

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHOS FUNDAMENTALES, LIBERTAD DE DECIDIR Y POTESTAD REGULATORIA DEL ESTADO

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 *a)* la libertad de contratar y el derecho de disponer el derecho de propiedad, como derechos patrimoniales, y *b)* 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:

- a) 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),² o
- b) El Estado 1. Permita en exclusiva para sí mismo³ o para ciertos agentes económicos la realización de ciertas actividades económicas; 2. Otorgue tratamiento especial a ciertos agentes económicos para incentivar ciertas actividades económicas, o 3. 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

² 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.

³ Como son, en el caso de México, aquellas actividades previstas en el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

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.

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 esa 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.⁴ 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.⁵

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 en 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.⁶

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.⁷

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

⁴ 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 (consultada el 9 de junio de 2010).

⁵ *Ibidem*, p. 177.

⁶ *Ibidem*, p. 37.

⁷ *Ibidem*, p. 120.

en realidad ciudadanos con derechos y libertades plenas. La inmensa mayoría continúa sin gozar de tales 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.⁸

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 y 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, estos 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 de las subespecies de los derechos fundamentales, el Estado tiene también que velar

⁸ *Ibidem*, p. 125.

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.⁹ 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, el autor 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.¹⁰

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 dispone la Constitución en materia de igualdad de oportu-

⁹ Grosman, Lucas, *Escasez e igualdad, los derechos sociales en la Constitución*, Argentina, Librería, 2008, p. 69.

¹⁰ *Ibidem* p. 89.

nidades, y así como la Constitución es exigente, también deben serlo los jueces.¹¹

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 *a)* la libertad de contratar y el derecho de propiedad, como derechos patrimoniales, y *b)* 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 aquellos 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 en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; en-

¹¹ *Ibidem* pp. 94 y 155.

tendiendo por *derecho subjetivo* cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica, y por estatus 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.¹²

Como se puede observar, esta definición contiene dos elementos: un *derecho subjetivo* y el estatus 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 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: *a)* efectivamente ejercidos por quienes sean sus titulares (la expectativa positiva a la que se refiere Ferrajoli), y *b)* 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 tales derechos.

Para Ferrajoli existen las siguientes cuatro clases de derechos, que se considerarán como derechos fundamentales, al resultar atribuidos universalmente a clases de sujetos determinadas por la identidad de persona, ciudadano o capacidad de obrar:¹³

- a) 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 integri-

¹² Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, en Cabo, Antonio de y Pisarello, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2007, p. 19.

¹³ *Ibidem*, pp. 22 y 23.

- dad de la persona, la libertad personal, la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a la salud, a la educación y las garantías penales y procesales;
- b) 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;
 - c) 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
 - d) Los *derechos políticos*, que son 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.

Por otro lado, Luis María Díez-Picazo clasifica los derechos fundamentales de la siguiente manera:¹⁴

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.

¹⁴ Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 3a. ed., España, Thomson Civitas, 2008.

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 inciso *c* 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,¹⁵ 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 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.¹⁶ 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

¹⁵ Ferrajoli, Luigi, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en Cabo, Antonio de y Pisarello, Gerardo (eds.), *op. cit.*, p. 154.

¹⁶ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 35.

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.

A su vez, Miguel Carbonell señala que los conceptos “derechos fundamentales”, “garantías individuales y sociales” y “derechos humanos” no son equivalentes, ni se pueden utilizar indistintamente.¹⁷ Apunta que “son fundamentales los derechos que están previstos en el texto constitucional y en los tratados internacionales”.¹⁸

En este sentido, Carbonell afirma que: *a)* 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 lo han sido, y *b)* 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.¹⁹

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 tales derechos.

¹⁷ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 2a ed., México, Porrúa, 2006, p. 6.

¹⁸ *Ibidem*, p. 8.

¹⁹ *Ibidem*, p. 9.

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 debería ser de progreso y mejoría.

Pero la libertad tiene un desdoblamiento como *a)* expectativa negativa (de no sufrir lesiones) que reclama abstención de los poderes públicos, la proscripción de los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio,²⁰ y *b)* derechos de autonomía, definidos como aquellos 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.²¹

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

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.²⁴

Dworkin, en relación con la distinción entre libertad positiva y negativa, coincide en definir *a)* la teoría de la libertad positiva como la posibilidad que los individuos participen junto con la

²⁰ Fioravanti, Maurizio, *Constitución de la antigüedad a nuestros días*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2007, p. 40.

²¹ *Ibidem*, p. 184.

²² Que podríamos denominar como el "obstáculo a la libertad".

²³ Que podríamos denominar como el "objeto de la libertad".

²⁴ Ferrajoli, Luigi, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", en Cabo, Antonio de y Pisarello, Gerardo (eds.), *op. cit.*, p. 302.

colectividad en la toma de buenas decisiones para autodeterminarse, y b) 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.²⁵

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.

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.²⁶ 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

²⁵ Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, p. 365.

²⁶ *Ibidem*, p. 366.

de la ausencia de impedimentos, es decir, el derecho de hacer todo lo que está permitido.²⁷

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.

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)²⁸ 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).

²⁷ Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 306.

²⁸ “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.*, p. 267.

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: *a)* aquella que garantiza la ausencia de obstáculos respecto a posibles elecciones y actividades,²⁹ y *b)* la remoción de obstáculos para tomar buenas decisiones, ya que entre más buenas decisiones se puedan tomar, mejor será la calidad de vida de las personas.³⁰

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.³¹ 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 aquellos que ejercen el poder, respetando las libertades personales. Libertad de acción y de deci-

²⁹ *Idem.*

³⁰ Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, *op. cit.*, p. 226.

³¹ Mill, John Stuart, *Ensayo sobre la libertad*, trad. de María Ángeles Lavilla Navarro, Madrid, Mestas ediciones, 2006, p. 29.

sión, como la necesaria para lograr satisfactores-medios de supervivencia y de desarrollo de las facultades del ser humano.³²

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 ya me he referido).

Por lo tanto, el principio de libertad, citando a Kant, debe ser aquél conforme al cual se hace uso de la razón;³³ 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 ya lo he 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

³² “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, Porrúa, 1993, p. 26.

³³ 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*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 28.

la libertad de decidir coadyuva a la efectiva realización de otros derechos fundamentales.³⁴

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;³⁵ 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 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.³⁶

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.³⁷

Coincido con esta posibilidad sugerida por Naranjo, para la cual es esencial comprobar que la limitación sí produce los fines

³⁴ En México esta libertad la encontramos prevista en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conforme lo analizaré al final de este capítulo.

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

³⁶ *Ibidem*, p. 108.

³⁷ *Ibidem*, p. 109.

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 constitucionalismo moderno: *a)* 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 *b)* 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.³⁸

Estas dos modalidades de constitucionalismo moderno establecen vías diferentes: *a)* 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 *b)* 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

³⁸ Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, 6a. ed., trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2009, p. 97.

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 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 lograran 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 en 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.³⁹

³⁹ Carmona Cuenca, Encarnación, “Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar*

Se habla así de libertades *fácticas* 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.

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 sólo 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.⁴⁰

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.

para la modernización de las Administraciones Públicas, España, núm. 2, 2006, p. 178, http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/02_EST_05_carmona.pdf (consultada el 5 de septiembre de 2011).

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

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 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.⁴¹

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.⁴²

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.⁴³

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

⁴¹ Solari, Gioele, *Filosofía del derecho privado*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1950, t. II, p. 124.

⁴² 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, *op. cit.*, t. I, p. 446.

⁴³ Kant, Emmanuel, *Introducción a la teoría del derecho*, traducción y estudio introductorio por Felipe González Vicen, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954, p. 80.

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 ese espacio de intercambio donde se pueden llegar a presentar renunciaciones o limitaciones a determinadas libertades cuando éstas son disponibles, 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,⁴⁴ 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 como *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.⁴⁵

Personajes como David Hume, Thomas Jefferson y Adam Smith, a través de sus trabajos y funciones, creyeron en la fuerza

⁴⁴ *Ibidem*, p. 84.

⁴⁵ Solari, Gioele, *op. cit.*, t. I., p. 446.

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.

Resulta importante 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.⁴⁶ 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.⁴⁷

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,⁴⁸ se clasificarían de la siguiente manera:

Derechos primarios: son aquellos que protegen expectativas de omisión de interferencia de los demás, o expectativas de pres-

⁴⁶ Naranjo de la Cruz, Rafael, *op. cit.*, p. 140.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 144.

⁴⁸ 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, Trotta, 2009, p. 161.

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

Derechos secundarios: 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.⁴⁹

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.⁵⁰

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.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 164.

⁵⁰ *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.⁵¹

Por su parte, Danilo Zolo 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 negociada, 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 sólo 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.⁵²

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 de la voluntad de unos cuantos no afecte o vulnere las libertades fundamentales o primarias de

⁵¹ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, *op. cit.*, p. 133.

⁵² Zolo, Danilo, "Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales", en Cabo, Antonio de y Pisarello, Gerardo (eds.), *op. cit.*, p. 91.

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 primeros son singulares para un titular determinado, con exclusión del resto de la universalidad de los seres humanos; son derechos 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.⁵³ 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*.

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.

⁵³ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 34.

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.⁵⁴ ¿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.⁵⁵

Frente a esta denominada crisis del derecho,⁵⁶ 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.⁵⁷

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

- a) El Estado (E) actuando como contratante frente a un particular (A) lesiona los derechos fundamentales de éste (A).

⁵⁴ Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 377.

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ 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 legítimados democráticamente, no están sometidos a reglas, ni de derecho internacional ni de derecho constitucional, y que, de igual modo, el mercado no sólo 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.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 381.

- b) Un particular (A) actuando como contratante frente a otro particular (B) lesiona los derechos fundamentales de éste (B).
- c) 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, aquellos que están presentes entre las relaciones contractuales, mientras que existen algunas otras que simplemente niegan esta posibilidad, y 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 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.⁵⁸

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.

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.⁵⁹

⁵⁸ Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 129.

⁵⁹ 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, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 614.

Por ello, 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.⁶⁰

Es mediante el ejercicio de los derechos patrimoniales que en algunas ocasiones se pudieran afectar derechos fundamentales, sin que en México exista un mecanismo jurisdiccional de protección y defensa de tales 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.⁶¹

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.

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 estos 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.

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ *Ibidem*, p. 608.

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.⁶²

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. Así, 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.⁶³

Por tanto, 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 que: *a)* la libertad de decidir constituya el valor supremo a proteger frente a cualquier limitación proveniente de otro ordenamiento; *b)* 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 *c)* sea

⁶² Naranjo de la Cruz, Rafael, *op. cit.*, p. 197.

⁶³ Naranjo afirma 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.

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 obtenga 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.⁶⁴

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—,⁶⁵ 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 el que debe regular al mercado corrigiendo las enormes asimetrías de poder que se presentan entre los grandes grupos económicos, en su calidad de empleadores o gestores de servicios, y los individuos concretos, en su calidad de trabajadores y usuarios de dichos servicios.⁶⁶

⁶⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción y estudio introductorio por Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 334.

⁶⁵ Naranjo de la Cruz, Rafael, *op. cit.*, p. 236.

⁶⁶ Vitale, Ermanno, *Defenderse del poder, por una resistencia constitucional*, trad. de Pedro Salazar Ugarte y Paula Sofía Vásquez Sánchez, Madrid, Trotta, 2012, p. 100.

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 derivan 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 derivan de las libertades patrimoniales y hacer todo lo necesario para que éstas encaucen 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.⁶⁷

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.⁶⁸

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 del Estado, como de los particulares; de lo contrario, dichos derechos fundamentales se quedarían 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 auto-

⁶⁷ *Ibidem*, p. 104.

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

mía de la que gozan los individuos en términos de la legislación para pactar libremente las disposiciones de un contrato.

En este sentido, Juan María Bilbao Ubillos⁶⁹ 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 Ubillos⁷⁰ al afirmar que detrás de los supuestos de concentración o monopolización del poder social y económico 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.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ *Idem.*

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 en la que los derechos patrimoniales pueden llegar a convertirse en poderes y lesionar derechos fundamentales.

VI. DERECHO DE PROPIEDAD Y LIBERTAD DE DECIDIR

En este 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 es quien provoca que la pierdan, por lo que las leyes son necesarias para preservar la misma.⁷¹ Resulta trascendente para este trabajo identificar la manera en que el ejercicio del derecho de propiedad contribuye a la generación de dicha desigualdad.

De esta manera, el propio Montesquieu opina que en una sociedad sometida a leyes, todos son iguales en cuanto ciudadanos.⁷² Por lo tanto, 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.⁷³ Dichas restricciones se podrán imponer, al ejercer

⁷¹ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, 6a. ed., Madrid, Tecnos, 2007, p. 130.

⁷² *Ibidem*, p. 131.

⁷³ Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, *op. cit.*, p. 375.

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.⁷⁴ Por lo tanto, debe encontrarse un balance entre la procuración de igualdad ante la ley y esta seguridad, esperanzas y distribución a las que este autor 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*.

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 insolubles, por lo que necesitan resolverse juntos en favor del individuo, sobre el fundamento común de la utilidad.⁷⁵

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 cate-

⁷⁴ Bentham, Jeremías, *Tratado de legislación civil y penal*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2004, t. II, p. 36.

⁷⁵ 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., t. I, p. 399.

goría que los derechos de libertad es un error en que incurrió la tradición liberal desde Locke, Hobbes, Montesquieu hasta Marshall.⁷⁶

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.⁷⁷ En concordancia con Ferrajoli se encuentran diversos autores, 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,⁷⁸ 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.⁷⁹

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:

⁷⁶ Cruz Parceró, Juan Antonio, “Expectativas, derechos y garantías. La teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *op. cit.*, p. 334.

⁷⁷ 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.*, p. 314.

⁷⁸ Cabo, Antonio de y Pisarello, Gerardo, “Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales”, en Cabo, Antonio de y Pisarello, Gerardo (eds.), *op. cit.*, p. 15.

⁷⁹ Prieto Sanchís, Luis, “Constitucionalismo y garantismo”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *op. cit.*, p. 49.

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.⁸⁰

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

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

De esta manera, se dice, el contrato introduce al mundo del derecho las intenciones socioeconómicas de las partes, a través de una respuesta funcional del orden normativo.⁸³

⁸⁰ Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Trotta, 2007, p. 88.

⁸¹ Sen, Amartya, *The Idea of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, p. 313.

⁸² Márquez González, José Antonio, *Teoría de las nulidades*, 4a. ed., México, Porrúa, 2008, p. 398.

⁸³ *Idem*.

En el *Common Law*⁸⁴ 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.⁸⁵

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.⁸⁶

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.⁸⁷ Se dice entonces que debe deshacerse el contrato para evitar intercambios involuntarios e 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

⁸⁴ 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*, Estados Unidos, Aspen Law and Business, 1998, p. 35.

⁸⁵ Black's Law Dictionary, 6a. ed., Estados Unidos, West Publishing Co., 1990, p. 306.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y economía*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 18.

la regulación del mercado, sino también por su función que algunos autores le otorgan como mecanismo para la efectiva realización de las intenciones socioeconómicas 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.⁸⁸

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 socioeconómico de los contratantes.⁸⁹

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

Por su parte, Richard A. Posner 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

⁸⁸ Ackerman Bruce A., *Del realismo al constructivismo jurídico*, Barcelona, Ariel, 1988, p. 84.

⁸⁹ Márquez González, José Antonio, *Teoría de las nulidades*, op. cit., p. 399.

dichos costos es que las personas deciden celebrar contratos para obtener esos beneficios económicos.⁹⁰

Por lo tanto, coincidiendo con esta opinión de Posner, cuando se ejercen derechos patrimoniales se busca 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 ejercicio de los derechos patrimoniales, es necesaria la intervención del Estado para restablecer el equilibrio perdido.

En este mismo sentido, Cooter y Ulen⁹¹ 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, así como en los derechos civiles.⁹²

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 la 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.

⁹⁰ Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, op. cit., p. 39.

⁹¹ Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y economía*, op. cit., p. 168.

⁹² Ackerman Bruce A., *Del realismo al constructivismo jurídico*, op. cit., p. 124.

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 a la 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, con base en 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.⁹³

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 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 ob-

⁹³ Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, op. cit., p. 685.

tengan 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.

Por tanto, es 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.⁹⁴

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.⁹⁵

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 con-

⁹⁴ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit., p. 964.

⁹⁵ Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 133.

forme a esta propuesta de ponderación se logra que los objetivos del Estado social⁹⁶ se apliquen frente a los objetivos individuales de los ciudadanos.⁹⁷ 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.⁹⁸

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.⁹⁹ 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.¹⁰⁰

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.¹⁰¹

⁹⁶ 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.

⁹⁷ 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.

⁹⁸ Prieto Sanchis, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *op. cit.*, p. 144.

⁹⁹ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, *op. cit.*, p. 134.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 135.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 141.

Entonces, en tanto esa autonomía privada o la libertad de decidir quede excesivamente condicionada por los bienes de propiedad involucrados en una 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 tales 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.¹⁰²

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.

Conforme a esta propuesta, ubicaría el derecho a la contratación en un sitio que le coloca como un derecho patrimonial, sujeto a que su ejercicio no lesione derechos fundamentales de

¹⁰² Zolo, Danilo, "Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales", *op. cit.*, p. 94.

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 derivan 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, 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 —esta 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 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, con base en 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 tal 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:¹⁰³

Primera diferencia. Los derechos fundamentales son universales, 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.

¹⁰³ Rentería Díaz, Adrián, “Derechos fundamentales, constitucionalismo y iuspositivismo en Luigi Ferrajoli”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *op. cit.*, p. 122.

Segunda diferencia. Los derechos fundamentales son de naturaleza indisponible e inalienable, 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,¹⁰⁴ por tanto, 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.

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.¹⁰⁵

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.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Sen, Amartya, *Development as Freedom*, Nueva York, Random House, 2000, p. 297.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 3.

¹⁰⁶ 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

¿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. Sin embargo, 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 ante la pobreza y bajo nivel de educación de integrantes de una sociedad —como es el caso en México—, es posible que 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.

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.

Confirmo entonces que el Estado 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”)—. ¹⁰⁷

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*, Estados Unidos, Palgrave Macmillan y The World Bank, 2009, p. 48.

¹⁰⁷ Sen, Amartya, *La desigualdad económica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 239.

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

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.¹⁰⁹

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.¹¹⁰

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.¹¹¹

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.

¹⁰⁸ Sen, Amartya, *Development as Freedom*, op. cit., p. xiii.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 6.

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

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

Me he referido ya en otros apartados 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.¹¹²

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 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 1789.¹¹³

En este sentido, Nicholas Barr considera que las teorías liberales contienen un principio de distribución que pudiera conte-

¹¹² En este sentido, 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 sólo la acción colectiva puede proporcionar los servicios esenciales no suministrados por medio del mercado. Serra Rojas, Andrés, *Liberalismo social*, op. cit., p. 157.

¹¹³ Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, op. cit., p. 63.

ner implicaciones de igualdad al tener como objetivo, en ciertas circunstancias, la función de redistribución del ingreso a cargo del Estado.¹¹⁴

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.¹¹⁵

Joseph Stiglitz y Andrew Charlton¹¹⁶ 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 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.¹¹⁷

¿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, esta blece 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.¹¹⁸

Cuando en una economía el gobierno está ausente ya sea para proteger, encauzar o, si fuere necesario, limitar la libertad de

¹¹⁴ Barr, Nicholas, *Economics of the Welfare State*, op. cit., p. 43.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 46.

¹¹⁶ Charlton, Andrew y Stiglitz, Joseph, *Fair Trade for All*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 89.

¹¹⁷ Méndez Baiges, Víctor, op. cit., p. 265.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 402.

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

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.

Para ello, este autor desarrolla este autor 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.¹²⁰

Por lo tanto, para este autor existe una conexión entre libertad e igualdad distributiva; para lo cual 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.¹²¹

¹¹⁹ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, pp. 81-130.

¹²⁰ Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, p. 5.

¹²¹ *Ibidem*, p. 120.

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.

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.¹²² Para él, a primera vista no parece posible que personas que se ven a sí mismas como iguales, facultadas para reclamar sus pretensiones sobre los demás, convinieran 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.¹²³

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, sólo son justas si producen beneficios compensadores

¹²² Rawls, John, *Teoría de la justicia*, 2a. ed., trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 29.

¹²³ *Ibidem*, p. 27.

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.¹²⁴

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 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 la oferta y demanda del mercado.

La teoría de la justicia de Rawls se suma 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, y centrarse en la elección individual para la determinación de lo justo con base en 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:¹²⁵

¹²⁴ *Idem.*

¹²⁵ *Ibidem*, p. 67.

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.

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.¹²⁶

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, con base en 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.

En relación con este tema, Rodolfo Vázquez plantea la necesidad de maximizar la autonomía personal sin poner en situación de menor autonomía comparativa a otros individuos.¹²⁷ Por eso se hace necesaria la intervención mediadora del Estado ante las

¹²⁶ *Ibidem*, p. 69.

¹²⁷ Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 149.

relaciones asimétricas, para que todos puedan ejercer en igualdad de condiciones su autonomía y su libertad.

Así, Rodolfo Vázquez, retomando las conclusiones de Walter Eucken,¹²⁸ 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.¹²⁹

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 aquellos que cuentan con medios limitados y controlan el poder político a su favor.¹³⁰ 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.¹³¹

Por 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.

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

¹²⁹ *Idem*.

¹³⁰ Rawls, John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 2005, p. vii.

¹³¹ *Ibidem*, p. 86.

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 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 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:

- a) 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 estuvieran afectando derechos fundamentales, anteponiendo así la libertad de contratar y disponer de la propiedad frente a los derechos fundamentales, y
- b) 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 en 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 trabajo¹³² 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,¹³³ que afecten derechos y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.¹³⁴

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.

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,

¹³² 2 de abril de 2013.

¹³³ 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.

¹³⁴ Artículos 1o. y 5o. de la Ley de Amparo.

encaminada a reconocer las afectaciones a derechos fundamentales por el ejercicio de derechos patrimoniales, misma que por su importancia transcribo en forma íntegra:¹³⁵

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

¹³⁵ Novena Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XIII, t. II, octubre de 2012, p. 798.

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 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: *a)* 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 *b)* 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 encontrar una explicación desde el ejercicio profesional de la abogacía de porqué 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 en México una Constitución con relevantes derechos fundamentales y sociales,¹³⁶ 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 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 lugar de a análisis jurídicos o a políticas de promoción de libre mercado;¹³⁷ 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.

¹³⁶ Como muestra, se pueden consultar las recientes reformas constitucionales a los artículos 3o. y 31 —derecho a la educación— y 4o. —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* del 9 de febrero de 2012 y 8 de febrero de 2012, respectivamente.

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

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: *a)* 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 *b)* 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.

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: *a)* como regulador, emitiendo leyes y reglamentos cuyo propósito es acotar dicha libertad, y *b)* 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 en favor de una mayor igualdad de recursos e incremento de posibilidades para la realización efectiva de libertades fundamentales.

1. *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.¹³⁸ 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, aquel 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”.¹³⁹

Para William F. Felice, los derechos socioeconómicos 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,

¹³⁸ Rawls, John, *Political Liberalism*, *op. cit.*, p. 267.

¹³⁹ Gascón Abellán, Marina, “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *op. cit.*, p. 21.

apoyar las políticas e instituciones que atiendan a estas necesidades, no como una actitud altruista, sino como una garantía”.¹⁴⁰

A su vez, Owen Fiss dice 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.¹⁴¹

Es con base en lo anterior que propongo evitar abusos en los 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 tales derechos.

Para ello, deben existir mecanismos de defensa de los derechos fundamentales cuando: *a)* se presenten abusos y lesiones a éstos en cualquier tipo de relación, o *b)* 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

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

¹⁴¹ Fiss, Owen, “¿Por qué el Estado?”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, cit., p. 113.

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.

2. *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.¹⁴²

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 aquel que debe y que mejor puede mantenerse al margen del debate político, es decir, el Poder Judicial.¹⁴³

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. A su vez, el Estado no tendría que emitir regulaciones inhibitorias de desarrollo económico y generación de oportunidades, sabiendo que hay un recurso judicial por el que los ciudadanos pueden optar cuando sus derechos fundamentales se

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

¹⁴³ Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *op. cit.*, p. 125.

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 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 sólo 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 estos derechos.¹⁴⁴

Para Valadés,¹⁴⁵ 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”.¹⁴⁶

Algunos autores han denominado como neoconstitucionalismo de las reglas¹⁴⁷ a aquel que subraya la importancia de la tutela de los derechos fundamentales, exigiendo que las actividades de los poderes Legislativo y Judicial concreten y garanticen tales derechos.

En este sentido, González Martín, al referirse a la reforma constitucional en México publicada en el *Diario Oficial de la Fe-*

¹⁴⁴ Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, op. cit., p. 129.

¹⁴⁵ Valadés, Diego, “La protección de los derechos fundamentales frente a particulares”, op. cit., p. 611.

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

¹⁴⁷ Comanducci, Paolo, “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, cit., p. 85.

deración del 14 de agosto de 2001, en la que se reforman, entre otros, los artículos 1a.,¹⁴⁸ 2o.¹⁴⁹ y 4o.¹⁵⁰ (los cuales constituyen un fundamento para prevenir y eliminar cualquier forma de discriminación), afirma que los artículos 1o. y 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?¹⁵¹

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.¹⁵²

Para ello, propone las acciones positivas como una vía para mejorar la aplicación e interpretación tanto de los derechos civi-

¹⁴⁸ Artículo 1o., 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”.

¹⁴⁹ Artículo 2o., 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”.

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

¹⁵¹ 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.

¹⁵² *Ibidem*, p. 22.

les y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales,¹⁵³ dado que estas acciones coadyuvarían a lograr una igualdad sustancial y de hecho, no sólo la igualdad formal.¹⁵⁴

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 de los artículos 5o. y 25 constitucionales.

El artículo 5o. constitucional, en sus párrafos primero,¹⁵⁵ tercero,¹⁵⁶ quinto¹⁵⁷ y sexto,¹⁵⁸ 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.

¹⁵³ *Idem*.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 38.

¹⁵⁵ Artículo 5o., 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”.

¹⁵⁶ Artículo 5o., 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”.

¹⁵⁷ 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”.

¹⁵⁸ 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”.

Por su parte, el artículo 25 constitucional, en sus párrafos primero,¹⁵⁹ segundo,¹⁶⁰ quinto¹⁶¹ y séptimo,¹⁶² establece también ciertos principios que el 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 con base en 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

¹⁵⁹ 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”.

¹⁶⁰ 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”.

¹⁶¹ 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”.

¹⁶² 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”.

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 recientemente¹⁶³ 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,¹⁶⁴ 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, honestidad, igualdad, justicia, pluralidad, responsabilidad compartida, solidaridad, subsidiariedad y transparencia.¹⁶⁵

Al parecer, esta nueva ley está 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 avance —muy reciente y significativo en esta materia— consiste en la reforma al tercer párrafo del artículo 1o. constitucional,¹⁶⁶ en virtud de la cual se incluyó un nuevo enunciado que obliga a 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 al Estado a

¹⁶³ *Diario Oficial de la Federación* del 23 de mayo de 2012.

¹⁶⁴ Artículo 4o.

¹⁶⁵ Artículo 10.

¹⁶⁶ Conforme al decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

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.¹⁶⁷

El segundo párrafo del artículo 1o. constitucional, también recientemente reformado,¹⁶⁸ establece la obligación de interpretar las normas relativas a los 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.¹⁶⁹

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

¹⁶⁷ 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 (ed.), *Neoconstitucionalismo (s), cit.*, p. 190.

¹⁶⁸ Conforme al decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

¹⁶⁹ Pozzolo, Susana, “Un constitucionalismo ambiguo”, *op. cit.*, p. 190.

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, mas no efectivamente logrados, de acuerdo con los criterios del gobierno en turno.

A su vez, 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 lograr juntos 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 y ofrecer recursos procesales en diferentes instancias para garantizar dicho ejercicio.

