulatoria; A. Estado regulador; B. Poder Judicial.

**I. La importancia de los derechos fundamentales.**

Para poder sentar las bases de esta investigación, creo conveniente comenzar con un primer apartado en donde resalto la importancia que tienen los derechos fundamentales como género y las libertades como una especie de los derechos fundamentales, siendo la libertad de decidir una subespecie de esas libertades. A partir de ahí, analizaré el concepto de derechos patrimoniales (libertad de contratar y derecho de disposición de la propiedad) que en algunos supuestos pueden llegar a afectar negativamente a los derechos fundamentales. En esa misma línea, continuaré en los siguientes rubros de este primer capítulo analizando la forma en que (i) la libertad de contratar y el derecho de disponer el derecho de propiedad, como derechos patrimoniales, y (ii) la libertad de decidir, como una subespecie de derechos fundamentales, pueden entrar en conflicto entre sí o frente a derechos fundamentales y producir, en consecuencia, un impacto negativo en aspectos económicos y sociales en amplios sectores de la población, requiriéndose así la intervención efectiva del Estado para remediar dicha situación.

A lo largo del presente trabajo desarrollaré una propuesta respecto a los términos y alcance de la necesaria intervención del Estado frente a situaciones en las que se presentan tensiones entre derechos patrimoniales (libertad de contratar

y derecho de propiedad) de sus ciudadanos y derechos fundamentales (en particular, la libertad de decidir).

En principio, he identificado que esta intervención se requiere en las siguientes situaciones:

- (i) el Poder Judicial, cuando se le presenten controversias derivadas del ejercicio de la libertad de contratar (como un derecho patrimonial), no solamente debe fundamentar sus decisiones en la simple aplicación de las leyes que a su vez regulen dicha libertad de contratar, sino realizar también un análisis de los efectos causados por dicha libertad de contratar de un individuo o entidad sobre la libertad de decisión de otros individuos o entidades (entendiendo la libertad de decisión de esos otros individuos o entidades, como una subespecie de los derechos fundamentales);<sup>2</sup> o
- (ii) el Estado (a) permita en exclusiva para sí mismo<sup>3</sup> o para ciertos agentes económicos la realización de ciertas actividades económicas, (b) otorgue tratamiento especial a ciertos agentes económicos para incentivar ciertas actividades económicas, o (c) imponga restricciones a ciertos agentes económicos, mermando el desarrollo de ciertas actividades, pudiendo en algunos de los tres supuestos estar afectando negativamente el ejercicio y desarrollo de la libertad de decisión (entendiendo la libertad de decisión como una subespecie de los derechos fundamentales) de ciertos sectores de la población cuando

---

<sup>2</sup> Cuando este fenómeno de afectación se plantea ante el Poder Judicial, el mismo pudiera resolver con base en la autonomía de la voluntad, sustento del Derecho Civil, partiendo del hecho que las partes en un contrato pueden pactar libremente sus acuerdos siempre que los mismos se apeguen a lo dispuesto por la legislación vigente. Sin embargo, como veremos con posterioridad, el Poder Judicial no analizaría así, escudándose en dicha legislación civil, que un agente en particular pudiera estar beneficiándose por su posición de poder en forma desmedida frente a otro agente que pudiera verse afectado en el ejercicio de su libertad de decisión (entendiendo la libertad de decisión como una subespecie de los derechos fundamentales) por la posición de desventaja en la que quedaría colocado como resultado de la contratación.

<sup>3</sup> Como son en el caso de México aquéllas actividades previstas en el Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ésta se viera indirectamente afectada al reducirse sus opciones de vida, salud, educación, profesión, religión, vivienda y política en tales supuestos.

Al multiplicarse estas relaciones con desventajas contractuales o económicas que atentan contra la libertad de decidir de muchos, se producen desbalances considerables que no sólo se traducen en pobreza material, sino también en amenazas contra la dignidad y la vida misma de quienes los padecen, lo que hace necesario que el Estado se involucre y se comprometa a resolver las tensiones entre derechos patrimoniales (libertad de contratar y derecho de disponer de la propiedad) y derechos fundamentales (en particular, la libertad de decidir) de sus ciudadanos. Es éste el fenómeno que me interesa analizar en esta investigación y que utilizaré como hilo conductor de la misma.

De esta manera, analizaré los efectos causados por el ejercicio de la libertad de contratar frente a la libertad de decidir y, por consiguiente, la potestad regulatoria del Estado respecto a dicha libertad de contratar y a la misma libertad de decidir.

Parto así de la base o premisa de que el ejercicio de los derechos fundamentales, siendo la libertad de decidir una subespecie de dichos derechos, debería tener como resultado la mejoría de la calidad de vida de las personas titulares de los mismos. Y por consiguiente, se hace indispensable que el Estado reconozca ésa importancia de los derechos fundamentales, tutelando su efectivo ejercicio y protección también en el plano donde los mismos interactúan frente a los derechos patrimoniales.

En este sentido, el Reporte del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) para América Latina destaca que uno de los argumentos centrales de los desafíos de la democracia en América Latina es que ésta es una forma de organización del poder en la sociedad, que implica la existencia y buen

funcionamiento del Estado.<sup>4</sup> Asimismo, señala que un segundo desafío de la democracia latinoamericana es encontrar soluciones a la desigualdad, la pobreza y la actual imposibilidad de acceso de gran parte de la población a los niveles de bienestar necesarios para el pleno ejercicio de los derechos.<sup>5</sup>

Estas consideraciones del Reporte PNUD destacan la necesidad de contar en los países de América Latina con Estados bien organizados y que en forma efectiva resuelvan los problemas de desigualdad y pobreza, para lo cual el ejercicio de la libertad de decidir como un derecho fundamental puede representar un buen indicador, ya que en la medida que la población pueda libremente decidir entre diversas opciones de vida, salud, educación, profesión, religión, vivienda y política, mayores serán los satisfactores que le permitan tener una vida más digna y democrática.

En cuanto al tema de desigualdad y el papel protagónico que el Estado ha tenido paradójicamente en la generación de la misma, el PNUD expresa que las sociedades latinoamericanas han sido las más desiguales del mundo a lo largo de las últimas tres décadas.<sup>6</sup>

Y es que, como lo indica el propio PNUD, la falta de empleo, la pobreza y la desigualdad han sido ampliamente reconocidas como aspectos que obstaculizan la integración de los individuos en la sociedad. Bajo condiciones de extrema pobreza y desigualdad, se dificulta la efectividad de un presupuesto clave de la democracia: que los individuos son ciudadanos plenos que actúan en una esfera pública donde se relacionan en condición de iguales.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Reporte del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) <http://www.undp.org/spanish/proddal/informeProddal.html>, “La Democracia en América Latina”, 2004, p. 31. (Consultado el 9 de junio de 2010).

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 177.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 120.

En los países Latinoamericanos, incluyendo por supuesto a México, se presenta entonces un fenómeno en el que a pesar de que somos millones de habitantes, solamente unos cuantos son en realidad ciudadanos con derechos y libertades plenas. La inmensa mayoría continúa sin gozar de dichos derechos y libertades y sin medios para reclamarlos, lo cual se traduce en uno de los principales motores del subdesarrollo y atraso.

En relación con esta afirmación, el PNUD señala lo siguiente:

Existen buenas razones para sostener que los ciudadanos que sufren exclusiones en una dimensión de la ciudadanía son los mismos que sufren exclusiones en otras dimensiones. La pobreza material de los ciudadanos incide negativamente en las oportunidades de educación, en las cuestiones nutricionales y de salud, en las oportunidades de empleo, en la capacidad para ejercer y hacer valer los derechos civiles, políticos y sociales, etc. La educación, la salud y el empleo requieren de alimentación, vivienda y vestimenta. Todos ellos, a su vez, habilitan la libertad, el progreso y la justicia. Por debajo de ciertos mínimos de derechos sociales el concepto mismo de ciudadanía queda interpelado por la realidad.<sup>8</sup>

Por lo tanto, tomando en cuenta estas consideraciones del Reporte PNUD, cuando en una sociedad, los ciudadanos no cuentan con oportunidades de educación, nutrición, salud, empleo, no podrán hacer valer su libertad de decidir. Entonces, si en esa misma sociedad actúan agentes que a través del ejercicio de sus derechos patrimoniales colocan a estos ciudadanos en situaciones más vulnerables, al quedar expuestos a peores condiciones económicas como resultado del ejercicio de sus derechos patrimoniales, éstos últimos comprometen aún más sus opciones de educación, nutrición, salud o empleo; como resultado, el efecto global en esa sociedad no será el de habilitar el progreso, la libertad y la justicia como lo señala el Reporte PNUD, sino todo lo contrario.

Considero entonces, que el Estado debe desempeñar su función de tutor de los derechos fundamentales, por los efectos positivos que el ejercicio de los mismos produce en el progreso de la sociedad. Siendo la libertad de decidir una

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 125.

de las subespecies de los derechos fundamentales, el Estado tiene también que velar porque esa libertad pueda ser plenamente ejercida por sus ciudadanos respecto a diversas opciones de vida, salud, educación, profesión, religión, vivienda y política y limitar la misma en las situaciones que así se requiera como lo analizaré más adelante en este capítulo.

Si América Latina continúa teniendo Estados débiles que sean indiferentes ante la creciente desigualdad y pobreza -afectando así negativamente las libertades- o que pretenden combatir éstas exclusivamente mediante la inyección de recursos económicos a través de programas asistenciales, sin emprender además un programa de fondo para permitir un efectivo ejercicio de las libertades, el concepto de ciudadanía quedará solamente en un plano teórico como lo señalan las consideraciones del Reporte PNUD antes citadas.

Sobre este tema, el autor argentino Lucas S. Grosman publicó recientemente un estudio sobre el tema de escasez e igualdad, en el cual propone que la Constitución de los países deber servir como “carta de navegación” para consagrar los ideales que la sociedad privilegia.<sup>9</sup> Para Grosman, la sociedad tiene una mayor responsabilidad frente a aquellas desventajas que pueden atribuirse más directamente a su estructura, razón por la cual los remedios para dichas desventajas debe ajustarse a la fuente de desigualdad; de esta manera, Grosman propone que las medidas de solución deben diseñarse de tal forma que logre modificar aquellos aspectos de la estructura social que afectan en forma desigual nuestra capacidad de competir.<sup>10</sup>

Estas medidas le competen tanto al poder legislativo, como al poder judicial, pero como lo señala Grosman, cuando la estructura social constriñe la capacidad de las personas para desarrollar sus talentos, cualquiera que sea su potencial en abstracto y de usarlos en busca del progreso personal, se debe atender a lo que

---

<sup>9</sup> Grosman, Lucas, *Escasez e Igualdad, los derechos sociales en la Constitución*, Argentina, Librería, 2008, p. 69.

<sup>10</sup> *Ibidem* p. 89.

dispone la Constitución en materia de igualdad de oportunidades y así como la Constitución es exigente también deben serlo los jueces.<sup>11</sup>

Queda claro entonces para concluir este primer apartado, que los derechos fundamentales previstos en la Constitución se constituyen en un eje central para el progreso y desarrollo de la sociedad y, por tanto, el Estado debe actuar para tutelar su protección en el plano legal y judicial, para que los mismos produzcan estos efectos deseables.

## II. **Derechos fundamentales.**

Durante el proceso de investigación requerido para la redacción del presente trabajo, consulté a diversos autores cuya obra se centrara no solamente en una descripción actual y pragmática de los derechos fundamentales, sino que también me apoyara para fundamentar y lograr el objetivo que me he planteado desde un inicio como tema central, es decir: la forma en que (i) la libertad de contratar y el derecho de propiedad, como derechos patrimoniales, y (ii) la libertad de decidir, como una subespecie de derechos fundamentales, pueden entrar en conflicto entre sí o frente a derechos fundamentales y producir, en consecuencia, un impacto negativo en aspectos económicos y sociales en amplios sectores de la población, requiriéndose así la intervención efectiva del Estado para remediar dicha situación.

Fue así como decidí tomar como autor central a Luigi Ferrajoli; ello, sin embargo, no impidió que analizara la obra de otros autores, incluyendo a aquéllos que disienten de las ideas expresadas por el referido autor, como se podrá observar a lo largo del trabajo.

En opinión de Luigi Ferrajoli, son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos

---

<sup>11</sup> *Ibidem* pp. 94 y 155.

en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por *derecho subjetivo* cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.<sup>12</sup>

Como se puede observar, esta definición contiene dos elementos: (i) un *derecho subjetivo*, y (ii) el *status* de personas.

Durante la exposición a lo largo del presente trabajo, pondré especial énfasis en el primero de dichos elementos -el *derecho subjetivo*- debido a la necesidad de garantizar que el mismo sea protegido y ejercido por su titular, independientemente de quién éste sea.

Por el momento, expresaré que los derechos fundamentales no deben quedar definidos solamente en un plano teórico o constitucional, sino que además deben ser (i) efectivamente ejercidos por quienes sean sus titulares (la expectativa positiva a la que se refiere Ferrajoli), y (ii) respetados/garantizados por todos quienes actúen frente a ellos (la expectativa negativa a la que también se refiere Ferrajoli), sea el Estado o sean los particulares.

De esta manera, la libertad de decidir, como derecho fundamental, potencia el ejercicio de otros derechos fundamentales, ya que es a través de las decisiones y actos como se van ejerciendo dichos derechos.

Para Ferrajoli existen las siguientes cuatro clases de derechos, que se considerarán como derechos fundamentales, al resultar atribuidos universalmente

---

<sup>12</sup> Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, en De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 19.

a clases de sujetos determinadas por la identidad de persona, ciudadano o capaz de obrar:<sup>13</sup>

- (i) los *derechos humanos*, que son los derechos primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos, como por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad de la persona, la libertad personal, la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a la salud y a la educación y las garantías penales y procesales;
- (ii) los *derechos públicos*, que son los derechos primarios reconocidos sólo a los ciudadanos, como el derecho de residencia y circulación en el territorio nacional, los de reunión y asociación, el derecho al trabajo, el derecho a la subsistencia y a la asistencia de quien es inhábil para el trabajo;
- (iii) los *derechos civiles*, que son los derechos secundarios adscritos a todas las personas humanas capaces de obrar, como la potestad negocial, la libertad contractual, la libertad de elegir y cambiar de trabajo, la libertad de empresa, el derecho de accionar en juicio y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada y sobre los que se funda el mercado; y
- (iv) los *derechos políticos*, que son, en fin, los derechos secundarios reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar, como el derecho de voto, el de sufragio pasivo, el derecho de acceder a los cargos públicos y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía política y sobre los que se fundan la representación y la democracia política.

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 22-23.

Por otro lado, Luis María Díez Picazo, clasifica los derechos fundamentales de la siguiente manera:<sup>14</sup>

1. Igualdad ante la ley.
2. Derecho a la vida y a la integridad.
3. Libertad ideológica y religiosa.
4. Derechos en materia de libertad personal y movilidad.
5. Derechos de la vida privada.
6. Libertad de expresión e información.
7. Derechos de asociación, reunión y manifestación.
8. Derechos políticos.
9. Tutela judicial efectiva.
10. Legalidad penal.
11. Derechos en materia de familia y educación.
12. Derechos laborales y económicos.

Dentro de la clasificación de derechos fundamentales sugerida por Ferrajoli, identificamos en el numeral (iii) los derechos civiles o patrimoniales, dentro de los cuales se ubica la libertad de contratar, como derechos secundarios. Es decir, para Ferrajoli, estamos en presencia de libertades, dentro de las cuales unas son derechos primarios (los derechos humanos y los derechos públicos), mientras que otras son derechos secundarios o subordinados a los derechos primarios y en dicha categoría se encuentra la libertad de contratar.

Universalidad e indisponibilidad, en opinión de Ferrajoli,<sup>15</sup> son las formas a través de las cuales se tutelan determinadas necesidades o intereses convenidos como «fundamentales» en un ordenamiento determinado, o considerados tales por una teoría política de la democracia. Será en la ponderación de derechos en

---

<sup>14</sup> Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 3a ed., España, Thomson Civitas, 2008.

<sup>15</sup> Ferrajoli, Luigi, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 154.

tensión, el proceso mediante el cual deberá prevalecer el derecho universal e indisponible frente al otro derecho con el que se presente dicha tensión.

Para Ferrajoli los derechos fundamentales, a diferencia de los demás derechos, vienen a configurarse como otros tantos vínculos sustanciales normativamente impuestos tanto a las decisiones de la mayoría como al libre mercado.<sup>16</sup> Son derechos cuya finalidad es la promoción de la dignidad de las personas y que, por lo tanto, se imponen a las decisiones de la mayoría y a los propios derechos patrimoniales, cuando éstos entran en conflicto con aquéllos; es decir, los individuos al actuar buscando un beneficio propio y ejerciendo un derecho patrimonial, siempre quedan sujetos a un marco de acción limitado por los derechos fundamentales de quienes les rodean.

De ahí la necesidad de que el Estado se involucre en la tutela del ejercicio de estos derechos fundamentales en beneficio de la dignidad de las personas titulares de los mismos, pues de otra manera la vinculación de los derechos fundamentales no queda garantizada.

Tomando a un autor mexicano, Miguel Carbonell, nos señala que los conceptos “derechos fundamentales”, “garantías individuales y sociales” y “derechos humanos” no son equivalentes, ni se pueden utilizar indistintamente.<sup>17</sup> Apunta que “son fundamentales los derechos que están previstos en el texto constitucional y en los tratados internacionales”.<sup>18</sup>

En este sentido, Carbonell afirma que (i) los derechos humanos aúnan, a su significación descriptiva, aquellos derechos y libertades reconocidos en las declaraciones y convenios internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y que debiendo ser objeto de positivación no

---

<sup>16</sup> Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, *op. cit. supra*, p. 35.

<sup>17</sup> Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, 2a ed., México, Editorial Porrúa, 2006, p. 6.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 8.

lo han sido; (ii) los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo.<sup>19</sup>

Se tiene así entonces que, respecto a los derechos fundamentales, existe una acción del Estado en la positivación de los mismos, la cual no debe agotarse únicamente en la inclusión de los mismos dentro del derecho positivo, sino también en la debida defensa y tutela del Estado para la efectiva realización y ejercicio de los mismos por sus titulares. El Estado debe así garantizar el respeto y realización de dichos derechos.

### III. Libertad y derechos de libertad.

La libertad consiste en la capacidad de reflexión y de decisión respetando la misma capacidad de los otros ciudadanos distintos a quien la ejerce. Y una vez decidido, la firmeza para lograr los resultados esperados al tomar dicha decisión deberían ser de progreso y mejoría.

Pero la libertad tiene un desdoblamiento como (i) expectativa negativa (de no sufrir lesiones) que reclama abstención de los poderes públicos, la proscripción de los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio,<sup>20</sup> y (ii) derechos de autonomía, definidos como aquéllos que crean un ámbito de libre desarrollo del titular del derecho garantizado por el Estado frente a interferencias o intromisiones de los poderes públicos, de los grupos sociales o de los demás individuos.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>20</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución de la Antigüedad a Nuestros Días*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 40.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 184.

A la primera se le denomina libertad negativa (libertad inmunidad o libertad de),<sup>22</sup> mientras que a la segunda se le conoce como libertad positiva (libertad facultad o libertad para).<sup>23</sup>

Ferrajoli al afirmar que esta distinción que fue originalmente propuesta por Benjamin Constant y después retomada por Norberto Bobbio e Isaiah Berlin, se refiere a libertad negativa como "no impedimento" o "no constricción", mientras que a la positiva la define como "*autodeterminación o autonomía*", que es un predicado de la voluntad.<sup>24</sup>

Dworkin, en relación con la distinción entre libertad positiva y negativa coincide en definir (i) la teoría de la libertad positiva como la posibilidad que los individuos participen junto con la colectividad en la toma de buenas decisiones para autodeterminarse, y (ii) la teoría de la libertad negativa como el derecho del individuo de no participar junto con la colectividad en la toma de decisiones de aquellos asuntos que su propio ámbito de responsabilidad le exige decidir por sí solo.<sup>25</sup>

De esta distinción deriva la relevancia de definir el concepto de libertad, pues los que pudieran parecer derechos de libertad deseables para la mayoría de la colectividad, pudieran no serlo para una minoría. Más aún, el Estado al tutelar esos derechos de libertad aceptados por la mayoría en su ejercicio de autodeterminación como buenos derechos (libertad positiva), pudiera estar afectando la libertad de decisión efectiva de esa mayoría (libertad negativa) de la que correspondería disponer sólo a ellos.

---

<sup>22</sup> Que podríamos denominar como el "obstáculo a la libertad".

<sup>23</sup> Que podríamos denominar como el "objeto de la libertad".

<sup>24</sup> Ferrajoli, Luigi, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", en De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 302.

<sup>25</sup> Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 2011, p. 365.

Así la libertad entendida como autonomía en virtud de la cual la persona se halla facultada para disponer de sí misma sin restricciones o amenazas impuestas por otros o por la comunidad política, se diferencia de la libertad negativa como aquella parte de su libertad que la comunidad política no pueda disponer sin dañarle al comprometer su dignidad, negándole la responsabilidad de su vida misma.<sup>26</sup> Por lo tanto, cualquier invasión o restricción a la libertad, también implicará una invasión o restricción a la libertad negativa (o libertad de).

De esta manera, todo régimen político, incluso el democrático, invade o restringe el derecho de libertad, incluyendo la libertad negativa, a través de la autodeterminación/autorregulación aprobada por quienes representan a las mayorías. Sin embargo, en virtud de esas restricciones y ejercicio de las libertades por unos, pudieran afectarse libertades de otros.

Para explicar mejor esta situación, vuelvo a recurrir a Ferrajoli, quien afirma que estas libertades (positiva y negativa) no constituyen derechos fundamentales, sino simplemente lo que resulta de la ausencia de impedimentos, es decir, el derecho de hacer todo lo que está permitido.<sup>27</sup>

Por lo tanto, estas libertades constituyen la autonomía que los individuos pueden ejercer en la esfera pública, así como en su esfera privada en las relaciones entre particulares y son, por lo tanto, sujetas a la imposición de límites, ya sea por el Estado en la esfera pública, o por los particulares, en la esfera privada. ¿Pero cuál es la frontera que limita tanto al Estado, como a los particulares, para la imposición de esas restricciones a estas libertades? Los derechos fundamentales, catalogados en esta clasificación como derechos de libertad de rango constitucional.

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 366.

<sup>27</sup> Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, *op. cit., supra*, p. 306.

Entonces, son los derechos fundamentales (en este apartado denominados también como derechos de libertad de rango constitucional) la base de la igualdad jurídica, mientras que la desigualdad jurídica caracteriza las libertades positiva y negativa (como capacidad y voluntad de hacer y decidir/ capacidad de conducir su propia vida)<sup>28</sup> como resultado de las restricciones/distinciones a las que cada una de ellas queda sujeta en la esfera pública y privada.

¿Qué pasa si las restricciones a las libertades positiva y negativa son tan amplias que el margen para el ejercicio de las libertades es tan limitado que no permita tomar las decisiones mínimas de vida? Por ejemplo, si se restringen los derechos de libertad de una manera tal que hacen imposible elegir un modo de vida, una profesión, una religión, una vivienda, una educación o un cuidado de la salud.

En tal caso, los derechos fundamentales (derechos de libertad de rango constitucional) deben ser protegidos y prevalecer sobre dichas limitaciones que lesionen a aquéllos por el ejercicio de las libertades de autonomía (libertad positiva y libertad negativa).

Siendo la libertad de decidir una subespecie de derechos fundamentales, debe también prevalecer como derecho de libertad, ante afectaciones que sufra por actos públicos y privados que hagan imposible su ejercicio, con las restricciones que en su momento se requieran.

Retomo aquí la definición de “libertad de decisión” de Dworkin, como (i) aquélla que garantiza la ausencia de obstáculos respecto a posibles elecciones y actividades,<sup>29</sup> y (ii) la remoción de obstáculos para tomar buenas decisiones, ya

---

<sup>28</sup> “Libertad como la ausencia de restricciones impuestas por un gobierno en relación con lo que una persona puede hacer, si así lo desea”. Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, *supra*, p. 267.

<sup>29</sup> *Idem*.

que entre más buenas decisiones se puedan tomar, mejor será la calidad de vida de las personas.<sup>30</sup>

Por lo tanto, todas aquellas restricciones, tanto en la esfera pública, como en el esfera privada (libertad positiva y libertad negativa susceptibles de ser limitadas), que impidan a una persona tomar buenas decisiones y, por el contrario, la orillen a tomar decisiones que perjudiquen su persona, deberán quedar sin efecto cuando las mismas atenten contra su libertad de decisión (entendida como derecho fundamental/derecho de libertad de rango constitucional).

En este sentido, John Stuart Mill sostiene que el único fin que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes es la propia defensa.<sup>31</sup> En tal caso, lo que resulta complejo determinar es el grado y mecanismo de defensa de esta libertad de decisión o de autodeterminación, frente a las libertades de los demás.

Para el pensamiento liberal es necesario limitar el poder de coerción del gobierno, entendiendo a éste como la concepción relativa al modo de designar a aquéllos que ejercen el poder, respetando las libertades personales. Libertad de acción y de decisión, como la necesaria para lograr satisfactores-medios de supervivencia y de desarrollo de las facultades del ser humano.<sup>32</sup>

Por lo tanto, debiera existir un remedio cuando la persona no está logrando obtener esos medios de supervivencia y de desarrollo de sus facultades como ser humano y otra persona se esté beneficiando de ello al amparo de un marco legal que así lo permite (resultado de las restricciones a las libertades positiva y negativa a las que me he ya referido).

---

<sup>30</sup> Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, *op. cit.*, *supra*, p. 226.

<sup>31</sup> Mill, John Stuart, *Ensayo Sobre la Libertad*, trad. de María Angeles Lavilla Navarro, Madrid, Mestas ediciones, 2006, p. 29.

<sup>32</sup> “El liberalismo como la tendencia favorable a la libertad individual, que propugna el libre desarrollo y actividad de los ciudadanos”. Serra Rojas, Andrés, *Liberalismo Social*, México, Editorial Porrúa, 1993, p. 26.

Por lo tanto, el principio de libertad, citando a Kant, debe ser aquél conforme al cual se hace uso de la razón;<sup>33</sup> sin embargo, cuando ello deja de ser así y el Estado lo consiente y no existe algún remedio para cambiar esa situación, entonces algo anda mal.

Como lo he ya mencionado anteriormente, es deber del Estado involucrarse y comprometerse a resolver estas situaciones de afectación de libertades. Más adelante analizaré con mayor detalle esta propuesta.

#### IV. Libertad de decidir como derecho fundamental.

Siendo la libertad de decidir, una subespecie de las libertades que a su vez se constituyen como una especie de los derechos fundamentales, trataré entonces a la libertad de decidir como un derecho fundamental. Por lo tanto, la libertad de decidir es un derecho de libertad de rango constitucional, que a su vez potencia el ejercicio de otros derechos fundamentales; es decir, el ejercer la libertad de decidir coadyuva a la efectiva realización de otros derechos fundamentales.<sup>34</sup>

Para Rafael Naranjo de la Cruz, la delimitación de los derechos fundamentales supone la determinación del ámbito de máxima extensión de los mismos, denominándolos como conductas que gozan de protección constitucional, la cual puede ser rota mediante la imposición de límites justificados desde un punto de vista Constitucional;<sup>35</sup> sin embargo, es en cada caso en particular como esta tensión deberá ser resuelta. Para ello, Naranjo de la Cruz, propone que aplicando el principio de proporcionalidad se puede limitar un derecho fundamental para la protección o fomento de otro bien o derecho constitucionalmente

---

<sup>33</sup> En su opinión, el uso público de la razón le debe estar permitido a todo el mundo y esto es lo único que le puede traer ilustración a los hombres -la ilustración entendida como la liberación de la incapacidad de servirse de su propia inteligencia sin la guía de otro-, mientras que su uso privado se podrá limitar a menudo ceñidamente, sin que por ello se retrase en gran medida la marcha de la ilustración. Kant, Emmanuel, *Filosofía de la Historia*, Segunda Edición, Undécima reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 28.

<sup>34</sup> En México esta libertad la encontramos prevista en el Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conforme lo analizaré al final de este Capítulo Primero.

<sup>35</sup> Naranjo de la Cruz, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 72.

garantizado, a través de un juicio valorativo, referido al peso que corresponde respectivamente a cada uno de los bienes o derechos que constituyen la relación en conflicto examinada.<sup>36</sup>

Esta tensión entre derechos requiere del juicio valorativo al que se refiere Naranjo de la Cruz, al identificarse importantes desbalances y afectaciones en derechos fundamentales de amplios sectores de la población por el ejercicio de la libertad de decisión de otros.

Incluso Naranjo llega a plantear la posibilidad de limitar un derecho fundamental si dicha limitación puede representar una relación razonable desde el punto de vista de la importancia de los bienes respectivos en el marco de la Constitución, siempre que el sacrificio del derecho individual se encuentre en una relación razonable con el fin perseguido.<sup>37</sup>

Coincido con esta posibilidad sugerida por Naranjo, para la cual es esencial comprobar que la limitación sí produce los fines perseguidos en beneficio de quienes renuncian o restringen sus libertades.

Por lo tanto, no es factible concluir en forma definitiva que la libertad de decisión en forma genérica, se constituya en un derecho fundamental sin acotamientos. Por el contrario, estos acotamientos van siendo necesarios para lograr fines distintos, pero siempre logrando un beneficio para quienes renuncian o restringen sus libertades; de no ser así, entonces las restricciones a las libertades no tendrán sentido y deberán quedar sin efecto.

Resulta interesante citar la comparación que Maurizio Fioravanti hace entre las dos grandes revoluciones de finales de setecientos, francesa y americana, que dan como resultado dos tipos de constitución tan relevantes para el

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 109.

constitucionalismo moderno: (i) de una parte, la constitución como una *norma directiva fundamental*, que llama a todos los poderes públicos y a los individuos a trabajar por el cumplimiento de *una empresa colectiva*, para la realización de una sociedad más justa; y (ii) de otra, la Constitución como norma fundamental de garantía, que deja todas las fuerzas en juego y a los individuos el poder de definir *sus fines* libremente, limitando de manera cierta y segura la capacidad de influencia de los poderes públicos, en la línea del gobierno limitado.<sup>38</sup>

Estas dos modalidades de constitucionalismo moderno, establecen vías diferentes, (i) por un lado, se propone la necesaria intervención de los poderes públicos para lograr con los gobernados un proyecto conjunto con miras a contar con una sociedad más justa, y (ii) por el otro, se propone a la Constitución como una norma que enuncia los principios y deja a los individuos a autodeterminarse libremente cumpliendo con esa norma, con un gobierno limitado, sin la necesidad de lograr un proyecto conjunto que produzca una sociedad más justa.

En la segunda de estas modalidades, el gobierno tendría un limitado poder para regular la libertad de decidir, mientras que en la primera modalidad dicha libertad quedaría supeditada a la consecución del concepto de sociedad justa.

Para este constitucionalismo moderno, la libertad de decisión es más que relevante dado que es a través de su ejercicio como se lograrían los objetivos de que los individuos tomen decisiones y definan libremente sus fines, en lugar de que otros lo hagan por ellos.

En términos de este trabajo, quisiera proponer una modalidad intermedia que resuelva las diferencias entre estos dos tipos de constitucionalismos, reconociendo la individualidad y la libertad de decidir como derecho fundamental pero, en todo momento, ejerciendo ésta sin afectar a y en beneficio de la

---

<sup>38</sup> Fioravanti, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales*, 6a ed., trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 97.

colectividad, por lo que se requiere de la actuación Estatal en la medida de lo necesario para lograr que el actuar individual se potencie y logre beneficios para todos.

Esta toma de decisiones debería dar como resultado que los individuos lograsen producir medios que les permitieran desarrollar los fines que se propongan, principalmente el de su subsistencia misma.

Encarnación Carmona, al referirse a los derechos sociales de prestación - dentro de los que ella destaca el derecho a un mínimo vital, entendido como la libre disposición de recursos económicos mínimos para hacer frente a las necesidades más perentorias-, retoma las ideas de Alexy, Prieto Sanchís y Gregorio Pecesbarba, quienes consideran que es el derecho al disfrute de las libertades lo que estimula una decisión pública a favor de la consecución de un nivel de vida para todos los titulares de esas libertades, que permita transformar su titularidad formal en ejercicio real; por lo tanto, los derechos fundamentales son derechos de libertad en cuanto pretenden crear las condiciones para el pleno desarrollo de la autonomía, ya que sólo se puede hablar de hombres libres allí donde encontramos hombres liberados por la satisfacción de las necesidades.<sup>39</sup>

Se habla así de libertades *facticas* o reales, que sirvan para la elegir lo permitido en forma efectiva. De no ser así, entonces estaríamos hablando de libertades que carecen de valor.

---

<sup>39</sup> Carmona Cuenca, Encarnación, “Los Derechos Sociales de Prestación y el Derecho a un Mínimo Vital”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, Nº. 2, España, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2006, p. 178. [http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/02\\_EST\\_05\\_carmona.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/02_EST_05_carmona.pdf) (Consultado el 5 de septiembre de 2011).

La situación resulta aún más grave cuando en la sociedad contamos con ciudadanos que no pueden ni siquiera satisfacer sus necesidades vitales. ¿Cómo podemos entonces referirnos a esos ciudadanos como seres libres, si no pueden, ya no digamos elegir, al menos subsistir?

En este sentido, Nicholas Barr nos recuerda que entre 1860 y 1900, en la Gran Bretaña, diversos filósofos sugirieron que la definición tradicional de libertad como ausencia de coerción era muy limitada, por lo que la misma debería incluir no solo libertad económica, sino también un elemento de seguridad económica; teniendo el Estado que adoptar, para promover la libertad individual, un rol más activo en la reforma social, naciendo así el nuevo liberalismo.<sup>40</sup>

Surgió así la idea en la Gran Bretaña de un Estado más activo en la promoción de la libertad individual, pero tutelando que dicha libertad fuera efectiva allegando a los ciudadanos recursos para hacerlo posible.

Resulta interesante recordar la oscilación que ha existido siempre entre la limitación o promoción de la intervención del Estado en la esfera de las relaciones entre particulares. Tenemos así que con el surgimiento de la idea individual en el derecho privado, se logró supeditar al Estado al actuar de los privados, naciendo así la práctica del derecho privado frente al derecho público; lo anterior tuvo como finalidad proteger a los ciudadanos y reconocerles ciertos derechos, frente a la actuación abusiva del Estado y el poder público.

Como consecuencia de ello, en esta lucha entre lo público y lo privado, el interés de la colectividad, de lo social y del derecho constitucional muchas veces se ha delegado a un segundo plano.

En este sentido, Johann Gottlieb Fichte, fundador del idealismo alemán basándose en los estudios de Kant, sostiene que la comunidad de derecho, a su

---

<sup>40</sup> Barr, Nicholas, *Economics of the Welfare State*, 4a ed, USA, Oxford University Press, 2004, p. 20.

vez, no es posible si cada uno no limita la propia actividad; si, en otras palabras, el Yo no se individualiza, o sea, no determina su campo libre de acción en las relaciones con los otros. Para Fichte, la individualidad es el Yo limitado y cerrado en la esfera de libertad que él mismo se ha dado, es el Yo hecho susceptible de entrar en relación con otros y de comprender las exigencias de la vida en común.<sup>41</sup>

Esta individualización o limitación del Yo del pensamiento Kantiano, se puede materializar a través de decisiones individuales. El individuo ejerce así su libertad de decisión, como una subespecie de los derechos fundamentales, para individualizarse y poder entrar en relación con otros.<sup>42</sup>

Es así, como Kant afirma que una acción es conforme a Derecho cuando la libertad del arbitrio de cada uno puede conciliarse con la libertad de todos, según una ley general.<sup>43</sup>

Por lo tanto, aunque Kant no lo reconoce así, es legítimo afirmar que la libertad de cada uno se encuentra limitada por la capacidad de vinculación con los demás. Es decir, al entablar una persona un vínculo o una relación con otra, en el intercambio ambas reciben beneficios derivados del ejercicio de sus respectivas libertades, pero al mismo tiempo se pueden establecer limitaciones a dichas libertades por ejemplo al asumir cada una de dichas personas obligaciones de hacer o de no hacer como resultado de su vínculo o relación.

Es en ése espacio de intercambio donde se pueden llegar a presentar renunciaciones o limitaciones a determinadas libertades cuando éstas son disponibles,

---

<sup>41</sup> Solari, Gioele, *Filosofía del Derecho Privado*, t. II, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1950, p. 124.

<sup>42</sup> Abundando sobre el concepto individualista de libertad, Gioele Solari afirma que tanto para Kant como para Bentham, la relación, la coexistencia, la limitación de las libertades en que consiste el derecho, son **concebidas** en una forma absolutamente mecánica y exterior, entre individualidades encerradas en sí mismas, impenetrables a cualquier influencia de vida colectiva, por lo que para ellos la personalidad es una pura simple afirmación de sí, irrelativa, abstracta, que no podrá alcanzar un principio superior de unificación y de dirección de los querer individuales, ni podrá ser nunca la expresión de un querer y de un poder colectivo y universal. Solari, Gioele, *Filosofía del Derecho Privado*, op. cit., supra, t. I., p. 446

<sup>43</sup> Kant, Emmanuel, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Traducción y Estudio Introductorio por González Vicen, Felipe, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954, p.80.

pero siempre a cambio o con la expectativa de recibir un beneficio proporcional a dicha renuncia o limitación.

Pero ¿cómo lograr que los actos individuales ordenados por la razón o moral individual se armonicen para producir un vínculo colectivo o cohesión social en la comunidad en un momento histórico determinado?

Kant mismo, en su teoría del derecho, afirma que esto se logra a través de la coacción del derecho. Es esta coacción externa que se concilia con la libertad de todos según las leyes generales,<sup>44</sup> la que permite lograr esa cohesión.

De esta manera, el derecho natural no se agota en la individualidad y egoísmo, sino que se perfecciona en un derecho más amplio y superior, en la *equitas* y en la justicia distributiva conocida también *jus societatis* en oposición al *jus prietatis*. En opinión de Solari, la concepción individualista y egoísta atendía más a un espíritu medieval, a una forma de socialismo corporativo o de clase que fue definitivamente superado con la Revolución Francesa, pues más que anticiparse al porvenir, prolonga el pasado, y por eso debía perder autoridad a medida que el individuo se *liberaba* de los vínculos políticos corporativos de clase, y a medida que la sociedad se afirmaba como unidad autónoma frente al Estado.<sup>45</sup>

Personajes como David Hume, Thomas Jefferson y Adam Smith, a través de sus trabajos y funciones creyeron en la fuerza de la libertad individual y colectiva para modificar inclusive los esquemas constitucionales en búsqueda de un progreso mayor al de las generaciones fundadoras del mismo, tomando en cuenta las necesidades y problemáticas contemporáneas a las nuevas generaciones. Para ellos, la individualidad y la autonomía de la voluntad constituyen una fuerza particular y motor de cambio social.

---

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>45</sup> Solari, Gioele, *Filosofía del Derecho Privado*, op. cit., supra, t. I., p. 446.

Lo importante resulta reconocer la fuerza de la libertad de decidir como un derecho fundamental, pero asumiendo que su ejercicio podrá afectar la libertad de decidir de otros, por lo que el Estado podrá imponer restricciones a dicho ejercicio y actuar en los casos que sea necesario restablecer un equilibrio en beneficio de la colectividad.

Naranjo, nos confirma que serían admisibles las regulaciones legales que limitan un derecho fundamental, sin dañar su contenido esencial, si y en cuanto sean exigidas por la protección de un bien jurídico más valioso.<sup>46</sup> Estas limitaciones se justifican y se implementan a través de los principios de ponderación y proporcionalidad antes referidos, que se podrían resumir como limitaciones que no lesionan el contenido esencial del derecho fundamental en tanto esté garantizada la proporcionalidad de medio y fin y se observe el significado que para la vida social tiene el derecho fundamental tras su limitación.<sup>47</sup>

Conforme a afirmaciones anteriores contenidas en este trabajo, esta intervención estatal deberá realizarse a través de una ponderación de los derechos en tensión, para lo cual resulta conveniente partir de la clasificación de los mismos.

Retomando la clasificación de los derechos fundamentales que nos ofrece Ferrajoli,<sup>48</sup> éstos se clasificarían de la siguiente manera:

Derechos primarios, que son aquéllos que protegen expectativas de omisión de interferencia de los demás o expectativas de prestaciones por parte de otros, dando lugar así a los derechos de libertad y a los derechos sociales (derecho a la vida, la libertad personal, libertad de prensa, de asociación o de

---

<sup>46</sup> Naranjo de la Cruz, Rafael *op. cit., supra*, p. 140.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 144.

<sup>48</sup> Moreso, José Juan, “Sobre los conflictos entre derechos”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2a ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 161.

reunión, derecho a la salud, educación o seguridad social).

Derechos secundarios, que son los que protegen expectativas y poderes, consistentes en los derechos de autonomía privada -derechos civiles- y en los derechos de autonomía política -derechos políticos-.

Para Ferrajoli el derecho a la contratación, como derecho secundario, es un derecho que está subordinado a las libertades como derechos primarios. Son así entonces los derechos de libertad, de rango constitucional o legislativo, los que limitan los poderes contractuales o de autonomía.<sup>49</sup>

Por lo tanto, los derechos de libertad de rango constitucional, siendo la libertad de decidir una subespecie de dichos derechos, quedan catalogados en esta clasificación de Ferrajoli como derechos primarios con prioridad frente a los denominados derechos secundarios.

Existen opiniones y resoluciones judiciales contrarias a esta idea de subordinación de los derechos de autonomía contractual a los derechos primarios, siendo una de dichas opiniones la expresada por José Juan Moreso, al no considerar esta sujeción de la autonomía privada a los derechos de libertad en forma plena, ya que él considera que los derechos fundamentales tienen una eficacia atenuada en las relaciones privadas, ya que dicha eficacia debe hacerse compatible con el derecho a la autonomía privada, el cual él también considera como un derecho fundamental.<sup>50</sup>

Esta opinión resulta relevante respecto a la propuesta de este trabajo, ya que resalta los diferentes planos en los que se ejercen la libertad de decidir, como derecho primario, y la autonomía privada, como derecho secundario, así como las afectaciones recíprocas en el ejercicio de ambos tipos de libertades.

---

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 164.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 165.

Al reconocer Moreso que las libertades fundamentales tienen un impacto atenuado en las relaciones privadas, nos sugiere que dicho impacto debería hacerse compatible con el ejercicio de la autonomía privada y no supeditar esta última (la autonomía privada) a las primeras (libertades fundamentales).

Sin embargo, en línea con la propuesta central de este trabajo, también esa correlación opera en sentido inverso, ya que el ejercicio de la autonomía privada debería de igual forma ser compatible con el libre ejercicio de las libertades fundamentales o derechos primarios.

En este mismo sentido, Carbonell estima que la realización práctica de los derechos sociales (educación, vivienda, salud, trabajo) no puede quedar librada a lo que dispongan o quieran las fuerzas de la sociedad civil dominadas por la oferta y la demanda, sino que debe el Estado ser quien actúe como garante de esos derechos, a través de una acción amplia y decidida de su parte.<sup>51</sup>

Por su parte, Danilo Zolo, nos explica que la tensión entre libertad e igualdad sigue siendo un problema sin resolver debido a que los potentes mecanismos de la economía de mercado actúan en sentido anti-igualitario, son ciertas libertades fundamentales las que producen desigualdad y pobreza, como la autonomía negocial, la libertad de asociación, la libertad de prensa y la libertad de iniciativa económica en el sector de los medios de comunicación de masas que aparecen dotados de una sobresaliente capacidad adquisitiva en una sociedad no planificada, donde solo ciertas élites pueden disponer de los recursos políticos, económicos y organizativos necesarios para disfrutar de las propiedades adquisitivas de este tipo de derechos de libertad.<sup>52</sup>

Coincido plenamente con las opiniones de Carbonell y Zolo, ya que resulta indispensable que el Estado se comprometa para que el ejercicio de la autonomía

---

<sup>51</sup> Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, op. cit., supra, p. 133.

<sup>52</sup> Zolo, Danilo, "Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales", en De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 91.

de la voluntad de unos cuantos no afecte o vulnere las libertades fundamentales o primarias de amplios sectores de la población.

Esta tarea resulta muy compleja, pero no imposible, como se verá en los siguientes apartados.

Para ello, partiré de la clasificación del derecho de disposición de la propiedad y del derecho de contratar como derechos patrimoniales.

## V. **Derechos patrimoniales: derechos poder.**

Los derechos patrimoniales se distinguen de los derechos fundamentales, en que los derechos patrimoniales son singulares para un titular determinado, con exclusión del resto de la universalidad de los seres humanos. Son derechos que son ejercidos por los individuos en la esfera de sus bienes y patrimonio, a través de relaciones jurídicas mantenidas por los titulares de los mismos.

Mientras que los derechos patrimoniales se ejercen a través de relaciones intersubjetivas de tipo civilista-contractual, sucesorio y similares-, las relaciones que se producen entre los titulares de los derechos fundamentales tradicionalmente son relaciones de tipo publicista, o sea, del individuo frente al Estado.<sup>53</sup> Por eso se dice que los derechos patrimoniales se representan a través de las relaciones horizontales, mientras que los derechos fundamentales lo hacen a través de relaciones verticales; sin embargo, como lo he adelantado, también en estas relaciones horizontales deben respetarse y garantizarse los derechos fundamentales.

Otra diferencia entre derechos patrimoniales y derechos fundamentales consiste en que los últimos son derechos de libertad, indisponibles, mientras que los primeros son derechos-poderes de autonomía, disponibles.

---

<sup>53</sup> Ferrajoli, Luigi, "Derechos fundamentales", *op. cit., supra*, p. 34.

He venido enunciando en el presente trabajo los efectos negativos que el ejercicio de los derechos patrimoniales puede causar a los derechos fundamentales, como lo son la vida, la salud, la libertad de profesión, el derecho a la salud, el derecho a la educación, entre otros.

En este sentido, Ferrajoli al referirse a los límites y vínculos entre los poderes públicos y privados, afirma que éstos son arrasados por el nuevo derecho de la globalización, modelado no ya sobre la ley sino sobre la *contratación*, es decir, sobre el mercado, lo cual en su opinión equivale a un sustancial vacío de derecho que abre espacios incontrolados a la explotación del trabajo y del medio ambiente, a las diversas formas de criminalidad económica y a las correspondientes violaciones de derechos humanos.<sup>54</sup> ¿Cuál es el resultado de esta ausencia de reglas y medios de defensa? Un crecimiento exponencial de las desigualdades, el aumento de las riquezas en ciertos sectores de la economía y, junto a ello, de la pobreza.<sup>55</sup>

Frente a esta denominada crisis del derecho,<sup>56</sup> Ferrajoli –para quien la autonomía privada es un derecho-poder que exige límites– nos propone como alternativas el derecho y la garantía de los derechos, junto con una política que tome a ambos en serio para estar a la altura de los problemas, en aras de la supervivencia de las frágiles democracias actuales.<sup>57</sup>

Estos efectos negativos se pueden presentar en cualquiera de los siguientes tipos de relaciones contractuales:

---

<sup>54</sup> Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, *op. cit., supra*, p. 377.

<sup>55</sup> *Idem.*

<sup>56</sup> Crisis en un doble sentido, uno objetivo e institucional, el otro subjetivo y cultural: (a) como creciente incapacidad reguladora del derecho, que se expresa en sus evidentes e incontroladas violaciones por parte de todos los poderes, públicos y privados, y en el vacío de reglas idóneas para disciplinar sus nuevas dimensiones transnacionales; (b) como descalificación, intolerancia y rechazo del derecho, que se expresa en la idea de que los poderes públicos supremos por el hecho de estar legitimados democráticamente, no están sometidos a reglas, ni de derecho internacional ni de derecho constitucional, y que, de igual modo, el mercado no solo no tiene, sino que debe prescindir de reglas y límites, considerados como inútiles estorbos a su capacidad de autorregulación y promoción del desarrollo. *Ibidem*, p. 380.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 381.

- (i) El Estado (E) actuando como contratante frente a un particular (A), lesiona los derechos fundamentales de éste (A).
- (ii) Un particular (A) actuando como contratante frente a otro particular (B), lesiona los derechos fundamentales de éste (B).
- (iii) Dos particulares actuando como contratantes (A) (B), lesionan los derechos fundamentales de algún tercero (C) que no es parte del contrato.

En relación con este debatido tema sobre los efectos negativos causados a los derechos fundamentales por el ejercicio de los derechos patrimoniales, existen opiniones que respaldan la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, esto es, aquéllos que están presentes entre las relaciones contractuales, mientras que existen algunas otras que simplemente niegan esta posibilidad. Quienes niegan esta eficacia horizontal proponen que los derechos fundamentales no pueden ser invocados directamente *ex constitutione* frente a particulares.

La principal razón que se arguye para oponerse a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se dice que es la “autonomía privada”. En lugar de ello, proponen la doctrina denominada “*state action*” del derecho norteamericano, conforme a la cual los derechos fundamentales sí tendrán eficacia horizontal en la medida en que dentro de una relación de dos particulares, uno de ellos pueda valerse de ventajas exorbitantes al verse favorecido por el Estado quien le otorga un privilegio concedido por aquél como pudiera ser el caso de concesionarios.<sup>58</sup>

Sobre este tema, es interesante observar la tendencia que existe en los países de América Latina, región tan representativa de los abusos y pobreza generada por las relaciones entre privados y frente al Estado, para reconocer la eficacia horizontal de los derechos fundamentales frente a los derechos patrimoniales.

---

<sup>58</sup> Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, op. cit., supra, p. 129.

Diego Valadés, afirma que la esencia de los derechos fundamentales no está en su enunciado, sino en su defensa efectiva y que la positividad de estos derechos reside en su aplicabilidad.<sup>59</sup> Por ello, Diego Valadés nos recuerda que los derechos fundamentales pueden ejercerse en todo tiempo, en todo lugar y ante todas las personas, con las salvedades que el propio ordenamiento adopte para los casos de excepción.<sup>60</sup>

Es mediante el ejercicio de los derechos patrimoniales que en algunas ocasiones se pudieran ver derechos fundamentales afectados, sin que en México exista un mecanismo jurisdiccional de protección y defensa de dichos derechos fundamentales (como lo son la vida, la salud, la libertad de profesión, el derecho a la salud, el derecho a la educación, entre otros) frente a actos de particulares al ejercer éstos sus derechos patrimoniales.

Valadés hace un recuento de cómo la protección de los derechos fundamentales ante particulares ha sido considerada en numerosos sistemas constitucionales de América Latina.<sup>61</sup>

Existe un primer grupo compuesto por Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Uruguay y Venezuela, cuyas Constituciones consideran un concepto amplio sobre quiénes pueden afectar los derechos fundamentales. Dejando por lo tanto márgenes de interpretación a la autoridad judicial para considerar también a los particulares como responsables de actos que atenten contra los derechos fundamentales.

En un segundo grupo compuesto por Colombia, Bolivia, Chile, Ecuador, Paraguay y Perú, sus Constituciones consideran expresamente a los particulares como posibles responsables de hechos violatorios de derechos fundamentales.

---

<sup>59</sup> Valadés, Diego, “La protección de los derechos fundamentales frente a particulares”, en González Martín, Nuria (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, T. II: Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Derecho Comparado. Temas Diversos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2006, p. 614.

<sup>60</sup> *Idem*.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 608.

Se presentan así las relaciones patrimoniales como poderes que pudieran llegar a lesionar a ciertos derechos fundamentales, como la vida, la salud, la libertad de oficio, por lo que dichos derechos fundamentales pasan a un primer plano no únicamente en función de su relación con el Estado, sino que va a predominar la consideración de la dignidad y libertad de la persona a cuyo respeto están obligadas todas las personas.

Partiendo de este análisis, Naranjo afirma que si lo que interesa es el mantenimiento de las condiciones que permitan hablar de la existencia de dignidad y libertad, no existe motivo alguno para excluir como lesión de las mismas aquellas agresiones que provienen de los sujetos particulares y, por lo mismo, ya no se puede identificar libertad con autonomía de la voluntad.<sup>62</sup>

Sin embargo y salvo recientes resoluciones emitidas en meses próximos a la publicación del presente trabajo, en México se confunde el concepto de libertad fundamental con la autonomía de la voluntad por lo cual resulta indispensable continuar estudiando las afectaciones de los derechos patrimoniales, como derechos poder, sobre los derechos fundamentales. Lo cual para algunos autores es un rezago o reminiscencia del pensamiento liberal, que debiera quedar ya superado, ya que no se puede continuar pretendiendo la independencia de las determinaciones civiles frente a la Constitución.<sup>63</sup>

Sin embargo e insisto, son los principios de ponderación y proporcionalidad los que nos ayudarán a resolver estas tensiones entre derecho privado y derecho constitucional, ya que no podemos afirmar categóricamente y como regla general

---

<sup>62</sup> Naranjo de la Cruz, Rafael *op. cit.*, *supra*, p. 197.

<sup>63</sup> Naranjo afirma así que cuando se habla de la independencia del derecho privado frente al Derecho constitucional, se está intentando mantener una situación propia de finales del siglo XVIII y siglo XIX, en la que la regulación por el derecho privado de los bienes jurídicos entonces más importantes -libertad contractual y propiedad- permite hablar de su primacía material; sin embargo, en la actualidad, por lo que respecta a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, la regulación del derecho privado debe estar plenamente sometida la Constitución, de manera que aquéllos no admiten más limitaciones que las que persiguen la protección de otro bien o derecho constitucionalmente amparado y reúnen, en ello, los requisitos impuestos por el principio de proporcionalidad. *Ibidem*, p. 241.

que (i) la libertad de decidir constituya el valor supremo a proteger frente a cualquier limitación proveniente de otro ordenamiento, (ii) la autonomía de la voluntad prevista por el derecho civil sea independiente y no tenga correlación con el ejercicio de los derechos fundamentales y, por lo mismo deba recibir un trato distinto, o (iii) sea válido que el Estado intervenga en la regulación o limitación del ejercicio de la libertad de decidir y de la libertad de contratación, cuando en realidad ninguna de las partes involucradas obtengan beneficios tangibles que se materialicen.

Para Alexy, a través de la ley de la ponderación, el derecho general de libertad se introduce en la situación total de libertad, de forma tal que la referencia de la persona a la comunidad y su vinculación con ella puede, por una parte, tenerse en cuenta sin mayor problema y, por otra, se mantienen los elementos de libertad necesarios para la independencia de la persona.<sup>64</sup>

Coincidiendo con Naranjo –para quien la función del derecho privado no es proteger al principio de autonomía privada frente a cualquier límite, sino articular de manera adecuada el desenvolvimiento conjunto de ambos en el ordenamiento jurídico–,<sup>65</sup> es un deber del Estado intervenir a través del Poder Judicial para verificar y hacer, a través de un ejercicio de ponderación, que las libertades en conflicto se materialicen en beneficios proporcionales. Es decir, la integración de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

Ermanno Vitale, al analizar la obra de Ferrajoli coincide con él en la afirmación de que no se ha desarrollado, junto al constitucionalismo de derecho público, un constitucionalismo de derecho privado; por lo tanto, Vitale propone que es el derecho quien debe regular al mercado corrigiendo las enormes asimetrías de poder que se presentan entre los grandes grupos económicos, en su calidad de

---

<sup>64</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Traducción y Estudio Introdutorio por Bernal Pulido, Carlos, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 334.

<sup>65</sup> Naranjo de la Cruz, Rafael *op. cit., supra*, p. 236.

empleadores o gestores de servicios, y los individuos concretos, en su calidad de trabajadores y usuarios de dichos servicios.<sup>66</sup>

De esta manera, la autonomía privada debe favorecer y promover el desarrollo de todas las partes contratantes y los terceros que se vean afectados por las relaciones contractuales que deriven del ejercicio de dicha autonomía. El Estado debe entonces velar para que se logre este objetivo, armonizando la protección y ejercicio de los derechos fundamentales, frente a las relaciones contractuales que deriven de las libertades patrimoniales y hacer todo lo necesario para que éstas encauzen el desarrollo económico y social necesario de la comunidad, en vez de que se logre solamente el beneficio individual de quien ejerce esa autonomía contractual.

Vitale propone en relación con este mismo tema, el ejercicio de la libertad como “emancipación” por la que cada individuo es, antes que trabajador o consumidor, dueño de su vida privada y responsable coautor de las decisiones públicas; por lo tanto, existe un crecimiento moral, intelectual y social de las personas y no solamente económico.<sup>67</sup>

Sobre la distinción entre eficacia horizontal y vertical de los derechos, Ferrajoli contestando la pregunta de ¿para qué sirve la definición formal de derechos fundamentales?, opina que la misma sirve para informarnos no ya sobre el contenido, sino más bien sobre la forma de tales derechos, es decir, para identificar la estructura que permite su tutela como derechos iguales, universales e indisponibles.<sup>68</sup>

En efecto, abogo por derechos fundamentales que sean efectivos, que se puedan tutelar y defender frente a cualquier agresión a los mismos tanto de parte

---

<sup>66</sup> Vitale, Ermanno, *Defenderse del Poder, por una resistencia constitucional*, trad. de Pedro Salazar Ugarte y Paula Sofía Vásquez Sánchez, Madrid, Editorial Trotta, 2012, p. 100.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>68</sup> Ferrajoli, Luigi, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, *op. cit., supra*, p. 146.

del Estado, como de los particulares; de lo contrario, dichos derechos fundamentales se quedan como un mero catálogo enunciativo.

En el ejercicio mismo de la libertad de contratar, podemos ver que en situaciones particulares se llegan a violentar derechos fundamentales, haciendo una mala interpretación de esa autonomía que gozan los individuos en términos de la legislación para pactar libremente las disposiciones de un contrato.

En este sentido, Juan María Bilbao Ubillos,<sup>69</sup> opina que se registran situaciones de sujeción, en las que las partes contratantes no disponen realmente de la misma libertad para concertar o no una determinada relación, que se presume voluntaria, o de las mismas posibilidades de discutir y perfilar el contenido final de las cláusulas pactadas y exigir su cumplimiento. De esta manera, el ejercicio de la libertad contractual por el contratante en posición de superioridad anula la libertad de la parte más débil.

Bien es cierto que las diferencias de recursos y capacidades siempre estarán presentes en las relaciones contractuales y que la parte más desfavorecida podrá elegir libremente entre celebrar o no el contrato correspondiente, ejerciendo así su libertad de contratar. Sin embargo, cuando se van produciendo consecuencias que, derivadas del contrato celebrado, sitúan a la parte desfavorecida en una condición aún peor que la que tenía antes de celebrar el contrato -lesionando así libertades fundamentales- y dicha condición se generaliza para amplios sectores de la población, claramente notamos ahí los efectos negativos que puede llegar a causar el ejercicio de los derechos patrimoniales.

En este mismo sentido concluye Bilbao Ubillos,<sup>70</sup> al afirmar que detrás de los supuestos de concentración o monopolización del poder social y económico,

---

<sup>69</sup> Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 243.

<sup>70</sup> *Idem*.

se esconde la privilegiada posición de ciertos individuos u organizaciones cuyo predominio anula o compromete gravemente ese mínimo de libertad e igualdad que constituye el presupuesto de la autonomía privada.

De esta manera, los contratos trascienden su función patrimonial ya que aunque sean válidamente celebrados, sus efectos pueden poner en riesgo no solamente el patrimonio de alguno de los contratantes, sino también sus libertades fundamentales.

Al perderse un patrimonio o una parte sustancial del mismo, al pactarse contraprestaciones que resultan excesivamente onerosas para una de las partes, al renunciar a ciertos derechos de indemnización o de cobertura, al limitar el libre ejercicio de una profesión o actividad en forma válida conforme a la legislación civil y mercantil, se están lesionando también libertades fundamentales que a la larga llegan a poner en riesgo la subsistencia de las personas.

Es ésta la forma como los derechos patrimoniales pueden llegar a convertirse en poderes y lesionar derechos fundamentales.

## **VI. Derecho de propiedad y libertad de decidir.**

En el presente apartado, es importante partir del análisis de algunas de las diferentes teorías sobre las limitaciones que se pueden válidamente imponer al derecho de propiedad.

Empleando las ideas de Montesquieu, quien opina que en estado natural los seres humanos nacen en estado de igualdad y que la sociedad les hace perder esa igualdad, por lo que las leyes son necesarias para preservar la misma,<sup>71</sup> resulta trascendente para este trabajo identificar la manera en que el ejercicio del derecho de propiedad contribuye a la generación de dicha desigualdad.

---

<sup>71</sup> Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, 6a ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2007, p. 130.

De esta manera, el propio Montesquieu opina que en una sociedad sometida a leyes todos son iguales en cuanto ciudadanos.<sup>72</sup>

Por lo anterior, el ejercicio de disposición del derecho de propiedad debe atender también a este principio de igualdad ante la ley como lo describiré más adelante.

Para Dworkin, la libertad comprende también el derecho de usar la propiedad cuya titularidad es legítima, excepto en los casos en que el Estado pueda también legítimamente restringir dicho uso.<sup>73</sup> Dichas restricciones se podrán imponer, al ejercer el derecho de propiedad, precisamente en aras de preservar la igualdad ante la ley antes referida.

Para Bentham, la igualdad solamente debe favorecerse cuando no perjudique a la seguridad, cuando no turbe las esperanzas que la ley ha producido, cuando no descomponga la distribución establecida.<sup>74</sup> Por lo tanto, debe encontrarse un balance entre la procuración de igualdad ante la ley y esta seguridad, esperanzas y distribución a las que Bentham se refiere.

Desde esta perspectiva utilitarista, el legislador no podría arbitraria y opresivamente legislar, sino que su actividad legislativa debería fundarse por un cálculo de utilidad del individuo y defensa de su libertad frente al Estado. Es un axioma del utilitarismo que *everybody is to count for one and nobody for more than one*.

---

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>73</sup> Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, *op. cit.*, *supra*, p. 375.

<sup>74</sup> Bentham, Jeremías, *Tratado de Legislación Civil y Penal*, Tomo II, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2004, p. 36.

El utilitarismo considera como competencia exclusiva del individuo juzgar sobre su interés y su derecho, siendo el Estado incompetente para hacerse intérprete del interés y del derecho individual.

Bentham consideró que los problemas económicos y jurídicos son indisolubles, por lo que necesitan resolverse juntos a favor del individuo, sobre el fundamento común de la utilidad.<sup>75</sup>

En efecto, es necesario resolver en forma conjunta el problema económico y jurídico, pero también respetando las libertades, como especie de derechos fundamentales, logrando el derecho a un mínimo vital al que ya me he referido.

Sobre este tema, Ferrajoli distingue entre los derechos de libertad y los derechos de autonomía en uno de los aspectos más polémicos de su teoría de los derechos fundamentales, al afirmar que la inclusión de los derechos de propiedad en la misma categoría que los derechos de libertad es un error en que incurrió la tradición liberal desde Locke, Hobbes, Montesquieu hasta Marshall.<sup>76</sup>

Considero más que acertada esta apreciación de Ferrajoli, en el sentido de la facultad que existe para limitar los derechos de propiedad y otros derechos patrimoniales, como la libertad de contratar, por el impacto necesario que el ejercicio de éstos tiene frente a la libertad de decidir y otros derechos fundamentales.<sup>77</sup> En concordancia con Ferrajoli se encuentran diversos autores,

---

<sup>75</sup> Todas las reformas legislativas inspiradas por Bentham y que constituyen el programa de los radicales ingleses de la primera mitad del siglo XIX, tuvieron el apoyo de los economistas de la escuela liberal y se resuelven en una extensión de la libertad individual. En nombre de la libertad contractual fueron abolidos los delitos de usura, de acaparamiento y especulación. Solari, Gioele, *Filosofía del Derecho Privado*, *op. cit.*, *supra*, t. I, p. 399.

<sup>76</sup> Cruz Parceró, Juan Antonio, “Expectativas, Derechos y Garantías. La Teoría de los Derechos de Luigi Ferrajoli”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2a ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 334.

<sup>77</sup> Para Ferrajoli, al referirse al nexo que existe entre el igual derecho fundamental de adquirir y disponer de bienes de propiedad y los distintos derechos patrimoniales de propiedad adquiridos a través de su ejercicio, los derechos civiles no pueden no estar sometidos a la ley, ni por tanto, ser confundidos con los derechos de libertad que, por el contrario, representan para aquéllos un límite infranqueable. Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, *supra*, p. 314.

dentro de los que podemos mencionar a Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, quienes también consideran que la libertad y autonomía contractual como derechos son susceptibles de limitación,<sup>78</sup> así como Luis Prieto Sanchís, para quien los derechos de autonomía están limitados por las libertades fundamentales y derechos sociales que operan como fronteras inquebrantables.<sup>79</sup>

Esta delimitación de fronteras entre derechos patrimoniales y derechos fundamentales, resultará útil al momento de ponderar la tensión que existe entre ambos derechos en controversias específicas.

Ferrajoli al referirse al crecimiento de la concentración de la riqueza y a la vez de la expansión de la pobreza, afirma que “esta desigualdad ha sido legitimada por las ‘ ideologías neoliberales’ que han conseguido acreditar la idea de que la autonomía empresarial no es un poder, en cuanto tal sujeto de regulación jurídica, sino una libertad, y que el mercado no solamente no tiene necesidad de reglas sino que tiene necesidad, para producir riqueza y empleo, de no encontrar ningún límite.”<sup>80</sup>

Partiendo de estas conclusiones del pensamiento de Ferrajoli, se fortalece la propuesta sobre la necesaria intervención del Estado para restablecer equilibrios perdidos o desequilibrios agravados por el ejercicio de los derechos patrimoniales. Sin embargo, para lograr este objetivo, es necesario analizar el tema económico relacionado con los derechos patrimoniales.

Siendo la libertad de contratar un derecho patrimonial junto con el derecho de disposición de la propiedad, su ejercicio tiene una finalidad para las partes

---

<sup>78</sup> De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo, “Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales”, en De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 15.

<sup>79</sup> Prieto Sanchís, Luis, “Constitucionalismo y Garantismo”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 49.

<sup>80</sup> Ferrajoli, Luigi, “Sobre los Derechos Fundamentales”, en Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM y Editorial Trotta, 2007, p. 88.

firmantes que va mucho más allá que la transmisión de derechos y obligaciones. Se disponen derechos y bienes con la finalidad de obtener un beneficio económico y algunos otros satisfactorios.

Autores como Amartya Sen incluso denominan dicha eficiencia económica como la razón de los contratos.<sup>81</sup> Es ésta la característica que algunos han denominado “funcional” del contrato y que consiste en la utilidad económica del mismo.<sup>82</sup>

De esta manera, se dice, el contrato introduce al mundo del derecho las intenciones socio-económicas de las partes, a través de una respuesta funcional del orden normativo.<sup>83</sup>

En el *common law*<sup>84</sup> a esta característica se le ha denominado como “*consideration*”, definida como aquella que induce a la celebración del contrato, consistente ya sea en el precio, causa, motivo o influencia que impulsa o compele a las partes contratantes.<sup>85</sup>

Dicho concepto se materializa en aquel derecho, interés, beneficio o provecho acumulado por una parte, o pérdida, detrimento o responsabilidad concedida o asumida por la otra.<sup>86</sup>

---

<sup>81</sup> Sen, Amartya, *The Idea of Justice*, EUA, Harvard University Press, 2009, p. 313.

<sup>82</sup> Márquez González, José Antonio, *Teoría de las Nulidades*, 4a. ed., México, Editorial Porrúa, 2008, p. 398.

<sup>83</sup> *Idem*.

<sup>84</sup> Conformado por una serie de resoluciones judiciales, se compone de tres partes: (i) el derecho de propiedad, concentrado en la creación y definición de derechos de propiedad consistentes en el uso exclusivo de bienes valiosos; (ii) el derecho de los contratos, concentrado en facilitar el movimiento voluntario de derechos de propiedad en manos de quienes valoran los mismos; y (iii) el derecho de los daños (*law of torts*), concentrado en la protección de los derechos de propiedad, incluyendo el derecho de integridad física. Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, EUA, Aspen Law and Business, 1998, p. 35.

<sup>85</sup> Black's Law Dictionary, 6a. ed., EUA, West Publishing Co., 1990, p. 306.

<sup>86</sup> *Idem*.

Entonces, ¿cómo atender a esta eficiencia económica de los contratos cuando éstos afectan o vulneran la libertad de decisión u otros derechos fundamentales de alguno de los contratantes?

Para poder responder a esta pregunta, recurro a Robert Cooter y Thomas Ulen, quienes argumentan que la ley regula los contratos ante las fallas del mercado, lo que hace necesario entender cómo ciertos elementos deben ser tomados en cuenta más allá de la voluntad de las partes plasmadas en los contratos, pues éstos minan la calidad del consentimiento en el contrato.<sup>87</sup> Se dice entonces que debe deshacerse el contrato, para evitar intercambios involuntarios, para evitar imposición de contratos. Se deben crear incentivos para comunicar el significado de los términos esenciales de los contratos y negar el cumplimiento forzoso si el proceso de negociación no comunica la información esencial.

De esta manera, aunque los contratos sean producto del ejercicio de la autonomía de la voluntad/libertad negocial, éstos se encuentran acotados no solamente por diversas leyes que buscan la regulación del mercado, sino también por su función que algunos autores le otorgan como mecanismo para la efectiva realización de las intenciones socio-económicas de las partes.

Bruce A. Ackerman desde un punto de vista constructivista, considera que el derecho puede reconstruir aspectos de la vida cotidiana, como son los contratos; en este sentido, se dice que a través del derecho se pueden reconstruir formas organizativas, como los contratos, en formas efectivas que permitan a los ciudadanos mejorar, cuando no eliminar, los conflictos que parecen tan insolubles en la superficie de la vida cotidiana.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y Economía*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 18.

<sup>88</sup> Ackerman Bruce A., *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*, Barcelona, Ariel, 1988, p. 84.

Por lo tanto, si la disposición de la propiedad o la libertad de contratar resultan incompatibles o transgreden estos acotamientos, será indispensable revisar tal situación para evitar los intercambios involuntarios o imposición de contratos a los que se refieren Cooter y Ulen.

Márquez González expresa que las personas ponen en juego los complejos mecanismos de acción jurídica que supone la celebración de un contrato con el manifiesto propósito de obtener una utilidad real, por lo que la nulidad de los mismos es una medida de protección legal con vista al interés socio-económico de los contratantes.<sup>89</sup>

Esta protección de nulidad debería entonces proteger efectivamente no solamente al interés socio-económico de los contratantes, sino también a las afectaciones a libertades fundamentales derivadas de la vulneración de ese interés socio-económico.

Richard A. Posner, por su parte expresa que los derechos de propiedad son, en cierta medida, menos universales de lo que pudieran ser. Para el referido autor, la protección y defensa de los derechos patrimoniales tiene un costo económico muy alto, por lo que sólo cuando reportan beneficios económicos superiores a dichos costos, es que las personas deciden celebrar contratos para obtener esos beneficios económicos.<sup>90</sup>

Por lo tanto, coincidiendo con esta opinión de Posner, cuando se ejercen derechos patrimoniales, se hace buscando un beneficio económico superior al costo que representa el ejercicio de los mismos. En consecuencia, si como resultado del ejercicio de los derechos patrimoniales no se obtiene ese beneficio económico y, por el contrario, se afectan ciertas libertades fundamentales al quedar la parte contratante en una desmedida desventaja como resultado del

---

<sup>89</sup> Márquez González, José Antonio, *Teoría de las Nulidades*, op. cit., supra, p. 399.

<sup>90</sup> Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, op. cit., supra, p. 39.

ejercicio de los derechos patrimoniales, es necesaria la intervención del Estado para restablecer el equilibrio perdido.

En este mismo sentido, Cooter y Ulen,<sup>91</sup> afirman que los derechos de propiedad son eficientes cuando crean incentivos para maximizar la riqueza de una nación, al proteger y promover el intercambio voluntario de derechos y bienes materiales.

Por su parte, Ackerman también sostiene que la libertad de contrato tiene sentido legal dentro de un marco de referencia institucional que garantice a los contratantes individuales una justa participación en el poder económico y político y en los derechos civiles.<sup>92</sup>

Son estas razones, la búsqueda de esa generación de riqueza económica en algunos países, como es el caso de los Estados Unidos de América, la que en diversas etapas de su historia ha concebido la libertad de contratar, como una garantía procesal en los Estados Unidos de América a nivel Constitucional. Lo anterior ha permitido a los tribunales de aquel país invalidar legislación estatal y federal que en su momento regulaban y limitaban la actividad económica, como por ejemplo legislación estableciendo un límite máximo de horas laborables, escudando dicha intervención judicial en la necesidad de dejar sin efectos legislación que inhibiera dicha libertad de contratar y en consecuencia afectara el libre mercado.

En muchos de esos casos, los tribunales han analizado la implicación social de estas resoluciones y afectación de libertades, resolviendo en cada caso en favor de alguna de ellas, dependiendo de las circunstancias del mismo. No existe así una regla general para la resolución de dichos casos y un criterio fijo conforme

---

<sup>91</sup> Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y Economía*, op. cit., supra, p. 168.

<sup>92</sup> Ackerman Bruce A., *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*, op. cit., supra, p. 124.

al cual se pueda determinar la preeminencia de alguna libertad sobre las otras, sino que el criterio va cambiando a lo largo del tiempo.

En la época en la que escribo este trabajo, la teoría clásica parece estar recuperando vigencia en aquel país conforme a casos recientes que analizaré más adelante. Como consecuencia de ello, la teoría económica se ha elevado a rango de principio constitucional, en base a la idea de que las transacciones voluntarias casi siempre promueven el bienestar social y, por el contrario, las regulaciones que inhiben las mismas casi siempre reducen dicho bienestar social.<sup>93</sup>

En relación con este tema, en el último apartado de este capítulo analizaré el aspecto de regulación, que va intrínsecamente relacionado con la disposición de la propiedad y la libertad de contratar, como derechos patrimoniales; pero, por ahora, comento que considero que es correcto afirmar que las transacciones pueden llegar a promover el bienestar social y que la excesiva regulación de las mismas pudiera llegar a inhibir el ejercicio de los derechos patrimoniales en tal medida que también reduzca en consecuencia el bienestar social ante la falta de generación de satisfactores económicos. Es el Poder Judicial el que deberá estar facultado para analizar y resolver las controversias que le sean planteadas a éste, en torno a la tensión que se presente en casos particulares entre la disposición de la propiedad y el ejercicio de la libertad de contratar, como derechos patrimoniales, frente a la libertad de decidir u otros derechos fundamentales.

Si bien es cierto que se requiere de riqueza y prosperidad económicas, generadas a través del intercambio comercial producido por los contratos, para que los individuos y sociedad obtengan los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades de subsistencia, también lo es que dicho intercambio comercial debe respetar las libertades fundamentales de todos los integrantes de la sociedad.

---

<sup>93</sup> Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, *op. cit.*, *supra*, p. 685.

Es así necesario armonizar la protección y ejercicio de los derechos fundamentales frente al ejercicio o actos de disposición de la propiedad, en torno a la autonomía de la persona.

He venido analizando la preeminencia que tienen las libertades consagradas en la Constitución como aquellas que permiten a los ciudadanos dirigir sus propias vidas, así como también las limitaciones que se pueden imponer a dichas libertades cuando el ejercicio de las mismas lesiona o pone en riesgo los derechos fundamentales de otras personas.

En este mismo sentido, Miguel Carbonell considera que dejar el tema de las relaciones entre grandes empresas y consumidores dentro del ámbito del derecho privado, regidas por la idea de la autonomía de la voluntad, no puede ser más que una ficción, pues las condiciones de desigualdad entre unas y otros no permiten que se manifieste una voluntad plenamente libre de las partes, sobre todo de la parte más débil.<sup>94</sup>

Por ello me parece interesante la propuesta de “ponderación judicial”, sobre la que hablaré a continuación, como un mecanismo de armonización, ya que como lo afirma el autor Luis Prieto Sanchís, la cláusula del Estado social, que comprende distintas directrices de actuación pública, necesariamente ha de interferir con el modelo constitucional de la economía de mercado, con el derecho de propiedad o con la autonomía de la voluntad.<sup>95</sup>

Notemos entonces una vez más la natural interferencia que se presenta por la disposición de la propiedad y el ejercicio de la libertad de contratar, frente a los derechos de libertad de jerarquía constitucional, incluyendo la libertad de decidir y cómo conforme a esta propuesta de ponderación, se logra que los objetivos del

---

<sup>94</sup> Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, op. cit., supra, p. 964.

<sup>95</sup> Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo (s)*, 4a. ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 133.

Estado social<sup>96</sup> se apliquen frente a los objetivos individuales de los ciudadanos.<sup>97</sup> De esta manera, se busca una proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia en cada caso en concreto, que permita declarar la invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto.<sup>98</sup>

En relación con la defensa del principio de la autonomía privada para disponer de propiedades y otros derechos patrimoniales, Carbonell considera que las corporaciones y su absoluto dominio de esferas completas de la actividad económica, en régimen de monopolio u oligopolio, han pulverizado el mito del principio de la autonomía privada, según el cual las relaciones entre particulares estarían significadas por un acuerdo entre personas situadas en un plano de igualdad que gozaban de amplios márgenes de libertad para celebrar acuerdos conforme a sus mejores intereses.<sup>99</sup> Pedro de Vega insiste en que la aparición en el seno de la sociedad de corporatistas de poderes privados, capaces de imponer su voluntad y su *dominium* con igual o mayor fuerza que los poderes públicos del Estado, determina un nuevo y más amplio entendimiento de la dialéctica poder-libertad.<sup>100</sup>

Se llega así incluso a concluir que este concepto de la autonomía privada o autonomía de la voluntad puede considerarse como un pretexto para cubrir ofensas en contra de la dignidad de las personas, en cuyo caso los derechos fundamentales deben entrar en acción para invalidar el acto o reparar la violación.<sup>101</sup>

Entonces, en tanto ésa autonomía privada o la libertad de decidir quede excesivamente condicionada por los bienes de propiedad involucrados en una

---

<sup>96</sup> Tales como la tutela de la seguridad pública, el derecho al honor, la igualdad sustancial, la tutela al medio ambiente, el derecho a la vivienda, la protección del orden público y la buena administración de justicia.

<sup>97</sup> Tales como la libertad personal, la libertad de expresión, la igualdad formal, el derecho de propiedad, la libertad de manifestación y el derecho a la tutela judicial.

<sup>98</sup> Prieto Sanchís, Luis, "Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial", *op. cit., supra*, p. 144.

<sup>99</sup> Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, *op. cit., supra*, p. 134.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 141.

relación determinada, es decir, que una parte se encuentre en notoria desventaja y se vea forzada a aceptar condiciones contractuales de quien detenta una propiedad determinada y esa parte en desventaja no esté obteniendo beneficios económicos que superen el costo económico que le represente ser parte en esa relación, se podrían estar violentando libertades básicas que habrían de ser protegidas.

Y la mejor forma de implementar esta protección, es a través de un control constitucional al que deben quedar sujetos los derechos patrimoniales que deriven del ejercicio o disposición de la propiedad, dado que siempre se deberá tener en cuenta la afectación que el ejercicio de dichos derechos tendrá sobre las libertades básicas de la colectividad.

De nueva cuenta reitero que la propuesta de este trabajo es que el Poder Judicial realice este ejercicio de ponderación aplicado a la situación o caso en particular.

En cuanto a la posibilidad de incluir mecanismos judiciales o legales para nivelar los desajustes antes señalados, Danilo Zolo indica que *rebus sic stantibus*, el desempleo o la desocupación no son problemas que puedan ser afrontados con instrumentos judiciales, sin forzar las reglas más elementales de la economía de mercado.<sup>102</sup>

Por lo anterior, considero adecuada la propuesta de ponderación judicial, con base en la cual se analicen las características específicas de las controversias que se vayan presentando al entrar el conflicto derechos fundamentales afectados por el ejercicio de los derechos patrimoniales por medio de los cuales se disponga de la propiedad.

---

<sup>102</sup> Zolo, Danilo, “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales”, *op. cit., supra*, p. 94.

Conforme a esta propuesta, ubicaría el derecho a la contratación en un sitio que le coloca sí como un derecho patrimonial, sujeto a que su ejercicio no lesione derechos fundamentales de los demás integrantes de la sociedad. De esta manera, como lo he venido analizando, se requerirá de la intervención del Estado, a través del Poder Judicial, para ponderar y resolver los conflictos que se presenten ante tensiones entre derechos fundamentales que sean lesionados por el ejercicio de derechos patrimoniales que deriven del derecho de propiedad.

## **VII. La libertad de decisión: ¿derecho fundamental o derecho patrimonial?**

Una vez que ha quedado claro que la libertad de decidir es una subespecie de las libertades consideradas como derechos fundamentales y, por lo tanto, es universal e indisponible, pasemos ahora a analizar la manera en que dicha libertad de decidir ejercida en la esfera del derecho privado (contratos) se convierte en un derecho patrimonial y, por lo tanto, se convierte en singular y disponible.

Esta modalidad se presenta cuando ejercemos nuestra libertad de decidir en relación con la disposición de la propiedad y derechos patrimoniales. En tal supuesto, esta libertad de decisión se ejerce para adquirir o disponer de bienes o derechos de propiedad y, en tal caso, se convierte en un derecho patrimonial, singular y disponible.

Podríamos decir entonces que estamos ante la presencia de derechos patrimoniales, que son resultado del ejercicio de la libertad de decidir -ésta última considerada como derecho fundamental-.

La pregunta que surge de nueva cuenta es ¿cómo limitar esta libertad de disposición de la propiedad y libertad de contratar en la esfera de las relaciones de derecho privado?

Si bien es cierto que la libertad de decisión tiene eficacia horizontal en las relaciones entre particulares, no por ello se puede consentir en que el Estado o la Constitución sean indiferentes cuando el ejercicio de esta libertad produce afectaciones negativas en el ejercicio de libertades fundamentales, conforme lo he venido analizando.

En algunas ocasiones, el propio Estado puede también actuar en un plano horizontal, al celebrar contratos con particulares en actos regulados por las leyes civiles y mercantiles y queda igualmente sujeto al respeto de las libertades fundamentales. Asimismo, el Estado puede reservarse para sí, ya sea de facto o legislativamente, ciertas actividades de impacto importante, produciendo así la inhibición de las libertades de sus ciudadanos.

Por lo anterior, este derecho de decidir aplicado a los contratos y a la disposición de la propiedad, se constituye como un derecho disponible, que tiene sus efectos principalmente en la esfera patrimonial e individual de las personas y que en ningún momento debe lesionar los derechos fundamentales. Por tanto, al entrar en tensión con derechos fundamentales, resultará necesario en base a la ponderación y proporcionalidad, restringir el ejercicio de este derecho si es que se determina –mediante resolución judicial– una afectación en la esencia de algún derecho fundamental por el ejercicio del mismo; por el contrario, este derecho de contratar y disponer de la propiedad libremente podrá prevalecer frente a algún derecho fundamental –mediante resolución judicial– única y exclusivamente cuando no se afecte el contenido esencial de dicho derecho fundamental y, en la situación particular, se considere al derecho de contratar y disponer de la propiedad libremente como el bien jurídico más valioso.

Sobre esta distinción entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, Ferrajoli nos expone las siguientes diferencias:<sup>103</sup>

---

<sup>103</sup> Rentería Díaz, Adrián, “Derechos Fundamentales, Constitucionalismo y Iuspositivismo en Luigi Ferrajoli”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2a ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 122.

Primera diferencia. Los derechos fundamentales son universales, son inclusivos y están en la base del principio de igualdad; mientras que los derechos patrimoniales son individuales y exclusivos en cuanto que se refieren a un titular (o varios) con exclusión de todos los demás.

Segunda diferencia. Los derechos fundamentales son de naturaleza indisponible, inalienables, mientras que los derechos patrimoniales son derechos disponibles y negociables por su propia naturaleza.

Tercera diferencia. Los derechos fundamentales son conferidos *ex lege* mediante normas de derecho de rango constitucional, por lo que son normas. Por su parte, mediante normas jurídicas se establece cómo los derechos patrimoniales pueden adquirirse, modificarse y extinguirse; se dice así entonces que los derechos patrimoniales son predispuestos por normas.

Al ser la libertad de contratar y disponer de la propiedad un derecho individual, disponible y predispuesto por normas de jerarquía inferior a la Constitución, regida básicamente por la legislación civil, se concluye que la misma califica dentro de la categoría de derechos patrimoniales o civiles, en oposición a los derechos fundamentales regidos por la Constitución.

Podría definir a esta libertad de contratar y disponer de la propiedad, como una potestad negocial que produce consecuencias patrimoniales.

El ejercicio de esta libertad de contratar y disponer de la propiedad, de contenido eminentemente patrimonial, va generando entre los ciudadanos relaciones económicas que forman a su vez el mercado y la economía de un país. Si bien, estas relaciones se presentan en un plano secundario frente a los derechos fundamentales, gozan de autonomía dentro del marco legal del derecho civil, mercantil, penal y administrativo que lo regulan.

Como lo he mencionado anteriormente, en ocasiones esta autonomía de regulación de la libertad de contratar y disponer de la propiedad –por legislaciones distintas a la Constitución– ha sido interpretada judicialmente como excluyente de control constitucional. Es decir, el Poder Judicial tradicionalmente ha considerado en algunas de sus resoluciones y salvo ciertas excepciones, que las relaciones jurídicas que derivan del ejercicio de esta libertad de contratar y disponer de la propiedad no quedan sujetas a un control constitucional.

Por mi parte no estoy de acuerdo con este criterio, ya que la Constitución debe ser el eje rector de todo el orden legal, tanto de derecho privado, como de derecho público. Por lo tanto, todos los actos que afecten la efectiva realización de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sea por actos del Estado o de particulares a través de relaciones negociales/celebración de contratos o actos que inhiban dicha realización, por supuesto que deben quedar sujetos a un control constitucional ejercido por el Poder Judicial.

En los siguientes dos capítulos analizaré casos en concreto que ejemplifican este ejercicio de ponderación, en resoluciones emitidas por órganos judiciales de los Estados Unidos de América, Alemania, España y México.

#### **VIII. La libertad de decisión en el ámbito del derecho privado: contratos.**

Para Amartya Sen la prosperidad económica ayuda a las personas a ejercer de manera efectiva sus libertades,<sup>104</sup> por lo que de ahí concluye este autor que la libertad para participar en el intercambio económico en los diferentes mercados que integran una economía, contribuye de manera significativa al desarrollo y a la estructura social.

---

<sup>104</sup> Sen, Amartya, *Development as Freedom*, New York, Random House, 2000, p. 297.

Para el propio Sen, el desarrollo requiere la remoción de los obstáculos que frenan el ejercicio de las libertades, tales como la pobreza y las escasas oportunidades económicas.<sup>105</sup>

Las grandes desigualdades son, por lo tanto, las causas de la falta de libertad; son esas desproporciones y pobreza las que provocan la falta de libertad.<sup>106</sup>

¿Las marcadas inequidades entre varios agentes contratantes afectan los derechos fundamentales de los menos favorecidos?

La respuesta a esta pregunta no puede ser una afirmativa o una negativa en sentido categórico. Más, sin embargo, sí puedo afirmar como resultado del análisis realizado en el presente trabajo y apoyándome en las múltiples citas de los diversos expertos consultados y citados a lo largo del mismo, que es posible que ante la pobreza y bajo nivel de educación de integrantes de una sociedad – como es el caso en México–, ciertos agentes económicos abusen de dicha situación tomando una amplia ventaja en las relaciones contractuales establecidas con los sectores de la población desfavorecidos.

También puedo afirmar, que como resultado de estas relaciones marcadamente ventajosas para ciertos agentes económicos e indudablemente empobrecedoras para las demás partes contratantes, se amenazan o lesionan derechos fundamentales.

---

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>106</sup> Para los autores François Bourguignon y Sébastien Dessus, el tema de la desigualdad económica es mucho más amplio que una simple distinción entre “ricos” y “pobres”, dado que comprende todas aquellas situaciones en las que algunas oportunidades –especialmente la de generación de ingresos– están disponibles solamente para algunos. Bourguignon, François y Dessus, Sébastien, “Equity and Development: Political Economy Considerations”, en Levy, Santiago y Walton, Michael (eds.), *No Growth Without Equity? Inequality, Interests, and Competition in Mexico*, EUA, Palgrave Macmillan y The World Bank, 2009, p. 48.

Al generar estas relaciones contractuales aún más pobreza y desigualdad, las personas que resultan perjudicadas por las mismas se sitúan en un plano en el que les resulta difícil, si no es que imposible, ejercer sus libertades básicas.

Confirmando entonces que el Estado sí tiene la facultad y la obligación para intervenir ante este tipo de relaciones entre particulares, con el objetivo de que las partes contratantes obtengan beneficios y provechos equitativos para abatir los índices de pobreza –vista como la incapacidad para satisfacer algunas necesidades elementales y esenciales (a la que se ha denominado pobreza como “privación de la capacidad”).<sup>107</sup>

El Estado tiene así un papel esencial en este proceso, quien debe enaltecer y garantizar las libertades sustantivas de los individuos, vistos como agentes activos de cambio, más que receptores pasivos de beneficios dispensados.<sup>108</sup>

Adam Smith, en este mismo sentido, proponía la libertad para intercambiar bienes y celebrar transacciones comerciales, como una parte de las libertades básicas que los individuos deben valorar.<sup>109</sup>

Lo anterior conlleva no solamente a la idea de un contrato social, en el que todos los participantes del mismo buscan un interés y beneficio común, sino que requiere necesariamente de la intervención del Estado. A este respecto, Helen Kershkoff describe el papel esencial que juega el Estado en la promoción y regulación de las relaciones sociales y económicas, dado que el orden en un mercado no se da en forma espontánea, sino en respuesta a las medidas legales adoptadas por el gobierno.<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup> Sen, Amartya, *La Desigualdad Económica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 239.

<sup>108</sup> Sen, Amartya, *Development as Freedom*, *op. cit.*, *supra*, p. xiii.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>110</sup> Brinks, Daniel M. y Gauri, Varun, *Courting Social Justice, Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, USA, Cambridge University Press, 2008, p. 283.

En este sentido, los economistas denominados “poskeynesianos” al argumentar contra el Estado intervencionista y asistencial, consideran que la intervención estatal en la economía disminuye la riqueza general de la nación al pretender aumentarla, deja a los pobres en su pobreza al impedirles desarrollar conductas activas para salir de ella, y pone en peligro los fundamentos de la libertad individual y el crecimiento económico cuando su pretensión inicial era alcanzar más justicia social o una mayor redistribución de la renta.<sup>111</sup>

Por lo tanto, las limitaciones a la libertad de decisión en el ámbito del derecho privado (contratos) también pueden acarrear consecuencias considerables si no son impuestas en forma correcta.

Me he referido ya en otras secciones del presente capítulo a la necesidad de que la intervención del Estado cumpla con el objetivo de la elevación de los niveles de ingreso y de calidad de vida de los ciudadanos, en lugar de representar un obstáculo para dichos propósitos.<sup>112</sup>

Reitero entonces que ante relaciones asimétricas, se requiere de la urgente intervención del Estado, ya que de lo contrario las inequidades y pobreza se van ahondando aún más en el intercambio comercial, causando esto una grave amenaza para el ejercicio de las libertades fundamentales; lo anterior es viable y legítimo precisamente por el estatus de la libertad de contratar y disponer de la propiedad en el ámbito del derecho privado, como una libertad disponible y supeditada al respeto y efectiva realización de los derechos fundamentales y al derecho constitucional. Sin embargo, como ya lo he mencionado, dichas limitaciones deben ser efectivas para alcanzar el objetivo planteado al imponerlas

---

<sup>111</sup> Méndez Baiges, Victor, *El filósofo y el mercader: filosofía, derecho y economía en la obra de Adam Smith*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 26.

<sup>112</sup> En este sentido, el autor Serra Rojas nos recuerda que el liberalismo económico no niega que el Estado tenga un papel a desempeñar en las cuestiones económicas, pero lo considera como una ayuda al proceso competitivo para que sea lo más efectivo posible y lo suplementa en aquellos lugares en que solo la acción colectiva puede proporcionar los servicios esenciales no suministrados por medio del mercado. Serra Rojas, Andrés, *Liberalismo Social, op. cit., supra*, p. 157.

y evitar que éstas ocasionen una mayor desigualdad o empobrecimiento al anular en exceso el ejercicio de libertad de contratar y disponer de la propiedad.

Propongo así un Estado como rector para la realización de un proyecto futuro de Nación, a través de un constitucionalismo moderno que vele por una sociedad más justa. No propongo el concepto de Nación compuesta por una sociedad civil de individuos titulares de derechos naturales que sólo piden al Estado mayor tutela, mayor seguridad, “libertad y propiedad” a la que Fioravanti se refiere como distinta a la Nación que se buscaba a través de la revolución francesa y la Declaración de Derechos de 1789.<sup>113</sup>

En este sentido, Nicholas Barr, considera que las teorías liberales contienen un principio de distribución que pudiera contener implicaciones de igualdad al tener como objetivo, en ciertas circunstancias, la función de redistribución del ingreso a cargo del Estado.<sup>114</sup>

Consistente con lo anterior, el mismo Barr afirma que el sistema capitalista ha demostrado causar altos índices de pobreza y desigualdad, por lo que es indispensable una combinación de acción gubernamental y capitalismo para así conjuntamente maximizar eficiencia y equidad.<sup>115</sup>

Joseph Stiglitz y Andrew Charlton<sup>116</sup> opinan que en las economías en vías de desarrollo, al ser los mercados imperfectos, la intervención del Estado pudiera ser requerida para corregir las fallas y hacer que dichos mercados funcionen en forma eficiente.

Abundando sobre este aspecto, incluso en la obra de Adam Smith se encuentran referencias a la necesidad de intervención del gobierno ante la

---

<sup>113</sup> Fioravanti, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales*, op. cit., supra, p. 63.

<sup>114</sup> Barr, Nicholas, *Economics of the Welfare State*, op. cit., supra, p. 43.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>116</sup> Charlton, Andrew y Stiglitz, Joseph, *Fair Trade for All*, EUA, Oxford University Press, 2005, p. 89.

desigualdad en las propiedades, pues una vez que hay desigualdad y propiedad, es absolutamente necesario que la mano del gobierno esté continuamente levantada y que la comunidad afirme su poder de salvaguardar la propiedad de los individuos.<sup>117</sup>

¿Y cómo logra el Estado llevar a cabo esta función? Adam Smith, al referirse a la función que tiene el gobierno de instaurar y mantener ciertas obras e instituciones públicas para el debido funcionamiento del sistema de la libertad natural, establece que el deber de facilitar el comercio incluye el deber de controlar hasta qué punto determinados privilegios, monopolios e instituciones que se refieren al mercado se manifiestan de acuerdo o no con el interés general.<sup>118</sup>

Cuando en una economía el gobierno está ausente ya sea para proteger, encauzar o, si fuere necesario, limitar la libertad de contratar y disponer de la propiedad, y ésta se manifiesta en contra del interés general, las consecuencias pueden ser muy graves, principalmente en la afectación de libertades básicas de quienes se ven afectados por relaciones contractuales desfavorables.

Por su parte, Ronald Dworkin durante las décadas recientes ha venido proponiendo una nueva teoría que rechaza el utilitarismo como medio de producción de satisfactores individuales y, en su lugar, se centra en la equidad. De forma tal que las decisiones y leyes se generen por principios y no por una política determinada.

Para esta teoría tampoco es relevante buscar el bienestar de la colectividad sobre las preferencias individuales, puesto que se estaría buscando privilegiar la individualidad de unos, sacrificando la de otros. Se trata entonces de buscar la

---

<sup>117</sup> Méndez Baiges, Víctor, *op. cit., supra*, p. 265.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 402.

equidad, logrando resoluciones conforme al principio de congruencia: equidad en todas las decisiones y no un derecho positivo estático.<sup>119</sup>

La igualdad se lograría así no por disposición oficial, sino a través de la efectiva aplicación del principio de congruencia y equidad, no como una regla moral, sino como justicia efectiva.

Desarrolla este autor para ello el principio de “igual importancia”, que no reclama que los seres humanos sean idénticos e iguales en todo; la igualdad en cuestión, se refiere a la importancia de que sus vidas concluyan en algo relevante, en lugar de ser desperdiciadas.<sup>120</sup>

Existe por lo tanto para este autor una conexión entre libertad e igualdad distributiva. Para ello propone la igualdad de recursos como la mejor concepción de dicha igualdad; de esta manera, nos dice, al existir igualdad de recursos, la libertad se convierte en un aspecto de la igualdad, en vez de un ideal político independiente.<sup>121</sup>

Es necesario entonces un grado sustancial de libertad cuando las opciones y decisiones de las personas son compatibles con sus ambiciones y convicciones. Para ello, la libertad debe ser amplia para permitir la igualdad o restringida, siempre y cuando con las restricciones impuestas se aumente la igualdad de recursos.

En la propuesta de esta teoría, Dworkin analiza en su obra los diferentes argumentos que el autor John Rawls propone a través de su teoría de la justicia que resultan también relevantes para el presente trabajo.

---

<sup>119</sup> Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 1977, pp. 81-130.

<sup>120</sup> Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 2000, p. 5.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 120.

Solamente citaré como referencia la parte de la teoría de la justicia de Rawls en lo relevante para el presente trabajo, dado que ésta abarca además diversos y complejos temas políticos que nada tienen que ver con el mismo.

Respecto a la utilidad e impacto que tiene el contrato para que una sociedad logre implementar acuerdos, el autor John Rawls considera que la palabra “contrato” sugiere la condición de que la división correcta de ventajas tiene que hacerse conforme a principios aceptables para todas las partes frente a las pretensiones conflictivas.<sup>122</sup> Para Rawls, a primera vista no parece posible que personas que se ven a sí mismas como iguales, facultadas para reclamar sus pretensiones sobre los demás, conviniesen en un principio que pudiera requerir menores perspectivas vitales para algunos, simplemente en aras de una mayor suma de ventajas disfrutadas por todos; dado que cada uno desea proteger sus intereses y su capacidad de promover su concepción del bien, nadie tendría una razón para consentir una pérdida duradera para sí mismo con objeto de producir un mayor equilibrio de satisfacción.<sup>123</sup>

Ante esta problemática, John Rawls ofrece como solución el que las personas elijan como principio que las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo las desigualdades de riqueza y autoridad, solo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad; esto es, que no hay injusticia en que unos pocos obtengan mayores beneficios, con tal de que con ello se mejore la situación de las personas menos afortunadas.<sup>124</sup>

Estas ideas de Rawls y Dworkin vienen a reforzar la argumentación del presente trabajo respecto a la necesidad de una justicia efectiva, que sirva para

---

<sup>122</sup> Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, 2a. ed., trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 29.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>124</sup> *Idem*.

lograr una igualdad de recursos que se traduzca en mayores posibilidades de ejercicio de libertades fundamentales.

Resulta congruente y equitativo que si alguien renuncia a ciertos beneficios o privilegios, a cambio logre una mejoría en su situación. Es decir, si alguien que es desfavorecido por las inequidades de la sociedad, posee menos propiedades y cuenta con escasos recursos económicos, celebra un contrato o entabla una relación de intercambio comercial con alguien que se aprovecha de él/ella, dejándolo en un estado de más profunda desventaja, resulta ilógico que se considere que dicha relación sea normal solamente porque atienda a las leyes de oferta y demanda del mercado.

La teoría de la justicia de Rawls se viene a sumar a las propuestas contractualistas de Locke y Rousseau y es muy relevante porque nos propone una vía intermedia entre los extremos representados por el utilitarismo y el iusnaturalismo racional. Así, los principios de la teoría de la justicia que analizaré a continuación logran concretar la efectiva realización de una justicia social en vez de una justicia individual, buscando lograr un equilibrio entre las desigualdades y el ejercicio de las libertades básicas de la colectividad, en vez de centrarse en la elección individual para la determinación de lo justo en base a la moral, a la razón o a los apetitos personales.

La teoría de la justicia de John Rawls se basa en los siguientes dos principios:<sup>125</sup>

Primero. Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas, que sea compatible con un esquema semejante de libertades de los demás.

---

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 67.

Segundo. Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: (a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, y (b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.

Si bien para Rawls, la libertad contractual, tal como es entendida por la doctrina del *laissez-faire*, no es una libertad básica que deba ser protegida por el primer principio, la distribución de la riqueza y el ingreso y la accesibilidad a los puestos de autoridad y responsabilidad, habrán de ser consistentes, tanto con las libertades de igual ciudadanía como con la igualdad de oportunidades y, por lo tanto, quedarían enmarcadas dentro del segundo principio.<sup>126</sup>

Por lo tanto, si mediante el ejercicio de la libertad contractual no se generan empleos, riqueza y beneficios económicos y sociales tangibles y accesibles para todos, sino que por el contrario las desventajas sociales y económicas se agudizan aún más, el Estado debe intervenir para mediar ante esa situación en apoyo al segundo principio de la referida teoría de la justicia de Rawls. Asimismo, en base a esta teoría, si nos encontráramos ante la presencia de leyes injustas que no permitan la generación de esos empleos, riqueza y beneficios económicos y sociales tangibles y accesibles para la colectividad, dichas leyes debieran ser modificadas o abolidas.

El autor Rodolfo Vázquez en relación con este tema plantea la necesidad de maximizar la autonomía personal, sin poner en situación de menor autonomía comparativa a otros individuos.<sup>127</sup> Por eso se hace necesaria la intervención mediadora del Estado ante las relaciones asimétricas, para que todos puedan ejercer en igualdad de condiciones su autonomía y su libertad.

---

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>127</sup> Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*, 2a. ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 149.

Rodolfo Vázquez, retomando las conclusiones de Walter Eucken,<sup>128</sup> aboga también por un Estado al servicio de la Constitución, anclada en los derechos fundamentales, especialmente los sociales y culturales para evitar que el mercado destruya la libertad individual.<sup>129</sup>

Y para finalizar, recorro de nueva cuenta a John Rawls, quien afirma que todos los ciudadanos deben contar con la seguridad para poder tomar ventaja de sus libertades básicas, ya que ante la ausencia de esta condición, aquéllos con riqueza tienden a dominar a aquéllos que cuentan con medios limitados y controlar poder político a su favor.<sup>130</sup> De esta manera, el propio Rawls afirma que relaciones justas y equitativas se presentan entre los ciudadanos cuando las instituciones básicas diseñadas para asegurar los intereses fundamentales “derechos básicos y libertades” son firmes.<sup>131</sup>

Por todo lo anterior, considero justificada la actuación de un Estado firme ante las asimetrías existentes en la sociedad que se causen por el intercambio comercial a través del ejercicio de la libertad de contratar y disponer de la propiedad, cuando éstas inhiben el ejercicio de las libertades básicas de sus integrantes y que sirven como ventajas para aquéllos que, aprovechándose de dichas inequidades, obtienen beneficios económicos a costa de una mayor desigualdad y pobreza para aquéllos otros que ya de por sí se encuentran en una situación desfavorable.

## **IX. El Estado y su potestad regulatoria.**

En México no ha resultado suficiente que el Poder Ejecutivo emita reglamentos y organice comisiones reguladoras y procuradurías que en poco han promovido y

---

<sup>128</sup> 1) Tanto los productores como los consumidores procuran, siempre que ello sea posible, evitar la competencia y adquirir o afianzar posiciones monopólicas, 2) esta tendencia a la creación de monopolios anula el esfuerzo individual para lograr un mayor rendimiento, 3) la libertad incontrolada del mercado, paradójicamente, tiende a destruir la libertad individual. *Ibidem*, p. 209.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 209.

<sup>130</sup> Rawls, John, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 2005, p. vii.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 86.

mucho menos logrado un desarrollo equitativo y sustentable. Tampoco la legislación emitida por el Poder Legislativo ha demostrado su efectividad para lograr lo anterior.

Por ello es que se hace necesaria la intervención del Poder Judicial, ya que como lo he mencionado anteriormente, es a éste a quien le corresponde ejercer el control constitucional/tutela para la efectiva realización de libertades fundamentales.

Es el Poder Judicial el facultado para analizar y resolver cuando se presentan las tensiones entre la libertad individual de decidir y de contratar frente a las libertades fundamentales de los demás.

Se observa una marcada tendencia del Poder Judicial en México a darle preponderancia a la libertad de contratar, con una doble vertiente:

- (i) El juicio de amparo o juicio de garantías procedería cuando el legislativo restringiera la libertad de contratar y disponer de la propiedad, sin importar que con el ejercicio de dicha libertad se estuviesen afectando derechos fundamentales, anteponiendo así la libertad de contratar y disponer de la propiedad frente a los derechos fundamentales; y
- (ii) No procedería el juicio de amparo cuando en un contrato una parte se ve afectada en sus derechos fundamentales por el cumplimiento y ejecución del contrato, dado que el Poder Judicial se escuda en que no cuenta con facultades de control constitucional para verificar que no haya afectación de derechos fundamentales en relaciones contractuales, donde el Poder Judicial considera que en éstos existe autonomía plena para las partes contratantes.

De esta manera, el Poder Judicial en México ha resuelto a favor de la autonomía de la voluntad y la preeminencia de la libertad contractual sobre las libertades fundamentales.

Es relevante mencionar que en una fecha cercana a la publicación del presente trabajo,<sup>132</sup> se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se expide la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y se reforman otras disposiciones legales.

En virtud de dicha reforma, se contempla que el juicio de amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o *de particulares* en los casos señalados en la presente Ley.

Aunque esta reforma resulta de gran importancia, la misma no termina por reconocer la afectación que hacen particulares sobre los derechos fundamentales al ejercer derechos patrimoniales, sino que sujeta los actos de los particulares a un control constitucional cuando éstos tengan la calidad de autoridad responsable; es decir, procederá el juicio de amparo en contra de sus actos u omisiones cuando los particulares realicen actos equivalentes a los de autoridad,<sup>133</sup> que afecten derechos y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.<sup>134</sup>

Si tuviéramos en México una economía desarrollada, con reducida pobreza y niveles de igualdad, entonces no habría necesidad de revisar las relaciones negociales; sin embargo, como bien se sabe, no es éste el caso.

---

<sup>132</sup> 2 de abril de 2013.

<sup>133</sup> Siendo autoridad responsable, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.

<sup>134</sup> Artículos 1º y 5º de la Ley de Amparo.

En este sentido, también en fecha próxima a la publicación del presente trabajo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la Tesis de Jurisprudencia 15/2012 encaminada a reconocer las afectaciones a derechos fundamentales por el ejercicio de derechos patrimoniales, misma que por su importancia transcribo en forma íntegra:<sup>135</sup>

**DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES.**

La formulación clásica de los derechos fundamentales como límites dirigidos únicamente frente al poder público, ha resultado insuficiente para dar respuesta a las violaciones a dichos derechos por parte de los actos de particulares. En este sentido, resulta innegable que las relaciones de desigualdad que se presentan en las sociedades contemporáneas, y que conforman posiciones de privilegio para una de las partes, pueden conllevar la posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no ofrece ninguna base textual que permita afirmar o negar la validez de los derechos fundamentales entre particulares; sin embargo, esto no resulta una barrera infranqueable, ya que para dar una respuesta adecuada a esta cuestión se debe partir del examen concreto de la norma de derecho fundamental y de aquellas características que permitan determinar su función, alcance y desenvolvimiento dentro del sistema jurídico. Así, resulta indispensable examinar, en primer término, las funciones que cumplen los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. A juicio de esta Primera Sala, los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble cualidad, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva), por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas que se originan entre particulares (función objetiva). En un sistema jurídico como el nuestro -en el que las normas constitucionales conforman la ley suprema de la Unión-, los derechos fundamentales ocupan una posición central e indiscutible como contenido mínimo de todas las relaciones jurídicas que se suceden en el ordenamiento. En esta lógica, la doble función que los derechos fundamentales desempeñan en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos, constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares. Sin embargo, es importante resaltar que la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, no se puede

---

<sup>135</sup> Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro: XIII, Tomo: II, Octubre de 2012, p. 798.

sostener de forma hegemónica y totalizadora sobre todas y cada una de las relaciones que se suceden de conformidad con el derecho privado, en virtud de que en estas relaciones, a diferencia de las que se entablan frente al Estado, normalmente encontramos a otro titular de derechos, lo que provoca una colisión de los mismos y la necesaria ponderación por parte del intérprete. Así, la tarea fundamental del intérprete consiste en analizar, de manera singular, las relaciones jurídicas en las que los derechos fundamentales se ven encontrados con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos; al mismo tiempo, la estructura y contenido de cada derecho permitirá determinar qué derechos son sólo oponibles frente al Estado y qué otros derechos gozan de la pretendida multidireccionalidad.

En sintonía con esta Tesis de Jurisprudencia, al no actuar el Poder Judicial, se presentaría así una compleja combinación, en donde (i) por un lado, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo emiten una excesiva regulación económica para tratar de encauzar el desarrollo económico, pero éste no se logra, y (ii) el Poder Judicial se abstiene de analizar la efectiva realización de libertades fundamentales cuando éstas se ven afectadas por las relaciones negociales, argumentando que dichas relaciones están exentas de un control constitucional, no lográndose así esa justicia efectiva que sirva para lograr una igualdad de recursos a la que se refiere Dworkin.

Cabe señalar que este trabajo de investigación parte de una experiencia empírica con el interés de intentar encontrar una explicación desde el ejercicio profesional de la abogacía de por qué el Poder Judicial y el gremio de abogados en México se han abstenido de intervenir para tratar de revertir este triste fenómeno de incremento en niveles de pobreza, de exclusión y de desigualdad.

Teniendo una Constitución en México con relevantes derechos fundamentales y sociales,<sup>136</sup> que han servido de modelo para otros países en la redacción de sus Constituciones y en el diseño de los recursos de defensa de esos derechos, resulta indispensable atender esta problemática en la que el Poder

---

<sup>136</sup> Como muestra, se pueden consultar las recientes reformas constitucionales a los artículos 3 y 31 –derecho a la educación– y 4 –derecho a un medio ambiente sano y acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible– publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fecha 9 de febrero de 2012 y 8 de febrero de 2012, respectivamente.

Judicial en México se ha abstenido de analizar las afectaciones que los ciudadanos sufren en esas libertades fundamentales por actos de terceros con quienes contratan o quienes ejercen un poder de facto con la anuencia del Estado.

En relación con este tema, Howard Gillman hace una defensa ante la intromisión del Poder Judicial frente a la actividad legislativa. En su opinión, dicha intromisión de los tribunales de los Estados Unidos de América generaba una crisis Constitucional, al invadir la esfera del Poder Legislativo, y hacía que las decisiones judiciales atendieran más a preferencias políticas e ideológicas, en vez de a análisis jurídicos o a políticas de promoción de libre mercado;<sup>137</sup> sin embargo, esa intromisión se sigue dando en los Estados Unidos de América en casos justificados, como se verá en el siguiente capítulo.

Considero el caso de los Estados Unidos de América como una especie de péndulo, dado que la tendencia va cambiando de un extremo a otro a través de las resoluciones judiciales respecto a la intromisión del Poder Judicial frente a actos del Poder Legislativo, que regulen de alguna manera la libertad de contratar. Así, el Poder Judicial decide en cada caso la legitimidad de la legislación correspondiente y su validez o invalidez, para restringir esa libertad de contratar, tanto para individuos, como para sociedades mercantiles.

El reto enfrentado al escribir este trabajo, consiste en identificar algunos criterios que sirvan de guía para determinar el nivel necesario de injerencia del Estado en las relaciones entre particulares para (i) por un lado, evitar desbalances sociales y violaciones a las libertades fundamentales de los individuos, que pongan en riesgo no solamente la gobernabilidad, sino la subsistencia misma de quienes integran la sociedad, y (ii) por el otro, resolver las tensiones existentes entre derechos fundamentales y la libertad de contratar y de disponer de la propiedad, mediante la ponderación en casos particulares.

---

<sup>137</sup> Gillman Howard, *The Constitution Besieged, The Rise and Demise of Lochner Era*, Estados Unidos de América, Duke University Press, 3a ed, 2004, p. 11.

De esta manera, la intervención del Estado frente a la libertad de contratar y disponer de la propiedad, se puede presentar en dos vertientes que analizaré a continuación, (i) como regulador, emitiendo leyes y reglamentos cuyo propósito es acotar dicha libertad, y (ii) como poder judicial que garantiza, en conflictos que le son sometidos a su resolución, que las libertades fundamentales en tensión sean ponderadas frente a los derechos patrimoniales de las partes involucradas en dichos conflictos, resolviendo a favor de una mayor igualdad de recursos e incremento de posibilidades para la realización efectiva de libertades fundamentales.

#### **A. Estado regulador.**

Continuando con el análisis sobre la legítima intervención del Estado para restringir la libertad de contratar, cuando el ejercicio de la misma perjudica las libertades de otros, considero oportuno exponer las opiniones respecto al alcance que dicha intervención estatal puede tener para no lesionar a su vez la libertad de decidir, como derecho fundamental.

El criterio que propondría consiste en exigir que la intervención del Estado sea efectiva, es decir, que al restringir la libertad de contratar y disponer de la propiedad se logren resultados concretos y verificables. De lo contrario, se estarían limitando libertades de todo tipo (fundamentales y secundarias), dando lugar a actos arbitrarios del Estado, sin lograr resultados favorables para los ciudadanos.

En paralelo, el Estado debería eliminar todas aquellas restricciones que estén limitando a amplios sectores de la población para ejercer sus derechos patrimoniales, cuando se demuestre que tales restricciones a su vez les impiden mejorar sus condiciones de vida. Esto sucedería en algún tipo de regulación estatal, en la que se acote de tal forma el ejercicio de derechos patrimoniales, que

prácticamente se impida a la población encontrar algún medio de subsistencia económica.

Al referirse a los efectos del mercado que provocan configuraciones oligopólicas de acumulaciones que mantienen inequidades injustificadas y restricciones a oportunidades, Rawls afirma que se requiere de instituciones especiales para preservar un entorno de justicia.<sup>138</sup> Por ello, al existir estas instituciones que actúen para preservar un entorno de justicia, los individuos podrán ejercer sus libertades para lograr acuerdos y celebrar contratos, disponer de sus propiedades, bienes y derechos.

Se requiere entonces que el Estado intervenga, pero como garante de las libertades fundamentales, para que éstas se materialicen en oportunidades de crecimiento concretas para los ciudadanos.

Arribo así a lo que en la doctrina se le conoce como *derecho garantista*, es decir, aquél que consiste en la “defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por otros individuos y por parte del poder estatal, a fin de maximizar la realización de esos derechos y de minimizar sus amenazas”.<sup>139</sup>

Para William F. Felice, los derechos socio-económicos crean una obligación para los gobiernos, quienes deben establecer políticas y medidas que construyan un ambiente propicio para su florecimiento: “siendo obligación de los ciudadanos y de los gobiernos, apoyar las políticas e instituciones que atiendan a estas necesidades, no como una actitud altruista, sino como una garantía”.<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> Rawls, John, *Political Liberalism*, *op. cit.*, *supra*, p. 267.

<sup>139</sup> Gascón Abellán, Marina, “La Teoría General del Garantismo: Rasgos Principales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2a ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 21

<sup>140</sup> Brinks, Daniel M. y Gauri, Varun, *Courting Social Justice, Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, *op. cit.*, *supra*, p. 283.

A su vez, Owen Fiss nos propone que el propósito del Estado no es suplantar al mercado, ni perfeccionar al mercado, sino más bien complementarlo; por lo que el Estado tiene que actuar como el corrector del mercado.<sup>141</sup>

Es con base en lo anterior que propongo evitar abusos en que podría caer el Estado ante una excesiva regulación de la actividad contractual y patrimonial de los particulares, ya sea inhibiendo ésta o imposibilitando su ejercicio en áreas restringidas conforme a criterios arbitrarios que el propio Estado decida de manera discrecional. Una regulación en este sentido, en una supuesta defensa de los derechos fundamentales de los más desfavorecidos, podría incluso generar aún más pobreza y menos oportunidades de ejercicio de dichos derechos.

Para ello, deben existir mecanismos de defensa de los derechos fundamentales cuando (i) se presenten abusos y lesiones a éstos en cualquier tipo de relación, o (ii) sea imposible que éstos sean ejercidos por sus legítimos titulares antes las condiciones sociales y económicas imperantes. De esta manera, los titulares de los derechos fundamentales podrán ejercer dichos mecanismos de defensa, sin detener el desarrollo económico, crecimiento y mejoría social producidos por aquellos otros agentes que no estén causando dichas lesiones.

El problema que se podría presentar con una generalización de que todos los agentes económicos privados en una sociedad son por naturaleza abusivos y potenciales amenazas para los derechos fundamentales de los ciudadanos, es que se les etiquete y se les detenga en sus actividades y generación de recursos económicos que el Estado es incapaz de generar. Así los titulares de los derechos fundamentales no se benefician de la actividad reguladora del Estado y, por otra parte, se ahondan aún más las diferencias sociales y económicas ante la falta de crecimiento por una excesiva regulación que inhibe el desarrollo económico y generación de nuevas oportunidades.

---

<sup>141</sup> Fiss, Owen, “¿Por qué el Estado?”, en Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM y Editorial Trotta, 2007, p. 113.

## B. Poder Judicial.

Atendiendo a la facultad con la que debe contar el Poder Judicial para interpretar y definir relaciones entre partes en conflicto dentro del marco constitucional, se afirma que los tribunales constituyen un foro en el cual se puede investigar información relacionada con la posibilidad de realización de demandas económicas y sociales específicas, coadyuvando así en forma tangible a la realización del orden público y resaltando la legitimidad y autoridad del Poder Judicial.<sup>142</sup>

Para Luis Prieto Sanchís, la Constitución se postula como jurídicamente superior a las demás normas y su garantía se atribuye al más “neutro” de los poderes, a aquél que debe y que mejor puede mantenerse al margen del debate político, es decir, el poder judicial.<sup>143</sup>

Al haber un recurso judicial de defensa de los derechos fundamentales lesionados o amenazados en cualquier tipo de relación, entonces habría una vía de análisis y protección de los mismos, la población sabría que cuenta con dicho recurso para poderlo ejercer y así beneficiarse del desarrollo, recursos económicos y oportunidades generados por aquellos otros agentes que no estén lesionando o amenazando derechos fundamentales en particular. El Estado a su vez no tendría que emitir regulaciones inhibitorias de desarrollo económico y generación de oportunidades, sabiendo que hay un recurso judicial que los ciudadanos podrán intentar cuando sus derechos fundamentales se vean amenazados ante cualquier tipo de vulneración, tanto estatal, como por actos de particulares.

Así lo menciona Luis María Díez-Picazo, al referirse al problema de cómo articular técnicamente la vinculación positiva de los poderes públicos a los

---

<sup>142</sup> Brinks, Daniel M. y Gauri, Varun, *Courting Social Justice, Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, *op. cit.*, *supra*, p. 348.

<sup>143</sup> Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, *op. cit.*, *supra*, p. 125.

derechos fundamentales. Nos dice que una primera respuesta viene dada por la fórmula “organización y procedimiento” que significa que la efectividad de los derechos fundamentales no exige solo respetar la declaración constitucional de derechos, sino que es preciso también que existan estructuras públicas, tanto administrativas como jurisdiccionales, a través de las cuales se ejerzan dichos derechos.<sup>144</sup>

Para Valadés,<sup>145</sup> la tendencia apunta en el sentido de ampliar la competencia de los tribunales para conocer de todo tipo de actos u omisiones que afecten los derechos fundamentales, como consecuencia del carácter normativo de la Constitución y su supremacía.

Para Fiss, la legitimidad de los tribunales está fundada en la especialísima competencia de los jueces para desempeñar la que él denomina su función social consistente en “dar significado y aplicación concretos a los valores públicos contenidos en la Constitución”.<sup>146</sup>

Algunos autores han denominado como neoconstitucionalismo de las reglas,<sup>147</sup> a aquél que subraya la importancia de la tutela de los derechos fundamentales, exigiendo que las actividades de los poderes legislativo y judicial concreten y garanticen dichos derechos.

En este sentido, González Martín al referirse a la reforma constitucional en México publicada en el Diario Oficial de la Federación del 14 de agosto de 2001, en la que se reforman, entre otros, el artículo 1º,<sup>148</sup> artículo 2º<sup>149</sup> y artículo 4º,<sup>150</sup>

---

<sup>144</sup> Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, *supra*, p. 129.

<sup>145</sup> Valadés, Diego, “La protección de los derechos fundamentales frente a particulares”, *op. cit.*, *supra*, p. 611.

<sup>146</sup> Fiss, Owen, *El derecho como razón pública*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 84.

<sup>147</sup> Comanducci, Paolo, “Formas de (Neo)Constitucionalismo: un análisis metateórico”, en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo (s)*, 4a. ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 85.

<sup>148</sup> Artículo 1, párrafo cuarto: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

(los cuales constituyen un fundamento para prevenir y eliminar cualquier forma de discriminación) afirma que el artículo 1º y el artículo 2º implican una actitud activa del Estado dado que dispone de ciertas directrices para lograr la no discriminación. Sin embargo, al contener el artículo 4º solamente una proclamación, para González Martín dicho artículo nos indica una situación eminentemente pasiva, por lo que se cuestiona ¿no habrá otra opción como bien pudiera ser una actitud activa que implique potenciar niveles de igualdad?<sup>151</sup>

Siguiendo el modelo neoconstitucional, González Martín sostiene en relación con el mencionado artículo 4º constitucional, que la igualdad de tratamiento entre sexos no es suficiente, por lo que resulta necesario estudiar si las reglamentaciones y procedimientos existentes son garantes de la igualdad de trato o, en algún caso, tienen el efecto contrario.<sup>152</sup>

Para ello, González Martín propone las acciones positivas como una vía para mejorar (i) la aplicación e interpretación tanto de los derechos civiles y políticos, y (ii) los derechos económicos, sociales y culturales,<sup>153</sup> dado que estas acciones coadyuvarían a lograr una igualdad sustancial y de hecho, no solo la igualdad formal.<sup>154</sup>

---

<sup>149</sup> Artículo 2, apartado B: “La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.”

<sup>150</sup> Artículo 4, se deroga el párrafo primero para iniciar con el principio que el varón y la mujer son iguales ante la ley.

<sup>151</sup> González Martín, Nuria, “Acciones Positivas”, en Chávez Sánchez, Odalinda y González Martín, Nuria, *Dos Temas Torales para los Derechos Humanos: Acciones Positivas y Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009, p. 37.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>153</sup> *Idem*.

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 38.

Coincido plenamente con las ideas expresadas ante la necesidad de una tutela efectiva de los derechos fundamentales y su materialización a través de acciones judiciales que puedan ser ejercidas por los titulares de los derechos fundamentales lesionados o amenazados. Dichas ideas ayudan, asimismo, en lo relativo a los derechos que derivan del artículo 5° y el artículo 25 constitucionales.

El artículo 5° constitucional en sus párrafos primero,<sup>155</sup> tercero,<sup>156</sup> quinto<sup>157</sup> y sexto<sup>158</sup> prevé expresamente ciertos principios de libertad de oficio, industria, comercio y profesión consistentes en una mezcla de principios declarativos que requieren a su vez de una actitud activa del Estado y de los particulares para su efectiva realización.

Por su parte, el artículo 25 constitucional, en sus párrafos primero,<sup>159</sup> segundo,<sup>160</sup> quinto<sup>161</sup> y séptimo,<sup>162</sup> establece también ciertos principios que el

---

<sup>155</sup> Artículo 5° primer párrafo: “A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.”

<sup>156</sup> Artículo 5° párrafo tercero: “Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.”

<sup>157</sup> Artículo 5° párrafo quinto: “El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa.”

<sup>158</sup> Artículo 5° párrafo sexto: “Tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio.”

<sup>159</sup> Artículo 25 primer párrafo: “Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.”

<sup>160</sup> Artículo 25 segundo párrafo: “El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.”

<sup>161</sup> Artículo 25 párrafo quinto: “Bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.”

<sup>162</sup> Artículo 25 párrafo séptimo: “La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución.”

Estado debe salvaguardar para lograr el crecimiento económico, una más justa distribución del ingreso y la riqueza, el ejercicio pleno de la libertad y dignidad de los individuos, la equidad social y la actividad económica de los particulares.

¿Con qué acciones procesales cuentan los ciudadanos para hacer efectivos estos derechos de igualdad, libertad económica, equidad social, justa distribución del ingreso y la riqueza, dignidad, previstos en los enunciados constitucionales aquí analizados?

Desafortunadamente con ninguna. Es necesario entonces que el Poder Judicial en base a las recientes resoluciones por él emitidas y junto con casos de Derecho Comparado analizados en el presente trabajo, establezca nuevos y adicionales criterios sobre situaciones específicas de afectaciones a derechos fundamentales por el ejercicio de derechos patrimoniales.

En un intento de potenciar los derechos al crecimiento económico, una más justa distribución del ingreso y la riqueza, el ejercicio pleno de la libertad y dignidad de los individuos, la equidad social y la actividad económica de los particulares previstos en el artículo 25 constitucional antes citado, se expidió recientemente<sup>163</sup> la Ley de la Economía Social y Solidaria, Reglamentaria del Párrafo Séptimo del Artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en lo referente al sector social de la economía. Dicha ley desafortunadamente solamente integra a ejidos, comunidades, organizaciones de trabajadores, sociedades cooperativas, empresas de trabajadores y otras formas de organización social,<sup>164</sup> pero no al sector privado; por otra parte, esta ley crea un nuevo Instituto Nacional de la Economía Social y establece criterios de asociación, organización, fomento y financiamiento de organismos que podrán agrupar a dichas organizaciones sociales, tales como ayuda mutua, democracia, equidad,

---

<sup>163</sup> Diario Oficial de la Federación de fecha 23 de mayo de 2012.

<sup>164</sup> Artículo 4.

honestidad, igualdad, justicia, pluralidad, responsabilidad compartida, solidaridad, subsidiariedad y transparencia.<sup>165</sup>

Esta nueva ley parece estar diseñada para apoyar a este tipo de organizaciones sociales para insertarse en la economía de desarrollo y obtener apoyos gubernamentales y competir con las organizaciones privadas, lo cual se podrá potenciar aún más si se lograra implementar el control constitucional de las relaciones de estas organizaciones privadas y los individuos agremiados a las mismas en sus relaciones frente a otros particulares.

Otro muy reciente y significativo avance en esta materia, consiste en la reforma al tercer párrafo del artículo 1° Constitucional,<sup>166</sup> en virtud de la cual se incluyó un nuevo enunciado que obliga (i) a todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, y (ii) al Estado a prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Por ello es que propongo que los ciudadanos cuenten con una acción procesal efectiva no solamente contra el Estado, sino también contra los particulares cuando las libertades fundamentales previstas en los enunciados constitucionales no se materialicen en beneficios concretos.<sup>167</sup>

El segundo párrafo del artículo 1° Constitucional, también recientemente reformado,<sup>168</sup> establece la obligación de interpretar las normas relativas a los

---

<sup>165</sup> Artículo 10.

<sup>166</sup> Conforme al decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011.

<sup>167</sup> Para Susanna Pozzolo, “todas estas previsiones normativas, que en el Estado legalista, si es que estaban presentes, representaban meras enunciaciones políticas desprovistas de una efectiva tutela jurisdiccional, en el Estado constitucional son justiciables, son efectivamente jurídicas”. Pozzolo, Susana, “Un Constitucionalismo Ambiguo”, en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo (s)*, 4a. ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009, p.190.

<sup>168</sup> Conforme al decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011.

derechos humanos de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Por lo reciente de esta reforma, se han emitido nuevos criterios judiciales que analizaré más adelante respecto a la interpretación judicial de las normas relativas a los derechos humanos con esa más amplia protección a las personas que manda dicho artículo.

Sobre esta propuesta, Susana Pozzolo propone un derecho constitucionalizado, en donde los principios de justicia, derechos fundamentales y derechos sociales recogidos por las Constituciones han impuesto al Estado tareas de intervención en la sociedad y en la economía de modo que el Estado no podría limitarse al respeto de las libertades negativas, sino que debería asumir tareas activas para volver efectivos los llamados derechos positivos.<sup>169</sup>

Como resultado de este análisis, propongo lo que algunos de los autores estudiados en este trabajo han denominado el desplazamiento del protagonismo desde el Poder Legislativo hacia el Poder Judicial, para hacer de la Constitución una verdadera norma jurídica y no una simple lista de declaraciones de ideales políticos que van siendo interpretados, más no efectivamente logrados, de acuerdo a los criterios del gobierno en turno.

Propongo un Estado que, a través de los jueces, interprete y garantice el cumplimiento de la Constitución y las libertades protegidas por la misma, maximizando el ejercicio de éstas. Por su parte, los individuos podrán ejercitar esas libertades en aras de juntos lograr una sociedad más justa, por lo que el Estado debe intervenir en la medida en que dicho objetivo no se logre.

Podría hablar así de un intervencionismo positivo de corte liberal, en el que la intervención del Estado se requiere para maximizar el ejercicio de las libertades

---

<sup>169</sup> Pozzolo, Susana, “Un Constitucionalismo Ambiguo”, *op. cit., supra*, p. 190.

y ofrecer recursos procesales en diferentes instancias para garantizar dicho ejercicio.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### EL DERECHO A DECIDIR Y CONTRATAR LIBREMENTE DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA

Sumario: I. Un análisis desde la perspectiva del *common law*: las cambiantes resoluciones en los Estados Unidos de América en torno a la libertad contractual frente a la Constitución; II. La *Drittwirkung* del Derecho Alemán: prioridad de los derechos fundamentales en la impartición de justicia; III. La propuesta del Derecho Español al establecer mecanismos procesales de defensa, ante tribunales ordinarios de las afectaciones a los derechos fundamentales derivadas de relaciones regidas por el Derecho Privado; IV. La supremacía de la libertad contractual en México y sus efectos ante la ausencia de controles constitucionales.

En este Capítulo Segundo, analizaré desde una perspectiva comparada la forma en que se han resuelto las tensiones entre el Derecho Privado (Derecho Civil) y el Derecho Público (Derecho Constitucional) en torno a la libertad de decidir y contratar, para evaluar su eficacia.<sup>170</sup>

Para lo anterior, he seleccionado el caso de tres países, Estados Unidos de América, Alemania y España, en los que existen propuestas y precedentes para resolver esta tensión directamente a través del Poder Judicial, para finalmente comparar el caso de México, en donde aún resulta una cuestión de difícil solución para los jueces mexicanos.

Acudí al estudio de los ordenamientos de estos otros países para conocer, lo que González Martín ha denominado puntos de conexión y encontrar en ello soluciones que se puedan trasladar al caso mexicano, para solventar este vacío legal y aprovechar el avance que esos países han tenido en la materia.<sup>171</sup>

---

<sup>170</sup>Para esta fase de análisis me he basado en el texto y guía de la Doctora Nuria González Martín, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM y Nostra Ediciones, 2010, p. 22.

<sup>171</sup>*Ibidem*, pp. 53-54.

Como bien lo señala González Martín, de los contrastes entre los grandes sistemas jurídicos preexistentes podemos lograr un éxito legislativo que no será exclusivo de un Estado en particular, sino que a partir del método comparativo se pueden estudiar otras realidades diferentes en las que tengamos un punto de partida común –un *tertium comparationis* según Cappelletti– y, si ha habido un avance, un logro para solventar una laguna legal, adoptarla y adaptarla a nuestra realidad.<sup>172</sup>

En efecto, como se verá a continuación, las resoluciones judiciales en los tres países que he elegido ofrecen ejemplos claros sobre la manera en que la ponderación de derechos y libertades fundamentales y patrimoniales que entran en conflicto se puede llevar a cabo. Lo relevante de los casos que he elegido consiste en mostrar que no existe un criterio fijo o inflexible conforme al cual dichas tensiones se pueden resolver, sino que el criterio es cambiante y determinable conforme a las necesidades de cada caso en particular.

En lo personal, me parece interesante mostrar también con este ejercicio comparativo, que es en el poder judicial donde se deposita la decisión para resolver estas tensiones, ya sea a través de tribunales ordinarios, la Suprema Corte de Justicia o el Tribunal Constitucional, dependiendo del país de que se trate.

Este Capítulo Segundo concluye con un análisis de la supremacía contractual en México y sus efectos ante la ausencia de controles constitucionales, precisamente siguiendo el ejercicio comparativo que propone González Martín para adoptar y adaptar a la realidad en México los avances y logros que en dicha materia se tienen en los tres países en cuestión.

---

<sup>172</sup> *Ibidem*, pp. 18-20.

Para efectos de lo anterior, he seguido el método comparativo de Cappelletti, el cual se divide en las siguientes fases:<sup>173</sup>

Primera fase. Consistente en ubicar el punto de partida común, el problema o la necesidad social real que comparten los países a los cuales se requiere aplicar el análisis comparativo.

Segunda fase. Durante esta fase se ubican las normas, instituciones, procesos jurídicos con los que los países examinados han intentado resolver el problema/necesidad, buscando soluciones jurídicas del mismo.

Tercera fase. Consistente en encontrar las razones que puedan explicar las analogías y diferencias en las soluciones adoptadas en respuesta al problema analizado.

Cuarta fase. Durante esta fase se analizan las tendencias evolutivas en torno al problema analizado.

Quinta fase. Para efectos del presente trabajo, esta fase me resultó la más interesante y productiva, dado que durante la misma se evalúan las soluciones adoptadas, en cuanto a su eficacia o ineficiencia en la resolución del problema analizado.<sup>174</sup>

**I. Un análisis desde la perspectiva del *common law*: las cambiantes resoluciones en los Estados Unidos de América en torno a la libertad contractual frente a la Constitución.**

El primer país que analizaré será Estados Unidos de América dado los constantes y sólidos esfuerzos que ha hecho por entender la interacción entre Derecho y el

---

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>174</sup> Omití la sexta fase propuesta por Cappelletti, consistente en la predicción de desarrollos futuros, dado que coincido con la opinión de González Martín en el sentido que “el comparatista no debe ser profeta”. *Idem*.

mercado, así como los efectos que dicha regulación tiene sobre el Estado mismo. En este orden de ideas, la Universidad de Chicago ha sido pionera en este tema, concentrándose actualmente en identificar la forma en que el Derecho puede emplear el mercado para sus propios fines y no a la inversa.<sup>175</sup>

En ese sentido, la Universidad de Chicago critica toda aquella regulación que no logre elevar el ejercicio pleno de libertades y que se concentra por el contrario en restringir las alternativas a elegir.<sup>176</sup>

Asimismo, en la mencionada Universidad de Chicago se ha estudiado cómo la regulación secundaria o la actuación de los agentes del mercado pueden afectar también el ejercicio de libertades y ser, por consiguiente, considerada inconstitucional.<sup>177</sup> Se analiza así, en aquel país, lo que se ha denominado “Control Constitucional Indirecto” como el medio de análisis desde una perspectiva constitucional, de las actuaciones de agentes del mercado o autoridades de inferior jerarquía que restringen libertades ante un mundo en el que predomina la regulación secundaria.

La solución a este problema en los Estados Unidos de América, es competencia del Poder Judicial, el cual se sostiene por una serie de normas que, se dice, le permite operar con autonomía y pensar como un órgano independiente de los demás poderes, por lo que puede resistirse a la voluntad de aquéllos.<sup>178</sup>

Como primer ejemplo de esta tradición tenemos el caso *Lochner v. New York* (1905), que se desarrolla en una época en la que diversas legislaturas estatales adoptaron leyes y establecieron diversas formas de protección y beneficios para los trabajadores, algunas de las cuales fueron controvertidas ante la Suprema Corte de Justicia de aquel país por considerar que éstas restringían

---

<sup>175</sup> Lessig Lawrence, “The New Chicago School”, *The Journal of Legal Studies*, Volume XXVII (2) (PT.2), EUA, The University of Chicago Press, June 1998, p. 674.

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 687.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 688.

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 689.

libertades constitucionales. En el caso que ahora comento, la legislatura de Nueva York aprobó una ley en el año 1897 denominada *New York's Bakeshop Act* que prohibía a los empleadores instaurar jornadas laborales para sus empleados de más de 60 horas a la semana y establecía condiciones mínimas de seguridad e higiene para las instalaciones de trabajo.

Dicha ley tenía por objeto mejorar las condiciones de trabajo de los empleados de las fábricas de pan, quienes tenían extensas jornadas laborales en condiciones desfavorables para su seguridad, vida e higiene, con un promedio de vida que oscilaba entre los 40 y 50 años. Según nos confirma Carbonell, la aprobación de esta ley, es producto de la labor realizada por los sindicatos que habían insistido en la necesidad de limitar la libertad de contratar para proteger a los trabajadores frente a los patrones, siendo el caso *Lochner v. New York* un buen ejemplo que refleja las tensiones entre el Estado Liberal del siglo XIX y las nuevas formas de protección social que comienzan a surgir en el siglo XX, que a la postre darían lugar al Estado social de derecho.<sup>179</sup>

El Señor Joseph Lochner, dueño de una panadería, fue declarado culpable y multado por no respetar esta prohibición. Dos tribunales estatales confirmaron la sentencia en contra del Señor Lochner quien solicitó la protección de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, la cual a su vez declaró inconstitucional la referida ley, por considerar que ésta restringía la libertad de contratar, protegida por las enmiendas 5ª y 14ª de la Constitución estadounidense.<sup>180</sup>

En esta controversial resolución, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América consideró que la legislatura de Nueva York interfirió en forma arbitraria e innecesaria, en contra de la libertad de contratar de los individuos y modificó su

---

<sup>179</sup> Carbonell Miguel, *Una Historia de los Derechos Fundamentales*, México, Porrúa-UNAM-CNDH, 2005, pp. 245-246.

<sup>180</sup> O'Brien David M., *Constitutional Law and Politics*, Volume Two, 7ª ed, New York, Norton & Company, 2008, p. 284.

criterio respecto a la facultad de imponer restricciones a la libertad de contratar de anteriores resoluciones.<sup>181</sup>

Para emitir esta resolución, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América se apoyó en el caso *Allgeyer v. Louisiana* (1897) en el cual dicho tribunal invalidó una ley del estado de Louisiana que restringía la emisión de pólizas de seguros y contratación de pólizas en violación de dicha ley. Allgeyer & Company contaba con una póliza de seguros marítima emitida por una compañía de seguros de Nueva York que violaba la referida ley del estado de Louisiana. La Suprema Corte de Justicia resolvió que dicha ley era inconstitucional debido a que restringía la libertad de contratar.<sup>182</sup>

El juez Rufus Peckham en el caso *Allgeyer v. Louisiana* enunció la que sería la doctrina de libertad contractual en los Estados Unidos de América en los siguientes términos:

La libertad mencionada en la enmienda 14<sup>a</sup> significa no solamente el derecho de los ciudadanos a ser libres de restricciones físicas hacia su persona, por su encarcelamiento, sino también a ser libres de ejercer sus facultades; ser libres de emplearlas legalmente; para vivir y trabajar donde ellos decidan; para ganar sus medios de subsistencia como ellos decidan en forma legal; para lograr que se cumpla su voluntad y, para ése propósito, celebrar toda clase de contratos que sean apropiados, necesarios y esenciales para llevar a cabo la exitosa consecución de los propósitos antes mencionados.<sup>183</sup>

De esta manera, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, desde un enfoque conservador y de proteccionismo económico, sentó en los inicios del siglo XX criterios para la protección de la libertad contractual, aun en contra de cuerpos legislativos que la restringían.

---

<sup>181</sup> *Northern Securities Co. v. United States* (1904), confirmando la prohibición contenida en legislación de California respecto a la venta de cierto tipo de acciones-valor, *Holden v. Hardy* (1898), respecto a la restricción para la contratación de jornadas laborales de empleados de la industria minera por un máximo de ocho horas diarias.

<sup>182</sup> O'Brien David M., *Constitutional Law and Politics*, op. cit., supra, p. 267.

<sup>183</sup> *Idem*.

Para Bruce A. Ackerman, en la década de los treinta, una interpretación del *common law*, que resaltara sus raíces en el contrato libre y en la propiedad privada era la única forma de interpretación legal y el único ejemplo de una aproximación global al análisis jurídico.<sup>184</sup>

Es importante resaltar que la resolución del caso *Lochner v. New York* se emitió por una mayoría de cinco votos contra cuatro votos. En contra de la mayoría, el Juez Holmes al emitir su voto disidente consideró que ésta estaba legislando en lugar que interpretando la ley y que, escudándose de la protección de una indefinida libertad contractual, dicha mayoría impuso al país su conservadora filosofía económica.<sup>185</sup>

¿Acaso el Juez Holmes no consideraba legítima la intervención del poder judicial para analizar la validez de restricciones a la libertad de decidir y contratar?

Para el Juez Holmes, los jueces deberían no interferir con la actividad legislativa, por lo que los puntos de vista opuestos de política pública, con respecto a negocios, economía y asuntos sociales, constituían consideraciones de elección legislativa, que los jueces deberían analizar solamente que fueran demostrablemente arbitrarias e irracionales.<sup>186</sup>

Por lo tanto, notemos que incluso para quienes disintieron de la mayoría en el caso *Lochner v. New York*, sí resulta legítima la intervención judicial cuando la legislación o intervención regulatoria del Estado en materia de política pública, negocios, economía y asuntos sociales es arbitraria e irracional. Sin embargo, contra lo que disentía la minoría en el caso *Lochner v. New York* era con la concepción de la libertad de contratar como un enunciado o principio general que

---

<sup>184</sup> Ackerman Bruce A., *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*, op. cit., supra, p. 31.

<sup>185</sup> O'Brien David M., *Constitutional Law and Politics*, op. cit., supra, p. 268.

<sup>186</sup> Schwartz Bernard, *Algunos Artífices del Derecho Norteamericano*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1985, p. 122.

debiera ser reconocido como un bien jurídico superior que el Estado no pudiese restringir o regular.

En otro voto disidente del caso *Lochner v. New York*, los jueces Harlan, White y Day opinaron que la libertad de contratar en todo momento debe quedar sujeta a la regulación del Estado, según éste lo considere necesario para el bienestar y el bien común de la sociedad y que, como consecuencia, solamente se puede dejar sin efecto la legislación que limite esta libertad cuando dicha legislación clara y palpablemente exceda las facultades legislativas del Estado.<sup>187</sup> Por lo tanto, quienes emitieron este voto disidente consideraron que la ley materia de la controversia se apegaba a la Constitución, por tutelar un asunto de salud pública que el Estado debería garantizar a sus ciudadanos, lo cual de ninguna manera era clara y palpablemente inconsistente con la Constitución.<sup>188</sup>

Entonces, la minoría de quienes integraban la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, al emitir su resolución en el caso *Lochner v. New York*, se declaró (i) a favor de la legitimidad del poder legislativo para restringir y regular la libertad de decidir y contratar, cuando dicha legislación sea necesaria para ciertos fines de política pública, (ii) a favor de intervenir como poder judicial cuando dicha legislación resulte arbitraria e irracional, y (iii) en contra de reconocer la libertad de decidir y contratar como un derecho constitucional supremo, que el Estado no pueda restringir o regular.

Para el Juez Holmes, la función judicial necesariamente involucra un enfoque político y que en el caso *Lochner* los jueces que votaron a favor de la resolución habían fallado a aceptar su deber de ponderar consideraciones de ventajas sociales para los afectados.<sup>189</sup>

---

<sup>187</sup> O'Brien David M., *Constitutional Law and Politics*, op. cit., supra, p. 288.

<sup>188</sup> *Ibidem*, p. 289.

<sup>189</sup> Thomas Mason Alpheus, "Judicial Activism: Old and New", en Hall Kermit L. (ed.), *The Supreme Court in American Society*, New York, Garland Publishing, 2001, p. 415.

Simpatizantes con la opinión de esta minoría, los liberales de los Estados Unidos de América, aplaudieron cuando Holmes rechazó la equiparación de la concepción constitucional de la libertad con las teorías del *laissez faire*, dado que todos ellos reconocían que la necesidad de la restricción de la libertad de decidir y contratar es esencial si la ley debía reflejar a la sociedad en su transición desde el *laissez faire* al estado de bienestar.<sup>190</sup>

Para Ackerman, el caso *Lochner* nos enseña la “locura jurídica” de igualar la eficiencia del mercado con la justicia social.<sup>191</sup> Este caso pues, es un claro ejemplo de los divergentes caminos a los que puede llevar la ilimitada libertad de decidir y contratar de unos frente a las libertades de los demás.

Por su parte, para Benjamin Cardozo, los jueces deben interpretar la conciencia social y darle efecto a ésta al aplicar la ley, de tal manera que al hacerlo el juez coadyuva a modificar y formar así la conciencia que interpreta.<sup>192</sup>

Como consecuencia del voto de la mayoría,<sup>193</sup> a partir de *Lochner v. New York*, se inició la que sería conocida como la era *Lochner* (1897-1937), caracterizada por la irrelevancia que la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América daba a la justicia social y al bienestar de amplios sectores de la sociedad, que se buscaba a partir de la imposición de restricciones a la libertad contractual. Por eso se le calificaba como una era de corte conservador, pues se limitaba a tutelar los intereses económicos del individuo, en oposición a las fuerzas emergentes del progreso económico colectivo.

Durante dicho periodo, más de 200 leyes federales y estatales de los Estados Unidos de América fueron declaradas como inconstitucionales por la

---

<sup>190</sup> Schwartz Bernard, *Algunos Artífices del Derecho Norteamericano*, *op. cit.*, *supra*, p. 124.

<sup>191</sup> Ackerman Bruce A., *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*, *op. cit.*, *supra*, p. 122.

<sup>192</sup> Thomas Mason Alpheus, “Judicial Activism: Old and New”, *op. cit.*, *supra*, p. 421.

<sup>193</sup> La mayoría invalidó la ley que había sido aprobada por la legislatura y decidió por sí misma que la ley no era *razonable* en relación con cualquiera de los fines sociales para los cuales el poder gubernamental pudiera válidamente ser ejercitado. Schwartz Bernard, *Algunos Artífices del Derecho Norteamericano*, *op. cit.*, *supra*, p. 121.

Suprema Corte de Justicia de aquel país, por considerar que las mismas restringían la libertad de contratar y eran declaradas, por tanto, como violatorias de la Constitución.<sup>194</sup>

En apego a esta resolución, el Poder Judicial de los Estados Unidos de América inició una era conocida como liberal-constitucionalista a favor de la libre actuación de los agentes del mercado y derechos patrimoniales.<sup>195</sup>

Para el autor Gillman, la mayoría de los integrantes de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América que decidieron el caso *Lochner*, lo hicieron basándose en la teoría económica de *laissez-faire* en lugar de hacerlo como una interpretación de la Constitución.<sup>196</sup> Por lo tanto, Gillman afirma, se criticaron mucho este tipo de resoluciones por considerarlas parte de un ilegítimo activismo judicial en favor de una teoría económica, en contra de la legislación que pretendía otorgar protección limitada a ciertas clases vulnerables, que consistían en retórica diseñada para enmascarar preferencias personales de política económica, en lugar de ser verdaderas decisiones judiciales legalmente fundamentadas.<sup>197</sup>

De esta manera, en opinión del Juez Holmes, la libertad de contratar se convirtió en un dogma de teoría económica que empezó a ser aplicado por los jueces como una solución general a casos concretos. En oposición al uso de ese dogma, el Juez Holmes proponía analizar las circunstancias de cada caso, permitiendo, dependiendo de las circunstancias, sostener la validez de legislación que restringiera la libertad de contratar en el caso en particular.<sup>198</sup>

---

<sup>194</sup> O'Brien David M., *Constitutional Law and Politics*, op. cit., supra, p. 269.

<sup>195</sup> Otros casos similares a *Lochner*, fueron *Coppage v. Kansas* (1915), *Adkins v. Children's Hospital* (1923), *Adair v. United States* (1908), entre otros, en virtud de los cuales la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América dejó sin efectos diversas leyes que fijaban salarios mínimos, prohibían cláusulas en contratos renunciando al derecho de afiliación sindical, establecían jornadas laborales máximas, ordenaban esquemas de fijación de precios y regulaban actividades comerciales específicas.

<sup>196</sup> Gillman, Howard, *The Constitution Besieged, the Rise and Demise of Lochner Era*, op. cit., supra, p. 3.

<sup>197</sup> *Ibidem*, pp. 10-11.

<sup>198</sup> White G. Edward, "The Integrity of Holmes Jurisprudence", en Hall Kermit L. (ed.), *The Supreme Court in American Society*, New York, Garland Publishing, 2001, p. 657.

Nótese que la crítica hacia estas resoluciones no se refiere a la legitimidad de intervención del Poder Judicial para invalidar restricciones a la libertad contractual, sino más bien a la falta de fundamentación de las resoluciones emitidas por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América en relación con dicha materia. Para los críticos de las resoluciones emitidas en los mismos términos que en el caso *Lochner*, dichas resoluciones deberían quedar legalmente fundamentadas en un análisis constitucional de la controversia, en vez de hacerlo en base a una política pública que determinara el futuro económico de aquel país.

Para el propio Gillman, el problema se origina desde la Constitución misma, la cual se diseñó pensando en que los mercados deberían actuar con absoluta libertad y que los ciudadanos podrían gozar de libertad plena respecto a sus actos comerciales y contractuales, ya que no se anticipó que dicha actuación crearía situaciones de vulnerabilidad para otros ciudadanos que pudieran llegar a necesitar la protección/regulación del Estado.<sup>199</sup>

En este sentido, Robert Cooter y Thomas Ulen,<sup>200</sup> quienes a lo largo de su obra rechazan el enfoque de la redistribución de la riqueza para el derecho privado (el derecho de la propiedad, los contratos y los ilícitos culposos), niegan que los tribunales deban interpretar o hacer que el derecho privado sirva a la justicia social redistribuyendo la riqueza a favor de grupos de individuos que lo merezcan. Estos autores afirman que perseguir metas de redistribución es un uso excepcional del derecho privado que podrían justificar circunstancias especiales, pero que no debe ser el uso habitual de éste.

Sin embargo, la sociedad y el gobierno de los Estados Unidos de América se percataron que al seguir esta tendencia, se generaron altas concentraciones de poder económico en ciertos sectores reducidos de la población, quienes abusaron

---

<sup>199</sup> Gillman, Howard, *The Constitution Besieged, the Rise and Demise of Lochner Era*, op. cit., supra, p. 13.

<sup>200</sup> Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y Economía*, op. cit., supra, p. 23.

de los sectores vulnerables. Fue el Presidente Roosevelt quien buscó revertir esta situación, logrando modificar la integración de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América y defendiendo la ampliación de las facultades de intervención del Gobierno en lugar de reducir éstas.

A esta nueva época denominada por algunos autores como moderno liberalismo, defendía la intervención del Gobierno para permitir a los ciudadanos defenderse en forma colectiva frente a las grandes corporaciones y lograr una verdadera equidad, ya que sería la intervención del Gobierno la que dotaría de medios a todos los individuos para gozar de verdaderas libertades.<sup>201</sup>

Se presenta así un giro radical, el cual se puede apreciar en el caso *West Coast Hotel Co v. Parrish* resuelto en el año 1937 por la propia Suprema Corte de los Estados Unidos de América, el cual marcó la denominada *New Deal Revolution*, al sostener la constitucionalidad de una ley que imponía salarios mínimos.

El caso derivó de una demanda interpuesta por la Señora Elsie Parrish para recuperar la diferencia entre el salario que le fue pagado por West Coast Hotel Company y aquél establecido por el Industrial Welfare Committee del Estado de Washington. En el año de 1913, la legislatura de Washington había aprobado una ley para proteger la salud y bienestar de las mujeres y menores de edad al establecer un salario mínimo.

La Suprema Corte de Justicia de Washington resolvió a favor de la Señora Parrish, por lo cual West Coast Hotel Company apeló ante la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América alegando que la ley aprobada por la legislatura de Washington violaba la enmienda 14<sup>a</sup> de la Constitución (*Due Process Clause*), relativa a que nadie puede ser molestado en su persona o patrimonio sino mediante debido proceso judicial.

---

<sup>201</sup> *Ibidem*, p. 153.

En este caso, la resolución a favor de la Señora Parrish fue por mayoría de cinco integrantes de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América contra una minoría de los otros cuatro integrantes de dicho tribunal.

Al emitir su resolución, los integrantes de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América argumentaron que la libertad referida en la Constitución no se refiere expresamente a la libertad contractual.<sup>202</sup> Asimismo, dichos Ministros afirmaron que la libertad protegida por la Constitución no se trata de una libertad ilimitada, absoluta y que no se pueda controlar, sino por el contrario es una libertad cuyo ejercicio requiere ser vigilado para que la misma no atente contra la salud, la seguridad, la moral y el bienestar de la sociedad.<sup>203</sup>

En esta resolución se pueden constatar estas limitaciones válidas a la libertad de decidir, a las que me he referido en el Capítulo Primero, en cuanto la misma entra en conflicto con las libertades de terceros afectando sus derechos fundamentales.

Resulta relevante esta resolución del caso *West Coast Hotel Co v. Parrish* que afirma que la libertad en cada una de sus fases tiene su propia historia y connotación, por lo que queda necesariamente sujeta a restricciones y regulación que sean razonables en relación con su materia y sean adoptadas en el interés de la comunidad; siendo éste el caso específico de la libertad de contratar.<sup>204</sup>

A este caso siguieron otros,<sup>205</sup> en los cuales la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América confirmó la legitimidad constitucional del Estado para limitar actividades comerciales y de negocios que demostraran ser dañinas al estado de bienestar de los ciudadanos.

---

<sup>202</sup> O'Brien David M., *Constitutional Law and Politics*, op. cit., supra, p. 294.

<sup>203</sup> *Idem.*

<sup>204</sup> *Idem.*

<sup>205</sup> *Nebia v. New York* (1931), *Wickard v. Filburn* (1942), *Lincoln Federal Labor Union v. Northwestern Iron & Metal Co.* (1949), entre otros.

Sin embargo, con un nuevo caso –*Citizens United v. Federal Election Commission*–, relacionado con el análisis de constitucionalidad de una prohibición contenida en la *Bipartisan Campaign Reform Act* que establece ciertas restricciones para la divulgación de publicidad electoral, incluyendo medios de comunicación, radio, televisión, respecto a candidaturas de personas a ser elegidas para ocupar un cargo público federal, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos dejó sin efectos una parte de dicha legislación por considerar que la misma restringía la libertad de expresión que se manifiesta –en su opinión– a través de la contratación de propaganda electoral u aportaciones de dinero para tales efectos. Ya analizaré con mayor detalle este caso y sus antecedentes en el Capítulo Tercero.

Con este nuevo enfoque de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, se podría estar retomando el criterio de *Lochner v. New York* para resolver sobre la inconstitucionalidad de leyes que restrinjan de alguna manera las actividades de las compañías y comerciantes. Inclusive, en un futuro pudiéramos estar analizando resoluciones emitidas por dicho tribunal que autoricen ilimitados donativos directos por compañías a candidatos, sin importar las consecuencias que ello produciría en los procesos electorales de aquel país.

Para autores de los Estados Unidos de América como el propio Sandel,<sup>206</sup> resulta conveniente retomar las ideas de Kant respecto a la importancia de definir la libertad a partir de principios morales. Es decir, que la posibilidad de actuar con libertad nos hace tomar necesariamente responsabilidad moral de nuestros actos y también hacer a los terceros responsables moralmente por los suyos.

De esta manera, Sandel defiende el actuar de los integrantes de una sociedad como agentes morales libres –en vez de objetos– que a su vez respetan las decisiones de los otros para elegir su modo de vida también conforme a su propia concepción moral.

---

<sup>206</sup> Sandel, Michael, *Justice. What's the right thing to do?*, EUA, Farrar, Straus and Giroux, 2009, p.128.

Por lo tanto, se constata así que el debate en los Estados Unidos de América sobre las restricciones o falta de éstas para el ejercicio de ciertas libertades no ha permanecido inamovible a lo largo de la historia. Por el contrario, existe un debate constante que inclusive analiza el ejercicio moral o responsable de dichas libertades.

Por su parte, el debate en la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos también ha sido dinámico y cambiante durante estos últimos 100 años respecto a las tensiones existentes en torno al derecho privado de contratar, ejercicio de otros derechos patrimoniales y las libertades constitucionales. Dicho Tribunal activamente se involucra y resuelve este tipo de tensiones en cada caso conforme a criterios propios y cambiantes, pero siempre, ya sea por mayoría o por minoría, analiza la constitucionalidad de restringir las libertades, incluyendo la de decidir y contratar, cuando éstas entran en conflicto con otras libertades y salvaguardando derechos que en cada caso considera más relevantes.

## II. **La *Drittwirkung* del Derecho Alemán: prioridad de los derechos fundamentales en la impartición de justicia.**

Para el Derecho Alemán el concepto de los derechos fundamentales en la impartición de justicia en cualquier instancia, es un tema prioritario.

Robert Alexy, uno de los principales tratadistas alemanes que más han escrito sobre esta materia, nos confirma que:

Las normas de derecho fundamental tienen también influencia en la relación ciudadano/ciudadano. Esta influencia es especialmente clara en el caso de los derechos frente a la jurisdicción ordinaria civil. Entre los derechos frente a la jurisdicción ordinaria civil, se encuentran los derechos a que sus autos y sentencias no vulneren con su contenido los derechos fundamentales –en donde una sentencia de derecho civil califica como una intervención en la esfera de los derechos fundamentales del vencido–. Esto implica un efecto, cualquiera que sea su construcción, de las normas de derecho fundamental

en las normas del derecho civil y, con ello, en la relación ciudadano/ciudadano.<sup>207</sup>

La doctrina alemana se refiere así a la eficacia de los derechos fundamentales, y la divide en mediata e inmediata, a través de la denominada *Drittwirkung*.

Recurro al trabajo de Javier Mijangos,<sup>208</sup> quien se ha especializado en el estudio de la construcción de la *Drittwirkung* y quien distingue (i) la eficacia *mediata* (*mittelbare Drittwirkung*), en la que se condiciona la operatividad de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones privadas a la mediación de un órgano del Estado que sí está vinculado directamente a estos derechos, por lo que en dicho plano sí se requiere la intervención del legislador o la recepción a través del juez, en el momento de interpretar la norma aplicable al caso, y (ii) la eficacia *inmediata* frente a terceros (*unmittelbare Drittwirkung*), la cual implica la posibilidad de afirmar la virtualidad directa, sin mediaciones concretizadoras de los derechos fundamentales, en tanto que derechos subjetivos reforzados por la garantía constitucional, frente a las violaciones procedentes de sujetos privados.

Derivado de lo anterior, Mijangos considera que para efectos de la *Drittwirkung*, los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares operan en los siguientes planos:<sup>209</sup>

- (1) En primer término, la eficacia mediatizada a través del acto legislativo;
  - (2) En segundo término, la eficacia mediatizada a través de la decisión judicial;
- y

---

<sup>207</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., supra, p. 464.

<sup>208</sup> Mijangos y González, Javier, *La Vigencia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares*, México, Editorial Porrúa, 2004, p. 15.

<sup>209</sup> *Idem*.

(3) Por último, la eficacia inmediata, directa y limitada que nos permitirá conjugar los elementos ya descritos con una reformulación de los derechos fundamentales en su función subjetiva.

En otras palabras, “por una parte, el tribunal civil tiene que tener en cuenta los principios *iustfundamentales* que apoyan las posiciones que respectivamente hacen valer las partes; por otra, tiene que aplicar el derecho privado vigente en la medida en que ello no sea incompatible en cada interpretación con los principios de derecho fundamental”.<sup>210</sup>

Identifico así en el Derecho Alemán un mecanismo de armonización del Derecho Civil frente al Derecho Constitucional / tutela de los derechos fundamentales en los términos que he venido abogando a lo largo de este trabajo. Es éste un proceso de constitucionalización del derecho privado, en donde las relaciones entre particulares se modifican como consecuencia del deber de observancia de los derechos constitucionales sobre las normas que se contraponen a éstos, quedando los jueces autorizados a intervenir a fin de asegurar su observancia.<sup>211</sup>

No es mi intención al escribir este trabajo desarrollar un estudio pormenorizado de la *Drittwirkung*, ya que existen excelentes y novedosos trabajos en esta materia como el de Javier Mijangos; simplemente haré una referencia general a los principios de esta institución, como parte de este estudio comparativo, que me permita esbozar alguna propuesta para el caso del Derecho Mexicano en esta materia de armonización-ponderación de la libertad de contratar frente al Derecho Constitucional y su interrelación con los derechos fundamentales.

---

<sup>210</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., supra, p. 476.

<sup>211</sup> González Dávila, Richard, “La constitucionalización del derecho privado y la acción de protección frente a particulares”, p. 5, <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/1528/1/DyL-2002-VII-11-Domingo.pdf>

Sobre este mismo tema, José Juan Anzúrez Gurría recientemente ha publicado un excelente trabajo en la Revista Mexicana de Derecho Constitucional,<sup>212</sup> en el cual explica la diferencia entre la eficacia mediata – *mittelbare Drittwirkung*– otorgando al juez la facultad de resolver el caso concreto tomando en cuenta la influencia de los derechos fundamentales, entendidos como valores sobre las normas de derecho privado. De esta manera, nos dice Anzúrez, quien está constreñido al cumplimiento/garantía de los derechos fundamentales es el Estado que debe priorizar los mismos al impartir justicia.

Como se podrá notar, la eficacia mediata de los derechos fundamentales en la impartición de justicia sirve de fundamento para exigir la tutela judicial de los derechos fundamentales en toda controversia en que alguno de ellos se vea involucrado, ya sea que se trate de situaciones en las que se involucren solamente particulares o en las que también esté involucrado el Estado a través de cualquiera de sus tres poderes –legislativo, ejecutivo o judicial–.

Queda así establecida la relevancia o eficacia mediata que los jueces de todo orden deben de darle al Derecho Constitucional/derechos fundamentales al momento de resolver cualquier controversia, como lo propone la *mittelbare Drittwirkung* del Derecho Alemán.

Un caso representativo del Derecho Alemán en esta materia es *Lüth v. Urteil* (1951), en donde un juzgado de primera instancia, el Tribunal Estatal de Hamburgo, resuelve en favor del productor de una película, el Señor Urteil, quien es expartidario del Nacional Socialismo y se siente agraviado por el Señor Erich Lüth, que llamó al boicot de la película *Unsterbliche Geliebte* rodada por el director de cine antisemita Veit Harlan.

---

<sup>212</sup>Anzúrez Gurría, José Juan, “La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Número 22, enero-junio 2010, p. 19.

La sentencia del Tribunal Estatal de Hamburgo condenó al Señor Lüth, so pena de prisión o multa, a dejar de (i) invitar a los dueños de los teatros alemanes y distribuidores de filmes, a no presentar dentro de su programación la película producida y distribuida en el territorio alemán por el Señor Urteil, y (ii) invitar al público alemán a no ver dicha película.<sup>213</sup>

A su vez, el Señor Lüth, apeló dicha resolución del Tribunal Estatal de Hamburgo, al considerar que el juez correspondiente no consideró en su análisis la violación a su libertad de expresión, como derecho fundamental.

Este caso muestra una situación en la que entran en conflicto derechos fundamentales y derechos patrimoniales en un plano de relaciones entre particulares.

Para resolver este caso, el Tribunal Constitucional Alemán analizó que el juez ordinario debió atender a la influencia de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones de carácter civil o laboral y que al no hacerlo, al no valorar en su justa medida el efecto de irradiación que un determinado derecho fundamental despliega en una relación jurídico privada concreta, el Juez de primera instancia incurrió en su vulneración.<sup>214</sup>

En efecto, el Tribunal Constitucional Alemán consideró lo siguiente:

La sentencia le prohíbe al recurrente expresiones con las cuales pueda influir sobre otros para que se unan a su opinión sobre la reaparición de Harlan, y que orienten su conducta en contra de las películas producidas por él. Esto implica, objetivamente para el recurrente, una limitación a la libre expresión de su opinión.<sup>215</sup>

---

<sup>213</sup> Shwabe, Jûrgen, *Cincuenta años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez- Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 133.

<sup>214</sup> Anzûrez Gurría, José Juan, "La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales", *op. cit., supra*, p. 22.

<sup>215</sup> Shwabe, Jûrgen, *Cincuenta años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, *op. cit., supra*, p.133.

De esta manera, identificamos en la resolución del Tribunal Constitucional Alemán su interés por ponderar la afectación de derechos fundamentales.

Es esta afectación de derechos fundamentales en relaciones entre particulares la que recoge el Derecho Alemán a través de la *Drittwirkung*, como una necesidad de un cambio radical en la problemática constitucional que durante décadas asumió la afectación de derechos fundamentales solamente por el Estado y no por particulares.

Para Pedro de Vega, esta necesidad surge en oposición a la concepción constitucional clásica -basada en la separación entre las sociedad y el Estado, dejando a la primera en “libertad” y sujeta a la regulación exclusivamente por la legislación civil en base a los principios de generalidad de la ley, igualdad ante la ley y la autonomía de la voluntad- y que el constitucionalismo moderno no ha sabido responder debidamente.<sup>216</sup>

Así, las tensiones entre el Estado liberal y el Estado social, se resolvían a través de la Codificación Civil que daba vida a un complejo de relaciones entre seres libres, autónomos e iguales, que contemplaban su normativa como la mejor tutela y amparo de la libertad, por lo que los únicos peligros para los derechos fundamentales quedaban reducidos a las relaciones entre el individuo y el Estado.<sup>217</sup>

Pero hoy día, para el constitucionalismo moderno es necesario resolver estas tensiones y sujetar las relaciones entre particulares a un control constitucional, analizando las afectaciones de derechos fundamentales involucrados y afectados en dichas relaciones.

---

<sup>216</sup> Vega García, Pedro de, “La eficacia frente a particulares de los Derechos Fundamentales. (La problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos Fundamentales y Estado. Memoria del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IIJ-UNAM, Serie Doctrina Jurídica (Núm. 96), México, 2002, p. 693.

<sup>217</sup> *Idem*.

El Tribunal Constitucional Alemán en el caso *Lüth v. Urteil* que he venido analizando, consideró lo siguiente respecto a este control constitucional al que deben quedar sujetas las relaciones entre particulares:

El juez debe examinar si las disposiciones materiales del derecho civil aplicadas han sido influenciadas por los derechos fundamentales; si esto es así, entonces tendrá que tener en cuenta para la interpretación y aplicación de esas disposiciones las modificaciones al derecho privado que de allí se originen. Este es el sentido de la vinculación del derecho civil a los derechos fundamentales. Si omite estos criterios y su sentencia deja fuera esa influencia del derecho constitucional sobre las normas del derecho civil, violaría entonces no sólo el derecho constitucional objetivo, debido a que desconoce el contenido de la norma que contempla el derecho fundamental, sino que además, como portador del poder público, viola con su sentencia el derecho fundamental.<sup>218</sup>

Por este análisis, el Tribunal Constitucional Alemán en el caso *Lüth v. Urteil* decidió revocar la sentencia del Tribunal Estatal de Hamburgo sugiriendo la necesidad de efectuar una ponderación de los bienes jurídicos en conflicto y considerando que, al emitir dicha sentencia, el Tribunal Estatal de Hamburgo desconoció el especial significado que se le atribuye al derecho de libertad de expresión también allí donde entra en conflicto con los intereses privados de terceros.<sup>219</sup>

En otro caso, similar a *Lochner*, el Tribunal Constitucional de Alemania en relación con una norma legal del año 1936 que regulaba en aquel entonces el horario laboral en panaderías y pastelerías prohibiendo jornadas laborales en días hábiles, entre las cero y las cuatro horas, para proteger la salud de los trabajadores, resolvió la constitucionalidad de la misma a pesar de restringir la libertad de dirección de empresa de conformidad con el artículo 12 inciso 1 de la

---

<sup>218</sup> Shwabe, Jürgen, *Cincuenta años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, op. cit., supra, p.135.

<sup>219</sup> *Ibidem*, p. 137.

Ley Fundamental de aquél país.<sup>220</sup> En esta decisión, el Tribunal Constitucional Alemán, aplicando el método de ponderación, consideró que ésa intervención está totalmente justificada, entre otras cosas, si es proporcional al fin legítimo que se busca cumplir con la resolución –en este caso, proteger la salud de los trabajadores, que tiene precedencia sobre la libertad jurídica de ejercer la profesión.<sup>221</sup>

Con este mismo criterio, el Tribunal Constitucional Alemán ha resuelto otros casos sosteniendo la constitucionalidad de leyes en base a su consideración sobre el análisis del poder legislativo sobre los derechos en tensión al emitir las mismas. Por ejemplo, en una resolución de este tipo dictada en 1998, en la cual entraba en colisión (i) el ejercicio de la profesión de los empresarios garantizado por el artículo 12 de la Constitución Alemana, y (ii) el deber protector del Estado para con los empleados, contemplado por el artículo 12 (1) de la Constitución Alemana, en torno a una ley que exentaba a las empresas con menos de cinco empleados de estrictas disposiciones sobre despidos de la legislación laboral. En dicho caso, el Tribunal Constitucional Alemán resolvió que “las posiciones enfrentadas de los derechos constitucionales han de entenderse en el contexto de sus repercusiones mutuas y deben limitarse de forma que tengan la mayor efectividad posible para todos los afectados”,<sup>222</sup> para ello, el Tribunal Constitucional Alemán garantizó al poder legislativo amplia libertad de creación de normas, abarcando la valoración de variedad de intereses, es decir, la ponderación de exigencias enfrentadas y la determinación de su necesidad de protección.<sup>223</sup>

Alexy destaca este caso debido a que muestra la relevancia del principio de concesión de discrecionalidad para la fijación de los fines garantizada por el Tribunal Constitucional al poder legislativo, al sostener la constitucionalidad de la

---

<sup>220</sup> BVerfGE 87, citado en Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 25, 2003, pp. 50-53.

<sup>221</sup> *Idem*.

<sup>222</sup> Alexy, Robert, “Sobre los derechos constitucionales a protección”, en *Derechos Sociales y Ponderación*, Madrid-México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo - Fontamara, 2010, p. 83.

<sup>223</sup> *Idem*.

ley materia de la controversia, en detrimento de los intereses de los empleados, con el argumento de que los intereses empresariales fueron en ese caso considerados por el legislador como dignos de protección.

Por su parte, la *unmittelbare Drittwirkung* o eficacia inmediata, afirma que los derechos fundamentales no son valores, sino verdaderos derechos subjetivos contenidos en la Constitución y, por consiguiente, exigibles *prima facie* por el individuo frente a sus semejantes: “*no puede considerarse que un derecho no existe o no surte efectos frente a particulares, simplemente porque no haya una ley que así lo establezca*”.<sup>224</sup>

Por lo tanto, para la *unmittelbare Drittwirkung* o eficacia inmediata, la obligación de respetar los derechos fundamentales surge de la Constitución misma, sin necesidad de intervención judicial.

Para diversos autores,<sup>225</sup> quienes se refieren a la eficacia mediata de los derechos fundamentales como “ilusoria” y sin utilidad práctica, el principio relevante es el de la interpretación de todas las normas conforme a la Constitución; es decir, la eficacia inmediata de los derechos fundamentales.

De esta eficacia inmediata de los derechos fundamentales del Derecho Alemán, me gustaría rescatar su interacción frente a la autonomía de la voluntad, pues considera que dicha autonomía de la voluntad es una manifestación de la libertad y la eficacia inmediata de los derechos fundamentales procura más bien un reforzamiento de la autonomía privada y especialmente de la libertad contractual real, pretendiendo mantenerla incluso frente a los poderes sociales y a las posiciones del poder fáctico de los particulares.<sup>226</sup>

---

<sup>224</sup> Anzúrez Gurría, José Juan, “La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, *supra*, p. 23.

<sup>225</sup> Como es el caso de Juan María Bilbao Ubillos.

<sup>226</sup> Anzúrez Gurría, José Juan, “La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, *supra*, p. 27.

En este sentido, la *unmittelbare Drittwirkung* o eficacia inmediata de los derechos fundamentales, aporta elementos para sostener la posibilidad de armonizar el ejercicio de la libertad de contratar-autonomía de la voluntad, junto con la tutela de los derechos fundamentales y, como consecuencia, reforzar el ejercicio de ambos.

Ante un caso en el que por ejemplo un agente económico ejerza coerción para sostener su posición privilegiada, mientras que quienes contratan con él decidan asumir impagables deudas/compromisos económicos en uso de su autonomía de la voluntad, afectándose así sus derechos fundamentales/libertades, claramente el ejercicio de la autonomía de la voluntad no tiene por objeto reforzar la tutela de derechos fundamentales, sino todo lo contrario; en tales supuestos, el Derecho debería sancionar tal situación.

Para Pedro de Vega, el reto para el constitucionalismo moderno consiste precisamente en cómo organizar la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, para otorgar contenidos reales y efectivos a la autonomía de la voluntad.<sup>227</sup>

En relación con este mismo tema, el trabajo de José Juan Anzúrez Gurría,<sup>228</sup> con toda claridad expone cómo la mal interpretada libertad contractual en realidad no es tal, sino que en situaciones de desigualdad lo único que hace es promover el abuso de una de las partes en detrimento de otra que de ninguna manera puede ejercer esa supuesta libertad contractual, sino que por el contrario resulta afectada en ciertos derechos fundamentales.

---

<sup>227</sup> Vega García, Pedro de, “La eficacia frente a particulares de los Derechos Fundamentales. (La problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos Fundamentales y Estado. Memoria del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, op. cit., supra, p. 698.

<sup>228</sup> Anzúrez Gurría, José Juan, “La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, op. cit., supra, pp. 10-15.

Resulta así que, al emplear un supuesto liberalismo y supremacía de la libertad contractual, se causan notorios desbalances económicos y sociales en amplios sectores de la población.

Para ello, resulta muy valiosa la aportación del Derecho Alemán, a través de la *Drittwirkung*, tanto de la eficacia mediata, como la inmediata, de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, para dotar de ése contenido real y efectivo al ejercicio de las libertades. Mijangos opina que, abordando la *Drittwirkung*, incluso en la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha construido toda una teoría sobre la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares en el ámbito latinoamericano.<sup>229</sup>

Por lo tanto, a partir de la *Drittwirkung*, países como México podrían continuar analizando la relevancia de este tema de irradiación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, para proponer soluciones que surjan de y para la propia realidad Mexicana.

Ahora bien, en cuanto a las posibles limitantes a los derechos fundamentales cuando éstos entran en colisión con otros, la doctrina alemana y las resoluciones del Tribunal Constitucional Alemán también ofrecen muy buenas propuestas en materia de ponderación, como lo veremos a continuación.

Para ello, se debe entender el método de ponderación como un procedimiento racional de aplicación del derecho, basado en el principio de proporcionalidad que determina la dimensión de peso y configura el núcleo de la ponderación, mismo que a su vez comprende tres subprincipios:<sup>230</sup>

---

<sup>229</sup> Mijangos y González, Javier, “La doctrina de la *Drittwirkung* Der Grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, España, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, núm. 20, 2007, p.585.

<sup>230</sup> Moreso, José Juan, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en *Derechos Sociales y Ponderación*, Madrid-México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo - Fontamara, 2010, pp.224-227.

- 1) Principio de adecuación conforme al cual se considera que la restricción de un derecho es adecuada para preservar otro derecho constitucionalmente protegido. Determinando así la colisión de derechos y si dentro de las posibilidades para resolverla es adecuado restringir uno de los dos derechos en colisión.
- 2) Principio de necesidad conforme al cual se justifica que las restricciones impuestas a un derecho son necesarias –que no existe otro menos lesivo– para preservar otro derecho constitucional. Determinando así si la única manera de proteger el derecho constitucionalmente protegido es restringir el otro con el que colisiona.
- 3) Principio de proporcionalidad en sentido estricto, que constituye la ponderación en sí misma para determinar el balance entre el sacrificio de uno de los derechos y las satisfacción del otro; es decir, cuanto mayor sea la limitación de uno de los derechos, mayor deberá quedar realizado, desplegado o ejercido el otro derecho que prevalece sobre aquél, justificando así dicha limitación.

De esta manera, las vulneraciones leves de un derecho fundamental ceden ante la protección media y la grave de otro derecho fundamental, mientras que las vulneraciones medias de un derecho fundamental ceden ante la protección grave de otro derecho fundamental.<sup>231</sup>

Para ilustrar la aplicación de estos tres principios, Alexy recurre a la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Alemán,<sup>232</sup> en un caso en el que una autoridad administrativa impone a un peluquero una multa por operar en su establecimiento una máquina de tabaco, sin contar con un permiso requerido en términos de una disposición legal que establecía que dicho permiso se otorgaría al

---

<sup>231</sup> *Ibidem*, p. 228.

<sup>232</sup> BVerfGE 19, 330 (338)

solicitante sólo si éste demostraba el conocimiento técnico profesional indispensable para ejercer la actividad comercial de que se tratara.<sup>233</sup>

Derivado de una serie de resoluciones judiciales emitidas por tribunales de primera y segunda instancia ante la controversia iniciada por el peluquero en contra del requisito de permiso exigido por la referida disposición legal, el Tribunal Constitucional Alemán llegó a la conclusión de que la exigencia de probar los conocimientos técnicos específicos para el comercio mediante una máquina de tabaco vulneraba la libertad de profesión y oficio garantizada por el artículo 12.1 de la Ley Fundamental Alemana, en virtud de que (a) la prueba de conocimientos comerciales específicos no era idónea para proteger a los consumidores de daños económicos o de daños para la salud, y (b) en consecuencia, esta medida resultaba prohibida por el principio de idoneidad y vulneraba, por tanto, el derecho fundamental a la libertad de profesión y oficio.<sup>234</sup>

En este caso en particular, se puede observar la aplicación del concepto de optimización, dado que hay dos principios en juego: (*P1*) el de la libertad de profesión y oficio y (*P2*) el de protección de los consumidores. El medio adoptado (*M*), consistente en la disposición legal que exige el permiso y para ello probar los conocimientos técnicos específicos para el comercio, no resulta idóneo y, por lo tanto, no favorece el principio *P2* y sí impide la realización del principio *P1*.

Por lo tanto, nos explica Alexy,<sup>235</sup> si se omite *M*, no se originan costos ni para *P2*, ni para *P1* y, en cambio, si se adopta *M*, sí resultan costos para *P1*; de esto resulta que si se renuncia a *M*, en conjunto *P1* y *P2* pueden realizarse en su mayor medida de acuerdo con las posibilidades fácticas.

Se busca así, a través de la aplicación de los tres principios mencionados, la optimización del ejercicio de las libertades a través de la ponderación de los

---

<sup>233</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., supra, p. 524.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p 525.

<sup>235</sup> *Idem*.

beneficios que se obtienen al restringir éstas e idoneidad/necesidad de tal restricción como el medio para lograr dichos beneficios.

Para Alexy, por medio de la ley de la ponderación, el derecho general de libertad se introduce en la situación total de libertad, de forma tal que la referencia de la persona a la comunidad y su vinculación con ella, puede tenerse en cuenta y se mantienen los elementos de libertad necesarios para la independencia de la persona.<sup>236</sup>

Alexy cita el criterio del Tribunal Constitucional Alemán,<sup>237</sup> conforme al cual “el individuo tiene que aceptar aquellas restricciones de su libertad de acción que el legislador traza para el cuidado y promoción de la convivencia social dentro de los límites de lo, en general, exigible, de acuerdo con el estado de cosas dado, siempre que se mantenga la independencia de la persona”.<sup>238</sup>

Destaca así dentro del Derecho Alemán, la posibilidad de restricciones a la libertad, pero siempre que (a) se produzca un beneficio y promoción de la convivencia social, y (b) se mantenga la independencia de la persona.

Sin embargo, existen críticas diversas a este método de ponderación, entre ellas las formuladas por Antonio García Amado,<sup>239</sup> al afirmar que es la conciencia valorativa e ideología del tribunal lo que determina las consideraciones y definición de los derechos que se pondrán en la balanza de ponderación, lo cual resta utilidad operativa a los tres principios antes señalados.

En relación con la colisión de derechos y el método de ponderación para resolver la misma, Borowski al referirse a las críticas que se hacen al método de ponderación por la subjetividad que se puede dar al peso y grado de afectación de

---

<sup>236</sup> *Ibidem*, p. 334.

<sup>237</sup> BVerfGE 4, 7 (16)

<sup>238</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., supra, p. 313.

<sup>239</sup> García Amado, Juan Antonio, “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, en *Derechos Sociales y Ponderación*, Madrid-México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo - Fontamara, 2010, p. 252.

cada uno de los derechos en colisión, considera que el juzgador deberá realizar una fundamentación en base a una argumentación jurídico-racional y no solamente limitada a la teoría de los principios de los derechos fundamentales.<sup>240</sup>

Desde esta perspectiva y en base a la argumentación jurídico-racional que se realice para declarar la preeminencia de un derecho en colisión con otro, se podrán generar nuevos principios de aplicación de los derechos fundamentales que servirán de referencia para resolver a su vez futuras controversias de colisión de derechos similares.

En lo personal me parecen positivos los principios en los que Alexy basa su propuesta de ponderación, pero también me parece acertada la crítica a los mismos en cuanto a que destaca la discrecionalidad de los jueces y del legislador al aplicar los mismos. Sin embargo, a partir de esta crítica retomo la relevancia que los jueces asuman el compromiso de analizar este tipo de controversias y emitir criterios para resolverlos en base a los principios de ponderación u otros principios que produzcan resultados similares, como es el caso de los criterios que he analizado en el apartado anterior respecto a los casos resueltos por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América.

Pedro de Vega menciona que los derechos fundamentales no son ya considerados como un bloque de valores *absolutos*, es decir contra todos, no susceptibles de limitación alguna, sino que como consecuencia de la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América y su posterior influencia en otras constituciones, se inició una etapa de colisiones en el ejercicio de la libertad de los ciudadanos, lo cual obligó a que los derechos fundamentales se vieran sometidos a limitaciones que condicionarían su actuación a un doble principio de jerarquía y especialidad.<sup>241</sup>

---

<sup>240</sup> Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, op. cit., supra, p. 57.

<sup>241</sup> Vega García, Pedro de, “La eficacia frente a particulares de los Derechos Fundamentales. (La problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos Fundamentales y Estado. Memoria del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, op. cit., supra, p. 691.

En consecuencia, en términos de este condicionamiento, cada derecho tiene valor en la medida en que otro derecho jerárquicamente superior, o más especial, permite su existencia. De esta manera, en opinión de Pedro de Vega, las viejas formulaciones de la concepción clásica de los derechos -con características de abstracción e idealismo- perdieron vigencia para dar paso a un tratamiento de los derechos fundamentales, ya no como un bloque unitario, sino a derechos heterogéneos -no reducibles a un mismo orden conceptual- y, por lo tanto, susceptibles de consideraciones jurídicas diferentes.<sup>242</sup>

Precisamente consistente con este tratamiento de los derechos fundamentales, el Derecho Alemán reconoce la posibilidad de limitar los mismos -conocida como “teoría externa”- y toma como elementos del análisis para determinar la legitimidad de dicha limitación los siguientes: (a) el ámbito de protección o supuesto de hecho del derecho fundamental, y (b) el ámbito de garantía efectiva.

Por lo tanto, al tener en el elemento (a) un supuesto de hecho que no es otra cosa que el derecho fundamental en abstracto, debe existir otro elemento (b) que legitima y garantiza la existencia de ése derecho fundamental. Sin embargo, las restricciones a ése derecho son igualmente normas, lo que permite reconstruir la colisión entre objetos normativos, en particular la existente entre derechos y bienes colectivos.<sup>243</sup>

Por otra parte, el Derecho Alemán considera también que existen ciertos derechos no restringibles -conocida como “teoría interna”-, lo cual no significa que se traten de derechos ilimitados, sino de derechos que desde que nacen tienen un contenido determinado, por lo que toda posición jurídica que exceda dicho derecho predeterminado no existe. Es entonces esta determinación del contenido de los derechos la que permite al juzgador resolver en materia de colisión de

---

<sup>242</sup> *Idem.*

<sup>243</sup> Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales, op. cit., supra*, p. 68.

derechos, cuando alguno de éstos se pretende ejercer en exceso de su contenido predeterminado.<sup>244</sup>

Así, los derechos que se garantizan mediante reglas, son derechos no restringibles, entendidos en términos de la teoría interna, mientras que los derechos garantizados por principios son derechos restringibles, entendidos en términos de la teoría externa.

Entonces, si un derecho se garantiza mediante una regla, la norma que lo garantiza no es susceptible de ponderación. Pero habrá que atender a esa norma para conocer el contenido predeterminado de ese derecho, el cual no podrá ser excedido en su ejercicio.

Por otro lado, los derechos garantizados mediante principios sí son restringibles. Por lo tanto, las normas que restringen la realización de esos principios, son restricciones al principio mismo, por ejemplo el principio de libertad empresarial.

En tal supuesto, para restringir esos principios de derechos fundamentales, se requiere certeza que las premisas que sustentan dicha intervención sea mayor, cuanto más intensa sea la intervención en el derecho.<sup>245</sup>

En opinión de Borowski, este análisis explica cómo es posible la restricción de derechos fundamentales mediante leyes, ya que en todo caso la restricción de un derecho fundamental por vía de reglas, dicha restricción tiene que estar sustentada en principios constitucionales; por lo tanto, si la restricción de un derecho fundamental proviniera solamente de la ley y no de principios constitucionales, entonces dicha restricción no sería legítima, ya que las libertades fundamentales están garantizadas por normas constitucionales, pero si la

---

<sup>244</sup> *Idem.*

<sup>245</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., supra, p. 552.

restricción se funda en principios constitucionales se presenta entonces una colisión entre normas de igual jerarquía que puede ser resuelta mediante una ponderación.<sup>246</sup>

Por otro lado, existen las denominadas cláusulas de reserva explícitas que como parte de las disposiciones de derecho fundamental autorizan expresamente llevar cabo intervenciones, restricciones o limitaciones a éstos.<sup>247</sup>

En virtud de estas cláusulas, las propias disposiciones constitucionales delegan al legislador la posibilidad de limitar o restringir ciertos derechos fundamentales, lo cual resulta consistente con la necesidad de resolver las situaciones de colisión a las que me he referido anteriormente.

Se dice así, desde la perspectiva del Derecho Alemán, que este tipo de normas restrictivas de derechos fundamentales configuran los mismos para su realización en la vida social. Para lograr este objetivo, argumentan algunos tratadistas del Derecho Alemán, la Constitución necesita de la legislación como medio para la realidad social, siendo el legislador quien realiza configuraciones creadoras y quien proporciona contribuciones constitutivas para el contenido de los derechos de libertad.<sup>248</sup>

Sin embargo, se insiste en que toda limitación al configurar los derechos fundamentales requiere de una justificación.

Para ilustrar lo anterior, Alexy cita las restricciones que se pueden imponer al derecho de propiedad, por él definido como un derecho fundamental, a través del derecho civil que son necesarias para su efectividad y que son comprendidas positivamente por los individuos por ésa razón.<sup>249</sup>

---

<sup>246</sup> Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, op. cit., supra, p. 81.

<sup>247</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., supra, p. 254.

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 291.

<sup>249</sup> *Ibidem*, p. 294.

Como ejemplo de lo anterior, se tiene un caso resuelto por el Tribunal Constitucional Alemán en 1974,<sup>250</sup> con respecto al derecho de rescisión de contratos de arrendamiento de viviendas, al entrar en colisión los siguientes dos principios (i) la libertad garantizada constitucionalmente, y (ii) el mandato de un orden socialmente justo de la propiedad, para poner en equilibrio justo y en una relación equilibrada los intereses dignos de protección de todos los afectados.<sup>251</sup>

En este caso se analizaron ciertas restricciones impuestas a la libertad de acción del arrendador, ante la importancia de la vivienda para el individuo y su familia en términos de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.<sup>252</sup> Alexy opina que en este caso como resultado de la ponderación, se formula una restricción no al derecho de propiedad, sino a la libertad de acción, llevada a cabo por medio de la eliminación de una competencia del derecho civil.

Vemos así que la norma constitucional construye o reconoce el derecho fundamental, el cual es configurado a través de la legislación secundaria o resoluciones judiciales y, por lo tanto, es susceptible de restricciones con la debida fundamentación.

Notemos que entonces para el Derecho Alemán la autonomía de la voluntad no es ilimitada e independiente de los efectos que su ejercicio produzca en la comunidad.

Así lo ha dispuesto el Tribunal Constitucional Alemán, que ha definido el concepto de dignidad humana no como una libertad ilimitada, sino la libertad de un individuo referido a y vinculado con la comunidad.<sup>253</sup>

---

<sup>250</sup> BverfGE 37, 132.

<sup>251</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., supra, p. 295.

<sup>252</sup> Artículo 14, párrafo 2.

<sup>253</sup> BVerfGE 45, 187 (227).

Otro tema que he venido refiriendo y que también ha sido materia de análisis por el Derecho Alemán, es el de las situaciones de desventaja que pueden llegar a colocar al individuo en una condición en la que sea prácticamente imposible ejercer sus libertades.

Sobre este tema, Alexy, al referirse a la libertad socioeconómica, afirma que tal libertad no existe en la medida en que situaciones económicas deficitarias impiden al individuo el ejercicio de alternativas de acción.<sup>254</sup>

Por lo tanto, para Alexy, las normas del derecho de los contratos, del derecho de propiedad y el derecho de asociación, entre otras, son ejemplos complejos de normas que se deben estudiar en el contexto de la realización y aseguramiento de los derechos fundamentales.<sup>255</sup>

Estas ideas de Alexy resultan más que relevantes para el objeto de estudio de este trabajo, pues exponen con claridad la necesidad de que el ejercicio del derecho privado y las normas que lo regulan deben en todo momento tener en cuenta la efectiva realización de los derechos fundamentales y ponderación de los mismos con base en el principio de proporcionalidad buscando un beneficio proporcional a la limitación de éstos cuando sea necesario y justificado imponer una limitación o restricción a los mismos como lo he venido analizando. De esta manera, siguiendo las ideas de Alexy, cuando las instituciones jurídicas de derecho privado garantizan los derechos fundamentales, se debe garantizar también procedimientos de configuración de relaciones jurídicas en situaciones de igual jerarquía mediante el ejercicio de la autonomía privada; de ahí la importancia que las normas de derecho privado tengan validez, pues resultan necesarias para que sea posible aquello que garantiza el derecho fundamental.<sup>256</sup>

---

<sup>254</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., supra, p. 308.

<sup>255</sup> *Ibidem* p. 429.

<sup>256</sup> *Ibidem* p. 432.

Por lo tanto, el Derecho Alemán no solamente reconoce las tensiones entre el Derecho Privado (Derecho Civil) y el Derecho Público (Derecho Constitucional) en torno a diversas libertades, incluyendo la libertad de decidir y contratar, sino que también propone soluciones, a través de la ponderación, para resolver las mismas no a través de un enunciados generales, ni reglas fijas, sino de un procedimiento abierto que no siempre conduce a una misma solución.

En lo personal, encuentro esta similitud en el Derecho Alemán y el Common Law, respecto a la posibilidad de contar con criterios cambiantes dependiendo de las particularidades de cada situación particular, a través de los casos diversos que he analizado en el presente Capítulo.

Estos criterios y líneas de argumentación me parecen razonables para complementar las ideas hasta ahora expuestas en el presente trabajo, por lo que propongo tomarlas como propuestas para resolver las tensiones que se producen cuando diversas libertades se colisionan unas con otras.

### **III. La propuesta del Derecho Español al establecer mecanismos procesales de defensa, ante tribunales ordinarios de las afectaciones a los derechos fundamentales derivadas de relaciones regidas por el Derecho Privado.**

El Derecho Español -tanto en su doctrina, como en las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional Español- se ha visto influenciado por el desarrollo de la Drittwirkung del Derecho Alemán, en temas tales como la colisión de derechos fundamentales con otros derechos y libertades, así como de la ponderación como método para resolver dichas tensiones.

Dentro de los autores españoles, destacan los trabajos de Antonio Pérez Luño, Juan María Bilbao Ubillos, Luis Prieto Sanchís, Jesús García Torres,

Antonio Jiménez Blanco, Rafael Naranjo de la Cruz y Javier Mijangos y González, en quienes me apoyaré para el desarrollo del presente apartado.

En particular destaca la obra de Luis Prieto Sanchís, quien más ha escrito en relación con estos temas y quien considera que la autonomía de la voluntad y el derecho de propiedad cuentan con respaldo Constitucional en España, así como en el Código Civil, pero al mismo tiempo frente a ellos militan siempre otras consideraciones también constitucionales, como lo que la Constitución Española llama función social de la propiedad,<sup>257</sup> la exigencia de protección del medio ambiente, de promoción del bienestar general, el derecho a la vivienda o a la educación y otros derechos que pueden llegar a requerir una limitación de la propiedad o de la autonomía de la voluntad.<sup>258</sup>

Se puede notar así que también para el Derecho Español resulta relevante el efecto de irradiación del texto Constitucional y los derechos fundamentales en particular, frente a las relaciones entre particulares.

Sin embargo, la nota característica del Derecho Español no es solamente el retomar los estudios de la *Drittwirkung* del Derecho Alemán, sino el proponer que sean los tribunales ordinarios también los competentes para analizar la colisión de derechos fundamentales y libertades y aplicar el método de ponderación para resolver dicha tensión conforme a las características de cada caso en particular.

En relación con el tema de afectación de derechos fundamentales en la esfera de relaciones entre particulares al entrar en colisión con otros derechos, Pérez Luño y Mijangos nos confirman que es un hecho notorio que en la sociedad contemporánea la igualdad formal no supone una igualdad material, y que en ella el pleno disfrute de los derechos fundamentales se ve, en muchas ocasiones,

---

<sup>257</sup> Artículo 33.

<sup>258</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2ª ed., 2009, p. 119.

amenazado por la existencia en la esfera privada de centros de poder no menos importantes que los que corresponden a los órganos públicos.<sup>259</sup>

Por ello para el Derecho Español es importante contar con un constitucionalismo fuerte, que en opinión de Prieto Sanchís se define por las siguientes características:<sup>260</sup>

Primera. Carácter normativo y fuerza vinculante, al ser la Constitución una norma que pretende que la realidad se ajuste a lo que ella prescribe.

Segunda. Supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes, dado que la Constitución es la norma suprema que condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico.

Tercera. Eficacia o aplicación directa, ya que la Constitución no requiere la interposición de ningún otro acto jurídico para desplegar su fuerza vinculante.

Cuarta. Garantía judicial, a través de jueces de cualquier instancia, incluyendo a los jueces ordinarios.

Quinta. Contenido denso destinado a los ciudadanos en sus relaciones con el poder, pero también en sus relaciones horizontales de derecho privado.

Sexta. Rigidez para modificaciones al texto de la Constitución.

---

<sup>259</sup> Mijangos y González, Javier, *La Vigencia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares*, op. cit., supra, p. 8.

<sup>260</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, op. cit., supra, p. 116.

De todas estas características destacan dentro del Derecho Español la fuerza vinculante de los preceptos constitucionales, en particular de los derechos fundamentales, en relaciones tanto de derecho público, como de derecho privado y la facultad de jueces ordinarios para resolver la colisión de dichos derechos fundamentales con otros derechos y libertades.

Es así como Prieto Sanchís<sup>261</sup> sostiene que si las normas sustantivas de la Constitución quieren entenderse dentro del sistema jurídico, como parámetros de enjuiciamiento inmediatamente aplicables, y no por encima o fuera de dicho sistema, su consideración por la justicia ordinaria resulta obligada.

Notemos entonces dentro de esta cita de Prieto Sanchíz la eficacia inmediata que deben tener las normas constitucionales en relaciones de todo tipo, así como la facultad de los jueces ordinarios en el Derecho Español para asegurar la realización de dicha eficacia.

Por su parte, Javier Mijangos, al referirse a los enfoques metodológicos para determinar la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, menciona aquél que parte del análisis de las relaciones de desigualdad que se conforman en las sociedades contemporáneas, y que acarrearán posiciones de privilegio para una de las partes con la consecuente posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil.<sup>262</sup>

Es precisamente en línea con estas ideas expresadas por Mijangos que el Derecho Español se ocupa de la defensa, no solamente ante su Tribunal Supremo, sino también ante tribunales ordinarios, de las afectaciones a los derechos fundamentales derivadas de relaciones regidas por el Derecho Privado.

---

<sup>261</sup> Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, op. cit., supra, p.157.

<sup>262</sup> Mijangos y González, Javier, *La Vigencia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares*, op. cit., supra, p. 8.

De esta manera, es posible armonizar la interacción de los derechos de ambos órdenes -Constitucional y Civil- y analizar caso por caso la tensión existente entre ambos y evitar resolver siempre imponiendo alguno de ellos sobre el otro.

Otro autor español, Bilbao Ubillos, en relación con esta necesidad de armonización nos ofrece la siguiente cita:

Así pues, la incidencia directa de los derechos fundamentales en las relaciones de derecho privado ha de graduarse para no sacrificar el principio de libertad contractual, que comprende la libertad de contratar o no, la de elegir el co-contratante y la de determinar el contenido del contrato. Tiene que ser una aplicación matizada, atenuada por la necesidad de respetar la lógica interna del derecho privado.<sup>263</sup>

Este mismo autor concluye reforzando una de las ideas que he venido desarrollando a lo largo de este trabajo, respecto a la conveniencia de no ahogar al ejercicio de la libertad contractual imponiéndole a toda costa un control constitucional, como un gravamen generalizado que termine por eliminarla. Bilbao Ubillos afirma que la función de los derechos fundamentales es garantizar un mínimo de libertad individual, no reducir las posibilidades de libertad.<sup>264</sup>

Notemos en la opinión de Bilbao Ubillos cierta coincidencia con la eficacia inmediata de los derechos fundamentales *-unmittelbare Drittwirkung-* del Derecho Alemán, analizado en el apartado anterior. Sin embargo, el Derecho Español va más allá y sí prevé mecanismos de reconocimiento de estos derechos en la impartición de justicia, como lo analizaré a continuación.

---

<sup>263</sup> Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, op. cit., *supra*, p. 363.

<sup>264</sup> *Idem.*

Empezaré por mencionar que para el Tribunal Constitucional Español, los derechos fundamentales son limitados conforme al siguiente criterio jurisprudencial (STC 2/1982):

No existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que [...] en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos.<sup>265</sup>

Por su parte, la propia Constitución Española, en su artículo 53.1 establece que sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por dicha Constitución. Esta cláusula habilitadora autoriza que la ley limite derechos fundamentales, siempre y cuando no se afecte su contenido esencial, en un modelo similar al Derecho Alemán analizado en el apartado anterior.

En cuanto a la definición del contenido esencial, el propio Tribunal Constitucional Español, en su sentencia 11/1981, ha establecido los siguientes dos criterios, complementarios entre sí, que han llevado a la doctrina en España a considerar que el mismo evoca una imagen de la tradición jurídica propuesta por su intérprete o lo que el legislador y el juez de constitucionalidad dicen que es:<sup>266</sup>

1. La naturaleza jurídica o el modo de concebir o configurar cada derecho. Según este criterio, se debe atender a la relación entre (a) el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas, y (b) las ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los jueces, juristas y especialistas del derecho; quedando el contenido esencial constituido por las facultades o posibilidades de actuación para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las

---

<sup>265</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, op. cit., supra, p. 217.

<sup>266</sup> *Ibidem*, p. 235.

cuales deja de pertenecer a ese tipo.

2. Aquélla parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos.

Por ello, para Prieto Sanchís, el aspecto clave más que identificar el contenido esencial de los derechos fundamentales restringidos, consiste en la exigencia de justificar cualquier medida o condición restrictiva. Esta propuesta va más en línea con las ideas que he venido expresando en este trabajo, para realizar un ejercicio de determinación de la conveniencia y beneficios que se deben producir al restringir la libertad de decidir y, al no obtenerse dichos beneficios, entonces toda restricción a la misma carece de justificación.

Y esta justificación se puede hacer a través de la ponderación, definida conforme al Derecho Español por autores como Prieto Sanchís, como la exigencia de proporcionalidad -no de peso o de jerarquía, pues puede tratarse de derechos similares- entre el derecho que resulta afectado y aquel otro derecho o principio que sirve de cobertura o justificación a la misma.<sup>267</sup>

También en el Derecho Español hay quienes opinan en contra de esta propuesta de ponderación, considerando (i) que es impráctica y vacía, y (ii) que promueve la politización de la justicia al dejar al juez buscar en la conciencia jurídica de la comunidad el criterio que le permita pronunciarse sobre la razonabilidad o irrazonabilidad de la obra del legislador.<sup>268</sup>

Sobre la primera crítica, dicen sus autores, la máxima de la ponderación no añade nada al acto mismo de pesar o de comprobar el juego relativo de dos

---

<sup>267</sup> *Ibidem*, p. 238.

<sup>268</sup> *Ibidem*, p. 181.

magnitudes escalares, mostrándose incapaz de explicar por qué efectivamente un principio pesa más que otro.<sup>269</sup>

En relación con la segunda, se dice que la propuesta de ponderación se nos presenta como Derecho judicial o del juez, mediante la cual el juez puede desbordar los cauces y saltarse los muros.<sup>270</sup>

Como defensa de la primera crítica se dice que ésta sería cierta si lo que se espera de la ponderación es que resuelva el conflicto mediante la asignación de un peso propio o independiente a cada principio, lo cual no es así conforme a lo resuelto por el Tribunal Constitucional Español (STC 320/1994) al establecer que “no se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias *a priori*, sino de conjugar desde la situación jurídica creada, ambos derecho o libertades ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca”.<sup>271</sup>

Ante estas críticas, el propio Prieto Sanchís sostiene que dicho ejercicio de ponderación debe apelar a la razonabilidad y remitirnos a un esfuerzo de justificación racional de la decisión frente a los principios en conflicto apoyándonos en la fuerza normativa de la Constitución.<sup>272</sup>

Para ello, Prieto Sanchís propone lo siguiente:

La virtualidad de la ponderación reside principalmente en estimular una interpretación donde la relación entre las normas constitucionales no es una relación de independencia o de jerarquía, sino de continuidad y efectos recíprocos, de manera que, hablando por ejemplo de derechos, el perfil o delimitación de los mismos no viene dado en abstracto y de modo definitivo por las fórmulas habituales (orden público, derecho ajeno, etc), sino que se decanta en concreto a la luz de la necesidad y justificación de la tutela de otros derecho o principios en pugna. Precisamente, la necesidad de la ponderación comienza desde

---

<sup>269</sup> *Ibidem*, p. 190.

<sup>270</sup> García Torres, Jesús y Jiménez-Blanco, Antonio, *Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares*, Madrid, Editorial Civitas, 1986, p. 143.

<sup>271</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *op. cit.*, *supra*, p. 190.

<sup>272</sup> *Ibidem*, p. 182.

el momento en que se acepta que no existen jerarquías internas en la Constitución o, lo que es lo mismo, que los distintos principios carecen de un peso autónomo y diferenciado y sólo poseen una vocación de máxima realización que sea compatible con la máxima realización de los demás. Por eso, la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto.<sup>273</sup>

Se puede notar que estos argumentos son los que sirven como fondo de la segunda crítica, al dejar al arbitrio del juez la resolución del conflicto desde su propio análisis para determinar y justificar el grado de proporcionalidad en la afectación o limitación de derechos. Ante ello, el mismo Prieto Sanchís afirma que “el resultado óptimo de un ejercicio de ponderación no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios, ni siquiera en el caso concreto, si no la armonización de ambos, esto es, la búsqueda de una solución intermedia que en puridad no diese satisfacción plena a ninguno, si no que procurarse la más liviana lesión de ambos”.<sup>274</sup>

Parece de esta manera y con el apoyo de diversas sentencias emitidas en este sentido por el Tribunal Constitucional Español que analizaré a continuación, que el Derecho Español ofrece criterios para delimitar la facultad integradora de los jueces en la resolución, mediante la ponderación, de colisiones entre derechos fundamentales y libertades.

Por ello inicié este apartado con la referencia del propio Tribunal Constitucional Español respecto a la posibilidad de limitar los derechos fundamentales, sin afectar su esencia, cuando éstos colisionan entre sí o con otras libertades.

Con ello, se responde a la crítica de otros autores españoles que consideran que si se impusiesen en extremo los derechos fundamentales como superiormente jerárquicos frente a otros, no estaríamos quizá en presencia de una

---

<sup>273</sup> *Ibidem*, p. 191.

<sup>274</sup> *Ibidem*, p. 192.

sociedad libre, sino en una sociedad en la que imperaría un nuevo y acaso definitivo totalitarismo de los derechos fundamentales.<sup>275</sup>

Ante ello, considero muy valiosa la propuesta que nos hace el Derecho Español en base a la *Drittwirkung* del Derecho Alemán, dado que ofrece un método no de jerarquías inamovibles, rígidas o inmutables, sino de análisis de proporcionalidad y razonabilidad de limitaciones de derechos y libertades para lograr resultados específicos y tangibles.

Así lo ha dispuesto el Tribunal Constitucional Español (STC 53/1985) al establecer que “el interprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos”.

Para el Derecho Español entonces, la ponderación opera a la luz de casos concretos, generando al mismo tiempo respuestas para casos genéricos y con vocación de permanencia y universalización.<sup>276</sup>

El Tribunal Constitucional Español ha establecido las siguientes cuatro características o exigencias para la ponderación:<sup>277</sup>

Primera. Que la medida enjuiciada presente un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio o derecho, pues si no existe tal fin y la actuación pública es gratuita, o si resulta ilegítimo desde la propia perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación; en palabras del Tribunal Constitucional Español, queda expresado de la siguiente manera (STC

---

<sup>275</sup> García Torres, Jesús y Jiménez-Blanco, Antonio, *Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares*, *op. cit.*, *supra*, p. 146.

<sup>276</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *op. cit.*, *supra*, p. 194.

<sup>277</sup> *Ibidem*, pp. 199-202.

55/1996): “resulta imposible ensayar cualquier ponderación si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya también, socialmente irrelevantes”.

Segunda. La máxima de la ponderación requiere acreditar la adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada; es decir, la afectación a un principio o derecho constitucional debe ser consistente-necesaria para lograr la finalidad buscada.

Tercera. La intervención lesiva para un principio o derecho constitucional ha de ser necesaria. Es decir, debe acreditarse que no existe otra medida que, obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva; lo cual impone la obligación de escoger aquella restricción que menos perjuicios cause desde la perspectiva del otro principio o derecho en colisión.

Cuarta. La ponderación debe ser proporcional, para lo cual es necesario acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la limitación o protección de un derecho y las lesiones que dicha medida cause para el otro derecho con el cual colisiona. De esta manera, cuanto mayor sea la afectación producida en la esfera de un principio o derecho, mayor deberá ser también la necesidad de realizar el derecho o principio en pugna, para lo cual resulta necesario valorar por un lado el grado de afectación o lesión de un derecho y el grado de importancia o urgencia en la satisfacción de otro y justificar al mismo tiempo la medida en cuestión.

A continuación transcribo, en la parte conducente, fragmentos de algunas de las resoluciones del Tribunal Constitucional Español más relevantes en apoyo de las cuatro características antes señaladas:

STC 207/1996: “Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.

STC 8/1992: “La exigencia de motivación aquí es ante todo un requisito formal de la regla de proporcionalidad, según la cual en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida”.

STC 196/1987: “Las limitaciones de los derechos fundamentales requieren no sólo que respeten su contenido esencial, sino también que sean razonables y proporcionadas al fin en atención al cual se establecen”.

STC 159/1986: “Los límites de los derechos fundamentales han de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”.

STC 119/1990: “Todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido”.

STC 119/1989: “Todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone”.

STC 1/1989: “La interpretación de los preceptos legales ha de hacerse a la luz de las normas constitucionales y especialmente aquellas que proclaman y consagran derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos y que, en caso de duda, la interpretación que debe prevalecer es la que dote de mayor viabilidad y vigor al derecho fundamental”.

STC 37/1987: “La fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por lo tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes”.

STC 8/1992: “Cuando se produce una restricción de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación que se exteriorice adecuadamente con objeto que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó”.

Ahora pasando al tema de los medios procesales para lograr la tutela de derechos fundamentales-libertades ante violaciones tanto de particulares, como de actos de autoridad, la Constitución Española, en su artículo 53.2, prevé una doble vía de protección judicial:

- (i) La primera es el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, y

- (ii) La segunda es un procedimiento especial ante los tribunales ordinarios basado en los principios de preferencia y sumariedad.

Dicho Artículo 53.2 dispone que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª. del Capítulo II ante los Tribunales Ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En concordancia con dicho precepto Constitucional, el artículo 249 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone el ámbito del juicio ordinario, y establece que se decidirán en el juicio ordinario las demandas que pidan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental.

Pero esta protección no está limitada solamente para el ámbito civil, sino también para otras materias, como son la vía penal, laboral y contencioso-administrativa.<sup>278</sup>

Inclusive el propio artículo 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español reconoce esta posibilidad a otros tribunales al establecer en su fracción 1 que los derechos y libertades reconocidos en la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, “sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia”.

Sobre este tema de la protección de los derechos fundamentales, García Torres y Jiménez Blanco consideran que en realidad procede la vía de amparo no

---

<sup>278</sup> Mijangos y González, Javier, *Los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares*, México, Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2007, p. 49.

por actos de controversias entre particulares, sino por lesiones a derechos fundamentales por una deficiente tutela de un acto judicial.<sup>279</sup>

Es decir, para estos autores la afectación de derechos fundamentales en la esfera de relaciones entre particulares se da por actuaciones judiciales que derivan de controversias surgidas por actos de derecho privado, mas no por los actos privados *per se*.

Sin embargo, he ya analizado cómo el Derecho Español en las diferentes normas jurídicas aquí referidas se manifiesta expresamente a favor de la tutela de derechos y libertades ante lesiones a ellos por cualquier persona, empezando desde la propia Constitución Española cuyo artículo 9.1, en sus fracciones 1 y 2 dispone lo siguiente:

1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.
2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Para la autora Encarna Carmona, la experiencia de casi treinta años de desarrollo constitucional en España ha demostrado que crear un solo procedimiento de tutela judicial de los derechos o agrupar todos los procedimientos existentes en una sola norma presenta dificultades técnicas. De ahí que el Derecho Español prevea diferentes mecanismos para la defensa de derechos fundamentales, por lo que esa pluralidad de procedimientos distintos y

---

<sup>279</sup> García Torres, Jesús y Jiménez-Blanco, Antonio, *Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares*, *op. cit.*, *supra*, p. 83.

de especialidades en los procesos ordinarios es más efectiva para la protección judicial de los derechos fundamentales.<sup>280</sup>

Para Marc Carillo, no solo los poderes públicos en España son o pueden ser destinatarios de cualquier recurso ordinario en el que se les impute la lesión de derechos fundamentales, sino también los particulares.<sup>281</sup> El propio Tribunal Constitucional Español ha reconocido que los derechos fundamentales sujetan también a los particulares en sus relaciones jurídicas (STC 18/1984, entre otras).<sup>282</sup>

Esta atención especial a los derechos fundamentales por la vía sumaria se debe a que ellos requieren de una tutela prioritaria. Es necesario salvaguardarlos independientemente del desenlace que por la vía judicial tenga la materia planteada por la controversia civil o mercantil, decretándose la suspensión del acto violatorio de derechos fundamentales.

Esta distinción del Derecho Español al involucrar a los tribunales ordinarios en la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, aporta un esquema de referencia no solamente respecto a la confirmación de la capacidad y oportunidad de los tribunales ordinarios para salvaguardar dichos derechos, sino también respecto a la suspensión que se le pueda dar al acto de naturaleza privada que esté violentando dichos derechos.

---

<sup>280</sup> Carmona Cuenca, Encarna, “El desarrollo legislativo de la tutela judicial de los derechos fundamentales. Evolución histórica y perspectivas de futuro”, en Murillo de la Cueva, Pablo Lucas y Carmona Cuenca, Encarna (coords.), *La Tutela Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales por los Tribunales Ordinarios*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, p.43.

<sup>281</sup> Carrillo, Marc, *La Tutela de los Derechos Fundamentales por los Tribunales Ordinarios*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 208.

<sup>282</sup> Muñoz Arnau, Juan Andrés, *Los límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 165. Dicha sentencia, en la parte relevante, establece que “las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato.

Típicamente en un procedimiento ordinario el juez resuelve solamente la materia civil o mercantil que le ha sido planteada sin entrar al análisis de derechos fundamentales involucrados en la relación contractual-civil-mercantil y que se puedan ver afectados como resultado de dicha relación. Por tanto, dichos derechos fundamentales continúan siendo afectados/vulnerados al continuar la relación y controversia.

No es éste el caso en estos procedimientos sumarios del Derecho Español, en los que la prioridad es la protección de dichos derechos fundamentales, inclusive para los tribunales ordinarios quienes están facultados para su tutela jurisdiccional.<sup>283</sup>

Para otro autor Español, Rafael Naranjo de la Cruz,<sup>284</sup> cuando se habla de la independencia del Derecho Privado frente al Derecho Constitucional, se está intentando mantener una situación propia de finales del siglo XVIII y siglo XIX, en la que la regulación por el Derecho Privado de los bienes jurídicos entonces más importantes -libertad contractual y propiedad- y la construcción de dicho sector del ordenamiento jurídico permite hablar de su primacía material.

Entonces, en el Derecho Español esa independencia entre el Derecho Privado y el Derecho Constitucional no se presenta ante los tribunales ordinarios.

En consecuencia, los efectos de la activación del proceso especial y sumario son la restauración en su ejercicio del derecho fundamental lesionado, transgredido o menoscabado, con la consecuente anulación del acto en caso que así sea resuelto.<sup>285</sup>

---

<sup>283</sup> Carmona Cuenca, Encarna, “El desarrollo legislativo de la tutela judicial de los derechos fundamentales. Evolución histórica y perspectivas de futuro”, *op. cit., supra*, p. 46.

<sup>284</sup> Naranjo de la Cruz, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 241.

<sup>285</sup> Carrillo, Marc, *La Tutela de los Derechos Fundamentales por los Tribunales Ordinarios*, *op. cit., supra*, pp. 397-398.

Un aspecto importante es el de los efectos económicos, ya que la jurisprudencia establece que procede la imposición de costas cuando se desestiman totalmente las pretensiones de una parte.

Considero valioso para efectos de esta exposición resaltar del Derecho Español este tipo de procedimientos sumarios y especiales para la protección de derechos fundamentales administrados por jueces ordinarios, sin delegarlos a un segundo plano frente al Derecho Privado. Ya entraré en el siguiente apartado a hacer una comparación con la totalmente opuesta interpretación que existe en el Derecho Mexicano en torno a este tema.

#### **IV. La supremacía de la libertad contractual en México y sus efectos ante la ausencia de controles constitucionales.**

Para el caso de México, empezaremos por citar el artículo 133 de la Constitución, el cual establece en los términos siguientes, lo que se conoce como supremacía constitucional en el orden jurídico Mexicano:

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.

Es claro que este precepto expresamente obliga a los jueces, de cualquier instancia y rango, a aplicar en primer lugar la Constitución. Por ende, deberían también atender y custodiar en primer lugar los derechos fundamentales garantizados por la misma.

En este sentido, procesalistas como el Dr. José Ovalle Favela han propuesto que los respectivos Códigos Procesales de los Estados de la República repliquen este principio de supremacía constitucional.<sup>286</sup>

Lo anterior, deja de manifiesto el interés que existe en reiterar a los impartidores de justicia de todas las instancias, sobre su obligación de hacer que se cumplan los preceptos constitucionales y se tutelen los derechos fundamentales por ellos garantizados.

Resulta claro que esta supremacía constitucional aplica en juicios de todo tipo, incluyendo aquéllos que tienen por objeto resolver controversias entre particulares. Es decir, también en los juicios en los que se ventilan disputas de orden civil y mercantil, los jueces están obligados a aplicar en primer lugar los preceptos constitucionales y tutelar los derechos fundamentales por ellos garantizados.

Este criterio de interpretación ha sido reiterado recientemente en la siguiente tesis de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en México, la cual ha marcado un importante cambio en las facultades de control constitucional conferidas a los jueces de todas las instancias, para inaplicar normas que no estén conforme a la Constitución o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, como consecuencia de la también reciente reforma<sup>287</sup> al Artículo 1º Constitucional.<sup>288</sup>

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011). Mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se modificó el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos

---

<sup>286</sup> Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal Civil*, 4a. ed., México, Editorial Harla, 1991, pp. 34-35, quien hace referencia a los casos de los Códigos de los Procedimientos Civiles de los Estados de Morelos, Zacatecas y Sonora. Como ejemplo de casos recientes de Códigos Procesales que han sido reformados siguiendo esta tendencia, tenemos el caso del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Tabasco, el cual en su artículo 13 (fracción V) dispone que las normas procesales deberán interpretarse de conformidad con los principios que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sobre el proceso y la función jurisdiccional, con los principios generales del derecho y con los principios fundamentales contenidos en dicho Código.

<sup>287</sup> Conforme al decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011.

<sup>288</sup> Tesis Jurisprudencial 18/2012, Décima Época, Primera Sala, Enero de 2012.

Mexicanos, rediseñándose la forma en la que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deberán ejercer el control de constitucionalidad. Con anterioridad a la reforma apuntada, de conformidad con el texto del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal, se entendía que el único órgano facultado para ejercer un control de constitucionalidad lo era el Poder Judicial de la Federación, a través de los medios establecidos en el propio precepto; no obstante, en virtud del reformado texto del artículo 1º constitucional, se da otro tipo de control, ya que se estableció que todas las autoridades del Estado mexicano tienen obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el propio Estado mexicano es parte, lo que también comprende el control de convencionalidad. Por tanto, se concluye que en el sistema jurídico mexicano actual, los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, con la limitante de que los jueces nacionales, en los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de control previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales, pues únicamente los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces constitucionales, podrán declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la Constitución o los tratados internacionales, mientras que las demás autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano sólo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En la sentencia emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia antes indicada, se señalan los siguientes tres pasos que los jueces deberán seguir en su interpretación:<sup>289</sup>

1. Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del País, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el

---

<sup>289</sup> Contradicción de Tesis 259/2011. Suscitada entre el Primer y Segundo Tribunales Colegiados del Trigésimo Circuito. Acuerdo de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al día 30 de noviembre de 2011. p. 39.

Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

2. Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquélla que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

3. Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.

Derivado de lo anterior, la propia Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia resolvió en el caso en comento, que actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, siendo éstos:<sup>290</sup>

1. El control constitucional que deben ejercer los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y juicio de amparo directo e indirecto;

2. El control constitucional que deben ejercer el resto de los jueces del País en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.

---

<sup>290</sup> *Ibidem*, p. 40.

Finaliza la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia afirmando que derivado de este caso, se establece que este nuevo sistema de control constitucional permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, los que finalmente fluyan hacia la Suprema Corte para que sea ésta la que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional.<sup>291</sup>

Es decir, los jueces de primera instancia tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, cuidando siempre que su límite se encuentra en que la declaratoria de inconstitucionalidad de un precepto está reservada a los órganos del Poder Judicial de la Federación cuando conocen de los medios de control constitucional con facultad de emitir esa declaratoria.<sup>292</sup>

Para Javier Mijangos y González, al referirse al alcance del 133 Constitucional, los derechos fundamentales podrían ser controlados, aplicados e interpretados por todos los tribunales y en todas las relaciones jurídicas del sistema, incluyendo aquellas que se suceden en el ámbito particular.<sup>293</sup>

Y bien, en relación con la posibilidad de sujetar los actos de los particulares a dicho control constitucional, la Suprema Corte de Justicia de México en ése sentido se ha manifestando anteriormente en contra de dicha posibilidad:

La Suprema Corte ha establecido en diversas ejecutorias, la tesis de que las garantías constitucionales por su naturaleza jurídica, son, en la generalidad de los casos, limitaciones al poder público, y no limitaciones a los particulares, por lo cual éstos no pueden violar esas garantías, ya que los hechos que

---

<sup>291</sup> *Idem.*

<sup>292</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>293</sup> Mijangos y González, Javier, *La Vigencia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares*, *op. cit.*, *supra*, p. 60.

ejecuten y que tiendan a privar de la vida, la libertad...encuentran su sanción en las disposiciones del derecho común....<sup>294</sup>

Recientemente, este criterio parece estar cambiando, según lo acreditan las siguientes tres tesis aisladas y la Tesis de Jurisprudencia 15/2012 ya analizada en el Capítulo anterior:

AMPARO DIRECTO. RESULTA LA VÍA ADECUADA PARA QUE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO CONOZCAN DE AQUELLAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS QUE DESCONOZCAN UNA VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES COMETIDA POR UN PARTICULAR. DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo la posibilidad de que ciertos derechos fundamentales, por su estructura y contenido, se configuren como límites al actuar de los particulares. Así, los tribunales del Poder Judicial de la Federación constituyen el vínculo entre la Constitución y los particulares al momento en que resuelven un caso concreto, ya que los juzgadores tendrán que introducir el contenido de los derechos fundamentales respectivos en los litigios que conozcan. Este razonamiento, que no es más que la aceptación lógica del principio de supremacía constitucional, lleva a esta Primera Sala a determinar que los Tribunales Colegiados de Circuito pueden conocer, a través del juicio de amparo directo, de aquellas sentencias de los tribunales ordinarios, que en última instancia no atiendan a la función de los derechos fundamentales como principios objetivos del ordenamiento jurídico mexicano. Así, en esta hipótesis y cuando se reúnan los requisitos de procedencia del juicio de amparo directo, los Tribunales Colegiados de Circuito resultan competentes para declarar si dicha interpretación encuentra cabida en el texto constitucional.<sup>295</sup>

En esta tesis aislada destaca de forma implícita la obligación de los tribunales ordinarios de atender la función de los derechos fundamentales en las controversias que éstos resuelvan.

---

<sup>294</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las Garantías Individuales*, 2ª. ed, México, 2005, p. 32.

<sup>295</sup> Tesis Aislada XVIII/ 2011. Décima Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro IV, Enero de 2012, Tomo 3, p. 2685.

La segunda tesis aislada es la siguiente:

REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. RESULTA LA VÍA ADECUADA PARA QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN CONOZCA DE AQUELLAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO QUE NO REPAREN UNA VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES COMETIDA POR UN PARTICULAR. La posibilidad de que ciertos derechos fundamentales se configuren como límites al actuar de los particulares, no resulta incompatible con la actual regulación y desarrollo jurisprudencial del concepto de autoridad para efectos del juicio de amparo, que ha venido realizando esta Suprema Corte. A fin de determinar la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, es necesario atender a una doble problemática: por un lado, la cuestión relativa a la validez de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, que se configura como un problema sustantivo; y por el otro, la cuestión relativa a la eficacia de los derechos fundamentales, esto es, la procedencia de la garantía judicial correspondiente ante eventuales violaciones procedentes de un particular, que podemos identificar con el problema procesal. En esta lógica, la improcedencia del juicio de amparo contra actos de particulares, no determina, en modo alguno, que los derechos fundamentales no rijan las relaciones entre particulares, ni que esta Suprema Corte se encuentra imposibilitada para conocer, de forma indirecta, de este tipo de problemáticas. En estos términos, los tribunales del Poder Judicial de la Federación, vinculados directamente a arreglar sus fallos de conformidad con las normas constitucionales de acuerdo a los derechos fundamentales, juegan una suerte de puente entre la Constitución y los particulares al momento en que resuelven un caso concreto, ya que el juez tendrá que analizar si el derecho aplicable, en ese litigio, es compatible con lo dispuesto en la Constitución, y en caso de ser negativa la respuesta, introducir el contenido del derecho fundamental respectivo. Este razonamiento, que no es más que la aceptación lógica del principio de supremacía constitucional, lleva a esta Primera Sala a determinar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede conocer, a través de la revisión en amparo directo, de aquellas sentencias de los tribunales colegiados de circuito que no atiendan a la función de los derechos fundamentales como principios objetivos del ordenamiento jurídico mexicano. Así, cuando un tribunal colegiado de circuito establece la interpretación constitucional en un caso concreto, derivado de una violación de derechos fundamentales entre particulares, y se reúnen los requisitos de procedencia del recurso de revisión, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación resulta competente

para declarar si dicha interpretación encuentra cabida en el texto constitucional.<sup>296</sup>

Esta segunda tesis aislada también es muy relevante para el presente estudio, dado que no solamente reconoce y sanciona la violación de derechos fundamentales por particulares, sino que también establece la competencia de los tribunales del Poder Judicial de la Federación para conocer e interpretar sobre dicha violación y de la Suprema Corte de Justicia para revisar la interpretación efectuada por dichos tribunales.

La tercera resolución destacable y de reciente emisión, introduce ya también la importancia e irradiación de los derechos fundamentales entre particulares con base en los principios del Derecho Alemán analizados anteriormente.

Por la relevancia y consistencia de la argumentación de esta tesis aislada del Tercer Tribunal Colegiado en materia civil del primer circuito, transcribiré a continuación la totalidad de la misma:

Derechos fundamentales. Son susceptibles de analizarse, vía amparo directo interpuesto contra la sentencia definitiva que puso fin al juicio, en interpretación directa de la Constitución, aun cuando se trate de actos de particulares en relaciones horizontales o de coordinación. El criterio general de los Tribunales Federales ha sido en el sentido de que en términos de las disposiciones constitucionales y legales sobre la materia, el amparo sólo procede contra actos de autoridad, lo que a su vez ha provocado que los temas de constitucionalidad sean abordados a la luz de si alguna disposición ordinaria es violatoria de la Constitución, o si al dictarse el acto reclamado (sentencia definitiva en el caso del amparo directo civil) no se han acatado los mandatos de algún precepto de la Carta

---

<sup>296</sup> Novena Época

Registro: 161192

Instancia: Primera Sala

Tesis Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
XXXIV, Agosto de 2011

Materia(s): Común

Tesis: 1a. CLII/2011

Página: 230

Fundamental (interpretación directa). Lo anterior, porque los referidos criterios jurisprudenciales siempre han partido de la premisa de la procedencia del amparo contra actos de autoridad en una relación de supra a subordinación, es decir, como los actos verticales que se dan entre gobernantes y gobernados, por actuar los primeros en un plano superior a los segundos, en beneficio del orden público y del interés social; relaciones que se regulan por el derecho público en el que también se establecen los procedimientos para ventilar los conflictos que se susciten por la actuación de los órganos del Estado, entre los que destaca precisamente el juicio de amparo. Esta línea de pensamiento se refiere a la tesis liberal que permeó durante el siglo XIX, conforme a la cual la validez de los derechos fundamentales se restringe a las relaciones de subordinación de los ciudadanos con el poder público. Este carácter liberal de los sistemas constitucionales modernos se fundamentó también en la clásica distinción entre derecho privado y derecho público: el primero queda constituido como el derecho que regula las relaciones inter privados, mientras que el segundo regularía las relaciones entre los ciudadanos y el poder público, o entre los órganos del poder público entre sí. En este marco, los derechos de libertad se conciben como los límites necesarios frente al poder, derechos públicos subjetivos que, por tanto, sólo se conciben en las relaciones ciudadanos-poderes públicos y son únicamente oponibles frente al Estado. Pero estos límites no se consideran necesarios en las relaciones entre particulares, fundamentadas en el principio de la autonomía de la voluntad. Surge así la teoría alemana de la *Drittwirkung*, también llamada *Horizontalwirkung*, de los derechos fundamentales. Esta denominación se traduce como la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, tomando en consideración que el problema se plantea en cuanto a la eficacia de éstos en las relaciones horizontales, así llamadas a las relaciones en que no hay relación de poder, y entre las que estarían, en principio, las relaciones establecidas entre particulares, supuestamente iguales. La *Drittwirkung* se aborda desde la concepción de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, cuya vigencia se proyectaba en las relaciones jurídicas dadas entre el individuo y el Estado. Los demás individuos, los llamados terceros, quedarían, en principio, al margen de esa relación jurídica específica. Sin embargo, las teorías contractualistas explican el origen de los derechos humanos en sentido opuesto, es decir, los derechos del hombre surgen como derecho en las relaciones entre privados, preexisten por tanto al Estado, el que nace para salvaguardar y garantizar estos derechos. Así, los derechos fundamentales se tienen, originalmente, frente a los demás hombres y sólo derivativamente frente al Estado, por lo que los derechos naturales a la libertad, la seguridad, la propiedad, etc., son, en primer lugar, derechos frente a los presuntos "terceros", los particulares. Como se dijo, la construcción jurídica de los

derechos tiene su origen en el Estado liberal de derecho. Los poderes públicos se convierten en los principales enemigos de las recién conquistadas libertades, una amenaza que hay que controlar y limitar. Esta idea lleva a la conclusión de que el derecho público, que regula la organización del poder, ha de fijar el límite de actuación de éste para lo que se recurre a estos derechos naturales cuya garantía en la sociedad estaba encomendada al poder, pero que, de ese modo se convierten en su principal barrera jurídica. Esta tensión ciudadano-poder no está presente en las relaciones de coordinación surgidas entre particulares, que se desarrollan entre individuos considerados en principio iguales y libres, y que quedan sometidos solamente al imperio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual dándose por entendido que no necesitan ninguna protección externa adicional. Ante este panorama, en principio no existe la posibilidad de alegar los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares; pero por ello se torna indispensable acudir a la teoría alemana de la Drittwirkung, cuyo origen se encuentra en el campo de las relaciones laborales, donde es especialmente sensible la subordinación del trabajador a un poder, esta vez privado, la empresa, y los consiguientes peligros que para los derechos fundamentales provienen de estos poderes privados. La ideología liberal presumía la igualdad de la que partían los individuos en sus relaciones privadas, pero esta presunción, especialmente en la época actual, está lejos de poder sostenerse, pues ahora la sociedad se caracteriza cada vez más por su complejidad, pues el imperio de que tradicionalmente gozó la autoridad es hoy en día más difuso en virtud de los denominados grupos de fusión o de presión, o simplemente otros ciudadanos particulares situados en una posición dominante, que poseen un poder en muchos de los casos similar al del Estado, por lo que no es improbable que afecten los derechos fundamentales de los particulares. Estos grupos sociales o particulares en situación de ventaja son evidentemente diversos a las instituciones jurídicas tradicionales como los sindicatos, las cámaras empresariales, los colegios de profesionales, etc., sino que constituyen otros sectores cuyos derechos e intereses han sido calificados como difusos, colectivos o transpersonales. En una sociedad estructurada en grupos y en la predominación de los aspectos económicos, el poder del grupo o de quien tiene una preeminencia económica se impone al poder del individuo, creándose situaciones de supremacía social ante las que el principio de igualdad ante la ley es una falacia. El poder surge de este modo no ya sólo de las instituciones públicas, sino también de la propia sociedad, conllevando implícitamente la posibilidad de abusos; desde el punto de vista interno referido a los integrantes de un grupo, se puede traducir en el establecimiento de medidas sancionadoras, y por el lado de la actuación externa de ese grupo o de un particular en situación dominante, se puede reflejar en la imposición de condiciones a las que otros sujetos u otros grupos

tienen la necesidad de someterse. El fortalecimiento de ciertos grupos sociales o de un particular en situación dominante que pueden afectar la esfera jurídica de los individuos ha hecho necesario tutelar a éstos, no sólo frente a los organismos públicos, sino también respecto a esos grupos o personas particulares; sobre todo porque en una sociedad corporativista y de predominio económico como la actual, lo que en realidad se presenta son situaciones de disparidad y asimetría, ya que no debe perderse de vista que esos grupos o particulares mencionados logran no sólo ocupar un lugar relevante en el campo de las relaciones particulares, sino que en muchas veces también influyen en los cambios legislativos en defensa de sus derechos. Estos grupos de poder, o simplemente otros ciudadanos particulares organizados o situados en una posición dominante, constituyen una amenaza incluso más determinante que la ejercida por los poderes públicos para el pleno disfrute de los derechos fundamentales. Estas situaciones actuales de poder económico privado ponen de manifiesto la existencia, en el ámbito de las relaciones privadas, del fenómeno de poder, o de monopolización del poder social, similar a los poderes públicos. Son situaciones de sujeción análogas a las existentes frente al poder estatal, en las que la autonomía privada y la libertad contractual de la parte más débil quedan manifiestamente anuladas. O bien no dispone realmente de la libertad para decidir si contrata o no, o bien carece de posibilidades de discutir el contenido o exigir su cumplimiento. Este panorama desembocó en la reconsideración de la teoría clásica de los derechos fundamentales, y en la extensión analógica del contenido de las relaciones públicas a las relaciones privadas, en donde la superioridad de una de las partes anula la libertad jurídica y los derechos individuales de la parte débil. Estas situaciones no pueden dejarse únicamente al amparo del dogma de la autonomía privada. La frontera cada vez menos nítida entre lo público y lo privado, pues ambas esferas se entrecruzan y actúan en ámbitos comunes y de manera análoga, la existencia cada vez más numerosa de organizaciones y estructuras sociales, que conforman lo que se viene denominando poder privado y que se sitúan justamente en la línea divisoria, cada vez más confusa, entre lo público y lo privado, hace necesario replantearse el ámbito de validez de las clásicas garantías estatales, es decir, la garantía que representan para los ciudadanos los derechos fundamentales. Éstos deben ser entendidos como garantías frente al poder, ya sea éste un poder público o un poder privado. No sería coherente un sistema que sólo defendiera a los ciudadanos contra la amenaza que representa el posible abuso proveniente del poder público y no los protegiera cuando la amenaza, que puede ser tanto o incluso más grave que la anterior, tenga su origen en un poder privado. En este contexto, resulta indispensable entonces la utilización del juicio de amparo por parte de los particulares como garantía de sus derechos

fundamentales, tratándose de actos de autoridad o de actos de particulares en situación dominante respecto de los primeros, de acuerdo con el sistema normativo que deriva del artículo 107, fracción IX, de la Constitución y del artículo 83 de la Ley de Amparo, en que se permite en interpretación directa de la Constitución a través del amparo directo, cuyo objeto básico de enjuiciamiento es la actuación del Juez, que los Tribunales Colegiados otorguen significados al texto constitucional al realizar el análisis de las leyes o normas o de actos de autoridades o de actos de particulares; esto es sólo se podrá emprender ese análisis de la posible vulneración de derechos fundamentales del acto celebrado entre particulares, cuando dicho acto haya pasado por el tamiz de un órgano judicial en el contradictorio correspondiente.<sup>297</sup>

Si bien algunas de las controversias que dieron lugar a estas tesis aisladas derivaron de los actos de tribunales en procesos de naturaleza civil y penal, lo cierto es que ninguna de ellas se originó por violaciones de derechos fundamentales por el ejercicio de la libertad de contratar o disposición de propiedad. Ello obedece quizá a que aún no se han presentado ante el Poder Judicial Mexicano controversias que involucren dichas afectaciones por actos contractuales, por lo que a continuación analizaré las disposiciones de Derecho Civil pertinentes que pueden servir de guía para plantear y resolver las controversias que pudieran surgir en relación con esta materia.

A este respecto, los artículos 1796<sup>298</sup> y 1797<sup>299</sup> del Código Civil Federal imponen en el Derecho Civil Mexicano el principio, conforme al cual las partes

---

<sup>297</sup> Amparo directo 48/2009.

Registro No. 166676

Localización: Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Agosto de 2009

Página: 1597

Tesis: I.3o.C.739 C

Tesis Aislada

Materia(s): Civil, Común

<sup>298</sup> Artículo 1796. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

<sup>299</sup> Artículo 1797. La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

que celebran un contrato deben cumplir con lo expresamente pactado, sin poder alguna de ellas excusarse de su cumplimiento. Claro está que este principio aplica solo aquéllos contratos que son válidamente celebrados en apego a la legislación, que no padecen de algún defecto en su formación y que no son contrarios a disposiciones de orden público.

Es cierto también que diversos artículos del Código Civil Federal, como es el caso de los artículos 18, 19 y 20 y el propio artículo 14 Constitucional en su último párrafo,<sup>300</sup> establecen criterios conforme a los cuales los jueces podrán resolver las controversias civiles entre particulares, no solamente con apego al texto de la legislación, sino también conforme a los principios generales de derecho, a su propia interpretación jurídica y conforme a criterios de equidad.

Sobre esta prelación interpretativa, Miguel Carbonell opina que podemos reconocer la posibilidad de que los tribunales mexicanos integren la Constitución al resolver casos en materia civil<sup>301</sup> y que, por el contrario, dejar el tema de las relaciones entre grandes empresas y consumidores dentro del ámbito del derecho privado, regidas bajo la idea de la autonomía de la voluntad, no puede ser más que una ficción, pues las condiciones de desigualdad entre unas y otros no permite que se manifieste una voluntad plenamente libre de las partes, sobre todo de la parte más débil.<sup>302</sup>

---

<sup>300</sup> Artículo 18. El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia.

Artículo 19. Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho.

Artículo 20. Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados.

Artículo 14. (4º párrafo) En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

<sup>301</sup> Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, op. cit., supra, p. 687.

<sup>302</sup> *Ibidem*, p. 964.

Parafraseando a Mauro Cappelletti, Miguel Carbonell nos recuerda sobre la necesidad de reintegrar el equilibrio entre las partes de forma que se proteja efectivamente la libertad de mercado, señalando que la idea de regular a las grandes empresas en sus relaciones con los consumidores no persigue sofocar la libertad de industria o trabajo, sino justamente lo contrario, asegurar que esa libertad va a seguir siendo efectiva para todos los que intervienen en el proceso productivo y de prestación de servicios.<sup>303</sup>

Es más, la última parte del artículo 1796 del Código Civil Federal antes citado, establece que las obligaciones contractuales de las partes serán no solamente las expresamente pactadas, sino también a las que sean consecuencia de ello, que según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso o a la ley. De esta manera, los jueces cuentan con diversos criterios de interpretación para poder emitir su resolución ante una controversia entre particulares y dictaminar las obligaciones de carácter civil para las partes como consecuencia de sus relaciones civiles-patrimoniales-contractuales.

Sin embargo, en ninguno de dichos criterios se ve que esté incluida la tutela judicial de los derechos fundamentales que se vean afectados o ignorados por los particulares al entablar éstas relaciones civiles-patrimoniales-contractuales.

Por ello, resulta indispensable iniciar con el planteamiento y solución de controversias en México para lograr la conexión entre el Derecho Constitucional y el Derecho Civil, en materia de tutela y respeto de los derechos fundamentales cuando éstos se ven vulnerados por el ejercicio de la libertad de contratar y disposición de la propiedad.

De no hacerlo, los derechos fundamentales continuarían quedando sin tutela alguna en la esfera de las relaciones entabladas entre particulares cuando éstos ejercen su libertad de contratar y de disposición de la propiedad. Y al no existir esta tutela, entonces el derecho fundamental pierde su efectividad (*Where is no remedy, there is no right*).

---

<sup>303</sup> *Idem.*

Como consecuencia, se dejaría en absoluta “libertad” a los particulares para entablar relaciones comerciales-contractuales, sin importar si algunos cuantos agentes económicos ejercen una desmedida presión permitida por el propio Estado en el ejercicio de esa “supuesta libertad” y como consecuencia de esa desmedida presión se estén vulnerando derechos fundamentales.

Existe protección expresa a los derechos fundamentales de vida, salud y seguridad en materia de protección de los derechos al consumidor, más no en la materia civil y mercantil en general.

El artículo 1 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, considera que son principios básicos en las relaciones de consumo, entre otros, los siguientes:

- (i) La protección de la vida, salud y seguridad del consumidor contra los riesgos provocados por productos, prácticas en el abastecimiento de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos.
- (ii) La educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, que garanticen la libertad para escoger y la equidad en las contrataciones.
- (iii) La protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios.

Respecto a estos principios, el mismo Dr. José Ovalle Favela, considera que éstos reconocen claramente el derecho básico a la protección de los intereses económicos del consumidor, así como la obligación de respetar la vida, la salud y

la seguridad de los consumidores tanto en el diseño y la fabricación de bienes o productos, como en la prestación de servicios.<sup>304</sup>

Por su parte, el artículo 25 Bis de la Ley Federal de Protección al Consumidor faculta a la Procuraduría Federal del Consumidor para aplicar diversas medidas precautorias, como pudiera ser: (a) la inmovilización de envases, bienes, productos y transportes, (b) el aseguramiento de bienes, (c) la suspensión de la comercialización de bienes, productos o servicios, (d) la colocación de sellos de advertencia, (e) la suspensión de la información o la publicidad que viole las disposiciones de la ley, y (f) el retiro de bienes o productos del mercado, cuando se haya determinado fehacientemente por la autoridad competente que ponen en riesgo la vida o la salud de los consumidores.<sup>305</sup>

Si bien esta protección a los derechos del consumidor es un gran avance para la tutela de los derechos fundamentales y derechos económicos, considero que los jueces deberían ejercer estas mismas facultades cuando se trate de violaciones a derechos fundamentales que deriven de todo tipo de relaciones civiles-mercantiles-contractuales en general.

De nueva cuenta, insisto en que este trabajo no propone como principio radical la tutela a toda costa de los derechos fundamentales, que por otra parte elimine toda posibilidad de intercambio comercial-contractual, sino de la capacidad de los jueces para analizar dicha tensión y ponderar cuándo un derecho fundamental entra en conflicto con algún derecho patrimonial y potenciar así aún más un intercambio comercial-contractual equitativo y responsable.

Así también lo considera Alexy, para quien la forma como han de trazarse los límites de las competencias de derecho privado es un tema de ponderación frente al efecto directo de los derechos fundamentales entre privados, ante lo cual

---

<sup>304</sup> Ovalle Favela, José, *Derechos de los Consumidores*, México, Oxford University Press, 2008, p. 9.

<sup>305</sup> Asimismo, los artículos 92, 92 *bis* y 92 *ter*, establecen medidas para resarcir al consumidor por el daño que se le haya causado y, la sanción de multas, en el capítulo XIV de dicha ley.

el juez civil puede basar su decisión en normas legales, precedentes y enunciados dogmáticos sobre los cuales existe consenso.<sup>306</sup>

En virtud de las tesis de jurisprudencia y tesis aisladas analizadas en el presente trabajo, corresponde ahora a los jueces de todas las instancias analizar la afectación de derechos fundamentales y efectuar así un análisis de la constitucionalidad de los acuerdos civiles-mercantiles-contractuales en los casos de controversias judiciales que les sean planteadas por las partes involucradas.

Así lo sostiene también Ferrajoli, al afirmar que la concepción «moderna» - la idea, por así decirlo, de que la Constitución contiene un proyecto detallado de «sociedad justa»- favorece evidentemente la aplicación directa de la constitución por parte de cualquier juez en cualquier controversia”.<sup>307</sup>

Otra protección que considero se da de forma indirecta a los derechos fundamentales en tensión con las relaciones civiles-mercantiles-contractuales, se encuentra en el caso de la imprevisión y en la causa de los contratos.

Sobre este tema ya desde la Alemania de la primera posguerra, autores como Heinrich Stoll y Phillip Heck propusieron la aplicación de principios éticos y morales en la interpretación y cumplimiento de contratos al sobrevenir circunstancias imprevistas que hicieran que éstos llevaran a los contratantes al “límite del sacrificio” para su cumplimiento.

Estos autores equipararon la imposibilidad económica de los contratos a la imposibilidad jurídica de éstos, cuando representan grandes sacrificios y gastos a los que no deben quedar obligados los contratantes conforme a la buena fe.

---

<sup>306</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., supra, pp. 479-480.

<sup>307</sup> Guastini, Ricardo, *Teoría Ideológica de la Interpretación Constitucional*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM/Mínima Trotta, 2008, p. 49.

Otros autores alemanes, como Paul Oertman<sup>308</sup>, cobraron también notoriedad con la “Teoría de la base del negocio” como aquella representación por una o ambas partes que celebran el contrato sobre las circunstancias en las que se basaron para celebrar el mismo, por lo que al variar o desaparecer éstas sin que alguna de las partes haya asumido tal riesgo en forma expresa, el contrato debe resolverse. Karl Larenz también apoyó esta Teoría como posibilidad de resolver el contrato ante los desbalances causados por los acuerdos pactados entre particulares por el cambio de las condiciones en que éstos se dieron originalmente.<sup>309</sup>

Para estos autores, los contratos se celebran conforme a cierto orden económico y social existente al momento de su celebración, siendo dichos órdenes las condiciones esenciales para la subsistencia del negocio y su base objetiva; por lo tanto, al modificarse éste, no sería conforme a la buena fe solicitar el cumplimiento inflexible a la parte perjudicada.

Estas teorías buscan así una respuesta justa, equitativa y adecuada para al caso de cambios de condiciones bajo las cuales se celebran los contratos y analizan la manera en que los mismos pueden ser inmorales, buscando su resolución o renegociación para lograr el equilibrio contractual.

En México, diversos Códigos Civiles estatales<sup>310</sup> establecen la posibilidad para que el juez de primera instancia, a través de un juicio promovido por particulares, revise la proporcionalidad de las contraprestaciones pactadas cuando éstas varían sustancialmente con posterioridad a la celebración del contrato, por causas que las partes no pudieron razonablemente prever.

---

<sup>308</sup> Oertman, Paul *Introducción al Derecho Civil*, Trad. de la 3ra edición alemana por Luis Sancho Seral, Barcelona, Ed. Labor, 1933.

<sup>309</sup> Larenz, Karl, *Derecho de las Obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

<sup>310</sup> Me refiero a los Códigos Civiles de los Estados de Chihuahua, Estado de México, Aguascalientes, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Quintana Roo y Tabasco, entre otros.

Afirmo que esta posibilidad de intervención judicial para lograr el equilibrio contractual indirectamente coadyuva a la protección de derechos fundamentales, ya que mediante el establecimiento de dicho equilibrio se estaría protegiendo un patrimonio que permita el sostenimiento económico para la subsistencia misma, la salud, la educación o la vivienda, así como el ejercicio de aquéllas libertades fundamentales.

Es, por lo tanto, muy conveniente continuar desarrollando jurisprudencia y resolviendo casos en línea con esta teoría por su efecto favorable sobre las libertades fundamentales.

Resultan relevantes en relación con este tema las reformas al Código Civil para el Distrito Federal publicadas el 22 de enero de 2010 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, respecto a aquéllos contratos sujetos a plazo o de condición o de cumplimiento diferido, cuando surjan en el intervalo acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no fuesen posibles de prever y que generen que las obligaciones de una de las partes sean más onerosas; en dichos casos, la parte afectada podrá intentar la acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones conforme al procedimiento señalado en el mismo Código. En caso que el juez determine la procedencia de la acción, la parte demandada podrá escoger entre (i) la modificación de las obligaciones con el fin de restablecer el equilibrio original del contrato, según lo determine el juez, o (ii) la rescisión del contrato.

En relación con esta delegación al juez para que sea quien restablezca el equilibrio contractual, Posner opina lo siguiente:

La labor de un tribunal al que se le solicite interpretar un contrato para resolver alguna contingencia que las partes no hayan regulado contractualmente, es imaginar la forma en que las partes hubieran regulado la misma si así lo hubieran decidido, en base a los elementos que existan en el texto del contrato. Ante la ausencia de dichos elementos el tribunal deberá realizar un análisis económico –encontrando la forma más eficiente para analizar la contingencia. Es cierto que cada

parte estará interesada en su propio beneficio y no en el beneficio mutuo, pero entre más peso se otorgue al beneficio mutuo, ambas partes obtendrán un beneficio mayor.<sup>311</sup>

Se identifica así el peso que se le puede dar a la intervención judicial en la interpretación y cumplimiento de los contratos, al permitir al juzgador dictaminar un equilibrio, lograr la equidad y producir beneficios para las partes contratantes. Pero dicha dictaminación no solamente tutela o protege derechos económicos, sino también la libertad de decisión a la que me he referido en el Capítulo anterior al permitir que los individuos logren que el Poder Judicial resuelva en favor de la verdadera intención y objetivo que se propusieron al entrar a la relación contractual sobre la cual surja la controversia y resuelvan cláusulas que se pueden convertir en abusivas con el transcurso del tiempo y cambio de circunstancias económicas y sociales.

Por el contrario, dicha intervención judicial no se requiere cuando nos encontramos frente a un contrato “perfecto”, entendido como aquél que es completo, eficiente, en el que cada recurso se asigna a la parte que lo valúa más, cada riesgo se asigna a la parte que puede asumirlo al menor costo, los términos del contrato agotan las posibilidades de una ganancia mutua por cooperación entre las partes, se prevén todas las contingencias, el riesgo asociado se asigna eficientemente entre las partes, toda la información relevante ha sido comunicada, por lo que nada puede salir mal.<sup>312</sup> Por el contrario, si las partes han negociado un “contrato perfecto”, entonces se necesita que el Estado haga cumplir su acuerdo en sus términos.<sup>313</sup>

Pero en el mercado Mexicano me parece que no abundan los “contratos perfectos” y de ahí el interés del legislador de dotar al Poder Judicial de mecanismos que permitan la revisión de los contratos en estas situaciones extraordinarias.

---

<sup>311</sup> Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, op. cit., supra, p. 105.

<sup>312</sup> Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y Economía*, op. cit., supra, p 318.

<sup>313</sup> *Idem*.

Como se puede ver, esta protección es a nivel judicial, lo cual nos abre la puerta a pensar en facultar también a los jueces para imponer una tutela directa sobre los derechos fundamentales que se vean vulnerados por relaciones contractuales específicas.

En cuanto al tema de la causa, entendida como la razón esencial por la que los contratantes se quieren obligar, el Derecho Civil Mexicano reconoce la denominada Teoría Moderna de la Causa. Conforme a dicha Teoría, dicha causa no queda en lo abstracto, sino que se introduce al contrato y permanece vigente durante todo el término del mismo; por lo tanto, dicha causa debe ser acorde al orden público, ya que de lo contrario produce la nulidad del contrato.<sup>314</sup>

Para el autor Jorge Sánchez Cordero Dávila, la noción de la causa es la técnica utilizada para introducir el concepto de orden público, en función del cual debe apreciarse el principio de libertad contractual.<sup>315</sup> Es decir, para el citado autor, la causa enseña cómo (i) la teoría de la autonomía de la voluntad es relativa, ya que sometida al principio de la legalidad, siempre queda ésta sujeta al respeto a las normas de orden público, y (ii) la causa tiene como fin asegurar la defensa del orden social, contra la voluntad ilícita o inmoral.<sup>316</sup>

Desde la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal, cuando éste se publicó en el año 1928, ya se expresaba lo siguiente en relación con este impacto social de las relaciones contractuales:

Es completamente infundada la opinión de los que sostienen que el derecho civil debe ocuparse exclusivamente de las relaciones entre particulares que no afecten directamente a la sociedad y que, por tanto, dichas relaciones deban ser reguladas únicamente en interés de quienes las contraten. Son poquísimas las relaciones entre particulares que no tienen repercusión en el interés social y que, por lo mismo, al

---

<sup>314</sup> Artículos 1795 (Fracción III) y 1830 del Código Civil Federal.

<sup>315</sup> Sánchez Cordero Dávila, Jorge, “El Concepto de Causa en el Derecho Positivo Mexicano”, *Anuario Jurídico III-IV 1976-1977*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977, p. 272.

<sup>316</sup> *Ibidem*, p. 273.

reglamentarlas no deba tenerse en cuenta este interés...La necesidad de cuidar de la mejor distribución de la riqueza, la protección que merecen los débiles y los ignorantes en sus relaciones con los fuertes e ilustrados, la desenfrenada competencia originada por la introducción del maquinismo y el gigantesco desarrollo de la gran industria que afecta a la clase obrera, han hecho indispensable que el Estado intervenga para regular las relaciones jurídico-económicas, relegando a segundo término al no mucho triunfante principio de que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos....<sup>317</sup>

Algunos autores han llegado a considerar que esta idea de “socialización del derecho civil” ha sido la causa por la cual el Derecho Civil Mexicano se ha venido atrasando, al restarle importancia y autonomía a sus instituciones que han quedado comprendidas como parte del Derecho Constitucional.<sup>318</sup>

No obstante lo anterior y como expondré en el siguiente capítulo, es a todas luces clara la preeminencia que los tribunales Mexicanos continúan otorgando a la autonomía de la voluntad en las relaciones entre particulares en materia contractual, sin importar el impacto desfavorable que dicha autonomía causa, algunas veces, al resto de la sociedad.<sup>319</sup> Es decir, esta idea retórica de que el Derecho Civil Mexicano se preocupa por las clases más desfavorecidas y las instituciones que el propio Código Civil contiene, como el caso de la imprevisión y la causa<sup>320</sup> o la obligación de ejercer derechos y entablar relaciones contractuales

---

<sup>317</sup> *Código Civil para el Distrito Federal*, 6ª ed., México, Ed. Porrúa, 1993, pp. 8-9.

<sup>318</sup> Marín G., Juan Carlos, “¿Qué hacen los Civilistas en México?”, *El Foro*, 16ª Época, Tomo XXII, Número 1, México, Barra Mexicana Colegio de Abogados, 2009, p. 123.

<sup>319</sup> Ilustra lo anterior la tesis sustentada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su anterior integración, publicada en la página treinta y cinco del *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Tomo: 193-198, Cuarta Parte:

CONTRATOS. INAPLICABILIDAD DE LA TEORIA "DE LA IMPREVISION.- El artículo 1796 del Código Civil del Distrito Federal, supletoriamente aplicado, siguiendo el sistema rígido de los contratos, acorde con el principio relativo a los efectos de la declaración de voluntad, dispone que aquéllos obligan a las partes al exacto cumplimiento de las prestaciones expresamente pactadas, y además, a las consecuencias que de los mismos se deriven, según su naturaleza, conforme a la buena fe, al uso o a la ley, precepto que, en esas condiciones, no deja lugar a su interpretación a fin de aplicar la teoría de la imprevisión en razón de esa buena fe, que obviamente constituye un principio general de derecho, pues precisamente, con base en ella, el obligado debe conducirse como persona consciente de su responsabilidad en el cumplimiento cabal de sus obligaciones, cualquiera que resulte la magnitud de su contenido, aun cuando sobrevengan acontecimientos que no se previeron o no pudieron preverse y que la modifiquen, sin que ello impida, por otra parte, que de existir causas imprevisibles que alteren fundamentalmente la economía de un determinado grupo social, no apreciado por las partes, se modifiquen las condiciones de los contratos relativos, mediante disposiciones de carácter general.

<sup>320</sup> Instituciones, por cierto, que no son privativas del Derecho Civil Mexicano, sino de la doctrina, legislación y práctica judicial internacional. Consúltense por ejemplo los “Principios sobre los Contratos Comerciales

que no afecten a la colectividad y al interés público,<sup>321</sup> en realidad no han sido suficientes para debidamente tutelar los derechos fundamentales de la población Mexicana que se ven afectados a través de la celebración de relaciones contractuales.

---

Internacionales 2004” del International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) que define reglas similares ante el tema de excesiva onerosidad (*hardship*) en sus artículos 6.2.1., 6.2.2. y 6.2.3 y que han servido de base para la resolución de múltiples casos a nivel internacional.

<sup>321</sup> Léanse los Artículos 6, 7, 8, 16 y 1912 del Código Civil para el Distrito Federal.

## CAPÍTULO TERCERO

### ANÁLISIS DE ALGUNAS RESOLUCIONES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN MATERIA DE LIBERTAD DE CONTRATAR

Sumario: I. Contratación de propaganda electoral con los medios de comunicación; II. Acuerdos en relación con el cálculo de intereses en la contratación de préstamos; III. Posibilidad de pactar cláusulas restringiendo, por cierto tiempo, la libertad de prestar servicios a ciertas personas y de contratar a determinados empleados.

Los tres casos seleccionados para este capítulo tienen como común denominador la resistencia general de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para analizar y resolver, a través de una ponderación equitativa, la tensión que se presenta entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, cuando éstos entran en conflicto. Ya he analizado en los dos Capítulos anteriores algunas resoluciones recientes en las que dicho Tribunal incorpora ya en su análisis el efecto de irradiación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares; sin embargo faltan aún resoluciones que se refieran en específico a las tensiones en torno a derechos patrimoniales.

El primer caso es muy relevante respecto a las ideas también analizadas en el Capítulo Primero, en relación con la restricción o limitación que el Estado está facultado a realizar a la libertad individual de contratar a través del Poder Legislativo.

En el Capítulo Primero se analizaron algunas ideas respaldadas por diversos autores, en relación con la potencial afectación económica y social como consecuencia de la limitación de oportunidades a los ciudadanos de realizar ciertas actividades que les son restringidas a través de las leyes. Se trata no de actividades ilícitas, sino de aquéllas actividades económicas que el Poder Legislativo restringe, prohíbe en forma absoluta o reserva para ciertos actores económicos o para el Estado mismo.

Este primer caso analiza la inhabilitación que se hace a particulares, a través de la legislación, para contratar libremente en torno a una actividad económica determinada.

En el Capítulo Primero se analizó en este sentido la posibilidad de contar con legislación que inhibe el comercio a tal grado que impida o reduzca el desarrollo económico, precisamente porque como consecuencia de dicha legislación los ciudadanos podrían ver afectados sus derechos fundamentales - como la vida, la salud y educación- al no existir un desarrollo económico que les permita allegarse de satisfactores para sus necesidades esenciales.

Si bien la sentencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el primer caso a analizar, no tiene por objeto la resolución de estas afectaciones, sino que se centra en temas de omisiones respecto al procedimiento legislativo, considero que en realidad el fondo de la controversia sí se relaciona con dichas afectaciones; sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no se pronunció expresamente en ése sentido.

En el segundo y tercer caso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce que no cuenta con facultades para analizar la afectación de derechos fundamentales que se presentan en las relaciones entre particulares. Por eso son tan relevantes para el presente trabajo, pues al igual que el primer caso, demuestran la resistencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a realizar este análisis de tensiones entre derechos fundamentales individuales o de la colectividad, frente a la libertad de contratar.

Quizá la forma en que se plantearon estas controversias ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación no permitieron a ésta realizar el análisis de fondo relevante para este trabajo - es decir, definir y resolver las tensiones existentes entre derechos fundamentales individuales o de la colectividad, en torno a la libertad de contratar-, sin embargo, en los votos disidentes de dos de los casos

analizados quienes emitieron éstos sí se refieren a esta tensión y afectación de derechos fundamentales.

Respecto al primero y segundo caso, analizaré esfuerzos del Poder Legislativo para acotar el ejercicio de la libertad de contratar, sin que dicha acotación muestre su efectividad. Y al mismo tiempo, explicaré cómo la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su resolución del primer caso analiza las deficiencias procesales-legislativas del proceso de aprobación de cierta legislación que afecta la libertad de contratar, sin entrar al fondo del análisis de tensión de derechos, mientras que en el segundo caso simplemente respalda la legislación en disputa al permitir la misma el ejercicio pleno de la libertad de contratar -como derecho patrimonial- dentro del marco permitido por la propia legislación aplicable a la misma, sin importar las afectaciones que ésta tiene sobre los derechos fundamentales con los cuales entra en tensión.

Es en el segundo y tercer caso donde encontré interesantes opiniones disidentes frente a la mayoría de quienes en su momento integraban el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, analizando la necesidad de que dicho tribunal se decida a estudiar la afectación de derechos fundamentales derivada de relaciones contractuales, llegando inclusive a la conclusión de que dicha Suprema Corte de Justicia de la Nación sí cuenta con facultades para ello a través del juicio de amparo que podrían emplearse para analizar tensiones entre derechos fundamentales afectados por el ejercicio de la libertad de contratar o disposición de la propiedad.

Para efectos de metodología, dividiré el análisis de cada uno de los tres casos en los siguientes seis rubros: (A) resumen general del caso, (B) descripción de la tensión existente y derechos en conflicto, (C) resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, (D) análisis teórico conceptual de los derechos en conflicto, (E) análisis desde una perspectiva comparada, y (F) consideraciones y conclusiones del análisis del caso.

## **I. Contratación de propaganda electoral con los medios de comunicación.**

### **A. Resumen general del caso.**

Este caso incluye el juicio de amparo registrado con el número 525/2008, que fue atraído por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante la resolución adoptada en su sesión privada de fecha 31 de enero de 2008. La relevancia de esta resolución consiste en analizar la necesaria intervención judicial en torno a legislación que restringe la libertad de contratar propaganda electoral en medios de comunicación.

Para ello, realizaré también en este apartado un análisis comparativo de casos sobre esta materia resueltos ante la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, con el propósito de mostrar la necesidad que se tiene que la Suprema Corte de Justicia de México analice también la constitucionalidad y legitimidad de este tipo de restricciones a través del ejercicio de ponderación al cual me he venido refiriendo a lo largo del presente trabajo.

Este juicio de amparo se relaciona con el decreto mediante el cual en noviembre de 2007 se reformaron diversos artículos de la Constitución Política de

los Estados Unidos Mexicanos para restringir a los particulares y a los partidos políticos la contratación de propaganda electoral en radio y televisión.<sup>322</sup>

En opinión de Ciro Murayama,<sup>323</sup> esta reforma atendió los siguientes temas, entre otros, derivados de las dificultades que se presentaban de los procesos electorales en México: (i) costo creciente de las campañas por el gasto en radio y televisión, (ii) problemas de fiscalización de ingresos y egresos de los partidos políticos asociados a la contratación de publicidad político-electoral en medios electrónicos, y (iii) la compra de publicidad electoral por parte de terceros que afectaba las condiciones de la competencia política.

Con esta reforma, se prohibió a nivel constitucional la posibilidad que terceros contrataran en medios electrónicos propaganda electoral en beneficio de algún partido político o candidato en particular, restringiendo a su vez la facultad de los concesionarios de dichos medios electrónico para ser contratados con ése fin y vender espacios publicitarios a dichos terceros. Pero como bien señala Murayama, la decisión de prohibir la compra de anuncios en los medios electrónicos tuvo alcances que trascienden el mero ámbito electoral hacia el tema de la autonomía del Estado frente a los poderes privados.<sup>324</sup>

En efecto, esta restricción a la libertad de contratar impuesta a nivel constitucional ejemplifica muy bien la facultad con la que cuenta el Estado para limitar ciertas libertades cuando, a su juicio, el ejercicio de éstas en ciertas circunstancias pueden afectar negativamente la libertades de otros.

---

<sup>322</sup> Decreto por el cual se reforma el primer párrafo del artículo 6º; se reforman y adicionan los artículos 41 y 99; se reforma el párrafo primero del artículo 85; se reforma el párrafo primero del artículo 108; se reforma y adiciona la fracción IV del artículo 116; se reforma el inciso f) de la fracción V de la Base Primera del artículo 122; se adicionan tres párrafos finales al artículo 134; y se deroga el párrafo tercero del artículo 97, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de noviembre de 2007.

<sup>323</sup> Murayama, Ciro, “Reforma para la consolidación democrática vs. Contrarreforma desde el interés privado”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *Democracia sin Garantías. Las autoridades vs. La Reforma Electoral*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 6.

<sup>324</sup> *Ibidem*, p.12.

En este caso en particular, quienes aprobaron esta reforma constitucional lo hicieron considerando que el ejercicio del derecho de contratar propaganda electoral en radio y televisión por partidos políticos, particulares y concesionarios de radio y televisión pudiera afectar la equidad democrática en los procesos electorales.

He ya señalado anteriormente que no existen libertades ilimitadas y que en todo momento el Estado cuenta con facultades de imponer restricciones al ejercicio de la misma a nivel legislativo o judicial, teniendo siempre la última palabra el poder judicial para decidir cuáles de las libertades en tensión deben prevalecer en cada caso en particular.

En este sentido, basándose en los derechos de libertad de comercio y libertad de expresión, previstos en los artículos 5<sup>325</sup> y 6<sup>326</sup> de la Constitución, durante el año de 2007 se promovieron diversas acciones judiciales -juicios de amparo y acciones de inconstitucionalidad- por distintos promoventes tales como el Consejo Coordinador Empresarial, partidos políticos (Partido Verde Ecologista de México, Convergencia por la Democracia, Partido del Trabajo, Partido Nueva Alianza) y grupo de escritores y académicos, en contra de las reformas al apartado A del artículo 41 constitucional antes señalado.

---

<sup>325</sup> Artículo 5o. (Párrafo primero) A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

Artículo 5o. (Párrafo quinto) El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa.

Artículo 5o. (Párrafo sexto) Tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio.

<sup>326</sup> Artículo 6o. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

En particular, el juicio de amparo presentado por el grupo de escritores y académicos fue el que más tiempo tomó en análisis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en virtud de haberlo sustentado quienes lo presentaron como una medida de protección del derecho de libertad de expresión. Es decir, para los promoventes, la restricción de contratación de propaganda electoral en medios electrónicos constituye una restricción a la libertad de expresión y, por ende, a un derecho fundamental en oposición al derecho patrimonial de contratar.

Como lo analizaré más adelante, en materia de los juicios de amparo promovidos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación aplicó el criterio consistente en que éstos no proceden contra modificaciones a la Constitución. Con este criterio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha omitido analizar las tensiones entre las libertades en tensión -libertad de contratar como derecho patrimonial, libertad de expresión y libertad de decidir como derechos fundamentales-; es por ello, que he recurrido al análisis de casos resueltos por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América en virtud de que dicho tribunal sí ha realizado un análisis constitucional sobre la tensión de los derechos en conflicto planteando una muy interesante relación indispensable entre la libertad de expresión y la libertad de contratar.

En este primer caso, no se detecta de parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación un paso hacia adelante en analizar de fondo las tensiones entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales. Por el contrario, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se resiste a analizar dicha tensión y hacer un verdadero ejercicio de ponderación.

Por lo que toca a los mencionados juicios de amparo en México, éstos fueron rechazados inicialmente por los jueces de distrito, por lo que los quejosos interpusieron un recurso de revisión, en virtud del cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió ejercer su facultad de atracción para analizar dicho recurso.

Con anterioridad a estos juicios de amparo, mediante escritos presentados el 13 de diciembre de 2007, se iniciaron dos acciones de inconstitucionalidad en contra de las reformas contenidas en el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de noviembre de 2007, presentadas por dos partidos minoritarios que fueron inicialmente desechadas por ser notoriamente improcedentes; sin embargo, ante un recurso de reclamación interpuesto por dichos partidos, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación por una mayoría de seis votos contra cinco ordenó la admisión de las mismas, aunque después éstas fueran sobreseídas por una mayoría de siete votos,<sup>327</sup> bajo la consideración de que ni el Poder Constituyente Originario o el Permanente le otorgaron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la facultad de control constitucional sobre reformas a la Constitución a través de la acción de inconstitucionalidad.

Mediante el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación con fecha 14 de enero de 2008, se expidió el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, modificado para reflejar la reforma Constitucional del 13 de noviembre de 1997 de manera congruente y armónica.<sup>328</sup>

Para los autores Ciro Murayama y Lorenzo Córdoba, el 55% del dinero público que recibieron los partidos políticos Mexicanos representó en 2006 una cifra aproximada de 2300 millones de pesos que se destinaron a la contratación de propaganda electoral con los consorcios de radio y televisión, lo cual representa una transferencia millonaria del gasto electoral hacia dichos consorcios.<sup>329</sup>

---

<sup>327</sup> Salazar Ugarte, Pedro, “Una Corte, una Jueza y un Réquiem para la Reforma Constitucional Electoral”, en Córdoba Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *Democracia sin Garantías. Las autoridades vs. La Reforma Electoral*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 33.

<sup>328</sup> *Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Proceso Legislativo)*, Cuaderno de Apoyo, México, Cámara de Diputados, Secretaría de Servicios Parlamentarios, Centro de Documentación, Información y Análisis, Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información, Subdirección de Archivo y Documentación, 14 de enero de 2008, p. 6.

<sup>329</sup> Córdoba, Lorenzo y Murayama, Ciro, *Elecciones, dinero y corrupción Pemexgate y Amigos de Fox*, México, Cal y Arena, 2006, p. 32.

Para estos autores, parece oportuno sustraer a los partidos políticos de su necesidad de depender de enormes cantidades de dinero para ser competitivos, cancelando o limitando las compras que puedan hacer en los medios.<sup>330</sup>

La opinión de los referidos autores es coincidente con la exposición de motivos de la prohibición contenida en los dos párrafos del artículo 41 Constitucional reformado, de la cual resulta conveniente rescatar el siguiente texto:

El tercer objetivo que se persigue con la reforma es de importancia destacada: impedir que actores ajenos al proceso electoral incidan en las campañas electorales y sus resultados a través de los medios de comunicación;...Quienes suscribimos la presente Iniciativa nos hemos comprometido a diseñar y poner en práctica un nuevo modelo de comunicación entre sociedad y partidos, que atienda las dos caras del problema: en una está el derecho privado, en la otra el interés público. En México es urgente armonizar, con un nuevo esquema, las relaciones entre política y medios de comunicación; para lograrlo, es necesario que los poderes públicos, en todos los órdenes, observen en todo tiempo una conducta de imparcialidad respecto a la competencia electoral.<sup>331</sup>

Al discutir el nuevo modelo de comunicación entre los partidos políticos y la sociedad, las Comisiones Dictaminadoras del Congreso de la Unión consideraron lo siguiente:

*La nueva realidad, marcada por la creciente influencia social de la radio y la televisión, han generado efectos contrarios a la democracia al propiciar la adopción, consciente o no, de patrones de propaganda política y electoral que imitan o reproducen los utilizados en el mercado para colocación o promoción de mercancías y servicios para los que se pretende la aceptación de los consumidores;*

5. Bajo tales tendencias, que son mundiales, la política y la competencia electoral van quedando sujetas no solamente a

---

<sup>330</sup> *Ibidem*, p. 224.

<sup>331</sup> *Reforma Constitucional en Materia Electoral (Proceso Legislativo)*, Cuaderno de Apoyo, México, Cámara de Diputados, Secretaría de Servicios Parlamentarios, Centro de Documentación, Información y Análisis, Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información, Subdirección de Archivo y Documentación, 13 de noviembre de 2007, p. 6.

modelos de propaganda que les son ajenos, sino también al riesgo de sufrir la influencia de los dueños o concesionarios de estaciones de radio y canales de televisión, o de otros grupos con el poder económico necesario para reflejarlo en esos medios de comunicación, que de tal situación, derivan un poder fáctico contrario al orden democrático constitucional.<sup>332</sup>

Se advierte así el interés de las Comisiones Dictaminadoras del Congreso de la Unión en limitar la influencia de terceros ajenos a los partidos políticos sobre el desarrollo de los procesos electorales, la cual se puede dar a través de la inversión de recursos económicos en la contratación de propaganda en radio y televisión.

De esta manera, se pretende limitar a nivel Constitucional el derecho de contratación por el impacto que el ejercicio del mismo podría generar en los procesos electorales, produciendo una inequidad a favor de aquéllos actores o partidos políticos que recibieran la mayora cantidad de recursos de terceros para la contratación de propaganda en radio y televisión; dicha limitación tiene fundamento en lo dispuesto por el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que se ha analizado anteriormente<sup>333</sup>

#### B. Descripción de la tensión existente y derechos en conflicto.

El artículo 41 Constitucional reformado estableció la siguiente prohibición:

Los partidos políticos en ningún momento podrán contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión.

Ninguna otra persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los

---

<sup>332</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>333</sup> El artículo 1º Constitucional es claro al establecer que es la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la que faculta al Estado a restringir ciertos derechos en beneficio de un interés jurídico superior al individual.

ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular. Queda prohibida la transmisión en territorio nacional de este tipo de mensajes contratados en el extranjero.

A continuación los artículos 49, 211, 342, 345 y 350 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales reformado, en lo conducente a la reforma al artículo 41 Constitucional:

Artículo 49.

3. Los partidos políticos, precandidatos y candidatos a cargos de elección popular, en ningún momento podrán contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión. Tampoco podrán contratar los dirigentes y afiliados a un partido político, o cualquier ciudadano, para su promoción personal con fines electorales. La violación a esta norma será sancionada en los términos dispuestos en el Libro Séptimo de este Código.

4. Ninguna persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular. Queda prohibida la transmisión en territorio nacional de este tipo de propaganda contratada en el extranjero. Las infracciones a lo establecido en este párrafo serán sancionadas en los términos dispuestos en el Libro Séptimo de este Código.

Art. 211.

5. Queda prohibido a los precandidatos a candidaturas a cargos de elección popular, en todo tiempo, la contratación de propaganda o cualquier otra forma de promoción personal en radio y televisión. La violación a esta norma se sancionará con la negativa de registro como precandidato, o en su caso con la cancelación de dicho registro. De comprobarse la violación a esta norma en fecha posterior a la de postulación del candidato por el partido de que se trate, el Instituto Federal Electoral negará el registro legal del infractor.

Artículo 342.

1. Constituyen infracciones de los partidos políticos al presente Código:

i) La contratación, en forma directa o por terceras personas, de tiempo en cualquier modalidad en radio o televisión.

#### Artículo 345

1. Constituyen infracciones de los ciudadanos, de los dirigentes y afiliados a partidos políticos, o en su caso de cualquier persona física o moral, al presente Código:

b) Contratar propaganda en radio y televisión, tanto en territorio nacional como en el extranjero, dirigida a la promoción personal con fines políticos o electorales, a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, o a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular.

#### Artículo 350

1. Constituyen infracciones al presente Código de los concesionarios o permisionarios de radio y televisión:

a) La venta de tiempo de transmisión, en cualquier modalidad de programación, a los partidos políticos, aspirantes, precandidatos o candidatos a cargos de elección popular.

Se nota así la amplia gama de destinatarios de las prohibiciones e infracciones que el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales establece para: (i) los partidos políticos, aspirantes, precandidatos y candidatos a cargos de elección popular, (ii) las persona físicas o morales, (iii) los ciudadanos, los dirigentes y afiliados a partidos políticos, y (iv) los concesionarios o permisionarios de radio y televisión, respecto a la contratación y venta de propaganda o espacios en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos o la promoción personal con fines políticos o electorales, o a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular.

Dentro de los conceptos de impugnación de la acción de inconstitucionalidad en contra de las reformas al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales publicadas el 14 de enero de 2008, se encontraba el relativo a la prohibición a los partidos políticos para contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos de cualquier modalidad de radio y televisión.

Los partidos políticos promoventes consideraban que la prohibición señalada en el párrafo anterior era contraria a la garantía de libertad de expresión consignada en la Constitución.<sup>334</sup> Por lo tanto, la tensión existente se presentaba precisamente entre la garantía de libertad de expresión y las prohibiciones contenidas en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Si el ejercicio de la libertad de contratación debe en todo momento respetar las libertades fundamentales de los ciudadanos para no lesionar a éstas, ni al interés público, entonces nos preguntamos ¿cómo legitimar la contratación de propaganda electoral por particulares distintos a los partidos políticos, cuando ésta produce claras inequidades en los procesos electorales?

Ya analicé cómo la reforma electoral de 2007 pretendía evitar privilegiar electoralmente a quien fuera capaz de recaudar mayores recursos económicos y contratar así mayores espacios para publicidad electoral. Se buscaba así la equidad en la contienda electoral, garantizándose la igualdad de oportunidades/elecciones equilibradas, para que las campañas de los partidos políticos se desarrollaran en igualdad de circunstancias.

¿Por qué darle mayor difusión a un proyecto político que cuenta con más recursos económicos que otro que, pudiendo ser mejor, no cuenta con dichos recursos?

¿Por qué si un individuo o entidad con recursos económicos suficientes que disiente del proyecto de un partido político puede contratar publicidad y manifestar su opinión para denostar a dicho partido político o candidatos propuestos por el mismo, cuando dicho partido político u otros sectores de la población no pueden contestar a dicha expresión de opinión al no contar con recursos económicos suficientes para ello?

---

<sup>334</sup> Franco González Salas, José Fernando, “La reforma ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *Estudios Sobre la Reforma Electoral 2007 Hacia un Nuevo Modelo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, p. 111.

Para Lorenzo Córdova, una de las causas que propiciaron los cambios efectuados en términos de la reforma a la Constitución y al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, fue “la relación que media entre el Estado y los poderes privados, los cuales poco a poco habían confrontado y llegado a condicionar -incluso- a los actores políticos y al mismo poder público”.<sup>335</sup>

De esta manera, el propio Lorenzo Córdova señala, que el peso de la radio y la televisión pueden llegar a distorsionar gravemente el mínimo de equidad en un proceso de elecciones democráticas y distorsionar o manipular la información transmitida lo cual también pudiera resultar disfuncional para la democracia, ya que un ciudadano mal informado o desinformado no puede ser plenamente libre sobre su juicio.<sup>336</sup>

Como lo comenta Ciro Murayama, se decidió elevar esta prohibición a rango Constitucional debido a que, aún estando en el Código Electoral Federal, ésta no se cumplía.<sup>337</sup>

En el juicio de amparo 525/2008, el quejoso, Asociación de Industriales y Empresarios de Morelos, Sindicato Patronal, ADIEM-COPARMEX, alegó que el procedimiento de reforma constitucional antes mencionado no se realizó conforme al procedimiento previsto en el artículo 135 constitucional y, por lo tanto, no respetó las garantías de audiencia, de seguridad jurídica y de legalidad previstas en los artículos 14 y 16 constitucionales.<sup>338</sup>

De igual manera, los promoventes del referido juicio de amparo argumentaron que las reformas al apartado A del artículo 41 constitucional

---

<sup>335</sup> Córdova Vianello, Lorenzo, “Las razones y el sentido de la reforma electoral de 2007- 2008”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *Estudios Sobre la Reforma Electoral 2007 Hacia un Nuevo Modelo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, p. 49.

<sup>336</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>337</sup> Murayama, Ciro, “Financiamiento y Fiscalización”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *Estudios Sobre la Reforma Electoral 2007 Hacia un Nuevo Modelo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, p. 279.

<sup>338</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 525/2008 Asociación de Industriales y Empresarios de Morelos, Sindicato Patronal, ADIEM-COPARMEX, 2 de octubre de 2008, pp. 2-4.

entraban en conflicto con sus derechos de libertad de comercio y libertad de expresión, previstos en los artículos 5 y 6 de la Constitución, ya analizados.

Por lo tanto, la tensión que se presenta en este caso y que resulta de gran relevancia para este trabajo, consiste en la restricción impuesta por el Estado Mexicano por las razones señaladas en el apartado anterior en beneficio de una mayor equidad electoral,<sup>339</sup> frente a (i) el ejercicio de la libertad de comercio que permitiría a los concesionarios de radio y televisión ofrecer en venta espacios para publicidad electoral a particulares y candidatos y la libertad de dichos particulares y candidatos en contratar con los referidos concesionarios para adquirir los mencionados espacios publicitarios, y (ii) la libertad de expresión tanto de concesionarios como de los contratantes de los espacios publicitarios para manifestar su apoyo expreso a favor de cierto partido político y candidatos.

#### C. Resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Ya mencioné que las dos acciones de inconstitucionalidad iniciadas mediante escritos presentados el 13 de diciembre de 2007, en contra de las reformas contenidas en el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de noviembre de 2007 fueron sobreseídas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación bajo la consideración de que ni el Poder Constituyente Originario o el Permanente le otorgaron a ésta la facultad de control constitucional sobre reformas a la Constitución a través de la acción de inconstitucionalidad.

No obstante lo anterior, esta decisión no refleja de manera definitiva la opinión de la totalidad de los Ministros y las Ministras que integran la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto a que si la acción de inconstitucionalidad procede solamente para impugnar violaciones cometidas durante el proceso de

---

<sup>339</sup> Para resolver (i) el costo creciente de las campañas por el gasto en radio y televisión, (ii) los problemas de fiscalización de ingresos y egresos de los partidos políticos asociados a la contratación de publicidad político-electoral en medios electrónicos, y (iii) la compra de publicidad electoral por parte de terceros que afectaba las condiciones de la competencia política.

reforma, o también en contra de los contenidos normativos de la reforma misma.<sup>340</sup> Es decir, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no resolvió si a través de la acción de inconstitucionalidad se puede analizar si el contenido de la reforma a algún precepto constitucional puede ser violatoria de algún derecho fundamental protegido en algún otro precepto constitucional; para efectos de este trabajo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no entra al análisis de los derechos en tensión (libertad de comercio y libertad de expresión frente a las restricciones contenidas en la reforma constitucional del 13 de noviembre de 2007).

En relación con la acción de inconstitucionalidad en contra de las reformas al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales publicadas el 14 de enero de 2008, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró infundado el concepto de invalidez señalado, argumentando que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión debe entenderse de manera relacionada con lo dispuesto en el artículo 41 constitucional y no puede considerarse como un derecho absoluto o limitado, sino que tiene los límites y restricciones que la misma Constitución establece.<sup>341</sup>

De esta manera, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que el artículo 49 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales no transgrede lo dispuesto en la Constitución, pues se apega a las restricciones al derecho de libertad de expresión que establece el mismo texto constitucional en su artículo 41, ya sea en lo aplicable tanto a los partidos políticos o a cualquier persona física o moral.<sup>342</sup>

---

<sup>340</sup> Franco González Salas, José Fernando, “La reforma ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *Estudios Sobre la Reforma Electoral 2007 Hacia un Nuevo Modelo*, México, *op. cit.*, *supra*, pp. 104-105.

<sup>341</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>342</sup> *Idem*.

En el juicio de amparo 525/2008, la Suprema Corte de Justicia de la Nación concluyó entre sus consideraciones que:

negar la procedencia del juicio de amparo bajo las interpretaciones como la sostenida por el A quo, permitiría al Poder Reformador emitir una reforma que fuese violatoria de las garantías individuales consagradas en la propia Carta Magna.<sup>343</sup>

Con lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación legitima su competencia para analizar casos en los cuales determinados particulares solicitan su intervención para salvaguardar intereses individuales que se vean afectados por reformas constitucionales. Se instituye así la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un órgano revisor de las reformas a la Constitución a través de juicio de amparo cuando, en su opinión, éstas vulneren garantías individuales.

Así lo establece en la siguiente consideración adicional:

Así las cosas, bajo la interpretación efectuada por el A quo, lo dispuesto en los artículos 16, 39 y 135 constitucionales resultaría ser simplemente letra muerta, pues el Poder Reformador podrá destruir impunemente la Constitución sin importar si veló o no por el procedimiento previsto constitucionalmente para llevar a cabo tales reformas, así como por la existencia y respeto de las garantías individuales reconocidas en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, utilizándose la soberanía del pueblo delegada en dicho Poder Reformador en perjuicio de aquél.<sup>344</sup>

Por lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que si el acto impugnado es un decreto con carácter de ley que “*bajo el pretexto de reformar y adicionar preceptos de la propia Constitución*” vulnera las garantías individuales, entonces se surte la hipótesis de la procedencia del juicio de amparo,

---

<sup>343</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 525/2008 Asociación de Industriales y Empresarios de Morelos, Sindicato Patronal, ADIEM-COPARMEX, 2 de octubre de 2008, p. 18.

<sup>344</sup> *Ibidem*, p. 19.

al no haber una ley que prohíba expresamente la procedencia de un juicio de amparo contra un decreto de reformas de la Constitución.<sup>345</sup>

Con base en este análisis, la Suprema Corte de Justicia de la Nación revocó el auto de desechamiento al considerar fundado el agravio analizado y ordenó al juez de distrito dictara otro acuerdo mediante el cual, de no existir diverso motivo manifiesto e indudable de improcedencia, admitiera el juicio de amparo.

Por su parte, el Juzgado de Distrito resolvió favorablemente el referido juicio de amparo a favor del promovente, por considerar que no se cumplió con el proceso fijado en la Constitución para reformar los referidos artículos de la misma que impusieron las restricciones a la contratación de propaganda electoral en radio y televisión.

#### D. Análisis teórico conceptual de los derechos en conflicto.

Los derechos fundamentales en conflicto en este caso son (i) la libertad de expresión de (a) quienes quieren expresarse a través de radio y televisión por medio de compra de propaganda electoral, así como (b) los propios medios de radio y televisión, (ii) la libertad de decisión de los electores que se puede ver influenciada por la divulgación que se haga por medio de radio y televisión en favor de algún partido político o candidato particular, y (iii) la libertad de comercio de quienes sean concesionarios de los medios de radio y televisión para ofrecer en venta espacios disponibles para propaganda electoral.

El derecho patrimonial, en este caso es la libertad de contratar tanto de los concesionarios de los medios de radio y televisión, como de los partidos políticos,

---

<sup>345</sup> *Ibidem*, pp. 38-42.

candidatos o cualquier tercero que quisiera contratar espacios disponibles para propaganda electoral.

Desde la perspectiva del análisis teórico conceptual del Capítulo I, se podría clasificar a la libertad de decisión de los electores como un derecho primario, para lograr elecciones en las que todos los participantes tuvieran el mismo acceso a espacios de radio y televisión para propaganda electoral, mientras que los derechos de (a) libertad de expresión, (b) libertad de contratar, y (c) libertad de comercio pudieran ceder frente aquél en la medida en que no se dañe su esencia y se logre un beneficio efectivo mediante su restricción.

En relación con este tema, Rawls<sup>346</sup> se refiere al concepto de “crisis constitucional” y de las prioridades de las libertades básicas, las cuales no son absolutas por lo que a las mismas se les puede restringir en su contenido, en particular la libertad de expresión, cuando sea así necesario para prevenir una mayor y más significativa pérdida para esas libertades.

Podría así referirme a un ejercicio responsable de las libertades de expresión y de contratación, para preservar un derecho fundamental superior, en donde el derecho de libertad de expresión y de contratación debe ser empleado de forma responsable y si su ejercicio afecta libertades de otros, entonces queda supeditada a éstas.

Coincidente con este análisis, José Juan Moreso<sup>347</sup> afirma que “los derechos de libertad están potencialmente en conflicto y por esa razón los teóricos del derecho acostumbran a sostener que los derechos fundamentales no son derechos absolutos, sino sólo derechos *prima facie* y que la aplicación de las pautas que establecen tales derechos debe embarcarse a menudo en la tarea de

---

<sup>346</sup> Rawls, John, *Political Liberalism*, *op. cit.*, *supra*, p. 163.

<sup>347</sup> Moreso, José Juan, “Sobre los conflictos entre derechos”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, *op. cit.*, *supra*, p. 161.

ponderar dichos derechos, es decir, de establecer criterios que permitan determinar qué derecho desplaza a otro en caso de conflicto”.

Aunque la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión debe entenderse de manera relacionada con lo dispuesto en el artículo 41 constitucional y no puede considerarse como un derecho absoluto o limitado, sino que tiene los límites y restricciones que la misma Constitución establece, la misma no analizó la tensión desde este punto de vista teórico conceptual, sino que centró su resolución en la obligación que existe de cumplir con el procedimiento previsto constitucionalmente para llevar a cabo reformas a la propia Constitución.

Entonces, desde esta perspectiva teórico conceptual, resultaría necesario y posible que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sí analice la tensión entre libertades existente en dos planos (i) derechos del mismo rango constitucional - libertad de expresión y libertad de decisión- y, (ii) derechos de rango constitucional -libertad de expresión, libertad de decisión y libertad de comercio- frente a derechos patrimoniales -libertad de contratar espacios de propaganda electoral en radio y televisión-. Para resolver dicha tensión, la Suprema Corte de Justicia de la Nación debiera atender la necesidad de limitación de los derechos en pugna, inclusive aquéllos de rango constitucional, para salvaguardar aquél interés jurídico más valioso en beneficio de la colectividad.

#### E. Análisis desde una perspectiva comparada.

Desde la perspectiva comparada, a continuación se analizarán las recientes resoluciones de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en materia de contratación de espacios en medios de comunicación de propaganda electoral por particulares frente a la legislación diversa que restringe dicha contratación y aportación de recursos privados. Dichas resoluciones sí se han basado en un

análisis de fondo sobre las libertades involucradas y la racionalidad para resolver en favor de una de ellas.

En este sentido existen diversas resoluciones, como es el caso *Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee* resuelto por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, en el que ésta concluye que el segundo, como grupo pacifista contrario a la guerra de Vietnam, no podría adquirir del primero espacios en una cadena de televisión para la emisión de anuncios o programas destinados a dar a conocer sus puntos de vista sobre cuestiones controvertidas de trascendencia pública.<sup>348</sup>

Por otro lado, el caso *Citizens United v. Federal Election Commission* resuelto por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América en el año 2010, resolvió a favor de la eliminación de restricciones legislativas para que entidades mercantiles puedan participar aportando recursos para la contratación de espacios en medios de comunicación para la publicación y difusión de propaganda electoral, después de casi un siglo durante el cual imperaron estas restricciones.

¿Con base en qué sustento constitucional se dio ese cambio tan radical en los Estados Unidos de América?

La mayoría de quienes actualmente integran la Suprema Corte de Justicia de aquél país consideraron que es a través de este tipo de aportaciones o ejercicio de derechos patrimoniales la forma en que se ejerce el derecho fundamental de libertad de expresión. Por lo tanto, dicho tribunal considera que toda restricción a este tipo de aportaciones atenta directamente contra dicho derecho fundamental.

---

<sup>348</sup> Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, op. cit., supra, p. 483.

Lo que no analizó dicho tribunal en su resolución adoptada por una mayoría de cinco votos contra cuatro, como tampoco lo hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en los casos antes analizados, es la posibilidad que también existe de restringir derechos fundamentales cuando así sea requerido por la ponderación de otros derechos en tensión o conflicto con aquéllos.

*Citizens United v. Federal Election Commission* resuelve la tensión ejercida sobre el derecho de contratación y de expresión por particulares que decidiesen realizar aportaciones a favor de un determinado candidato o partido político generada a partir de la *Bipartisan Campaign Reform Act* del año 2002; dicha legislación federal establece restricciones específicas respecto a la posibilidad de que entidades privadas realicen aportaciones y divulguen publicidad electoral para elecciones federales a través de medios de comunicación -incluyendo radio y televisión-.

En casos anteriores a éste, *Austin v. Michigan Chamber of Commerce* (1990)<sup>349</sup> y *Mc Connell v. Federal Election Commission* (2003)<sup>350</sup>, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América había sostenido la validez constitucional de restricciones similares respecto a la posibilidad de destinar recursos económicos para este tipo de fines. El argumento central que imperó en la mayoría de los integrantes la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América para sostener la constitucionalidad de estas restricciones consistió en considerar que (i) dichas restricciones regulaban el gasto de dinero para publicidad, pero no afectaban adversamente la libertad de expresión misma, y (ii) había evidencia para establecer que considerables cantidades de dinero a través de donaciones, principalmente de parte de compañías, producían efectos

---

<sup>349</sup> En *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, se analizó una ley del Estado de Michigan, prohibiendo a compañías emplear dinero de su tesorería para gastos apoyando u oponiéndose a candidatos en elecciones estatales. La Suprema Corte de Justicia rechazó el argumento que dicha ley resultaba violatoria de las enmiendas 1ª y 14ª de la Constitución de los Estados Unidos de América.

<sup>350</sup> En este caso la Suprema Corte de Justicia confirmó la constitucionalidad de la *Bipartisan Campaign Reform Act* respecto a las restricciones impuestas en materia de divulgación de publicidad electoral.

corrosivos sobre el proceso de aprobación de leyes y sobre la confianza de los ciudadanos en la integridad de su gobierno.<sup>351</sup>

Estos casos a su vez, tenían como antecedente el caso *Buckley v. Valeo* (1976) relacionado con ciertas modificaciones a la denominada *Federal Election Campaign Act* (1971) aprobadas en el año de 1974 y que regulaban extensivamente el sistema de financiamiento de campañas políticas, crearon la *Federal Election Commission* y establecieron límites para las cantidades de dinero que podrían ser donadas y gastadas por los candidatos.

En el caso *Buckley v. Valeo*, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América confirmó la constitucionalidad de las reformas de 1974 a la *Federal Election Campaign Act*, principalmente en lo concerniente a los límites para las cantidades de dinero que podrían ser donadas y gastadas por los candidatos, aunque invalidó también algunos de los artículos resultantes de dicha reforma como era el caso de los límites máximos permitidos para campañas electorales que quedaron sin efecto a partir de este caso<sup>352</sup>. De esta manera, a partir de la resolución de este caso, los candidatos podrían destinar cantidades ilimitadas de dinero para la divulgación de su proyecto electoral y contratar la publicidad que decidiera con dichas cantidades, siempre que las mismas no provinieran de contribuciones realizadas por terceros hacia un candidato en particular.

Al emitir su resolución en *Buckley v. Valeo*, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América consideró constitucionalmente válido restringir la libertad de obtener recursos y gastar los mismos en campañas políticas, solamente si el gobierno tuviese un propósito apremiante que resolver y la regulación que impusiese tales restricciones fuere diseñada exclusivamente para

---

<sup>351</sup> Ring, Kevin A., *Scalia Dissents*, Estados Unidos de América, Regnery Publishing, 2004, pp.238- 241.

<sup>352</sup> Biskupic Joan y Witt Elder, *The Supreme Court and Individual Rights*, 3ª ed., Washington DC, Congressional Quarterly Inc., 1997, p. 51.

cumplir con dicho propósito.<sup>353</sup> Por lo tanto, dicho tribunal resolvió que la posibilidad de limitar las cantidades de dinero que podrían ser donadas en forma individual directamente a un candidato estaba justificada como un mecanismo para reducir la corrupción que pudiera generarse al recibir grandes sumas de dinero.<sup>354</sup>

No obstante que la resolución en *Buckley v. Valeo* no prohibía la donación a partidos políticos, sino solamente a candidatos, dichos partidos políticos no podían destinar esa donación para apoyar a los candidatos, sino que solamente podrían destinar dichas cantidades de dinero para uso y beneficio de los partidos políticos.

Cabe señalar que a diferencia de las reformas a la *Federal Election Campaign Act* del año 1974 analizadas en *Buckley v. Valeo*, la *Bipartisan Campaign Reform Act* sí prohibía la donación de recursos para los partidos políticos, lo cual fue materia de análisis en *Mc Connell v. Federal Election Commission* (2003).

Por lo tanto, en *Mc Connell v. Federal Election Commission* al sostener la constitucionalidad de las restricciones contenidas en la *Bipartisan Campaign Reform Act* del año 2002, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América consideró (i) que resultaba un objetivo apremiante del gobierno combatir la corrosión sobre el proceso de aprobación de leyes y sobre la confianza de los ciudadanos en la integridad de su gobierno, causada por las considerables donaciones de compañías para fines electorales, y (ii) que prohibir estas donaciones era considerado un medio legítimo para resolver ese objetivo.

Para el Juez Scalia, quien se opuso en minoría en *Mc Connell v. Federal Election Commission*, este tipo de restricciones legislativas sí tienen un impacto en

---

<sup>353</sup> *Ibidem*, p. 237.

<sup>354</sup> *Idem*.

ciertas garantías constitucionales -en particular, sobre la libertad de expresión- y, por lo tanto, debieran quedar sujetas al escrutinio constitucional.<sup>355</sup>

Este importante argumento es el que permite a los jueces decidir analizar un determinado ordenamiento que restringe libertades o derechos patrimoniales, desde una perspectiva constitucional y determinar así si dicho ordenamiento resulta o no violatorio de alguna garantía constitucional. Ante ese escenario, es el juez quien debe entonces ponderar y decidir en base a su criterio esa tensión entre derechos y armonizar el ejercicio de ambos o decantarse por alguno de los dos.

En contra de la opinión de la mayoría que emitió la resolución en *McCConnell v. Federal Election Commission*, el Juez Scalia consideró que las restricciones contenidas en la *Bipartisan Campaign Reform Act* del año 2002 sí atentaban en contra de la libertad de expresión protegida por la Constitución de aquél país. Para él, la restricción a realizar donativos para fines electorales, es decir el ejercicio de derechos patrimoniales, sí afecta el ejercicio de la libertad de expresión -en específico, la libertad de criticar al gobierno- concebida en aquél país como un derecho fundamental.<sup>356</sup>

Como ya lo he mencionado, un abrupto giro se dio en términos de *Citizens United v. Federal Election Commission* (2010), en torno a la controversia que derivó de una película que sería distribuida a través de televisión por cable *on-demand* con el título "*Hillary: The Movie*", que coincidía con las elecciones internas de un partido político que postulaba a la Senadora Clinton como candidata presidencial en ciertos estados. Por su parte, *Citizens United* pretendía anunciar por televisión la promoción de dicha película, así como el sitio en internet de la misma, por lo que acudió ante una Corte de Distrito para solicitar una medida cautelar que le permitiera pagar estos anuncios en televisión en contra de lo

---

<sup>355</sup> *Ibidem*, p. 242.

<sup>356</sup> *Ibidem*, p. 239.

dispuesto por la *Bipartisan Campaign Reform Act*, por considerar que ésta era violatoria de sus garantía constitucional de libertad de expresión.

La Corte de Distrito resolvió en enero de 2008 negando la medida cautelar solicitada por *Citizens United*, al no considerar que la prohibición contenida en la *Bipartisan Campaign Reform Act* fuera inconstitucional/violatoria de la garantía constitucional de libertad de expresión.<sup>357</sup>

Ante la resolución negativa de la Corte de Distrito, *Citizens United* apeló dicha resolución ante la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, que por su parte revirtió dicha resolución considerando que la *Bipartisan Campaign Reform Act* sí resultaba violatoria de la garantía constitucional de libertad de expresión de cualquier entidad corporativa. En particular, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América consideró que a través de este tipo de prohibiciones se podría pretender silenciar a todo tipo de entidades corporativas a criterio discrecional del Gobierno y que dichas entidades gozan de la misma garantía de libertad de expresión que cualquier individuo.<sup>358</sup>

La Suprema Corte de los Estados Unidos de América en su decisión de este caso incluso afirma que la libertad de expresión corporativa viene a enriquecer el debate político en aquél país, y ofrece al electorado a tomar decisiones mejor informadas, calificando a las compañías como los principales agentes de la moderna y libre economía.

Quienes emitieron su voto disiente, Ministros Stevens y Thomas, en contra de la mayoría, por su parte opinaron que el Gobierno debería quedar facultado para imponer este tipo de restricciones a entidades corporativas, no para silenciarlas sino para no corromper las elecciones ante la ilimitada inyección de

---

<sup>357</sup> LEXIS,530 F. Supp. 2d 274, \*; 2008 U.S. Dist. 2575,\*\*

<sup>358</sup> LEXIS, 130 S. Ct. 876, \*; 175 L. Ed. 2d 753\*\*

recursos de estas entidades que pudieran definir las mismas a favor de algún candidato en particular.<sup>359</sup>

Este voto disidente lo que hace es sostener la legítima facultad del Estado para restringir derechos fundamentales -como la libertad de expresión en este caso- cuando el ejercicio ilimitado de ésta puede causar perjuicios a la colectividad. La mayoría de los jueces que resolvieron *Citizens United* parece considerar como enunciado general que las contribuciones por particulares a favor de partidos y candidatos y el destino de los fondos provenientes de dichas contribuciones para la contratación de propaganda electoral en medios de comunicación o la contratación directa en dichos medios por los particulares para tales fines no puede restringirse o regularse por no afectar ésta el ejercicio de otras libertades (acceso por ejemplo a medios de comunicación en igualdad de circunstancias) y por estar ésta ligada al ejercicio de libertad de expresión.

Las limitaciones que *Citizens United* deja sin efecto se lograron en la era progresista de los Estados Unidos de América desarrollando un activismo gubernamental para limitar la libertad de contratar en materia política. No se trató de limitar la libertad de expresión, sino de limitar la libertad de contratar propaganda en medios de comunicación y realizar contribuciones para restringir el flujo de dinero a través del ejercicio de dicha libertad que pudiera causar inequidades entre candidaturas al no tener todas ellas el mismo acceso a los medios de comunicación para contar con espacios publicitarios.

Este esfuerzo regulador-progresista del partido demócrata que en su momento fue apoyado por la mayoría de los integrantes de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, se ha visto ahora afectado por la respuesta libertaria-conservadora del partido republicano que apoya a toda costa el ejercicio de la libertad de contratar sin restricciones. Desde esta última perspectiva, se defiende el libre mercado centrado en el ejercicio de libertades

---

<sup>359</sup> *Idem.*

económicas individuales en relación con la materia electoral, sin poner atención en las afectaciones que el mismo pudiera producir y que se muestran gráficamente en las siguientes ilustraciones:<sup>360</sup>

---

<sup>360</sup> Rolling, Ruben, *The New Yorker*, Estados Unidos de América, Condé Nast, 24 de septiembre de 2012, pp. 70-71.

# HEY, RICH GUYS!

Now you can buy a slice of the U.S. government through a

## SUPER PAC!!

IT'S FUN! IT'S SURPRISINGLY E-Z!  
AND IT'S ANONYMOUS!\*

\*if payments are properly funneled through a Section 501(c)(4) organization

Check out all the cool stuff you can buy!



## A SUPPLY CONTRACT FOR A SUBMARINE BASE!!



Only \$250k

You'll make this back in the first month!

## EARMARKS!



Imagine the FUN and PRIDE of having FEDERAL LEGISLATION with special sections designed JUST TO GIVE YOU MONEY!

ONLY \$500,000 FOR EARMARKS WORTH UP TO \$4 MILLION!  
**YOU BUILT THAT!!**

## HYPNO-COMMERCIALS



Convincing people that policies that clearly benefit only YOU can somehow benefit the country IS NOT CHEAP!

Our methods of repeated TV messaging will work like MAGIC!!

Tax cuts for rich .....\$9 million  
Destroying public schools.....\$3 million  
Cutting social safety net..... \$7 million  
Fiefdoms.....(coming soon)

## THROW YOUR VOICE!!

You speak, BUT A SENATOR'S LIPS MOVE!

Think of the outrageous propositions you could insert into the national conversation!

IT IS OVER-REGULATION THAT HAS HURT THE ECONOMY!

FOOL YOUR FRIENDS!!

FOOL YOUR ENEMIES!!

Only \$50,000



Available for floor speeches, Sunday-morning television appearances, and legislation.



## BUY AN ENTIRE CONGRESSIONAL DISTRICT!

When you purchase the political rights to an entire district, you get REAL LIVE residents, 99% of whom will be adorably NOT RICH! You'll be surprised and amazed at how much like you they are! Many of them are capable of:

- Feeling love!                      • Enjoying food!
- Having ambitions!              • Incurring medical expenses!

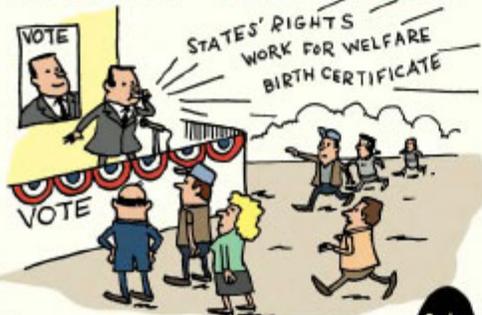
**SO EAGER TO PLEASE, THEY CAN EVEN BE TRAINED!**

Only **\$16 MILLION\*** Visit whenever you like!  
Watch them frolic!

Not responsible for Occupy movements, riots, civil unrest, or violent peasant uprisings.

\* MORE IN SWING STATES

## SILENT WHISTLE!



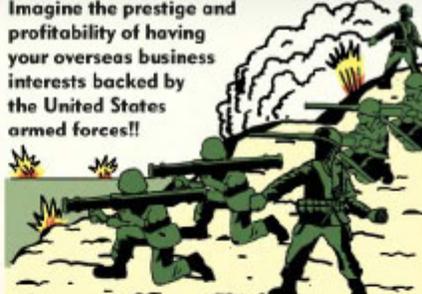
Have your congressman say certain words and phrases...  
**ONLY LIKE-MINDED PALS WILL HEAR THE REAL MESSAGE!**  
*Watch them come a-runnin'!*

Only \$3k each!

\$7m

## 1000s of SOLDIERS

Imagine the prestige and profitability of having your overseas business interests backed by the United States armed forces!!



**BUY A MEMBER OF THE HOUSE FINANCIAL SERVICES COMMITTEE!**

Approx. 6 FT. TALL  
Incredibly lifelike!

Will do your bidding!

**ONLY \$2M-CHEAP!**



ORDER FORM		
ITEM	QUANTITY	PRICE
Add \$650,000 attorneys' fees →		
TOTAL AMOUNT OF "FREE SPEECH" ENCLOSED (in U.S. dollars) →		
Name (optional) _____ P.O. Box _____		<input type="checkbox"/> Cayman Islands <input type="checkbox"/> Bermuda <input type="checkbox"/> Liechtenstein
<input type="checkbox"/> I am a human person. <input type="checkbox"/> I am a corporate person.		
<small>Please enclose check, money order, bag of cash, Krugerrands, or New York Yankees Legends Suite field tickets.</small>		

En este sentido, Mónica Youn al plantearse las preguntas de que ¿si las elecciones son un mercado que los económicamente más poderosos pueden dominar o si debieran ser vistas más bien como una institución designada para facilitar el proceso de toma de decisión de los electores de manera informada? ¿si el uso del dinero debiera ser tratado como un medio de ejercicio de la libertad de expresión y hasta qué medida? retoma las ideas de Robert Post para confirmar que en caso de considerar el uso del dinero para el ejercicio de la libertad de expresión, dicho ejercicio debiera formularse para salvaguardar procesos esenciales de legitimación democrática en vez del uso exclusivo de la libertad de expresión sin un objetivo específico.<sup>361</sup>

Por su parte, Post afirma que las restricciones que pudieran imponerse sobre la libertad de expresión debieran centrarse en la justificación de la regulación del financiamiento de las campañas a la luz de su impacto en el discurso público.<sup>362</sup>

No es el objeto de estudio de este trabajo el tema de democracia o acceso a medios de comunicación en campañas electorales, pero sí la legitimidad que tiene el Estado para restringir ciertas libertades -incluyendo la libertad de expresión y la libertad de contratar y la libertad de disponer de la propiedad privada- cuando el ejercicio de éstas vulneran o afectan las libertades de amplios sectores de la población.

Michael Sandel sugiere que este tipo de sistemas de financiamiento de campañas se aproxima a uno en el que prácticamente se permite la compraventa de las elecciones.<sup>363</sup>

---

<sup>361</sup> Youn, Mónica, *Money, Politics and the Constitution: beyond Citizens United*, Youn, Mónica (coord.), New York, The Century Foundation Press, 2011, p. 5.

<sup>362</sup> Post, Robert, “Campaign Finance Regulation and First Amendment Fundamentals”, en Youn, Mónica (coord.), *Money, Politics and the Constitution: beyond Citizens United*, New York, The Century Foundation Press, 2011, p.16.

<sup>363</sup> Sandel, Michael, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, EUA, Farrar, Straus and Giroux, 2012, p.8.

En términos de lo señalado por Kelsen,<sup>364</sup> la libertad -como ausencia de coacción de todo tipo gobierno- es incompatible con el orden social, por lo que la idea de libertad no puede ostentar meramente la significación negativa de ser libre de todo gobierno. De esta manera, para el propio Kelsen, la idea de justicia se transforma, de un principio que garantiza la libertad individual de todos, en un orden social que salvaguarda determinados intereses, precisamente aquellos reconocidos como valiosos y dignos de protección por la mayoría.<sup>365</sup>

Con apoyo en esta necesidad de gobierno y protección de los intereses considerados como valiosos por la mayoría, es que para el caso en cuestión, resultaría necesario que la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizara si las limitaciones a la libertad de contratar propaganda electoral resultan legítimas o no para lograr equidad de acceso a medios de comunicación a todos los partidos políticos y candidatos y el impacto de estas limitaciones en la democracia.

En relación con el tema de conflicto de derechos, Kelsen sostiene que éste se presenta cuando un interés se vea satisfecho a costa de otro o cuando entran en contraposición dos valores que no pueden hacerse efectivos sino que es necesario inclinarse por la realización de uno y no de otro.<sup>366</sup> Por lo tanto, ante este tipo de conflictos resulta necesaria la actividad judicial para decidir cuál de los intereses en conflicto debe prevalecer.

En *Citizens United*, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América hace un ejercicio de ponderación y se inclina por proteger la libertad de contratar propaganda electoral y de realizar contribuciones, por ser éstas en su opinión, manifestaciones de la libertad de expresión de los particulares para la promoción de los candidatos de su preferencia. Por lo tanto, la referida Corte resolvió que dichas manifestaciones de la libertad de expresión se veían limitadas por las leyes en cuestión al no permitir destinar recursos económicos para las

---

<sup>364</sup> Kelsen, Hans, *¿Qué es la Justicia?*, Buenos Aires, Editorial Leviatán, 1987, p. 19.

<sup>365</sup> *Idem*.

<sup>366</sup> *Ibidem*, p. 21.

contribuciones a campañas y para contratar publicidad electoral en favor de los candidatos y partidos de la preferencia de dichos contribuyentes.

Por lo tanto, la decisión de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en *Citizens United* pondera esa libertad individual de algunos ciudadanos en detrimento de los intereses colectivos y de equidad electoral que el Congreso de aquél país había considerado al aprobar la referidas leyes.

En cuanto a este tema de considerar el uso del dinero como medio de ejercicio de la libertad de expresión, Deborah Hellman considera que el dinero ejerce influencia no solamente en dicha libertad sino en muchas otras;<sup>367</sup> con esto, Hellman pretende deslindar la identidad entre el dinero y la libertad de expresión: “Money talks but it isn’t speech”. Por lo tanto, en su opinión, las limitaciones al uso del dinero no constituyen así limitantes a la libertad de expresión, puesto que puede ser que el dinero aportado no sea empleado precisamente para el destino esperado y discurso de quien realizó las correspondientes contribuciones.

Para Youn, *Citizens United* establece una decisión radical del uso del dinero como un medio de valor del ejercicio de la libertad de expresión en la medida que a más dinero gastado, mayor será la libertad de expresión ejercida, sin importar en realidad la voluntad-intención-discurso de quien realizó la contribución o gasto - sea un individuo o una entidad-, que no se verá necesariamente reflejada en el momento en que el candidato o partido político que reciba dicha contribución haga uso de dicha contribución.<sup>368</sup>

Como podrá notarse, *Citizens United* es un polémico caso que deja aún sin contestar muchos temas relacionados con el uso del dinero y, por ende de derechos patrimoniales, frente a otros derechos fundamentales -como la libertad

---

<sup>367</sup> Hellman, Deborah, “Money and Rights”, en Youn, Mónica (coord.), *Money, Politics and the Constitution: beyond Citizens United*, New York, The Century Foundation Press, 2011, p.57.

<sup>368</sup> Youn, Monica, “First Amendment Fault Lines and the Citizens United Decision”, en Youn, Mónica (coord.), *Money, Politics and the Constitution: beyond Citizens United*, *ibidem*, p. 110.

de expresión- y derechos de la colectividad -como el de la equidad en el acceso a medios de divulgación de propuestas electorales-, siendo para este trabajo importante aquél relacionado también con la facultad del Estado para regular y restringir todas estas libertades y derechos cuando entran en tensión.

Se considera entonces muy relevante el ejercicio sobre esta materia realizado en los Estados Unidos de América, donde la Suprema Corte de Justicia debe involucrarse activamente para resolver las tensiones en la medida sugerida por Kelsen antes referida en vez de actuar como un simple espectador de las decisiones del Poder Legislativo y del Poder Constituyente sobre esta materia.

#### F. Consideraciones y conclusiones del análisis del caso.

Veo en este primer caso los siguientes dos tipos de resoluciones:

(1) Respecto a las dos acciones de inconstitucionalidad en contra de las reformas contenidas en el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de noviembre de 2007, éstas fueron sobreseídas bajo la consideración de que ni el Poder Constituyente Originario o el Permanente le otorgaron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la facultad de control constitucional sobre reformas a la Constitución a través de la acción de inconstitucionalidad. Mientras que en relación con el juicio de amparo registrado con el número 525/2008, ya vimos como la Suprema Corte de Justicia de la Nación se enfocó en el tema del proceso de aprobación de las mencionadas reformas.

De esta manera, la Suprema Corte de Justicia de México decidió no realizar un análisis de los derechos en conflicto y ponderar en favor de alguno de ellos.

(2) En relación con la acción de inconstitucionalidad en contra de las reformas al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sí efectuó un análisis respecto que la libertad de expresión como un derecho sujeto a límites y restricciones establecidas por la Constitución, en particular por el artículo 41 ya analizado. Lo hizo así por tratarse de una restricción impuesta en la Constitución misma, pero no por un ejercicio de ponderación entre los derechos en conflicto.

Por lo tanto, identifico de esta manera que cuando se plantean ante la Suprema Corte de Justicia controversias que involucran varias libertades constitucionales en tensión (como los que he señalado en este primer caso), dicho Tribunal bien podría realizar un análisis respecto al contenido de dichas libertades para resolver dicho conflicto.

En términos del artículo 41 Constitucional se puede constatar con claridad la limitante que el propio Estado establece a la libertad de decidir, en aras de un interés jurídico superior, por lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación podría realizar un ejercicio de ponderación cuando dicha restricción entra en conflicto con otras libertades, como se argumentó en el caso de los juicios de amparo que le fueron planteados.

En este primer caso que estoy analizando, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, siguiendo las experiencias de España, Alemania y de los Estados Unidos de América, bien pudiera analizar si las restricciones en materia de contratación de propaganda electoral aumentarían la efectividad de la libertad de decisión de los electores en México y si dichas restricciones afectarían o no la esencia de los derechos restringidos (libertad de expresión, libertad de decidir, libertad de contratar y libertad de comercio) y si habría o no otro medio -distinto a la restricción de dichas libertades- para lograr ésa misma efectividad en beneficio de los electores en México.

De la evidencia comprobable después de la entrada en vigor de las restricciones en materia de contratación de propaganda electoral a través de radio y televisión se puede advertir que la mayor parte de concesionarios afectados por aquéllas han logrado subsistir en el mercado y que los mismos continúan publicitando cierta propaganda electoral a través de los espacios permitidos por la propia legislación. Es decir, no se eliminó totalmente la posibilidad de contratar espacios en estos medios de comunicación,<sup>369</sup> ni tampoco se eliminó la libertad de expresión de los candidatos a expresar sus propuestas, ni la de los particulares en apoyar a dichos candidatos o partidos políticos en otros medios distintos al radio y televisión.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación bien puede analizar la legitimidad y pertinencia de limitar la contratación de propaganda electoral a ciertos espacios oficiales a través del Instituto Federal Electoral en los términos señalados en la referida reforma en casos que le sean planteados respecto a la tensión causada sobre dicha limitación sobre otras libertades.

Al hacer este análisis, la Suprema Corte de Justicia de la Nación podría basar el mismo en la consideración de que si con la referida limitación de la libertad de contratar (i) se afectó o no la libertad de expresión de los candidatos, partidos políticos y particulares que desearan contratar propaganda electoral en medios de radio y televisión y si dicha afectación vulneraba la esencia o núcleo de la referida libertad, y (ii) se logró o no salvaguardar otros derechos más valiosos haciendo el análisis de que no existía otra medida posible para lograr salvaguardar dichos derechos.

La desafortunada resolución de los juicios de amparo analizada no resuelve en forma definitiva este tema de legitimidad Estatal de restricción de la libertad de

---

<sup>369</sup> Sino que se restringió ésta habilitándose ciertos espacios oficiales que aseguran a los concesionarios ingresos por la difusión de propaganda oficial permitida.

contratar contenida en la propia Constitución, situación que abre un fuerte cuestionamiento respecto a la validez de dicha restricción.

En congruencia con el presente trabajo, considero que lo que debe prevalecer es la legitimidad del Estado para en todo momento imponer limitantes o restricciones a la libertad de contratar y a la libertad de expresión misma para salvaguardar otros derechos más valiosos que sean vulnerados por el ejercicio de aquéllas.

Otra importante conclusión consiste en evitar caer en la confusión teórica de definir en forma categórica a los derechos patrimoniales -como la libertad de contratar- como medios para lograr la protección o ejercicio de derechos fundamentales -como la libertad de expresión-.

Es así, como la libertad de contratar libremente trasciende de la esfera privada a la pública, exigiendo la intervención del Estado cuando existen afectaciones a un derecho superior -como el derecho a decidir libremente- por el ejercicio de dicha libertad.<sup>370</sup> Máxime cuando el derecho a contratar y aquéllos derivados del ejercicio de la libertad de comercio y del derecho de propiedad son considerados como derechos patrimoniales o secundarios (frente a los derechos fundamentales considerados como derechos primarios, según la clasificación de Ferrajoli analizada en el Capítulo Primero).

## **II. Acuerdos en relación con el cálculo de intereses en la contratación de préstamos.**

---

<sup>370</sup> En *Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee*, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América resolvió que el Estado sólo podrá intervenir cuando el interés público pese más que los intereses privados, negando la posibilidad de permitir el libre acceso a los medios de comunicación a las personas que no tienen responsabilidades o que no actúan responsablemente en aras del interés público. Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, op. cit., supra, p. 483.

#### A. Resumen general del caso.

La resolución a analizar es la Tesis Jurisprudencial 60/1998 emitida por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 7 de octubre de 1998 relacionada con el acuerdo de capitalización de intereses generados por una deuda, por el cual dichos intereses al formar parte del capital vuelven a generar intereses.

La controversia radica en si ése pacto es solamente válido respecto a los intereses que han vencido y que las partes acuerdan capitalizar, en el momento de su vencimiento, o, si por el contrario, se puede referir a todos aquéllos intereses que en el futuro se generen y que serán igualmente capitalizados.

Sobre este tema, el artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal dispone que las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses. Mientras que el artículo 363 del Código de Comercio establece que los intereses vencidos y no pagados, no devengarán intereses; pero, sin embargo, los contratantes podrán capitalizarlos.

Como se observa, ambos artículos prevén la posibilidad de capitalizar los intereses, sin embargo el primero de ellos prohíbe el convenio de capitalización antes del vencimiento de los intereses, y el segundo de ellos es omiso en señalar el tiempo en que dicho convenio de capitalización puede ser celebrado.

La controversia fue resuelta por jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por contradicción de tesis 31/98,<sup>371</sup> al establecer que el artículo 363 del Código de Comercio permite la capitalización de intereses

---

<sup>371</sup> Entre las sustentadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros.

en forma previa o posterior a la causación de los réditos, a condición de que exista acuerdo expreso. Para el máximo tribunal tanto las normas del referido Código de Comercio, como del Código Civil para el Distrito Federal tienen en común que autorizan la capitalización de intereses por acuerdo expreso de las partes, pero se diferencian en cuanto al momento en que se puede celebrar el pacto correspondiente; así, mientras que la disposición civil prohíbe que ese acuerdo de voluntades sea anterior al vencimiento y al no pago de los intereses que habrán de capitalizarse, el numeral del Código de Comercio no contiene ninguna exigencia de temporalidad para su realización.<sup>372</sup>

En las tesis en contradicción se planteaba la nulidad de los créditos, debido a que se argumentó que los bancos obligaban a los deudores a contraer obligaciones impagables, en las que resultaba inviable o imposible el pago de la deuda. Ésta es la relevancia del análisis de este caso para el presente trabajo, pues como consecuencia de obligaciones contractuales asumidas por los deudores en los términos denunciados por los mismos, volviendo impagables dichas obligaciones contractuales por circunstancias imprevisibles para ellos, afectarían en consecuencia ciertas libertades fundamentales como describiré a continuación.

#### B. Descripción de la tensión existente y derechos en conflicto.

Para documentar la capitalización de intereses, los bancos otorgaban a sus clientes un crédito adicional para propósitos de refinanciamiento, siendo el destino de dicho crédito adicional el pago de los intereses generados por el contrato de apertura de crédito principal.

Por lo tanto, una de las principales objeciones a este esquema contractual era el de la simulación o falsedad ideológica, ya que el banco no entregaba dinero adicional al acreditado en virtud del segundo crédito, sino solamente realizaba

---

<sup>372</sup>Tesis: P./J. 60/98, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VIII, Octubre de 1998, p. 374.

registros contables de la disposición del mismo por el propio banco para el pago de los intereses del contrato de apertura de crédito principal. Sin embargo, las disposiciones de dinero efectuadas conforme al crédito adicional para el pago de intereses del contrato de apertura de crédito principal, generaban a su vez intereses acordados en términos de dicho contrato de apertura de crédito adicional antes de que se causaren los intereses del contrato de apertura de crédito principal.

Lo anterior, se argumentaba, contravenía lo dispuesto por el artículo 17 Constitucional cuyo primer párrafo dispone que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Y por ello, algunos tribunales habían declarado la nulidad de este mecanismo.

Por lo tanto, la tensión se presenta entre el derecho a contratar créditos bancarios en los términos de la legislación especial y las potenciales violaciones al derecho de impartición de justicia al prever los contratos bancarios este tipo de mecanismos para el cobro de intereses en caso de incumplimiento.

#### C. Resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El antecedente de la Tesis Jurisprudencial 60/1998 lo constituye el oficio 47/97, presentado el 15 de diciembre de 1997, en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante el cual el Presidente del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito denunció la contradicción de tesis entre las sustentadas por ese Tribunal al resolver el juicio de amparo directo 6247/97 y la sostenida por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito, al resolver el juicio de amparo directo 215/96.

Por lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación solicitó a los Tribunales Colegiados de todos los circuitos, para que éstos remitieran las

ejecutorias relacionadas con la temática denunciada. Se recibieron así 62 ejecutorias que remitieron los Tribunales Colegiados de Circuito de la República.

El Presidente de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante ocurso de 22 de junio de 1998, formuló denuncia de contradicción de criterios resultante del análisis de todas y cada una de las ejecutorias de mérito, estableciendo en forma preliminar los siguientes nueve temas sobre los que habría de definirse el criterio a seguir:

Tema I: Contrato de apertura de crédito adicional para cobertura de intereses. ¿Constituye anatocismo?

Tema II: Proyecto de viabilidad económica del acreditado en apertura de crédito con línea adicional para aplicación de intereses. ¿Es nula la cláusula por falta de proyecto de viabilidad económica?

Tema III: Cláusula de crédito adicional para pago de intereses en un contrato de apertura de crédito. ¿Constituye una trasgresión a la prohibición de financiamiento para pago de pasivos?

Tema IV: Apertura de crédito. Línea adicional de crédito al acreditado para pago de intereses. ¿Existe falsedad ideológica (simulación) para encubrir la capitalización de intereses?

Tema V: Contrato de apertura de crédito. Capitalización de intereses. ¿Es aplicable supletoriamente el Código Civil artículo 2397, a dichos contratos mercantiles?

Tema VI: Cláusula adicional para pago de intereses vencidos. Las amortizaciones implican consentimiento y convalidan la nulidad pretendida.

Tema VII: Cláusula de crédito adicional. La falta de aviso al banco acreditante sobre la no disposición del crédito adicional, implica aceptar la aplicación a pago de intereses.

Tema VIII: La mora está condicionada al aviso del banco acreditante.

Tema IX: Intereses. Ante la imprecisión de la tasa aplicable para su cuantificación debe estarse al tipo legal.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación fundamentó su análisis y resolución en la especialidad de la materia mercantil y bancaria, precisando que la apertura de crédito es un contrato mercantil, máxime cuando en él participa una institución de crédito.

Abundando en su análisis, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que a este contrato de apertura de crédito habría que distinguirlo por sus diferencias substanciales respecto del préstamo mercantil y del mutuo civil, concluyendo que el contrato de apertura de crédito es especial, autónomo, definitivo y de contenido complejo, distinto del préstamo mercantil y del mutuo civil.

Es decir, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustentó su análisis en la regulación prevista en los artículos del 291 al 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, argumentando que el legislador creó un nuevo contrato, independiente de otros, atendiendo a finalidades muy diversas de las que en su momento llevaron a instituir las disposiciones que prevén los contratos de préstamo mercantil y de mutuo civil.

Por lo tanto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que en relación con la capitalización de intereses, que en su caso pactaren las partes dentro de un contrato de apertura de crédito, no puede aplicarse supletoriamente lo previsto en el artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual

prohíbe expresamente que de antemano se convenga la capitalización de intereses. También concluyó que el artículo 363 del Código de Comercio tampoco es aplicable supletoriamente para decidir sobre la validez de la capitalización de intereses convenida en un contrato de apertura de crédito, argumentando que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no prohíbe ni condiciona ese acuerdo, sino que lo deja a la libre voluntad de las partes, motivo por el cual no requiere ser suplida.

De esta manera, en opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en un contrato de apertura de crédito las partes están en libertad de pactar lo relativo a la capitalización de intereses, con las limitaciones que al respecto determine el Banco de México.<sup>373</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación nos remite así a las disposiciones que en su caso emitan el Poder Legislativo respecto a las facultades otorgadas al Banco de México, así como a las emitidas por el Poder Ejecutivo a través del Banco de México o de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que limiten esa autonomía o libertad contractual.

Identifico aquí nuevamente que Suprema Corte de Justicia de la Nación se sustrae así del ámbito del poder del Estado para limitar la libertad o autonomía contractual.

En su análisis, la Suprema Corte de Justicia de la Nación invoca la aplicación del artículo 1795 del Código Civil para Distrito Federal, para definir cuáles son los motivos de invalidez de un contrato, en los siguientes términos:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
- II. Por vicios del consentimiento;
  
- III. Por su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;

---

<sup>373</sup> *Ibidem*, p. 591.

IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

Por tanto, en opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación éstos serían los supuestos para declarar invalidez del contrato de apertura de crédito y no alguno otro de los planteados dentro de los nueve temas analizados en la Tesis Jurisprudencial 60/1998.

#### D. Análisis teórico conceptual de los derechos en conflicto.

Los derechos fundamentales en conflicto en este caso son (i) la libertad de comercio tanto de las instituciones de crédito para otorgar los créditos bancarios, como de sus cliente para poder recibir los mismos para destinarlos a sus actividades comerciales, (ii) el derecho a la subsistencia afectado por la excesiva onerosidad de los contratos de crédito al volverse éstos impagables por las excesivas tasas de interés resultantes por los múltiples créditos otorgados simultáneamente y el nivel de ingreso del deudor y éste no contar con recursos suficientes para subsistir como resultado de los altos pagos destinados para cubrir los créditos contratados, (iii) la prohibición de hacerse justicia por sí mismo mediante esquemas contractuales que sirvan de mecanismos alternos para el cobro de intereses de otra manera prohibidos, y (iv) el derecho al fomento económico, empleo y justa distribución de la riqueza que permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos.<sup>374</sup>

El derecho patrimonial, en este caso es la libertad de contratar tanto de las instituciones de crédito, como de sus clientes, para celebrar los contratos necesarios para la documentación y formalización de los créditos.

---

<sup>374</sup> Esta última referida por el Artículo 25 Constitucional.

Desde la perspectiva del análisis teórico conceptual del Capítulo I, se podrían clasificar como derechos primarios tanto al derecho a la subsistencia, como el derecho al fomento económico, empleo y justa distribución de la riqueza que permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, así como la prohibición de hacerse justicia por sí mismo mediante esquemas contractuales que sirvan de mecanismos alternos para el cobro de intereses de otra manera prohibidos.

Por lo tanto, la libertad de contratar y la libertad de comercio debieran ceder frente a los referidos derechos primarios en la medida en que no se dañe su esencia y se logre un beneficio efectivo mediante su restricción.

En este caso, la tensión -colocar a los deudores en una situación de extrema insolvencia y restringiéndole su capacidad de subsistencia por no poder conservar el mínimo de ingreso para atender sus necesidades básicas como resultado de los excesivos pagos a las instituciones de crédito para cubrir el saldo de los múltiples y simultáneos créditos otorgados- se pudo haber resuelto ponderando los beneficios no solamente individuales para los deudores, sino para el crecimiento económico del país en su conjunto a través de la resolución de este caso si se hubiese atendido a la importancia de los derechos primarios, en vez de atender solamente al interés individual-autonomía de la voluntad como desafortunadamente lo hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación por una dividida votación.

En este caso, resulta claro que sí se lograrían beneficios para la viabilidad y vigor de los derechos primarios en tensión (derecho a la subsistencia, derecho al fomento económico, empleo y justa distribución de la riqueza que permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos y la prohibición de hacerse justicia por sí mismo mediante esquemas contractuales que sirvan de mecanismos alternos para el cobro de intereses de otra manera prohibidos), mientras que no se afectaría la esencia de los derechos secundarios (libertad de contratar y la libertad

de comercio) al restringir el cobro de intereses como se hizo recientemente pero a través de una reforma legislativa que analizaré más adelante. Es decir, el Poder Legislativo sí atendió esta necesidad de restricción de libertades secundarias que el Poder Judicial, en particular la Suprema Corte de Justicia de la Nación -por una dividida decisión- decidió omitir.

De esta manera, desde esta perspectiva teórico conceptual, resultaría necesario y posible que la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizara la tensión entre los derechos mencionados para lograr la “protección más amplia” a las personas señalada por el Artículo 1º Constitucional, en vez de escudarse en la especialidad de la materia bancaria y de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito -como lo hizo la Suprema Corte de Justicia en este caso-. Es decir, desde esta perspectiva teórico conceptual no debiera aplicar el argumento de especialidad de la ley que regula ciertos contratos para habilitar la celebración de éstos en apego a dicha ley especial, cuando los mismos vulneran otras libertades fundamentales que pudieran ser protegidas y ejercidas por la colectividad en forma exponencial mediante restricciones proporcionales que en su caso se pudiera imponer a la libertad contractual que no afecte la esencia de ésta última.

Retomando las ideas expresadas en el Capítulo I, el derecho a contratar, como derecho patrimonial, es un derecho disponible y particular, mientras que el derecho a la subsistencia es un derecho fundamental y, por lo tanto universal e indisponible. Por ello, si el ejercicio de esa libertad de contratar lesiona o compromete el derecho de subsistencia misma, así como la libertad de decisión para autodeterminarse, al acordar cláusulas contractuales que se tornan con el tiempo abusivas o excesivas y reducen las posibilidades económicas de amplios sectores de la población para subsistir y elegir entre opciones de vida, resulta necesario entonces atender a la clasificación de libertades para lograr la protección más amplia, la promoción, la realización y tutela de las libertades primarias (en esta caso, aquéllas que permitan la subsistencia misma de las personas).

#### E. Análisis desde una perspectiva comparada.

A través de la *mittelbare Drittwirkung* analizada en el Capítulo Segundo, sería posible que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través del juicio de amparo, analizara la constitucionalidad de las disposiciones de la leyes especiales aplicables al crédito bancario, para determinar la forma en que éstas vulneran libertades primarias o fundamentales.

Bajo esta perspectiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación pudiera dejar a un lado el criterio de especialidad de la ley que regula los contratos bancarios y con el cual se excusa de conocer y resolver sobre las afectaciones de derechos fundamentales - como es el caso de la libertad de decisión que afecta el derecho de subsistencia misma-, causadas por la celebración de contratos habilitados por dicha legislación especial.

Como lo he analizado en el Capítulo Segundo, este debate ha sido ya superado en la jurisprudencia de los tres países analizados en dicho Capítulo Segundo, en los que sus respectivas Cortes Supremas han estudiado y resuelto sobre la legitimidad de restringir la libertad de contratar y otros derechos patrimoniales para lograr la protección, viabilidad y vigor de derechos fundamentales afectados por esos derechos patrimoniales. En algunos de los casos analizados en dicho Capítulo Segundo, se muestra la manera como el juez puede dejar sin efecto una legislación específica cuando es ésta aplicada por particulares afectando los derechos fundamentales de otros particulares.

Este tipo de resoluciones, siguiendo la experiencia del Derecho Español y el Derecho Alemán, deben siempre cumplir con los criterios de racionalidad y proporcionalidad, justificando (a) la necesidad de la restricción como la alternativa más viable y menos lesiva para lograr el objetivo buscado (en esta caso, la subsistencia misma de los deudores), y (b) el grado de restricción del derecho

patrimonial en la proporción requerida para lograr la promoción del derecho a salvaguardar (el derecho a la subsistencia).

Aplicando estos criterios a este caso a *contrario sensu* formulo las siguientes preguntas:

¿A través de la celebración de los contratos de crédito bancarios que la Suprema Corte de Justicia autorizó por estar éstos permitidos, según su opinión, por la legislación bancaria, se logra la viabilidad y vigor de los siguientes derechos fundamentales: (i) el derecho a la subsistencia afectado por la excesiva onerosidad de los contratos de crédito al volverse éstos impagables por las excesivas tasas de interés resultantes por los múltiples créditos otorgados simultáneamente y el nivel de ingreso del deudor y éste no contar con recursos suficientes para subsistir como resultado de los altos pagos destinados para cubrir los créditos contratados, (ii) la prohibición de hacerse justicia por sí mismo mediante esquemas contractuales que sirvan de mecanismos alternos para el cobro de intereses de otra manera prohibidos, y (iii) el derecho al fomento económico, empleo y justa distribución de la riqueza que permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos?

Personalmente yo opino que no se logra la viabilidad y vigor de los derechos fundamentales a los que se refiere esta controversia, sino que por el contrario, los lesiona.

Por ello considero que desde esta perspectiva comparada del Capítulo Segundo, es posible y necesario que el Poder Judicial, le otorgue a los derechos fundamentales la importancia que tienen y asegure su efectividad -como derechos indisponibles y universales- resolviendo en favor de ellos cuando entren en tensión frente a derechos patrimoniales -que son disponibles y particulares-.

F. Consideraciones y conclusiones del análisis del caso.

Dentro de los temas analizados en esta resolución, se discutió el cobro excesivo de intereses y el consecuente aumento de la deuda apartándose de las condiciones de mercado, como consecuencia de la falta de un análisis adecuado entre la situación económica del acreditado y su previsible capacidad de pago; lo cual llegaba a producir a largo plazo una afectación mercantil y comercial para el banco por no cobrar lo que se pactó, pero aún mayor para el cliente pues se comprometería su ingreso a futuro.

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación concluyó que dichos riesgos son asumidos por ambos contratantes, por lo que la falta de un estudio o análisis adecuado de la capacidad de pago del cliente en nada afecta la validez y exigibilidad de los contratos de apertura de crédito celebrados.

Así lo afirmó la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Tesis Jurisprudencial 60/1998:

De lo anterior se sigue que el contrato de apertura de crédito que se celebra entre el acreditante y el acreditado, tiene por objeto que el primero ponga a disposición del segundo una suma de dinero, o se obligue a contraer por cuenta del acreditado una obligación, y la cual el segundo debe pagar el principal y los accesorios convenidos. Por tanto, si en el aludido dispositivo no se precisa como elemento del contrato la realización del estudio de viabilidad económica, ni se precisa que sea la condición indispensable para su otorgamiento (consentimiento), es evidente que la falta de realización de ese estudio, no puede traer como consecuencia la nulidad del contrato.<sup>375</sup>

No identifico en la Tesis Jurisprudencial 60/1998 un análisis de fondo que verse sobre la afectación de derechos fundamentales de los clientes de los bancos en términos del artículo 17 Constitucional.

---

<sup>375</sup> Tesis: P./J. 60/98, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VIII, Octubre de 1998, p. 407.

En defensa de los cálculos de intereses efectuados por los bancos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación concluyó lo siguiente:

De las anteriores precisiones, puede válidamente concluirse que el pacto de referentes o índices variables se encuentra permitido a través de las disposiciones correspondientes; por otro lado, se concluye también, que la remisión a instrumentos financieros no les resta precisión, pues si bien existe cierta dificultad sobre la forma de llegar a conocer exactamente el monto de las obligaciones a cargo de los deudores, la determinación de cuál es la tasa de interés aplicable a cada vencimiento, es objeto de consentimiento recíproco de las partes desde el momento del nacimiento del contrato; lo único que resta por hacer, es aplicar los procedimientos de cálculo que señalan los contratos.<sup>376</sup>

Noto en esta Tesis Jurisprudencial 60/1998 la total preponderancia de la autonomía contractual y el cumplimiento de los contratos conforme a lo expresamente pactado, sin importar las afectaciones a derechos fundamentales o efectos adversos causados por dicho cumplimiento, en casos donde no hay ni siquiera claridad y conocimiento por los deudores de las consecuencias asumidas en términos de los contratos celebrados.

En el párrafo citado, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce que existe cierta dificultad sobre la forma de llegar a conocer exactamente el monto de las obligaciones a cargo de los deudores, por la complejidad que resulta de la remisión a instrumentos financieros. Sin embargo, ésta concluye, los contratantes deberán cumplir con dichas obligaciones en los términos que hayan pactado:

El banco no cuantifica arbitrariamente entre las tasas de referencia mencionadas en el contrato, sino que espera que los datos que la realidad objetiva arroja, indiquen cuál será la tasa de referencia que resultará base para la aplicable, para un período determinado, de conformidad con las reglas que, para estos efectos, los contratantes han establecido.<sup>377</sup>

---

<sup>376</sup> *Ibidem*, p. 471.

<sup>377</sup> *Idem*.

En el anterior párrafo claramente se observa la forma en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelve la Tesis Jurisprudencial 60/1998, obligando a las partes a cumplir con lo expresamente establecido en el contrato correspondiente.

En cuanto al tema relacionado con la presunta simulación, consistente en la celebración del contrato de apertura de crédito adicional para el pago de los intereses generados conforme el contrato de apertura de crédito principal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que el contrato de apertura de crédito adicional para el pago de intereses pactado en el mismo instrumento o en otro, no encubre el establecimiento ilícito de intereses sobre intereses.<sup>378</sup>

Abundando sobre este tema, la Tesis Jurisprudencial 60/1998 establece lo siguiente:

Esta conclusión se pone de manifiesto con mayor claridad, si se tiene en cuenta que el contrato de apertura de crédito para responder por intereses, puede ser convenido con el mismo banco con el que se pactó la obligación primaria, pero en instrumento distinto, o bien, con otro banco, hipótesis en las que se evidencia que ni siquiera puede existir, materialmente, capitalización de intereses.<sup>379</sup>

Se reitera así en esta Tesis Jurisprudencial 60/1998 la relevancia que la Suprema Corte de Justicia de la Nación otorga a la voluntad de las partes contratantes y la libertad con la que dicha voluntad goza.

No obstante lo anterior, diversos integrantes del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitieron un voto de minoría en relación con la resolución antes mencionada,<sup>380</sup> declarando que así se ha querido dar a la voluntad de las partes un alcance que otorga a la libertad contractual una magnitud que en esta

---

<sup>378</sup> *Ibidem*, p. 518.

<sup>379</sup> *Ibidem*, p. 519.

<sup>380</sup> Voto minoritario de los Ministros Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VIII, Octubre de 1998, Página: 335.

materia rebasa al interés social, al público y a la propia técnica jurídica. Asimismo, en dicho voto disidente quienes lo emitieron afirman que de aceptarse esta tesis, no habrá limitación alguna para la regulación del tema cobro de interés sobre interés, capitalización ilícita de intereses pues al considerarse suprimida esa regulación, como se propone interpretar y dejarse a la libre voluntad de las partes, podría pensarse que se estableció una zona libre jurídica para unos actos de comercio y los contratos de apertura de crédito.

Este voto de minoría es de suma importancia para los objetivos del presente trabajo, debido a que sirve de soporte para la defensa que he venido haciendo a lo largo del mismo en relación con las válidas limitaciones a la libertad de contratar a ser impuestas por el Poder Judicial, cuando las partes en ejercicio de la misma pretendan rebasar al interés público y social.

En relación con lo analizado en este voto de minoría, quisiera resaltar las reformas aprobadas a la Ley de Instituciones de Crédito, así como a la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros, Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 25 de junio de 2009, estableciendo una serie de reglas y facultades para lograr la transparencia y sanas prácticas de los servicios financieros y una mayor supervisión de los denominados contratos de adhesión elaborados unilateralmente por las entidades financieras.

Resulta relevante que conforme a las reformas antes mencionadas, se otorguen al Banco de México facultades para emitir disposiciones de carácter general para regular las tasas de interés,<sup>381</sup> comisiones y pagos anticipados y adelantados de las operaciones que las entidades financieras realicen con sus clientes.<sup>382</sup> Igual de relevante resulta la obligación de que los mencionados contratos de adhesión que utilicen las entidades financieras para documentar

---

<sup>381</sup> En el entendido que conforme a lo dispuesto por el artículo 18 Bis de la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros, para aquéllos créditos, préstamos o financiamientos revolventes asociados a una tarjeta de crédito que otorguen las entidades financieras, solamente se podrá pactar una sola tasa de interés ordinaria máxima y, en su caso, una sola tasa de interés moratoria máxima.

<sup>382</sup> Artículo 4º de la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros.

operaciones masivas cumplan con los requisitos que mediante disposiciones de carácter general establezca la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, así como las facultades de dicha Comisión para suspender el uso de los mismos.<sup>383</sup>

Asimismo, en otro paquete de reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2010, se reformó el artículo 4º de la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros antes mencionada, para otorgar facultades al Banco de México para que éste propicie que las entidades financieras otorguen préstamos o créditos en condiciones accesibles y razonables -en cuyo caso se podrán tomar en cuenta fórmulas de derecho comparado relevantes-, así como propiciar que los sectores de la población de bajos ingresos no queden excluidos de los esquemas de crédito.

En la época en la que se terminó de imprimir el presente trabajo, el Congreso Mexicano estaba analizando una nueva serie de reformas para incentivar el otorgamiento de créditos bancarios con mejores condiciones para los usuarios de los servicios financieros. Por tal razón el presente trabajo no analiza dichas reformas, las cuales pudieran ser ya objeto de una investigación complementaria en fecha posterior.

Se muestra así el interés del Estado en regular las condiciones conforme a las cuales los bancos y sus clientes podrán contratar créditos y restringir dichos derechos patrimoniales en la medida necesaria para proteger el derecho de subsistencia de los deudores que pudiera comprometerse ante excesivas tasas de interés en condiciones abusivas comparadas con otros países.

No existe por lo tanto razón para que el Poder Judicial se autoexcluya de este ámbito de intervención.

---

<sup>383</sup> Artículo 10 de la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros.

Preocupa que esto suceda, cuando es exclusivamente el Poder Judicial el que cuenta con las facultades para hacer que se cumplan y respeten los preceptos Constitucionales, en particular los derechos fundamentales protegidos por dichos preceptos Constitucionales.

Sin duda, existen ciertos derechos fundamentales en riesgo ante la contratación con condiciones abusivas para una de las partes, dejando a la otra parte en un estado de indigencia, tales como la salud - ante la falta de recursos económicos generados por créditos mal otorgados, sin el análisis necesario para confirmar la capacidad de pago-, o incluso la vida misma - ante la falta de recursos económicos para subsistir, como consecuencia de la excesiva carga financiera impuesta por las condiciones abusivas contenidas en los contratos de apertura de crédito-.

No considero entonces que el Poder Judicial deba ser ajeno a esta temática escudándose en que las partes son libres de contratar y quedan obligadas al cumplimiento de lo expresamente pactado.

¿De qué les sirve a los ciudadanos ejercer la libertad contractual, si cada vez son más pobres, menos libres y más limitados en cuanto a sus posibilidades de desarrollo? En relación con este tema, Joseph Stiglitz y Andrew Charlton afirman que los acuerdos en materia de servicios financieros deberían ser examinados para confirmar si existe protección en los países en proceso de desarrollo para tener acceso a créditos. En particular, afirman, es necesario reconocer expresamente el derecho para imponer requerimientos de préstamo para forzar el otorgamiento de crédito a sectores de la población que no tengan acceso al mismo (en forma análoga a los requerimientos contenidos en la Community Reinvestment Act de los Estados Unidos de América).<sup>384</sup>

---

<sup>384</sup> Charlton, Andrew y Stiglitz, Joseph, *Fair Trade for All, op. cit., supra*, p. 152.

¿Acaso como resultado de la Tesis Jurisprudencial 60/1998 los ciudadanos han recibido durante estos 15 años más créditos y en mejores condiciones por el reconocimiento de esta “autonomía de la voluntad” o “liberalidad en la contratación de créditos?”

Para responder esta pregunta recurro a los autores Isabel Guerrero, Luis Felipe López Calva y Michael Walton,<sup>385</sup> quienes afirman que el mercado bancario en México continúa altamente concentrado en unos cuantos bancos, con bajos índices de préstamos a sectores de negocios que resultan inusualmente bajos en comparación con los estándares internacionales; siendo una signo distintivo que las pequeñas y medianas compañías del sector privado prácticamente están excluidas del sistema de créditos bancarios.

Para el propio Keynes, este tema resulta de gran relevancia, como se puede notar en la siguiente cita:

Porque nada puede mantener la integridad de los contratos entre los individuos sino la autoridad discrecional del Estado para revisar lo que se ha vuelto intolerable.<sup>386</sup>

En relación con la generación de intereses por el capital, Keynes opina lo siguiente:

Si las acreencias de los intereses creados se expandieran sin moderación durante varias generaciones, la mitad de la población sería poco menos que esclava de la otra mitad.<sup>387</sup>

Para Keynes existe entonces una clara afectación de las libertades primarias, generada por el ejercicio de la libertad contractual en materia de acreencia de intereses que se expandieran sin moderación.

---

<sup>385</sup> Guerrero, Isabel, López Calva, Luis Felipe y Walton, Michael, “The Inequality Trap and its links to low growth in Mexico”, en Levy, Santiago y Walton, Michael (eds.), *No Growth Without Equity? Inequality, Interests, and Competition in Mexico*, EUA, Palgrave Macmillan y The World Bank, 2009, p. 132.

<sup>386</sup> Keynes, John Maynard, *Breve tratado sobre la reforma monetaria*, trad. de Carlos Rodríguez Braun, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 81.

<sup>387</sup> *Idem.*

Sobre la facultad que tiene el Estado de intervenir ante este tipo de situaciones, el propio Keynes afirma que “*el Estado jamás debe descuidar la importancia de actuar en la vida cotidiana de modo de promover la certidumbre y la seguridad en los negocios; pero cuando hay que adoptar decisiones vitales, el Estado es un cuerpo soberano cuyo objetivo es promover el máximo bien para el conjunto*”.<sup>388</sup>

Identifico de esta manera dos perspectivas, una del Poder Judicial y otra del Poder Legislativo, en torno a la necesidad de intervención estatal en la esfera de los contratos mercantiles en protección del interés de la colectividad.

Sucede que el Poder Ejecutivo decide si aplica o no la legislación y reglamentación en vigor, causándose en caso de incumplimiento sanciones de tipo administrativas para los infractores de la misma.

Siguiendo las ideas de Rawls, Locke y Rouseau, propongo que el Poder Judicial intervenga en su papel autónomo e independiente para que también custodie los derechos de los más débiles, pues ello repercutirá en una mejoría de la colectividad en general.

Ante la objeción de que los jueces no deben o pueden inmiscuirse en este tipo de temas, por no contar con la información o entrenamiento requeridos,<sup>389</sup> considero que corresponde a los actores sociales proporcionar a los jueces precisamente la información requerida para que, a través de sus decisiones judiciales, se logren resoluciones benéficas para la colectividad.

La obra citada en la nota al pie de página precedente, precisamente nos ofrece una alentadora fuente de información relativa a casos judiciales surgidos en países en vías de desarrollo, tales como Sudáfrica, Brasil, Nigeria, India e

---

<sup>388</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>389</sup> Brinks, Daniel M. y Gauri, Varun, *Courting Social Justice, Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, *op. cit.*, *supra*, p. vii.

Indonesia, sobre demandas que versan sobre derechos fundamentales de naturaleza social y económica, así como un análisis de la efectividad de las resoluciones dictadas en beneficios tangibles para sectores amplios de la población y no solamente para quien las promueve. Una de las conclusiones en la misma contenida, establece que la legalización de derechos sociales y económicos, puede proporcionar cierta dignidad a aquéllos que en nuestro mundo continúan viviendo en condiciones de extrema pobreza.<sup>390</sup>

Los casos analizados en la obra antes citada confirman que las decisiones judiciales pueden impugnar la imparcialidad de la doctrina contractual, reconociendo sus implicaciones redistributivas y tratando de alinear reglas contractuales con objetivos constitucionales; dichas decisiones indican la facultad y disponibilidad de los tribunales en cuestión para analizar con escrutinio los términos contractuales a la luz de las normas constitucionales.<sup>391</sup> Se dice así, que en ciertas situaciones los derechos socio-económicos facultan a los tribunales ocupar un espacio para la interpretación dentro del cual se reconfiguran los derechos de propiedad a la luz de las aspiraciones públicas.<sup>392</sup>

### **III. Posibilidad de pactar cláusulas restringiendo, por cierto tiempo, la libertad de prestar servicios a ciertas personas y de contratar a determinados empleados.**

#### **A. Resumen general del caso.**

Este caso ofrece un ejemplo en el que una parte en un contrato, después de haber firmado éste, considera que el mismo contiene ciertas disposiciones que aún siendo acordadas en pleno ejercicio de su libertad de contratar en términos de la legislación civil, vulneran en alguna medida otras libertades fundamentales que deben ser protegidas por el poder judicial.

---

<sup>390</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>391</sup> *Ibidem*, p. 290.

<sup>392</sup> *Ibidem*, p. 295.

El caso en cuestión es relevante para reafirmar la actual tendencia seguida por el Poder Judicial en México respecto a la mal interpretada libertad negocial para supuestamente permitir el libre comercio e intercambio comercial, cuando en realidad sí hace falta la intervención del Poder Judicial para tutelar que los ciudadanos se apeguen al cumplimiento de la Constitución al celebrar contratos - en particular, al cumplimiento y respeto de las garantías y derechos fundamentales-.

La controversia deriva de la celebración de un convenio de separación de socio celebrado entre el Señor Moisés Curiel García y Mancera, S.C. con fecha 5 de julio de 2004, por medio del cual ambas partes dieron por concluida la relación de negocios que mantenían. En virtud de este convenio, el Señor Curiel asumió por un tiempo determinado ciertas obligaciones de no hacer, así como diversas penalizaciones aplicables en caso de incumplimiento con esas obligaciones de no hacer.

El Señor Curiel impugnó a través de diversas instancias que analizaré a continuación, la validez de las cláusulas pactadas por considerar que éstas atentaban contra su libertad, en particular su libertad de comercio y profesión garantizada en términos del artículo 5 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyos párrafos primero, quinto y sexto, respectivamente establecen las siguientes prohibiciones: (i) impedirle a cualquier persona que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo éstos lícitos, (ii) privar a las personas del producto de su trabajo, sino por resolución judicial, (iii) celebrar contratos, pactos o convenios que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa, y (iv) celebrar convenios en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio.

La primera instancia, consistió en el Juicio Ordinario Civil promovido por Mancera, S. C. en contra del Señor Moisés Curiel García, ante el C. Juez Segundo de lo Civil de la ciudad de México, D.F., dentro de las constancias del expediente 141/05. Sobre dicho juicio ordinario recayó la sentencia de fecha 29 de agosto de 2005, en términos de la cual se confirmaba la validez del convenio pactado entre Mancera, S. C. y el Señor Moisés Curiel García y se instruía a éste último al cumplimiento del mismo.

El Señor Curiel inició así un juicio de amparo que fue resuelto por el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y una vez que fueron recibidos los autos, su Presidente, por auto de 25 de enero de 2006, admitió a trámite la demanda de amparo y en sesión de fecha 24 de marzo del mismo año, dicho Tribunal Colegiado, funcionando en Pleno, determinó negar el amparo solicitado.

Inconforme con la anterior determinación, el Señor Curiel interpuso recurso de revisión, el cual fue admitido por el Presidente de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante acuerdo de fecha 24 de abril de 2006, aceptando la competencia de la Primera Sala para conocer del recurso de revisión.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió declarar infundados e inoperantes los agravios expuestos por el Señor Curiel y, por tanto, desechó el amparo directo en revisión.

#### B. Descripción de la tensión existente y derechos en conflicto.

La tensión de derechos en este caso, deriva de la cláusula sexta del convenio de separación de socio ya referido, celebrado entre el Señor Curiel y Mancera, S.C., misma que establecía lo siguiente:

El socio que sea excluido o separado de la sociedad no podrá ofrecer, ni prestar directa ni indirectamente sus servicios profesionales durante un término de dos años (ya sea que la profesión la ejerza individualmente o como miembro de otro despacho de contadores públicos o consultores de cualquier otra organización o empresa), a los clientes que tenga el despacho Mancera, Sociedad Civil, en la fecha de su separación o que haya tenido durante los tres años anteriores a la separación, bajo la pena en caso contrario de perder a favor del despacho cualquier saldo a su favor y la de pagar un veinticinco por ciento sobre el importe bruto de los honorarios que perciba o debiera percibir, por concepto de daños y perjuicios causados a la sociedad y/o a los socios de Mancera, Sociedad Civil, como resultado de la violación a esta cláusula. Además desde ahora se compromete a no hacer competencia desleal, en su sentido más amplio, a la sociedad. El socio que sea excluido o que se separe de la sociedad (Mancera, S.C.), no podrá ofrecer ni podrá emplear, ni contratar los servicios de los empleados o socios del despacho ya sea en forma individual o como miembro de otro despacho de contadores públicos o consultores, durante un término de dos años contados a partir de su separación, bajo la pena en caso de violación a esta disposición de perder a favor del despacho cualquier saldo que hubiere a su favor y de pagar un importe equivalente al cincuenta por ciento del importe bruto de los ingresos que por concepto de salarios o retiros a cuenta de utilidades y otras prestaciones hubiera tenido durante los últimos doce meses como empleado o socio de Mancera, Sociedad Civil.<sup>393</sup>

En términos de esta cláusula, las partes contratantes acordaron una obligación de no hacer a cargo del Señor Curiel consistente en lo siguiente:

- (i) Durante un término de dos años, el Señor Curiel no podría prestar sus servicios profesionales a los clientes que tenga el despacho Mancera, Sociedad Civil, en la fecha de su separación o que haya tenido durante los tres años anteriores a la separación. La propia cláusula, como hemos visto, establece que en caso de incumplimiento de dicha obligación, el Señor Curiel perdería en favor del despacho Mancera, Sociedad Civil cualquier saldo a su favor y adicionalmente quedaría obligado a pagar un veinticinco por ciento sobre el importe bruto de los honorarios que perciba o

---

<sup>393</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo directo en revisión 618/2006 Moisés Curiel García, 31 de mayo de 2006, p. 8.

debería percibir, por concepto de daños y perjuicios causados a la sociedad y/o a los socios de Mancera, Sociedad Civil, como resultado de la violación a esta cláusula.

- (ii) No hacer “competencia desleal”, en su sentido más amplio, al despacho Mancera, Sociedad Civil.
  
- (iii) Durante un término de dos años, el Señor Curiel no podría ofrecer empleo, ni emplear, ni contratar los servicios de los empleados o socios del despacho Mancera, Sociedad Civil. En caso de incumplimiento de esta obligación, las partes acordaron que el Señor Curiel perdería a favor del despacho Mancera, Sociedad Civil cualquier saldo que hubiere a su favor y adicionalmente pagaría un importe equivalente al cincuenta por ciento del importe bruto de los ingresos que por concepto de salarios o retiros a cuenta de utilidades y otras prestaciones hubiera tenido durante los últimos doce meses como empleado o socio de Mancera, Sociedad Civil.

El quejoso fundamentó el juicio de amparo directo en revisión argumentando la nulidad de la cláusula antes transcrita, al considerar que la misma le restringía su libertad de comercio y profesión garantizada en términos del artículo 5 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que hemos ya analizado anteriormente.

El Señor Curiel argumentó lo siguiente:

*...el Tribunal resolutor se encontraba obligado a decretar en su improcedente resolución lo siguiente: --- a) La existencia de un precepto constitucional y la interpretación de éste. --- b) Si el convenio base de la acción y específicamente la cláusula sexta del mismo, contraviene o es contraria al artículo 5° constitucional. --- c) Si la cláusula sexta del convenio base de la acción contraviene*

*los párrafos primero, quinto y sexto del artículo 5° constitucional como consecuencia del alcance de estos preceptos... era obligatorio precisar en su resolución, si se actualizaban las hipótesis del artículo constitucional referido en sus párrafos primero, quinto y sexto, a fin de determinar si el estado no puede permitir que se llevara a cabo el convenio base de la acción o si este es nulo o inexistente por contener como objeto un menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de las personas.*<sup>394</sup>

El referido Tribunal en efecto no entró al análisis de la nulidad o inexistencia de la cláusula en disputa, debido a que en su opinión al Señor Curiel no se le prohibió abandonar el despacho para el cual trabajaba y moverse a otro. La resolución no precisa si el referido Tribunal no consideró si el mismo contaba con facultades para realizar el análisis de la nulidad o inexistencia de la cláusula o, si aún teniéndolas, decidió no ejercer dichas facultades.

En respuesta a dichos argumentos, el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito precisó lo siguiente:

...en los conceptos de violación, el inconforme no controvierte lo estimado por el tribunal ad quem, en el sentido de que en el convenio fundatorio de la acción no hay prohibición para el apelante de realizar el libre ejercicio de alguna actividad profesional, sino simple y llanamente el deber de respetar el patrimonio y clientela de la sociedad de la que se separa, además de que la cláusula sexta no restringe o coarta al impugnante el ejercicio de su profesión frente a terceros, sino que atiende al deber de lealtad que todo socio o exsocio debe tener con la persona moral de la cual se separa, tan es así, que el apelante reconoció, al contestar la demanda, que actualmente labora en Baker & McKenzie México, Sociedad Civil, además de que la referida cláusula tampoco contiene un pacto de renuncia temporal a ejercer una profesión, sino que sólo contiene el compromiso del recurrente de no hacer competencia desleal en su sentido más amplio a la sociedad de la que se separa, amén de que la libertad de trabajo no desvirtúa los deberes de lealtad y probidad convenidos en la cláusula citada y que sólo afectan al interés privado del que las hizo por lo que la cláusula referida es acorde al artículo 1796 del Código Civil.<sup>395</sup>

---

<sup>394</sup> *Ibidem*, pp. 20-21.

<sup>395</sup> *Ibidem*, p. 6.

De esta manera, el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito no consideró que la cláusula controvertida prohibiera al Señor Curiel realizar el libre ejercicio su actividad profesional, introduciendo en su resolución los términos de “deber de respetar” y “deber de lealtad” aplicables al Señor Curiel al decidir separarse del despacho Mancera, Sociedad Civil e incorporarse a un nuevo despacho, Baker & Mckenzie México, Sociedad Civil.

Es decir, para el referido Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, el Señor Curiel tenía una obligación de respetar y ser “leal” al despacho del cual se separaba y, por lo tanto, no podría continuar asesorando a sus propios clientes, ni contratar a quienes venían laborando con él en el despacho Mancera, Sociedad Civil por un plazo de dos años a partir de su separación. Lo anterior, lo interpretó el referido Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en términos de lo expresamente pactado en el convenio de separación antes señalado.

Aunado a esos deberes de “respeto” y “lealtad” referidos por el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en su resolución, el mismo Tribunal consideró que la cláusula que originó la controversia tampoco contenía un pacto de renuncia temporal a ejercer una profesión, sino que preveía un compromiso de “no hacer competencia desleal” al despacho del que el Señor Curiel se separaba, exigiéndole además al Señor Curiel cumplir con un nuevo deber - el “deber de probidad”- que en opinión de dicho Tribunal, había sido también convenido en la cláusula en disputa en concordancia con la libertad de contratar establecida en el artículo 1796 del Código Civil.

#### C. Resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Como lo he ya referido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró

infundados e inoperantes los agravios expuestos por el Señor Curiel y, por tanto, desechó el amparo directo en revisión.

Con ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reafirma lo que ya es criterio reiterado que la inconstitucionalidad de una norma se actualiza cuando se contraponen a un artículo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y no con una disposición secundaria, esto es, el análisis de un precepto emanado del órgano investido de facultad legislativa sólo puede ser confrontado cuando es violatorio de las garantías que consagra la Carta Fundamental. En congruencia con tal criterio, la propia Corte concluyó que resultan inoperantes los agravios que impugnan las cláusulas de un convenio, en el cual se estipulan obligaciones recíprocas y no la inconstitucionalidad de alguna disposición secundaria o un precepto que regule lo relativo a los convenios, ya que se trata de una cuestión de legalidad, en tanto que es un acuerdo de voluntades que no está investido de las características o atributos propios de una norma de derecho general, impersonal y abstracta, por lo que en sí mismo no puede estimarse violatorio de la Constitución Federal.<sup>396</sup>

Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación afirmó lo siguiente:

...los agravios hechos valer por el recurrente, no pueden ser abordados por esta Primera Sala en razón de que ni en los conceptos de violación ni en la sentencia sujeta a revisión, se hizo un planteamiento o, en su caso, un análisis de una norma general, impersonal y abstracta, emanada del órgano constitucional investido de facultad legislativa que hubieren sido confrontada contra las garantías que consagra el artículo 5° del Pacto Federal, sino que se controvirtió la voluntad bilateral de las partes que celebraron en un convenio, en el cual se

---

<sup>396</sup> Registro No. 174557

Localización: Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXIV, Agosto de 2006

Página: 251

Tesis: 1a. CXLI/2006

Tesis Aislada

Materia: Común

estipularon obligaciones recíprocas, cuestiones de mera legalidad, que no son parte de la competencia de este Alto Tribunal, máxime que en su demanda no se señaló ninguna disposición secundaria que fuera contraria a la Constitución, esto es, para combatir la constitucionalidad de un precepto que regule lo relativo a los convenios, como en el caso, los artículos del Código Civil para el Distrito Federal, que indican la forma y términos en que se deben obligarse las partes, y que ello fuere contrario a la Constitución, el quejoso ahora recurrente en sus conceptos de violación así como en sus agravios no expresó qué artículos de la Codificación Civil son contrarias a la Carta Magna, sino lo que se pretende es el análisis de un acuerdo de voluntades por estimarlo violatorio de la misma, que como ya se informó, son aspectos de mera legalidad, que ya fueron analizados por el Tribunal Colegiado a quo.<sup>397</sup>

En esta resolución se puede nuevamente constatar con claridad el criterio del Poder Judicial respecto a la plena autonomía de la voluntad en materia contractual, ya que si un convenio o contrato es firmado y acordado por mutuo consentimiento de las partes y el mismo cumple con la legislación civil, el Poder Judicial se declara expresamente incompetente para entrar al análisis constitucional o de violación de garantías que de dicho acuerdo de voluntades emane, al no ser éste un acto legislativo.

#### D. Análisis teórico conceptual de los derechos en conflicto.

El derecho fundamental en conflicto en este caso es la libertad de decisión del Señor Curiel afectada por las cláusulas del convenio ya señaladas en cuanto que por lo excesivo de la pena convencional por ellas establecida (i) se impediría al Señor Curiel que se dedicara a su profesión, industria, comercio o trabajo en la misma medida en que lo hacía antes de firmar el convenio referido, (ii) en caso de incumplimiento del contrato se privaría al Señor Curiel del producto de su trabajo, al comprometer la totalidad de su ingreso más ciertos porcentajes adicionales, (iii) produciría el menoscabo de la libertad de decisión del Señor Curiel al restringirle la posibilidad de contratar a las personas que trabajaban con él y atender a sus clientes por un plazo determinado, ya que de lo contrario, tendría que cubrir la

---

<sup>397</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo directo en revisión 618/2006 Moisés Curiel García, 31 de mayo de 2006, p. 32.

pena convencional antes señalada consistente prácticamente en la totalidad de sus ingresos por dicho plazo más los porcentajes ya señalados, y (iv) restringiría la libertad de decisión de las personas que trabajaban con el Señor Curiel, así como de sus clientes, por no poder trabajar con él durante un plazo determinado aunque tanto ellos como él desearan hacerlo, salvo que él pagara la excesiva pena convencional consistente en la totalidad de sus ingresos más los citados porcentajes.

El derecho patrimonial, en este caso es la libertad de contratar tanto del Señor Curiel, como del despacho a quien él prestaba sus servicios.

Desde la perspectiva teórico conceptual, tanto el Tribunal Colegiado, como la Suprema Corte de Justicia debieron analizar la constitucionalidad del Código Civil al permitir convenios de este tipo. Las partes contratantes y el Poder Judicial no debieran escudarse en la especialidad de la materia civil/contractual para evitar que este tipo de contratos queden sujetos a un control constitucional.

Reitero que el derecho a contratar, como derecho patrimonial, es un derecho disponible y particular frente a la libertad de decisión de las personas como derecho fundamental -universal y general- en este caso referido en el artículo 5º Constitucional ya analizado.

Llama de nueva cuenta la atención que sea el Poder Legislativo el que se anticipe a este tipo de afectaciones y haya previsto, tanto en el Código Civil para el Distrito Federal, como de algunos estados del país, artículos relativos a la imprevisión de acontecimientos que generen que las obligaciones de las partes sean más onerosas, facultando a los jueces a determinar la modificación de las obligaciones con el fin de establecer el equilibrio contractual o la rescisión del contrato. Al final del Capítulo Segundo he hecho ya referencia a las recientes reformas en este sentido al Código Civil para el Distrito Federal.

¿Por qué entonces ni el Tribunal Colegiado de Circuito, ni la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizaron en este caso la desproporcional pena convencional que inhibiría las libertades ya señaladas y resolvieron sobre su reducción o nulidad de la misma?

En este caso particular los términos del convenio sí le permitían continuar al Señor Curiel practicando su profesión, pero de forma limitada, pues lo excesivo de la pena convencional pactada comprometía la totalidad de sus ingresos más porcentajes adicionales, si el Señor Curiel (a) continuaba prestando servicios a sus clientes que atendía en el despacho del cual se separaba, y (b) contrataba desde su nuevo despacho al personal que él mismo había contratado en el despacho del cual se separaba.

Por lo tanto, ni el Tribunal Colegiado ni la Suprema Corte de Justicia analizaron las afectaciones que lo excesivo de la pena convencional pactada en este convenio, causaban sobre la libertad de decisión prevista en los párrafos primero, quinto y sexto, respectivamente respecto a las prohibiciones de: (i) impedirle a cualquier persona que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo éstos lícitos, (ii) privar a las personas del producto de su trabajo, sino por resolución judicial, (iii) celebrar contratos, pactos o convenios que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa, y (iv) celebrar convenios en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio.

Es éste un caso en que los derechos de libertad se llegan a comprometer por particulares, escudándose éstos en el ejercicio de esa autonomía de la voluntad que perjudica dichos derechos.

Por lo tanto, la libertad de contratar debiera ceder frente a la libertad de decisión en la medida en que no se dañe su esencia y se logre un beneficio efectivo mediante su restricción.

De ser así, resultaría posible desde esta perspectiva teórico conceptual, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizara la tensión entre los derechos mencionados en los mismos términos que he propuesto respecto al caso analizado en el apartado anterior, para lograr la “protección más amplia” a las personas señalada por el Artículo 1º Constitucional. No es justificable que la Suprema Corte de Justicia proteja a toda costa la especialidad del Derecho Privado -en este caso el Código Civil-, sin analizar las repercusiones que la aplicación de éste tiene sobre derechos fundamentales por actos de particulares al ejercitar su autonomía de la voluntad en materia contractual prevista en el Derecho Privado.

Por lo tanto, también los actos jurídicos que se realicen al amparo de normas válidamente aprobadas por el Poder Legislativo deben quedar sujetos a un control constitucional, cuando éstos lesionen derechos fundamentales aún y cuando sean actos jurídicos realizados por particulares sin la intervención estatal. La revisión constitucional será entonces sobre la norma legal que habilita la realización del acto jurídico, pudiéndose restringir los derechos patrimoniales por ella tutelada en forma racional y proporcional para salvaguardar los derechos fundamentales que el ejercicio de éstos lesione.

#### E. Análisis desde una perspectiva comparada.

En los casos de los países analizados en el Capítulo Segundo se constata la posibilidad de que el Poder Judicial revise la constitucionalidad de normas aprobadas por el Poder Legislativo que habiliten actos de particulares cuando éstos lesionen derechos fundamentales, al ejercer derechos patrimoniales. Por el

contrario, también he explicado algunos casos en dichos países en los que el Poder Judicial sostiene la constitucionalidad de dichas normas.

Lo relevante del estudio comparativo para este caso en particular es entonces la posibilidad que el Poder Judicial tiene para analizar los derechos en conflicto y, después de hacer un análisis sobre la importancia de cada uno de los derechos involucrados y su impacto social, así como la utilidad de la restricción o habilitación de derechos, resuelva en consecuencia.

Considero que la Suprema Corte de Justicia de la Nación podría realizar este tipo de análisis, tan común ya en la jurisprudencia internacional y permitido por las propias leyes Mexicanas como lo señalan quienes emitieron su voto disidente en esta resolución y que analizaré en el siguiente apartado.

Aplicando el criterio de justificación de la necesidad de convenios similares a los celebrados por el Señor Curiel, formulo las siguientes preguntas:

¿ Los convenios de este tipo impulsan y hacen viable la libertad de decisión referida en este caso por el Artículo 5º Constitucional?

Yo opino que no, ya que son convenios que sí restringen la posibilidad de realización de la libertad de decisión.

¿En qué se beneficia la sociedad por la celebración de este tipo de convenios?

Personalmente yo no encuentro este tipo de convenios con un objetivo de lograr beneficios sociales; por el contrario, establece un costo tan alto que hace excesivamente costoso y, compromete la totalidad del ingreso de una persona, para permitir que los ex-colaboradores y clientes pueden continuar trabajando con quien celebró el contrato, por lo que ellos tampoco se benefician del convenio.

¿Entonces para qué permitir este tipo de convenios y otorgarles preeminencia frente a libertades fundamentales -como la libertad de decidir- si se trata de un derecho patrimonial, particular y disponible?

No existe impedimento para que el Poder Judicial en México sujete a una revisión constitucional los acuerdos entre particulares.

¿Por qué el Poder Judicial en México no ha estudiado criterios distintos al suyo en la jurisprudencia y derecho comparado en los que existen los casos analizados en los Capítulos Primero y Segundo de este trabajo en que se puede restringir la libertad de contratar y priorizar derechos fundamentales sobre aquélla?

Siguiendo el criterio de restricción a la libertad de decidir del Señor Curiel, de sus clientes y ex-colaboradores, pudiera concluirse que con la celebración del convenio analizado solamente se beneficia a la sociedad con la cual se celebró aquél. Entonces, la Suprema Corte de Justicia de la Nación podría realizar en casos como éste un ejercicio de ponderación como sí lo hacen las Cortes de Alemania, España y los Estados Unidos de América respecto a los derechos en conflicto, para resolver esa tensión con una justificación benéfica para la colectividad, como lo exige la tutela de los derechos fundamentales que se vean involucrados en dicha tensión.

Quizá desde esta perspectiva comparada la Suprema Corte de Justicia o el propio Tribunal Colegiado pudieron haber resuelto de una manera distinta este caso, ya sea restringiendo el ejercicio de la libertad contractual y anulando la aplicación de la pena convencional como lo exigía el Señor Curiel o reduciendo el monto de ésta, para salvaguardar la libertad de decisión tanto del Señor Curiel, como de sus clientes y ex-colaboradores y pudieran continuar todos ellos

trabajando conforme lo venían haciendo antes de la celebración del convenio que fue materia de la controversia.

#### F. Consideraciones y conclusiones del análisis del caso.

En la resolución del Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que negó el amparo al Señor Curiel, dicho Tribunal justificó su resolución en los conceptos de probidad, lealtad, respeto y competencia desleal como los elementos característicos de la obligación de no hacer asumida por el Señor Curiel y afirmar que la misma, al ser convenida en apego a lo dispuesto por la legislación civil, no resultaba violatoria -en opinión de dicho Tribunal- de las libertades fundamentales contenidas en el artículo 5 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¿De dónde provienen estos conceptos de probidad, lealtad y respeto aludidos por el referido Tribunal?

¿Quién define los conceptos de probidad, lealtad y respeto y por qué tienen tanta relevancia para no entrar al análisis de violación de las libertades fundamentales contenidas en el artículo 5 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos?

Me llama la atención el siguiente texto contenido en la resolución del referido Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito:

...es correcta la postura del tribunal ad quem, toda vez que la cláusula sexta del convenio fundatorio de la acción no le restringió ejercer la profesión que mejor le acomodara, ni se trató de una prohibición total o parcial a su libertad de trabajo, sino que su obligación consistió en un deber de lealtad y probidad para con los clientes y personal de la sociedad tercera perjudicada, puesto que no debe soslayarse que el quejoso conocía la organización y funcionamiento de Mancera, Sociedad Civil, así como el monto de los honorarios que en su caso cobraba dicha sociedad por el trabajo desempeñado y su cartera de clientes, lo cual, al ofrecer sus servicios en una

diversa sociedad, lo situaba en una posición de evidente ventaja lo que se traduciría en una clara inequidad para con la sociedad de la cual se separó.”<sup>398</sup>

En opinión del Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, el Señor Curiel se situaba en una “posición de evidente ventaja” frente a la sociedad de la cual se separó, al conocer la organización y funcionamiento de Mancera, Sociedad Civil, así como el monto de los honorarios que en su caso cobraba dicha sociedad por el trabajo desempeñado y su cartera de clientes.

¿No es lo usual que si un profesionista desarrolla su propia cartera de clientes y su propio equipo de profesionistas a quienes contrata, capacita y les paga sus remuneraciones durante cierto tiempo, puede considerarse a una organización que le retribuya más tanto a él, como a su equipo?

No considero que al buscar mejores oportunidades profesionales un prestador de servicios y su equipo de colaboradores se muevan libremente de una organización a otra, con la cartera de clientes que ellos solos hayan desarrollado sin la ayuda de la organización para la que trabajaban y al hacerlo estén violando esos deberes de “respeto”, “lealtad” y “probidad” aducidos por Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito para justificar su negativa para otorgar el amparo al Señor Curiel.

¿En realidad la separación del Señor Curiel y su equipo se tradujeron para la sociedad de la cual se separaron en una “clara inequidad” como lo señaló el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito?

Entiendo que dicho Tribunal haya considerado que el Señor Curiel no vio afectada su libertad de profesión al quedar en libertad de cambiarse a otra organización, como efectivamente lo hizo. Sin embargo, ésa no fue la razón por la

---

<sup>398</sup> *Ibidem*, p. 7.

que el Señor Curiel solicitó la protección de dicho Tribunal; lo que el Señor Curiel pretendía era la suspensión de los efectos de la cláusula que le imponía una excesivamente onerosa carga económica y pena convencional por haber ejercido precisamente su libertad de cambiarse de organización y que claramente comprometía su libertad para continuar prestando sus servicios profesionales en la manera en que lo venía haciendo antes de firmar el convenio de separación.

El Señor Curiel desde la primera instancia solicitó la protección del Poder Judicial para que éste declarase la nulidad de la cláusula en disputa, por considerar que los plazos, las penalizaciones y las cargas establecidas en la misma, aunque él la aprobó y firmó, afectaban su libertad fundamental contenida en el artículo 5 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por lo tanto, se puede afirmar que para el Poder Judicial en México, las partes en un contrato pueden asumir libremente las obligaciones y restricciones a sus actividades, sin considerarse afectadas sus libertades fundamentales. Esta resolución sostiene el mismo criterio que en el caso mencionado en el segundo apartado de este Capítulo Tercero, al permitir a los agentes económicos acordar contratos y exigir el cumplimiento de los mismos, conforme a lo expresamente pactado, sin ser necesario un análisis de la afectación que los mismos pudieran tener sobre libertades o derechos fundamentales.

Lo valioso de esta resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para efectos de este trabajo, es que la misma establece expresamente que el Poder Judicial no cuenta, en su opinión, con facultades para analizar aspectos constitucionales derivados de relaciones contractuales, las cuales deben quedar al libre albedrío de las partes. De esta manera, la Suprema Corte de Justicia de la Nación niega su competencia para intervenir y resolver en disputas entre particulares en relación con la protección y garantía de derechos fundamentales, que se vean vulnerados por los acuerdos y relaciones entre dichos particulares.

No obstante la negativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en resolver favorablemente el juicio de amparo directo en revisión 618/2006, es de rescatar el voto particular<sup>399</sup> de quienes votaron en contra de dicha negativa. Dicho voto particular afirma que la resolución antes señalada invita a cuestionar una cierta renuencia a explorar las posibilidades que, en los márgenes estrictos del derecho vigente, el amparo provee para introducir la perspectiva del enjuiciamiento constitucional en la esfera de relaciones entre particulares; asimismo, dicho voto particular plantea la necesidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no renuncie a emprender, sobre su legítima base, la revisión constitucional de un campo jurídico notorio: los conflictos en los que un particular denuncia que otro particular ha vulnerado sus derechos fundamentales.<sup>400</sup>

El voto particular abunda sobre este tema, declarando lo siguiente:

...hoy en día es una percepción generalizada que los derechos se ven tanto o más amenazados por las actuaciones de otros particulares que por las de las autoridades públicas, que la frontera entre lo público y lo privado es cada día más borrosa, y que, en realidad, las constituciones no son silentes respecto a ello, pues existe un consenso cada vez más amplio sobre el punto de que los derechos constitucionales están llamados a tener una eficacia “horizontal” - esto es, en las relaciones entre particulares - y no solamente vertical - esto es, en las relaciones entre poderes públicos y particulares-, cuestión esencialmente ligada al paso de un entendimiento meramente subjetivo de los derechos fundamentales a uno que les adiciona la dimensión objetiva, al llamado efecto de “irradiación” de los derechos fundamentales, al debate axiológico acerca de la teoría con la que deben interpretarse los derechos fundamentales.”<sup>401</sup>

Sobre el tema de las facultades con las que cuenta la Suprema Corte de Justicia de la Nación en esta materia, quienes emitieron su voto disidente opinan:

---

<sup>399</sup> Formulado por el Ministro José Ramón Cossío Díaz, al que se adhirió la Ministra Olga Sánchez-Cordero de García Villegas.

<sup>400</sup> Voto particular que formula el Ministro José Ramón Cossío Díaz, y al que se adhiere la Ministra Olga Sánchez-Cordero de García Villegas, en el amparo directo en revisión 618/2006, fallado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 31 de mayo de 2006, pp. 1-3.

<sup>401</sup> *Ibidem*, p. 4.

la Corte está llamada a revisar los significados que los Tribunales adscriben al texto constitucional el curso de sus operaciones de enjuiciamiento de leyes o de normas de rango inferior, o de actos de autoridades públicas, o de actos de particulares... y por lo tanto, se hace necesario destacar que el amparo directo en nuestro país permite a la Corte una vía de penetración importante en la revisión de la constitucionalidad de las interacciones entre particulares - que, por supuesto, no crea en el fondo nada nuevo en cuanto a que parte de normas constitucionales vigentes desde hace largo tiempo y en cuanto se refiere a cosas que ya se han estado haciendo - pero que es necesario rescatar de la invisibilidad y presentar y teorizar como tal.<sup>402</sup>

Por lo tanto, para quienes emitieron este voto disidente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través del juicio de amparo, cuenta con facultades suficientes para analizar la revisión de constitucionalidad de los contratos celebrados entre particulares, proponiendo incluso la fijación de un criterio de importancia y trascendencia que permita a la Corte escoger ciertos casos cuya resolución fortalezca con efectividad la vigencia de la libertad y la igualdad en el ámbito de las interacciones privadas.<sup>403</sup>

Sin embargo, la mayoría de los ministros y ministras integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación parecen no compartir este criterio, por lo que reservan su competencia solamente para revisar actos legislativos o administrativos, más no aquéllos que provengan de relaciones entre particulares cuando éstos ejercen su libertad de contratar, que vulneren derechos fundamentales y que deriven de regulación formulada por el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo.

En los tres casos analizados en este Capítulo Tercero, claramente identifiqué una tendencia marcada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación hacia el individualismo y la preeminencia de la autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales, sin importar su impacto social o en las libertades fundamentales. De

---

<sup>402</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>403</sup> *Ibidem*, p. 7.

esta manera, la autonomía de la voluntad es equiparada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a una garantía individual, a la cual hay que defender a toda costa, ya sea en contra (i) de reformas a la propia Constitución,<sup>404</sup> (ii) de libertades de otras personas, o (iii) de intereses colectivos.

En este sentido, el autor José María Abascal afirma que la reglamentación Mexicana sobre la contratación es en extremo liberal; los principios de la autonomía de la voluntad y del consensualismo privan en el Derecho Mexicano, especialmente en el campo del Derecho Mercantil.<sup>405</sup>

Sin embargo, considero que esta situación no debe permanecer como hasta ahora, sino que por el contrario, se deben tomar acciones para que esa autonomía de la voluntad beneficie a amplios sectores de la población, respetando en todo momento las libertades fundamentales de los actores que participan en el intercambio comercial. Y que cuando no sea así, el Estado -a través del Poder Judicial- actúe a petición de parte para remediarlo.

Coincidente con esta propuesta, el autor Alexei Julio Estrada, apoyándose en Canaris, Hermes y Singer,<sup>406</sup> afirma que el deber de protección de la esfera de la libertad contractual, “junto con las medidas legislativas para la protección de los más débiles, se convierte en un instrumento adicional con el que pueden corregirse las flaquezas del concepto formal de libertad de la autonomía privada.”

Apoyándome en las opiniones disidentes analizadas en el segundo y tercer caso sobre la necesidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación estudie

---

<sup>404</sup> Sobre este tema, el Ministro José Fernando Franco González Salas opina al referirse, entre otros casos, al amparo 525/2008 que “todavía habrá debate y revisión de estos aspectos al seno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación” debido a que en los temas fundamentales sobre el control jurisdiccional, sea de procedimiento o de fondo, de la reforma constitucional, en los amparos en revisión que resolvió el Pleno no hubo mayoría suficientes para formar jurisprudencia”. Franco González Salas, José Fernando, “La reforma ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *Estudios Sobre la Reforma Electoral 2007 Hacia un Nuevo Modelo*, México, *op. cit.*, *supra*, p. 120.

<sup>405</sup> Abascal Zamora, José María en Díez Picazo y Ponce de León, Luis (Ponente General), *Las Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, Madrid, Fundación BBV y Editorial Civitas, 1996, p. 67.

<sup>406</sup> Estrada, Alexei Julio, “Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los Derechos Fundamentales” en Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM y Editorial Trotta, 2007, p. 147.

la afectación de derechos fundamentales derivada de las relaciones contractuales, es que concluyo que a través de la ponderación judicial de derechos en tensión o en conflicto -refiriéndome a la libertad de contratar y de disposición de la propiedad en conflicto con la libertad de decidir u otros derechos fundamentales de terceros-, se pudiera atenuar la excesiva desigualdad y pobreza económica de amplios sectores de la población.

Propongo entonces que la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconsidere este criterio y se decida a analizar estas tensiones para resolver en cada caso en particular, haciendo un verdadero ejercicio de ponderación de los derechos y libertades en conflicto.

No estoy proponiendo inclinar la balanza en forma rígida y requerir la emisión de resoluciones siempre dándole prioridad absoluta a los derechos fundamentales sobre la libertad individual de contratar y disposición de la propiedad. La propuesta que formulo a través del presente trabajo es hacer un ejercicio de ponderación judicial, para emitir criterios a través de resoluciones judiciales que puedan ir elaborándose para cada caso en particular, buscando esa utilidad media que Rawls buscaba con sus teoría de la justicia y apoyándome en las ideas del contractualismo de Locke, de la justicia efectiva de Dworkin y de la clasificación de libertades de Ferrajoli, analizados en el Capítulo Primero.

Esta propuesta la sustento tanto en el análisis teórico del Capítulo Primero de este trabajo, como en el análisis comparativo de otros sistemas jurídicos del Capítulo Segundo.

Retomo así las ideas analizadas en el Capítulo Primero para que sea el Estado, a través del Poder Judicial, el encargado de actuar firmemente para que las relaciones derivadas del ejercicio de la libertad de contratar, queden sujetas al control constitucional. De esta manera, quienes intervengan en el intercambio contractual, podrán lograr los satisfactores necesarios en la medida de sus posibilidades, permaneciendo quizá las desigualdades naturales, pero no agravándose aún más éstas como resultados de dichos intercambios y afectando seriamente ciertos derechos fundamentales como la vida, la salud y la educación, entre otros.

## CONCLUSIONES

1. Los derechos fundamentales son un género y las libertades son una especie de dichos derechos fundamentales, siendo la libertad de decidir una subespecie de éstas libertades.

2. La libertad de contratar y el derecho de disponer de la propiedad son derechos patrimoniales.

3. El ejercicio de los derechos patrimoniales en algunos supuestos pueden llegar a afectar negativamente a los derechos fundamentales, incluyendo a la libertad de decidir.

4. Estas afectaciones de derechos fundamentales pueden llegar a producir, en consecuencia, un impacto negativo en aspectos económicos y sociales en amplios sectores de la población, requiriéndose así la intervención efectiva del Estado para remediar dicha situación.

Esta intervención se requiere en las siguientes situaciones:

- (i) el Poder Judicial, cuando se le presenten controversias derivadas del ejercicio de la libertad de contratar (como un derecho patrimonial), no solamente debe fundamentar sus decisiones en la simple aplicación de las leyes que a su vez regulen dicha libertad de contratar, sino realizar también un análisis de los efectos causados por dicha libertad de contratar de un individuo o entidad sobre la libertad de decisión de otros individuos o entidades (entendiendo la libertad de decisión de éstos otros individuos o entidades, como una subespecie de los derechos fundamentales); o
- (ii) el Estado (a) permita en exclusiva para sí mismo o para ciertos agentes económicos la realización de ciertas actividades económicas, (b)

otorgue tratamiento especial a ciertos agentes económicos para incentivar ciertas actividades económicas, o (c) imponga restricciones a ciertos agentes económicos, mermando el desarrollo de ciertas actividades, pudiendo en algunos de los tres supuestos estar afectando negativamente el ejercicio y desarrollo de la libertad de decisión (entendiendo la libertad de decisión como una subespecie de los derechos fundamentales) de ciertos sectores de la población cuando ésta se viera indirectamente afectada al reducirse sus opciones de vida, salud, educación, profesión, religión, vivienda y política en tales supuestos.

5. Los derechos fundamentales no deben quedar definidos solamente en un plano teórico o constitucional, sino que además deben ser (i) efectivamente ejercidos por quienes sean sus titulares, y (ii) respetados/garantizados por todos quienes actúen frente a ellos, sea el Estado o sean los particulares.

6. La libertad de decidir, como derecho fundamental, potencia el ejercicio de otros derechos fundamentales, ya que es a través de las decisiones y actos como se van ejerciendo dichos derechos.

7. La libertad tiene un desdoblamiento como (i) expectativa negativa (de no sufrir lesiones) que reclama abstención de los poderes públicos, la proscripción de los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio, y (ii) derechos de autonomía, definidos como aquéllos que crean un ámbito de libre desarrollo del titular del derecho garantizado por el Estado frente a interferencias o intromisiones de los poderes públicos, de los grupos sociales o de los demás individuos.

8. La libertad entendida como autonomía en virtud de la cual la persona se halla facultada para disponer de sí misma sin restricciones o amenazas impuestas por otros o por la comunidad política, se diferencia de la libertad negativa como aquella parte de su libertad que la comunidad política no pueda

disponer sin dañarle al comprometer su dignidad, negándole la responsabilidad de su vida misma.

9. La actuación del Estado para limitar derechos fundamentales y resolver las tensiones entre éstos y los derechos patrimoniales, debe atender a este desdoblamiento de la libertad sin lesionar la esencia de dichos derechos fundamentales.

10. A través de la aplicación del principio de proporcionalidad se puede limitar un derecho fundamental para la protección o fomento de otro bien o derecho constitucionalmente garantizado, aplicando un juicio valorativo, referido al peso que corresponde respectivamente a cada uno de los bienes o derechos que constituyen la relación en conflicto examinada. De esta manera, un derecho fundamental puede ser limitado si dicha limitación puede representar una relación razonable desde el punto de vista de la importancia de los bienes respectivos en el marco de la Constitución, siempre que el sacrificio del derecho individual se encuentre en una relación razonable con el fin perseguido.

11. No es factible concluir en forma definitiva que la libertad de decisión en forma genérica, se constituya en un derecho fundamental sin acotamientos. Por el contrario, estos acotamientos van siendo necesarios para lograr fines distintos, pero siempre logrando un beneficio para quienes hacen alguna renuncia de o restringen sus libertades; de no ser así, entonces las restricciones a las libertades no tendrán sentido y deberán quedar sin efecto.

12. Regulaciones legales que limiten un derecho fundamental, sin dañar su contenido esencial, serán admisibles si y en cuanto sean exigidas por la protección de un bien jurídico más valioso. Estas limitaciones se justifican y se implementan a través de los principios de ponderación y proporcionalidad, que consisten en la aplicación de limitaciones que no lesionan el contenido esencial del derecho fundamental en tanto esté garantizada la proporcionalidad de medio y

fin y se observe el significado que para la vida social tiene el derecho fundamental tras su limitación.

13. La libertad de contratar y de disponer de la propiedad -derechos patrimoniales- son derechos secundarios; es decir, son derechos que están subordinados a los derechos primarios -derechos fundamentales-. Son así entonces los derechos de libertad, de rango constitucional o legislativo, los que limitan los poderes contractuales o de autonomía.

14. La autonomía privada debe favorecer y promover el desarrollo de todas las partes contratantes y los terceros que se vean afectados por las relaciones contractuales que deriven del ejercicio de dicha autonomía. El Estado debe entonces velar para que se logre este objetivo, armonizando la protección y ejercicio de los derechos fundamentales, frente a las relaciones contractuales que deriven de los derechos patrimoniales.

15. Se requerirá de la intervención del Estado, a través del Poder Judicial, para ponderar y resolver los conflictos que se presenten ante tensiones entre derechos fundamentales que sean lesionados por el ejercicio de derechos patrimoniales.

16. Es necesario encausar el desplazamiento del protagonismo desde el Poder Legislativo hacia el Poder Judicial, para hacer de la Constitución una verdadera norma jurídica y no una simple lista de declaraciones de ideales políticos que van siendo interpretados, más no efectivamente logrados, de acuerdo a los criterios del gobierno en turno. Para ello, serán los jueces quienes interpreten y garanticen el cumplimiento de la Constitución y las libertades protegidas por la misma, maximizando el ejercicio de éstas.

17. Al analizar el derecho comparado y hacer un contraste entre los grandes sistemas jurídicos preexistentes se deben estudiar otras realidades

diferentes en las que tengamos un punto de partida común para solventar problemas legales por resolver.

18. Las resoluciones judiciales en esta materia de tensión de derechos fundamentales frente a derechos patrimoniales, en los casos de Estados Unidos de América, Alemania y España ofrecen ejemplos claros sobre la manera en que la ponderación de derechos y libertades fundamentales y patrimoniales que entran en conflicto se puede llevar a cabo. Lo relevante de los casos de éstos tres países que he analizado en este trabajo consiste en mostrar que no existe un criterio fijo o inflexible conforme al cual dichas tensiones se pueden resolver, sino que el criterio es cambiante y determinable conforme a las necesidades de cada caso en particular.

Estos casos también demuestran que es el Poder Judicial -ya sea a través del Tribunal Constitucional, la Suprema Corte de Justicia o Tribunales Ordinarios- el competente para resolver estas tensiones creadas algunas veces por el propio Poder Legislativo al emitir o reformar leyes de las cuales se desprenden dichas tensiones.

19. Se deben multiplicar en México resoluciones siguiendo el criterio de la Tesis de Jurisprudencia 15/2012 analizando las afectaciones que la libertad patrimonial puede tener sobre los derechos fundamentales.

20. Se sugiere erradicar el enfoque conservador de este problema para que el Poder Judicial Mexicano no se limite a tutelar los intereses económicos del individuo, en oposición a las fuerzas emergentes del progreso económico colectivo. Situación que no es así en forma genérica en los casos de Estados Unidos de América, Alemania y España.

21. La eficacia mediata de los derechos fundamentales del Derecho Alemán -*mittelbare Drittwirkung*- otorga al juez la facultad de resolver el caso

concreto tomando en cuenta la influencia de los derechos fundamentales, entendidos como valores sobre las normas de derecho privado.

22. Para el constitucionalismo moderno es necesario resolver estas tensiones y sujetar las relaciones entre particulares a un control constitucional, analizando las afectaciones de derechos fundamentales involucrados y afectados en dichas relaciones.

23. La eficacia inmediata de los derechos fundamentales, también propuesta por el Derecho Alemán -*unmittelbare Drittwirkung*- instituye la obligación de respetar éstos a partir de la Constitución misma, sin necesidad de intervención judicial. En este sentido, la *unmittelbare Drittwirkung* o eficacia inmediata de los derechos fundamentales, aporta elementos para sostener la posibilidad de armonizar el ejercicio de la libertad de contratar-autonomía de la voluntad, junto con la tutela de los derechos fundamentales y, como consecuencia, reforzar el ejercicio de ambos.

24. Los casos analizados en los tres países -Estados Unidos de América, Alemania y España- nos muestran que las tensiones entre el Derecho Privado (Derecho Civil) y el Derecho Público (Derecho Constitucional) en torno a diversas libertades, incluyendo la libertad de decidir y contratar, no se resuelven a través de enunciados generales, ni reglas fijas, sino de un procedimiento abierto que no siempre conduce a una misma solución.

25. No existen derechos ilimitados, por lo que los principios de proporcionalidad, justificación, idoneidad y necesidad para realizar una ponderación de derechos propuestos por el Derecho Alemán y el Derecho Español se convierten en un buen mecanismo para medir el impacto de la limitación de derechos fundamentales y derechos patrimoniales que resulta necesaria cuando ambos entran en tensión.

De esta manera, es posible armonizar la interacción de los derechos de ambos órdenes –Constitucional y Civil– y analizar caso por caso la tensión existente entre ambos y evitar resolver siempre imponiendo alguno de ellos sobre el otro.

26. En el caso del Derecho Mexicano no tiene por qué existir una desconexión entre el Derecho Constitucional y el Derecho Civil, en materia de tutela y respeto de los derechos fundamentales, cuando éstos se ven vulnerados por el ejercicio de la libertad de contratar y disposición de la propiedad. Por lo tanto, los derechos fundamentales deberían quedar tutelados en la esfera de las relaciones entabladas entre particulares, cuando éstos ejercen su libertad de contratar y de disposición de la propiedad.

27. Este trabajo no propone como principio radical la tutela a toda costa de los derechos fundamentales, que por otra parte elimine toda posibilidad de intercambio comercial-contractual, sino de la capacidad de los jueces para analizar dicha tensión y ponderar cuando un derecho fundamental entra en conflicto con algún derecho patrimonial y potenciar así aún más un intercambio comercial-contractual equitativo y responsable.

28. En virtud de las recientes tesis de jurisprudencia y tesis aisladas emitidas por el Poder Judicial Federal en México analizadas en el presente trabajo, corresponde ahora a los jueces de todas las instancias analizar la afectación de derechos fundamentales y efectuar así un análisis de la constitucionalidad de los acuerdos civiles-mercantiles-contractuales en los casos de controversias judiciales que les sean planteadas por las partes involucradas.

## BIBLIOGRAFIA

- ABASCAL ZAMORA, José María en Díez Picazo y Ponce de León, Luis (Ponente General), *Las Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, Madrid, Fundación BBV y Editorial Civitas, 1996.
- ACKERMAN BRUCE A., *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*, Barcelona, Ariel, 1988.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Traducción y Estudio Introductorio por Bernal Pulido, Carlos, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- “Sobre los derechos constitucionales a protección”, en *Derechos Sociales y Ponderación*, Madrid-México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo - Fontamara, 2010.
- ANZÚREZ GURRÍA, José Juan, “La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Número 22, enero-junio 2010.
- BARR, Nicholas, *Economics of the Welfare State*, 4a ed, USA, Oxford University Press, 2004.
- BENTHAM, Jeremías, *Tratado de Legislación Civil y Penal*, Tomo II, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2004.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- BISKUPIC Joan y WITT Elder, *The Supreme Court and Individual Rights*, 3ª ed., Washington DC, Congressional Quarterly Inc., 1997.
- Black's Law Dictionary*, 6a. ed., EUA, West Publishing Co., 1990.
- BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 25, 2003.
- BOURGUIGNON, François y DESSUS, Sébastien, “Equity and Development: Political Economy Considerations”, en Levy, Santiago y Walton, Michael (eds.), *No Growth Without Equity? Inequality, Interests, and Competition in Mexico*, EUA, Palgrave Macmillan y The World Bank, 2009.
- DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo, “Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales”, en De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.), *Los*

- fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- BRINKS, Daniel M. y GAURI, Varun, *Courting Social Justice, Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, USA, Cambridge University Press, 2008.
- CARBONELL, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, 2a ed., México, Editorial Porrúa, 2006.
- Una Historia de los Derechos Fundamentales*, México, Porrúa-UNAM-CNDH, 2005.
- CARMONA CUENCA, Encarnación, “Los Derechos Sociales de Prestación y el Derecho a un Mínimo Vital”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, N°. 2, España, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2006.
- “El desarrollo legislativo de la tutela judicial de los derechos fundamentales. Evolución histórica y perspectivas de futuro”, en Murillo de la Cueva, Pablo Lucas y Carmona Cuenca, Encarna (coords.), *La Tutela Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales por los Tribunales Ordinarios*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.
- CARRILLO, Marc, *La Tutela de los Derechos Fundamentales por los Tribunales Ordinarios*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Proceso Legislativo)*, Cuaderno de Apoyo, México, Cámara de Diputados, Secretaría de Servicios Parlamentarios, Centro de Documentación, Información y Análisis, Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información, Subdirección de Archivo y Documentación, 14 de enero de 2008.
- COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (Neo)Constitucionalismo: un análisis metateórico”, en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo (s)*, 4a. ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y Economía*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- CÓRDOVA, Lorenzo y MURAYAMA, Ciro, *Elecciones, dinero y corrupción Pemexgate y Amigos de Fox*, México, Cal y Arena, 2006.
- CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, “ Las razones y el sentido de la reforma electoral de 2007- 2008”, en Córdoba Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *Estudios Sobre la Reforma Electoral 2007 Hacia un Nuevo Modelo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008.

- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “Expectativas, Derechos y Garantías. La Teoría de los Derechos de Luigi Ferrajoli”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2a ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 3a ed., España, Thomson Civitas, 2008.
- DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 2011.
- Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 1977.
- Sovereign Virtue*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 2000.
- ESTRADA, Alexei Julio, “Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los Derechos Fundamentales” en Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM y Editorial Trotta, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi, “Derechos fundamentales”, en De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- “Sobre los Derechos Fundamentales”, en Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM y Editorial Trotta, 2007.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución de la Antigüedad a Nuestros Días*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- Los Derechos Fundamentales*, 6a ed., trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Editorial Trotta, 2009.

FISS, Owen, “¿Por qué el Estado?”, en Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM y Editorial Trotta, 2007.

----- *El derecho como razón pública*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

FRANCO GONZÁLEZ SALAS, José Fernando, “La reforma ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *Estudios Sobre la Reforma Electoral 2007 Hacia un Nuevo Modelo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, p. 111.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, en *Derechos Sociales y Ponderación*, Madrid-México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo - Fontamara, 2010.

GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, *Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares*, Madrid, Editorial Civitas, 1986.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La Teoría General del Garantismo: Rasgos Principales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2a ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009.

GAUDEMET, Eugène, *Teoría General de las Obligaciones*, 2ª ed., México, Editorial Porrúa, 1984.

GILLMAN, Howard, *The Constitution Besieged, The Rise and Demise of Lochner Era*, Estados Unidos de América, Duke University Press, 3a ed, 2004.

GONZÁLEZ DÁVILA, Richard, “La constitucionalización del derecho privado y la acción de protección frente a particulares”, p. 5, <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/1528/1/DyL-2002-VII-11-Domingo.pdf>

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Acciones Positivas”, en Chávez Sánchez, Odalinda y González Martín, Nuria, *Dos Temas Torales para los Derechos Humanos: Acciones Positivas y Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009.

----- *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM y Nostra Ediciones, 2010.

GUASTINI, Ricardo, *Teoría Ideológica de la Interpretación Constitucional*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM/Mínima Trotta, 2008.

GUERRERO, Isabel, LÓPEZ CALVA, Luis Felipe y WALTON, Michael, “The Inequality Trap and its links to low growth in Mexico”, en Levy, Santiago y

- Walton, Michael (eds.), *No Growth Without Equity? Inequality, Interests, and Competition in Mexico*, EUA, Palgrave Macmillan y The World Bank, 2009.
- HELLMAN, Deborah, "Money and Rights", en Youn, Mónica (coord.), *Money, Politics and the Constitution: beyond Citizens United*, New York, The Century Foundation Press, 2011.
- GROSMAN, Lucas, *Escasez e Igualdad, los derechos sociales en la Constitución*, Argentina, Librería, 2008.
- KANT, Emmanuel, *Filosofía de la Historia*, Segunda Edición, Undécima reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Introducción a la Teoría del Derecho*, Traducción y Estudio Introductorio por González Vicen, Felipe, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954.
- KELSEN, Hans, *¿Qué es la Justicia?*, Buenos Aires, Editorial Leviatán, 1987.
- KEYNES, John Maynard, *Breve tratado sobre la reforma monetaria*, trad. de Carlos Rodríguez Braun, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- "La Democracia en América Latina", *Reporte del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)*  
<http://www.undp.org/spanish/proddal/informeProddal.html>, 2004.
- LARENZ, Karl, *Derecho de las Obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- LESSIG, Lawrence, "The New Chicago School", *The Journal of Legal Studies*, Volume XXVII (2) (PT.2), EUA, The University of Chicago Press, June 1998.
- MARÍN G., Juan Carlos, "¿Qué hacen los Civilistas en México?", *El Foro*, 16ª Época, Tomo XXII, Número 1, México, Barra Mexicana Colegio de Abogados, 2009.
- MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, *Teoría de las Nulidades*, 4a. ed., México, Editorial Porrúa, 2008.
- MÉNDEZ BAIGES, Victor, *El filósofo y el mercader- filosofía, derecho y economía en la obra de Adam Smith*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, *La Vigencia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares*, México, Editorial Porrúa, 2004.
- "La doctrina de la Drittwirkung Der Grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Teoría y Realidad Constitucional*,

- España, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, núm. 20, 2007.
- Los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares*, México, Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2007.
- MILL, John Stuart, *Ensayo Sobre la Libertad*, trad. de María Ángeles Lavilla Navarro, Madrid, Mestas ediciones, 2006.
- MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, 6a ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2007.
- MORESO, José Juan, “Sobre los conflictos entre derechos”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2a ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- “Alexy y la aritmética de la ponderación” en *Derechos Sociales y Ponderación*, Madrid-México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo - Fontamara, 2010.
- MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés, *Los límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español*, Pamplona, Aranzadi, 1998.
- MURAYAMA, Ciro, “Financiamiento y Fiscalización”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *Estudios Sobre la Reforma Electoral 2007 Hacia un Nuevo Modelo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008.
- “Reforma para la consolidación democrática vs. Contrarreforma desde el interés privado”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *Democracia sin Garantes. Las autoridades vs. La Reforma Electoral*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 6.
- NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- O'BRIEN, David M., *Constitutional Law and Politics*, Volume Two, 7ª ed, New York, Norton & Company, 2008.
- OERTMAN, Paul, *Introducción al Derecho Civil*, Trad. de la 3ra edición alemana por Luis Sancho Seral, Barcelona, Ed. Labor, 1933.
- OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, 4a. ed., México, Editorial Harla, 1991.
- Derechos de los Consumidores*, México, Oxford University Press, 2008.

POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, EUA, Aspen Law and Business, 1998.

POST, Robert, "Campaign Finance Regulation and First Amendment Fundamentals", en Youn, Mónica (coord.), *Money, Politics and the Constitution: beyond Citizens United*, New York, The Century Foundation Press, 2011.

POZZOLO, Susana, "Un Constitucionalismo Ambiguo", en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo (s)*, 4a. ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009.

PRIETO SANCHÍS, Luis, "Constitucionalismo y Garantismo", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2a ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009.

-----"Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial", en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo (s)*, 4a. ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009.

-----*Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2ª ed., 2009.

RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, 2a. ed., trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

-----*Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 2005.

*Reforma Constitucional en Materia Electoral (Proceso Legislativo)*, Cuaderno de Apoyo, México, Cámara de Diputados, Secretaría de Servicios Parlamentarios, Centro de Documentación, Información y Análisis, Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información, Subdirección de Archivo y Documentación, 13 de noviembre de 2007.

RENTERÍA DÍAZ, Adrián, "Derechos Fundamentales, Constitucionalismo y Iuspositivismo en Luigi Ferrajoli", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2a ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009.

RING, Kevin A., *Scalia Dissents*, Estados Unidos de América, Regnery Publishing, 2004.

ROLLING, Ruben, *The New Yorker*, Estados Unidos de América, Condé Nast, 24 de septiembre de 2012.

SALAZAR UGARTE, Pedro, "Una Corte, una Jueza y un Réquiem para la Reforma Constitucional Electoral", en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *Democracia sin Garantías. Las autoridades vs. La Reforma Electoral*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA, Jorge, “El Concepto de Causa en el Derecho Positivo Mexicano”, *Anuario Jurídico III-IV 1976-1977*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.

SANDEL, Michael, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, EUA, Farrar, Straus and Giroux, 2012.

----- *Justice. What's the right thing to do?*, EUA, Farrar, Straus and Giroux, 2009.

SCHWARTZ, Bernard, *Algunos Artífices del Derecho Norteamericano*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1985.

SEN, Amartya, *The Idea of Justice*, EUA, Harvard University Press, 2009.

----- *Development as Freedom*, New York, Random House, 2000.

-----*La Desigualdad Económica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

SERRA ROJAS, Andrés, *Liberalismo Social*, México, Editorial Porrúa, 1993.

SHWABE, Jûrgen, *Cincuenta años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez- Konrad Adenauer Stiftung, 2003.

SOLARI, Gioele , *Filosofía del Derecho Privado*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1950.

THOMAS MASON, Alpheus, “Judicial Activism: Old and New”, en Hall Kermit L. (ed.), *The Supreme Court in American Society*, New York, Garland Publishing, 2001.

VALADÉS, Diego, “La protección de los derechos fundamentales frente a particulares”, en González Martín, Nuria (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, T. II: Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Derecho Comparado. Temas Diversos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2006.

VÁZQUEZ, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*, 2a. ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009.

VEGA GARCÍA, Pedro de, “La eficacia frente a particulares de los Derechos Fundamentales. (La problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos Fundamentales y Estado. Memoria del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IIJ-UNAM, Serie Doctrina Jurídica (Núm. 96), México, 2002.

VITALE, Ermanno, *Defenderse del Poder, por una resistencia constitucional*, trad. de Pedro Salazar Ugarte y Paula Sofía Vásquez Sánchez, Madrid, Editorial Trotta, 2012.

WHITE G., Edward, "The Integrity of Holmes Jurisprudence", en Hall Kermit L. (ed.), *The Supreme Court in American Society*, New York, Garland Publishing, 2001.

YOUN, Monica, "First Amendment Fault Lines and the Citizens United Decision", en Youn, Mónica (coord.), *Money, Politics and the Constitution: beyond Citizens United*, New York, The Century Foundation Press, 2011.

ZOLO, Danilo, "Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales", en De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2007.