

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO A DECIDIR Y CONTRATAR LIBREMENTE DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA

En este capítulo analizaré, desde una perspectiva comparada, la forma en que se han resuelto las tensiones entre el derecho privado (derecho civil) y el derecho público (derecho constitucional) en torno a la libertad de decidir y contratar, para evaluar su eficacia.¹⁷⁰

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

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

Como bien lo señala González Martín, de los contrastes entre los grandes sistemas jurídicos preexistentes podemos lograr un éxito legislativo que no será exclusivo de un Estado en particular, sino que a partir del método comparativo se pueden estudiar realidades diferentes en las que tengamos un punto de partida co-

¹⁷⁰ Para esta fase de análisis me he basado en el texto y guía de la doctora Nuria González Martín, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Nostra Ediciones, 2010, p. 22.

¹⁷¹ *Ibidem*, pp. 53 y 54.

mún —un *tertium comparationis*, según Cappelletti— y, si ha habido un avance, un logro para solventar una laguna legal, adoptarla y adaptarla a nuestra realidad.¹⁷²

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

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

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

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

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

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

¹⁷² *Ibidem*, pp. 18-20.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 22.

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

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

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

I. UN ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DEL *COMMON LAW*: LAS CAMBIANTES RESOLUCIONES EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA EN TORNO A LA LIBERTAD CONTRACTUAL FRENTE A LA CONSTITUCIÓN

El primer país que analizaré será Estados Unidos de América dado los constantes y sólidos esfuerzos que ha hecho por entender la interacción entre derecho y el mercado, así como los efectos que dicha regulación tiene sobre el Estado mismo. En este orden de ideas, la Universidad de Chicago ha sido pionera en este tema, concentrándose actualmente en identificar la forma en que el derecho puede emplear el mercado para sus propios fines y no a la inversa.¹⁷⁵

En ese sentido, dicha universidad critica toda aquella regulación que no logre elevar el ejercicio pleno de libertades y que se concentra, por el contrario, en restringir las alternativas a elegir.¹⁷⁶

Asimismo, en esta universidad se ha estudiado cómo la regulación secundaria o la actuación de los agentes del mercado pueden afectar también el ejercicio de libertades y ser, por consi-

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

¹⁷⁵ Lessig Lawrence, “The New Chicago Shool”, *The Journal of Legal Studies*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998, vol. XXVII (2) (PT.2), p. 674.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 687.

guiente, considerada inconstitucional.¹⁷⁷ Se analiza así, en aquel país, lo que se ha denominado “control constitucional indirecto” como el medio de análisis desde una perspectiva constitucional, de las actuaciones de agentes del mercado o autoridades de inferior jerarquía que restringen libertades ante un mundo en el que predomina la regulación secundaria.

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

Como primer ejemplo de esta tradición tenemos el caso *Lochner v. New York* (1905), que se desarrolla en una época en la que diversas legislaturas estatales adoptaron leyes y establecieron diversas formas de protección y beneficios para los trabajadores, algunas de las cuales fueron controvertidas ante la Suprema Corte de Justicia de aquel país por considerar que restringían libertades constitucionales. En el caso que ahora comento, la legislatura de Nueva York aprobó una ley en 1897 denominada *New York's Bakeshop Act* que prohibía a los empleadores instaurar jornadas laborales para sus empleados de más de 60 horas a la semana, y establecía condiciones mínimas de seguridad e higiene para las instalaciones de trabajo.

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

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 688.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 689.

tección social que comienzan a surgir en el siglo XX, que a la postre darían lugar al Estado social de derecho.¹⁷⁹

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

En esta controversial resolución, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América consideró que la legislatura de Nueva York interfirió en forma arbitraria e innecesaria en contra de la libertad de contratar de los individuos, y modificó su criterio respecto a la facultad de imponer restricciones a la libertad de contratar de anteriores resoluciones.¹⁸¹

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

¹⁷⁹ Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa-UNAM-CNDH, 2005, pp. 245 y 246.

¹⁸⁰ O'Brien David M., *Constitutional Law and Politics*, 7a. ed., Nueva York, Norton & Company, 2008, vol. 2, p. 284.

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

¹⁸² O'Brien David M., *Constitutional Law and Politics*, cit., p. 267.

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

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

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

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

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

¹⁸³ *Idem*.

¹⁸⁴ Ackerman Bruce A., *Del realismo al constructivismo jurídico*, cit., p. 31.

¹⁸⁵ O'Brien David M., *Constitutional Law and Politics*, cit., p. 268.

¿Acaso el juez Holmes no consideraba legítima la intervención del Poder Judicial para analizar la validez de restricciones a la libertad de decidir y contratar?

Así, para este juez, los jueces deberían no interferir con la actividad legislativa, por lo que los puntos de vista opuestos de política pública, con respecto a negocios, economía y asuntos sociales, constituyan consideraciones de elección legislativa, que los jueces deberían analizar solamente que fueran demostrablemente arbitrarias e irracionales.¹⁸⁶

Por lo tanto, notemos que incluso para quienes disintieron de la mayoría en el caso *Lochner v. New York*, sí resulta legítima la intervención judicial cuando la legislación o intervención regulatoria del Estado en materia de política pública, negocios, economía y asuntos sociales es arbitraria e irracional. Sin embargo, contra lo que disentía la minoría en el caso *Lochner v. New York*, era con la concepción de la libertad de contratar como un enunciado o principio general que debiera ser reconocido como un bien jurídico superior que el Estado no pudiera restringir o regular.

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

¹⁸⁶ Schwartz Bernard, *Algunos artífices del derecho norteamericano*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1985, p. 122.

¹⁸⁷ O'Brien David M., *Constitutional Law and Politics*, cit., p. 288.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 289.

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

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

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

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

Por su parte, para Benjamin Cardozo, los jueces deben interpretar la conciencia social y darle efecto a ésta al aplicar la ley, de

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

¹⁹⁰ Schwartz Bernard, *op. cit.*, p. 124.

¹⁹¹ Ackerman Bruce A., *op. cit.*, p. 122.

tal manera que al hacerlo el juez coadyuva a modificar y formar así la conciencia que interpreta.¹⁹²

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

Durante dicho periodo, más de 200 leyes federales y estatales de los Estados Unidos de América fueron declaradas como inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia de aquel país, por considerar que las mismas restringían la libertad de contratar y eran declaradas, por tanto, como violatorias de la Constitución.¹⁹⁴

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

Para el autor Gillman, la mayoría de los integrantes de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América que

¹⁹² Mason Alpheus, Thomas, *op. cit.*, p. 421.

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

¹⁹⁴ O'Brien David M., *op. cit.*, p. 269.

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

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

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

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

¹⁹⁶ Gillman, Howard, *The Constitution Besieged, the Rise and Demise of Lochner Era*, 3a. ed., Estados Unidos de América, Duke University Press, 2004, p. 3.

¹⁹⁷ *Ibidem*, pp. 10 y 11.

¹⁹⁸ White G. Edward, “The Integrity of Holmes Jurisprudence”, en Hall, Kermit L. (ed.), *The Supreme Court in American Society*, Nueva York, Garland Publishing, 2001, p. 657.

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

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

Sin embargo, la sociedad y el gobierno de los Estados Unidos de América se percataron que, al seguir esta tendencia, se generaron altas concentraciones de poder económico en ciertos sectores reducidos de la población, quienes abusaron de los sectores vulnerables. Fue el presidente Roosevelt quien buscó revertir esta situación, logrando modificar la integración de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América y defendiendo la ampliación de las facultades de intervención del gobierno en lugar de reducir éstas.

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

¹⁹⁹ Gillman, Howard, *op. cit.*, p. 13.

²⁰⁰ Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *op. cit.*, p. 23.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 153.

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

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

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

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

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

²⁰² O'Brien David M., *op. cit.*, p. 294.

²⁰³ *Idem.*

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

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

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

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

Con este nuevo enfoque de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América se podría estar retomando el criterio de *Lochner v. New York* para resolver sobre la inconstitucionalidad

²⁰⁴ *Idem*.

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

nalidad de leyes que restrinjan de alguna manera las actividades de las compañías y comerciantes. Inclusive, en un futuro pudiéramos estar analizando resoluciones emitidas por dicho tribunal que autoricen ilimitados donativos directos por compañías a candidatos, sin importar las consecuencias que ello produciría en los procesos electorales de aquel país.

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

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

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

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

²⁰⁶ Sandel, Michael, *Justice. What's the right thing to do?*, Estados Unidos de América, Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 128.

tringir las libertades, incluyendo la de decidir y contratar, cuando éstas entran en conflicto con otras libertades y salvaguardando derechos que en cada caso considera más relevantes.

II. LA *DRITTWIRKUNG* DEL DERECHO ALEMÁN: PRIORIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

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

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

Las normas de derecho fundamental tienen también influencia en la relación ciudadano/ciudadano. Esta influencia es especialmente clara en el caso de los derechos frente a la jurisdicción ordinaria civil. Entre los derechos frente a la jurisdicción ordinaria civil, se encuentran los derechos a que sus autos y sentencias no vulneren con su contenido los derechos fundamentales —en donde una sentencia derecho civil califica como una intervención en la esfera de los derechos fundamentales del vencido—. Esto implica un efecto, cualquiera que sea su construcción, de las normas de derecho fundamental en las normas del derecho civil y, con ello, en la relación ciudadano/ciudadano.²⁰⁷

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

Recurro al trabajo de Javier Mijangos,²⁰⁸ quien se ha especializado en el estudio de la construcción de la *Drittwirkung* y distingue; *a) la eficacia mediata (mittelbare Drittwirkung)*, en la que se condiciona la operatividad de los derechos fundamentales en el

²⁰⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 464.

²⁰⁸ Mijangos y González, Javier, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, 2004, p. 15.

campo de las relaciones privadas a la mediación de un órgano del Estado que sí está vinculado directamente a estos derechos, por lo que en dicho plano sí se requiere la intervención del legislador o la recepción a través del juez, en el momento de interpretar la norma aplicable al caso, y *b)* la eficacia *inmediata* frente a terceros (*unmittelbare Drittewirkung*), la cual implica la posibilidad de afirmar la virtualidad directa, sin mediaciones concretizadoras de los derechos fundamentales, en tanto que derechos subjetivos reforzados por la garantía constitucional, frente a las violaciones procedentes de sujetos privados.

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

1. La eficacia mediatizada a través del acto legislativo;
2. La eficacia mediatizada a través de la decisión judicial, y
3. Por último, la eficacia inmediata, directa y limitada que nos permitirá conjugar los elementos ya descritos con una reformulación de los derechos fundamentales en su función subjetiva.

En otras palabras,

por una parte, el tribunal civil tiene que tener en cuenta los principios *iustitiales* que apoyan las posiciones que respectivamente hacen valer las partes; por otra, tiene que aplicar el derecho privado vigente en la medida en que ello no sea incompatible en cada interpretación con los principios de derecho fundamental.²¹⁰

Así, en el derecho alemán identifico un mecanismo de armonización del derecho civil frente al derecho constitucional / tutela de los derechos fundamentales en los términos que he venido abogando a lo largo de este trabajo. Es éste un proceso de constitucionalización del derecho privado, en donde las relaciones entre particulares se modifican como consecuencia del deber

²⁰⁹ *Idem*.

²¹⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 476.

de observancia de los derechos constitucionales sobre las normas que se contraponen a éstos, quedando los jueces autorizados a intervenir a fin de asegurar su observancia.²¹¹

Al escribir este trabajo no fue mi intención desarrollar un estudio pormenorizado de la *Drittewirkung*, ya que existen excelentes y novedosos trabajos en esta materia, como el de Javier Mijangos; simplemente hice una referencia general a los principios de esta institución, como parte de este estudio comparativo, que me permita esbozar alguna propuesta para el caso del derecho mexicano en esta materia de armonización-ponderación de la libertad de contratar frente al derecho constitucional y su interrelación con los derechos fundamentales.

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

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

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

²¹² Anzúrez Gurría, José Juan, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 22, enero-junio de 2010, p. 19.

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

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

La sentencia del Tribunal Estatal de Hamburgo condenó al señor Lüth, so pena de prisión o multa, a dejar de: *a)* invitar a los dueños de los teatros alemanes y distribuidores de filmes, a no presentar dentro de su programación la película producida y distribuida en el territorio alemán por el señor Urteil, y *b)* invitar al público alemán a no ver dicha película.²¹³

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

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

Para resolver este caso, el Tribunal Constitucional Alemán analizó que el juez ordinario debió atender a la influencia de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones de carácter civil o laboral, y que al no hacerlo, al no valorar en su justa medida el efecto de irradiación que un determinado derecho fun-

²¹³ Schwabe, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez-Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 133.

damental despliega en una relación jurídico-privada concreta, el juez de primera instancia incurrió en su vulneración.²¹⁴

En efecto, el Tribunal Constitucional Alemán consideró lo siguiente:

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

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

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

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

²¹⁴ Anzúrez Gurría, José Juan, *op. cit.*, p. 22.

²¹⁵ Shwabe, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, *op. cit.*, p. 133.

²¹⁶ Vega García, Pedro de, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittewirkung der Grundrechte*)”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 693.

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

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

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

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

Por este análisis, el Tribunal Constitucional Alemán en el caso *Lüth v. Urteil* decidió revocar la sentencia del Tribunal Estatal de Hamburgo, sugiriendo la necesidad de efectuar una ponderación de los bienes jurídicos en conflicto y considerando que,

²¹⁷ *Idem*.

²¹⁸ Schwabe, Jürgen, *op. cit.*, p. 135.

al emitir dicha sentencia, el Tribunal Estatal de Hamburgo desconoció el especial significado que se le atribuye al derecho de libertad de expresión también allí donde entra en conflicto con los intereses privados de terceros.²¹⁹

En otro caso, similar a *Lochner*, el Tribunal Constitucional de Alemania en relación con una norma legal de 1936, que regulaba en aquel entonces el horario laboral en panaderías y pastelerías prohibiendo jornadas laborales en días hábiles, entre las cero y las cuatro horas, para proteger la salud de los trabajadores, resolvió la constitucionalidad de la misma a pesar de restringir la libertad de dirección de empresa de conformidad con el artículo 12, inciso 1, de la ley fundamental de aquel país.²²⁰ En esta decisión, el Tribunal Constitucional Alemán, aplicando el método de ponderación, consideró que esa intervención está totalmente justificada, entre otras cosas, si es proporcional al fin legítimo que se busca cumplir con la resolución, en este caso proteger la salud de los trabajadores, que tiene precedencia sobre la libertad jurídica de ejercer la profesión.²²¹

Con este mismo criterio, el Tribunal Constitucional Alemán ha resuelto otros casos sosteniendo la constitucionalidad de leyes con base en su consideración sobre el análisis del Poder Legislativo acerca de los derechos en tensión al emitir las mismas. Por ejemplo, en una resolución de este tipo dictada en 1998, en la cual entraba en colisión el ejercicio de la profesión de los empresarios garantizado por el artículo 12 de la Constitución Alemana y el deber protector del Estado para con los empleados, contemplado por el artículo 12 (1) de la Constitución alemana, en torno a una ley que exentaba a las empresas con menos de cinco empleados de estrictas disposiciones sobre despidos de la legislación laboral. En dicho caso, el Tribunal Constitucional Alemán resolvió que “las posiciones enfrentadas de los derechos constitucio-

²¹⁹ *Ibidem*, p. 137.

²²⁰ BVerfGE 87, citado en Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, núm. 25, 2003, pp. 50-53.

²²¹ *Idem*.

nales han de entenderse en el contexto de sus repercusiones mutuas y deben limitarse de forma que tengan la mayor efectividad posible para todos los afectados”;²²² para ello, el Tribunal Constitucional Alemán garantizó al Poder Legislativo amplia libertad de creación de normas, abarcando la valoración de variedad de intereses, es decir, la ponderación de exigencias enfrentadas y la determinación de su necesidad de protección.²²³

Alexy destaca este caso debido a que muestra la relevancia del principio de concesión de discrecionalidad para la fijación de los fines garantizada por el Tribunal Constitucional al Poder Legislativo, al sostener la constitucionalidad de la ley materia de la controversia, en detrimento de los intereses de los empleados, con el argumento de que los intereses empresariales fueron en ese caso considerados por el legislador como dignos de protección.

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

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

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

²²² Alexy, Robert, “Sobre los derechos constitucionales a protección”, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid-México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, 2010, p. 83.

²²³ *Idem*.

²²⁴ Anzúrez Gurría, José Juan, *op. cit.*, p. 23.

²²⁵ Como es el caso de Juan María Bilbao Ubillos.

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

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

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

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

En relación con este mismo tema, el trabajo de José Juan Anzúrez Gurría,²²⁸ con toda claridad, expone la mal interpretada libertad contractual en realidad no es tal, sino que en situaciones de desigualdad lo único que hace es promover el abuso de una de las partes en detrimento de otra que de ninguna manera puede

²²⁶ Anzúrez Gurría, José Juan, *op. cit.*, p. 27.

²²⁷ Vega García, Pedro de, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittewirkung der Grundrechte*)”, *op. cit.*, p. 698.

²²⁸ Anzúrez Gurría, José Juan, *op. cit.*, pp. 10-15.

ejercer esa supuesta libertad contractual, sino que, por el contrario, resulta afectada en ciertos derechos fundamentales.

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

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

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

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

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

²²⁹ Mijangos y González, Javier, “La doctrina de la *Drittewirkung Der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Teoría y realidad constitucional*, España, Universidad Nacional de Educación a Distancia-Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, núm. 20, 2007, p. 585.

²³⁰ Moreso, José Juan, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid-México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, 2010, pp. 224-227.

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

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

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

²³¹ *Ibidem*, p. 228.

²³² BVerfGE 19, 330 (338).

miento técnico profesional indispensable para ejercer la actividad comercial de que se tratara.²³³

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

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

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

Se busca así, a través de la aplicación de los tres principios mencionados, la optimización del ejercicio de las libertades a través de la ponderación de los beneficios que se obtienen al restrin-

²³³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 524.

²³⁴ *Ibidem*, p. 525.

²³⁵ *Idem*.

gir éstas, e idoneidad/necesidad de tal restricción como el medio para lograr dichos beneficios.

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

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

Destaca así, dentro del derecho alemán, la posibilidad de restricciones a la libertad, pero siempre que se produzca un beneficio y promoción de la convivencia social, y se mantenga la independencia de la persona.

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

En relación con la colisión de derechos y el método de ponderación para resolver la misma, Borowski, al referirse a las críticas que se hacen al método de ponderación por la subjetividad que se puede dar al peso y grado de afectación de cada uno de los derechos en colisión, considera que el juzgador deberá realizar

²³⁶ *Ibidem*, p. 334.

²³⁷ BVerfGE 4, 7 (16).

²³⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 313.

²³⁹ García Amado, Juan Antonio, “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid-México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, 2010, p. 252.

una fundamentación con base en una argumentación jurídico-racional y no solamente limitada a la teoría de los principios de los derechos fundamentales.²⁴⁰

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

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

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

En consecuencia, en términos de este condicionamiento, cada derecho tiene valor en la medida en que otro derecho jerárquicamente superior, o más especial, permite su existencia. De esta

²⁴⁰ Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, cit., p. 57.

²⁴¹ Vega García, Pedro de, *op. cit.*, p. 691.

manera, en opinión de Pedro de Vega, las viejas formulaciones de la concepción clásica de los derechos —con características de abstracción e idealismo— perdieron vigencia para dar paso a un tratamiento de los derechos fundamentales, ya no como un bloque unitario, sino a derechos heterogéneos —no reducibles a un mismo orden conceptual— y, por lo tanto, susceptibles de consideraciones jurídicas diferentes.²⁴²

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

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

Por otra parte, el derecho alemán considera también que existen ciertos derechos no restringibles —conocida como “teoría interna” —, lo cual no significa que se trate de derechos ilimitados, sino de derechos que desde que nacen tienen un contenido determinado, por lo que toda posición jurídica que exceda tal derecho predeterminado no existe. Es entonces esta determinación del contenido de los derechos la que permite al juzgador resolver en materia de colisión de derechos cuando alguno de éstos se pretende ejercer en exceso de su contenido predeterminado.²⁴⁴

Así, los derechos que se garantizan mediante reglas son derechos no restringibles, entendidos en términos de la teoría interna,

²⁴² *Idem.*

²⁴³ Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, cit., p. 68.

²⁴⁴ *Idem.*

mientras que los derechos garantizados por principios son derechos restringibles, entendidos en términos de la teoría externa.

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

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

En tal supuesto, para restringir esos principios de derechos fundamentales, se requiere que las premisas que sustentan dicha intervención sean mayores, cuanto más intensa sea la intervención en el derecho.²⁴⁵

En opinión de Borowski, este análisis explica cómo es posible la restricción de derechos fundamentales mediante leyes, ya que en todo caso la restricción de un derecho fundamental por vía de reglas tiene que estar sustentada en principios constitucionales; por lo tanto, si la restricción de un derecho fundamental proveniera solamente de la ley y no de principios constitucionales, entonces dicha restricción no sería legítima, ya que las libertades fundamentales están garantizadas por normas constitucionales, pero si la restricción se funda en principios constitucionales se presenta entonces una colisión entre normas de igual jerarquía que puede ser resuelta mediante una ponderación.²⁴⁶

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

En virtud de estas cláusulas, las propias disposiciones constitucionales delegan al legislador la posibilidad de limitar o res-

²⁴⁵ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 552.

²⁴⁶ Borowski, Martin, *op. cit.*, p. 81.

²⁴⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 254.

tringir ciertos derechos fundamentales, lo cual resulta consistente con la necesidad de resolver las situaciones de colisión a las que me he referido anteriormente.

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

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

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

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

En este caso se analizaron ciertas restricciones impuestas a la libertad de acción del arrendador, ante la importancia de la vivienda para el individuo y su familia en términos de la ley fundamental de la República Federal de Alemania.²⁵² Alexy opina

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 291.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 294.

²⁵⁰ BVerfGE 37, 132.

²⁵¹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 295.

²⁵² Artículo 14, párrafo 2.

que en este caso, como resultado de la ponderación, se formula una restricción no al derecho de propiedad sino a la libertad de acción, llevada a cabo por medio de la eliminación de una competencia del derecho civil.

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

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

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

Otro tema que he venido refiriendo y que también ha sido materia de análisis por el derecho alemán es el de las situaciones de desventaja que pueden llegar a colocar al individuo en una condición en la que sea prácticamente imposible ejercer sus libertades.

Sobre este tema, Alexy, al referirse a la libertad socioeconómica, afirma que tal libertad no existe en la medida en que situaciones económicas deficitarias impiden al individuo el ejercicio de alternativas de acción.²⁵⁴

Por lo tanto, para Alexy, las normas del derecho de los contratos, del derecho de propiedad y el derecho de asociación, entre otras, son ejemplos complejos de normas que se deben estudiar en el contexto de la realización y aseguramiento de los derechos fundamentales.²⁵⁵

Estas ideas de Alexy resultan más que relevantes para el objeto de estudio de este trabajo, pues exponen con claridad la ne-

²⁵³ BVerfGE 45, 187 (227).

²⁵⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 308.

²⁵⁵ *Ibidem* p. 429.

cesidad de que el ejercicio del derecho privado y las normas que lo regulan deba en todo momento tener en cuenta la efectiva realización de los derechos fundamentales y ponderación de los mismos con base en el principio de proporcionalidad, buscando un beneficio proporcional a la limitación de éstos cuando sea necesario y justificado imponer una limitación o restricción a los mismos, como lo he venido analizando. De esta manera, siguiendo las ideas de Alexy, cuando las instituciones jurídicas de derecho privado garantizan los derechos fundamentales, se deben garantizar también procedimientos de configuración de relaciones jurídicas en situaciones de igual jerarquía mediante el ejercicio de la autonomía privada; de ahí la importancia de que las normas de derecho privado tengan validez, pues resultan necesarias para que sea posible aquello que garantiza el derecho fundamental.²⁵⁶

Por lo tanto, el derecho alemán no solamente reconoce las tensiones entre el derecho privado (derecho civil) y el derecho público (derecho constitucional) en torno a diversas libertades, incluyendo la libertad de decidir y contratar, sino que también propone soluciones, a través de la ponderación, para resolver las mismas no a través de enunciados generales, ni reglas fijas, sino de un procedimiento abierto que no siempre conduce a una misma solución.

En lo personal, encuentro esta similitud en el derecho alemán y el *Common Law*, respecto a la posibilidad de contar con criterios cambiantes dependiendo de las particularidades de cada situación en concreto, a través de los casos diversos que he analizado en el presente capítulo.

Estos criterios y líneas de argumentación me parecen razonables para complementar las ideas hasta ahora expuestas en el presente trabajo, por lo que propongo tomarlas como propuestas para resolver las tensiones que se producen cuando diversas libertades se colisionan unas con otras.

²⁵⁶ *Ibidem* p. 432.

III. LA PROPUESTA DEL DERECHO ESPAÑOL
AL ESTABLECER MECANISMOS PROCESALES DE DEFENSA
ANTE TRIBUNALES ORDINARIOS DE LAS AFECTACIONES
A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DERIVADAS
DE RELACIONES REGIDAS POR EL DERECHO PRIVADO

El derecho español —tanto en su doctrina como en las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional Español— se ha visto influenciado por el desarrollo de la *Drittewirkung* del derecho alemán, en temas tales como la colisión de derechos fundamentales con otros derechos y libertades, así como la ponderación como método para resolver dichas tensiones.

Dentro de los autores españoles destacan los trabajos de Antonio Pérez Luño, Juan María Bilbao Ubillos, Luis Prieto Sanchís, Jesús García Torres, Antonio Jiménez Blanco, Rafael Narranjo de la Cruz y Javier Mijangos y González, en quienes me apoyaré para el desarrollo del presente apartado.

En particular destaca la obra de Luis Prieto Sanchís —el que más ha escrito en relación con estos temas—, quien considera que la autonomía de la voluntad y el derecho de propiedad cuentan con respaldo constitucional en España, así como en el Código Civil, pero al mismo tiempo frente a ellos militan siempre otras consideraciones también constitucionales, como lo que la Constitución Española llama función social de la propiedad,²⁵⁷ la exigencia de protección del medio ambiente, de promoción del bienestar general, el derecho a la vivienda o a la educación y otros derechos que pueden llegar a requerir una limitación de la propiedad o de la autonomía de la voluntad.²⁵⁸

Se puede notar así que también para el derecho español resulta relevante el efecto de irradiación del texto constitucional y los derechos fundamentales en particular frente a las relaciones entre particulares.

²⁵⁷ Artículo 33.

²⁵⁸ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 119.

Sin embargo, la nota característica del derecho español no es solamente el retomar los estudios de la *Drittewirkung* del derecho alemán, sino el proponer que sean los tribunales ordinarios también los competentes para analizar la colisión de derechos fundamentales y libertades, y así aplicar el método de ponderación para resolver dicha tensión conforme a las características de cada caso en particular.

En relación con el tema de afectación de derechos fundamentales en la esfera de relaciones entre particulares al entrar en colisión con otros derechos, Pérez Luño y Mijangos nos confirman que es un hecho notorio que en la sociedad contemporánea la igualdad formal no supone una igualdad material, y que en ella el pleno disfrute de los derechos fundamentales se ve, en muchas ocasiones, amenazado por la existencia en la esfera privada de centros de poder no menos importantes que los que corresponden a los órganos públicos.²⁵⁹

Por ello, para el derecho español es importante contar con un constitucionalismo fuerte, que, en opinión de Prieto Sanchís, se define por las siguientes características:²⁶⁰

Primera. Carácter normativo y fuerza vinculante, al ser la Constitución una norma que pretende que la realidad se ajuste a lo que ella prescribe.

Segunda. Supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes, dado que la Constitución es la norma suprema que condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico.

Tercera. Eficacia o aplicación directa, ya que la Constitución no requiere la interposición de ningún otro acto jurídico para desplegar su fuerza vinculante.

Cuarta. Garantía judicial, a través de jueces de cualquier instancia, incluyendo a los jueces ordinarios.

²⁵⁹ Mijangos y González, Javier, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, cit., p. 8.

²⁶⁰ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., p. 116.

Quinta. Contenido denso destinado a los ciudadanos en sus relaciones con el poder, pero también en sus relaciones horizontales de derecho privado.

Sexta. Rigidez para modificaciones al texto de la Constitución.

De todas estas características destaca, dentro del derecho español, la fuerza vinculante de los preceptos constitucionales, en particular de los derechos fundamentales, en relaciones tanto de derecho público, como de derecho privado y la facultad de jueces ordinarios para resolver la colisión de tales derechos fundamentales con otros derechos y libertades.

Es así como Prieto Sanchís²⁶¹ sostiene que si las normas sustantivas de la Constitución quieren entenderse dentro del sistema jurídico, como parámetros de enjuiciamiento inmediatamente aplicables, y no por encima o fuera de dicho sistema, su consideración por la justicia ordinaria resulta obligada.

Notemos entonces, dentro de esta cita de Prieto Sanchís, la eficacia inmediata que deben tener las normas constitucionales en relaciones de todo tipo, así como la facultad de los jueces ordinarios en el derecho español para asegurar la realización de dicha eficacia.

Por su parte, Javier Mijangos, al referirse a los enfoques metodológicos para determinar la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, menciona aquel que parte del análisis de las relaciones de desigualdad que se conforman en las sociedades contemporáneas, y que acarrean posiciones de privilegio para una de las partes, con la consecuente posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil.²⁶²

Es precisamente en línea con estas ideas expresadas por Mijangos que el derecho español se ocupa de la defensa, no solamente ante su Tribunal Supremo sino también ante tribunales

²⁶¹ Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, *op. cit.*, p. 157.

²⁶² Mijangos y González, Javier, *op. cit.*, p. 8.

ordinarios, de las afectaciones a los derechos fundamentales derivadas de relaciones regidas por el derecho privado.

De esta manera es posible armonizar la interacción de los derechos de ambos órdenes —constitucional y civil— y analizar caso por caso la tensión existente entre ambos y no resolver siempre imponiendo alguno de ellos sobre el otro.

Otro autor español, Bilbao Ubillos, en relación con esta necesidad de armonización nos ofrece la siguiente cita:

Así pues, la incidencia directa de los derechos fundamentales en las relaciones de derecho privado ha de graduarse para no sacrificar el principio de libertad contractual, que comprende la libertad de contratar o no, la de elegir el co-contratante y la de determinar el contenido del contrato. Tiene que ser una aplicación matizada, atenuada por la necesidad de respetar la lógica interna del derecho privado.²⁶³

Este mismo autor concluye reforzando una de las ideas que he venido desarrollando a lo largo de este trabajo, respecto a la conveniencia de no ahogar al ejercicio de la libertad contractual imponiéndole a toda costa un control constitucional, como un gravamen generalizado que termine por eliminarla. Asimismo, afirma que la función de los derechos fundamentales es garantizar un mínimo de libertad individual, no reducir las posibilidades de libertad.²⁶⁴

Notemos en la opinión de Bilbao Ubillos cierta coincidencia con la eficacia inmediata de los derechos fundamentales —*unmittelbare Drittewirkung*— del derecho alemán, analizado en el apartado anterior. Sin embargo, el derecho español va más allá y sí prevé mecanismos de reconocimiento de estos derechos en la impartición de justicia, como lo analizaré a continuación.

²⁶³ Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, cit.*, p. 363.

²⁶⁴ *Idem.*

Empezaré por mencionar que para el Tribunal Constitucional Español, los derechos fundamentales son limitados conforme al siguiente criterio jurisprudencial (STC 2/1982):

No existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que... en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos.²⁶⁵

Por su parte, la propia Constitución Española, en su artículo 53.1, establece que sólo por ley —que en todo caso deberá respetar su contenido esencial— podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por dicha Constitución. Esta cláusula habilitadora autoriza que la ley limite derechos fundamentales, siempre y cuando no se afecte su contenido esencial, en un modelo similar al derecho alemán analizado en el apartado anterior.

En cuanto a la definición del contenido esencial, el propio Tribunal Constitucional Español, en su sentencia 11/1981, ha establecido los siguientes dos criterios, complementarios entre sí, que han llevado a la doctrina en España a considerar que el mismo evoca una imagen de la tradición jurídica propuesta por su intérprete, o lo que el legislador y el juez de constitucionalidad dicen que es:²⁶⁶

1. La naturaleza jurídica o el modo de concebir o configurar cada derecho. Según este criterio, se debe atender a la relación entre: *a) el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas, y b) las ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los jueces, juristas y especialistas del*

²⁶⁵ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., p. 217.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 235.

derecho; quedando el contenido esencial constituido por las facultades o posibilidades de actuación para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo.

2. Aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos.

Por ello, para Prieto Sanchís, el aspecto clave, más que identificar el contenido esencial de los derechos fundamentales restringidos, consiste en la exigencia de justificar cualquier medida o condición restrictiva. Esta propuesta va más en línea con las ideas que he venido expresando en este trabajo, para realizar un ejercicio de determinación de la conveniencia y beneficios que se deben producir al restringir la libertad de decidir, y al no obtenerse dichos beneficios, entonces toda restricción a la misma carece de justificación, y ésta se puede hacer a través de la ponderación, definida, conforme al derecho español por autores como Prieto Sanchís, como la exigencia de proporcionalidad —no de peso o de jerarquía, pues puede tratarse de derechos similares— entre el derecho que resulta afectado y aquel otro derecho o principio que sirve de cobertura o justificación a la misma.²⁶⁷

También en el derecho español hay quienes opinan en contra de esta propuesta de ponderación, pues consideran que es impráctica y vacía, y que promueve la politización de la justicia al dejar al juez buscar en la conciencia jurídica de la comunidad el criterio que le permita pronunciarse sobre la razonabilidad o irrazonabilidad de la obra del legislador.²⁶⁸

Sobre la primera crítica, dicen sus autores, la máxima de la ponderación no añade nada el acto mismo de pesar o de comprobar el juego relativo de dos magnitudes escalares, mostrándose

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 238.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 181.

incapaz de explicar porqué efectivamente un principio pesa más que otro.²⁶⁹

En relación con la segunda, se dice que la propuesta de ponderación se nos presenta como derecho judicial o del juez, mediante la cual el juez puede desbordar los cauces y saltarse los muros.²⁷⁰

Como defensa de la primera crítica se dice que ésta sería cierta si lo que se espera de la ponderación es que resuelva el conflicto mediante la asignación de un peso propio o independiente a cada principio, lo cual no es así conforme a lo resuelto por el Tribunal Constitucional Español (STC 320/1994) al establecer que “no se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias *a priori*, sino de conjugar desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca”.²⁷¹

Ante estas críticas, el propio Prieto Sanchís sostiene que dicho ejercicio de ponderación debe apelar a la razonabilidad y remitirnos a un esfuerzo de justificación racional de la decisión frente a los principios en conflicto, apoyándonos en la fuerza normativa de la Constitución.²⁷²

Para ello, Prieto Sanchís propone lo siguiente:

La virtualidad de la ponderación reside principalmente en estimular una interpretación donde la relación entre las normas constitucionales no es una relación de independencia o de jerarquía, sino de continuidad y efectos recíprocos, de manera que, hablando por ejemplo de derechos, el perfil o delimitación de los mismos no viene dado en abstracto y de modo definitivo por las fórmulas habituales (orden público, derecho ajeno, etc.), sino que se decanta en concreto a la luz de la necesidad y justificación de la tutela de otros derecho o principios en pugna. Precisamente, la

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 190.

²⁷⁰ García Torres, Jesús y Jiménez-Blanco, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1986, p. 143.

²⁷¹ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., p. 190.

²⁷² *Ibidem*, p. 182.

necesidad de la ponderación comienza desde el momento en que se acepta que no existen jerarquías internas en la Constitución o, lo que es lo mismo, que los distintos principios carecen de un peso autónomo y diferenciado y sólo poseen una vocación de máxima realización que sea compatible con la máxima realización de los demás. Por eso, la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto.²⁷³

Se puede notar que estos argumentos son los que sirven como fondo de la segunda crítica, al dejar al arbitrio del juez la resolución del conflicto desde su propio análisis para determinar y justificar el grado de proporcionalidad en la afectación o limitación de derechos. Ante ello, el mismo Prieto Sanchís afirma que:

el resultado óptimo de un ejercicio de ponderación no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios, ni siquiera en el caso concreto, sino la armonización de ambos, esto es, la búsqueda de una solución intermedia que en puridad no diese satisfacción plena a ninguno, sino que procurase la más liviana lesión de ambos.²⁷⁴

De esta manera, y con el apoyo de diversas sentencias emitidas en este sentido por el Tribunal Constitucional Español que analizaré a continuación, parece que el derecho español ofrece criterios para delimitar la facultad integradora de los jueces en la resolución, mediante la ponderación, de colisiones entre derechos fundamentales y libertades.

Por ello inicié este apartado con la referencia del propio Tribunal Constitucional Español respecto a la posibilidad de limitar los derechos fundamentales sin afectar su esencia, cuando éstos colisionan entre sí o con otras libertades.

Con ello se responde a la crítica de otros autores españoles que consideran que si se impusieran en extremo los derechos fun-

²⁷³ *Ibidem*, p. 191.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 192.

damentales como superiormente jerárquicos frente a otros, no estaríamos quizá en presencia de una sociedad libre, sino en una sociedad en la que imperaría un nuevo y acaso definitivo totalitarismo de los derechos fundamentales.²⁷⁵

Ante ello, considero muy valiosa la propuesta que nos hace el derecho español con base en la *Drittewirkung* del derecho alemán, dado que ofrece un método no de jerarquías inamovibles, rígidas o inmutables, sino de análisis de proporcionalidad y razonabilidad de limitaciones de derechos y libertades para lograr resultados específicos y tangibles.

Así lo ha dispuesto el Tribunal Constitucional Español (STC 53/1985) al establecer que “el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos”.

Para el derecho español, entonces, la ponderación opera a la luz de casos concretos, generando al mismo tiempo respuestas para casos genéricos y con vocación de permanencia y universalización.²⁷⁶

El Tribunal Constitucional Español ha establecido las siguientes cuatro características o exigencias para la ponderación:²⁷⁷

Primera. Que la medida enjuiciada presente un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio o derecho, pues si no existe tal fin y la actuación pública es gratuita, o si resulta ilegítimo desde la propia perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación; en palabras del Tribunal Constitucional Español, queda expresado de la siguiente manera (STC 55/1996): “resulta imposible ensayar cualquier ponderación si el sacrificio de la libertad que impone la

²⁷⁵ García Torres, Jesús y Jiménez-Blanco, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, cit., p. 146.

²⁷⁶ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., p. 194.

²⁷⁷ *Ibidem*, pp. 199-202.

norma persigue la preservación de bienes o intereses no solo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya también, socialmente irrelevantes”.

Segunda. La máxima de la ponderación requiere acreditar la adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada; es decir, la afectación a un principio o derecho constitucional debe ser consistente-necesaria para lograr la finalidad buscada.

Tercera. La intervención lesiva para un principio o derecho constitucional ha de ser necesaria. Es decir, debe acreditarse que no existe otra medida que, obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva; lo cual impone la obligación de escoger aquella restricción que menos perjuicios cause desde la perspectiva del otro principio o derecho en colisión.

Cuarta. La ponderación debe ser proporcional, para lo cual es necesario acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la limitación o protección de un derecho y las lesiones que dicha medida cause para el otro *derecho* con el cual colisiona. De esta manera, cuanto mayor sea la afectación producida en la esfera de un principio o derecho, mayor deberá ser también la necesidad de realizar el derecho o principio en pugna, para lo cual resulta necesario valorar, por un lado, el grado de afectación o lesión de un derecho y el grado de importancia o urgencia en la satisfacción de otro, y justificar al mismo tiempo la medida en cuestión.

A continuación transcribo, en la parte conducente, fragmentos de algunas de las resoluciones del Tribunal Constitucional Español más relevantes en apoyo de las cuatro características antes señaladas:

Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal

medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). STC 207/1996.

La exigencia de motivación aquí es ante todo un requisito formal de la regla de proporcionalidad, según la cual en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida. STC 8/1992.

Las limitaciones de los derechos fundamentales requieren no sólo que respeten su contenido esencial, sino también que sean razonables y proporcionadas al fin en atención al cual se establecen. STC 196/1987.

Los límites de los derechos fundamentales han de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos. STC 159/1986.

Todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido. STC 119/1990.

Todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se le impone. STC 119/1989.

La interpretación de los preceptos legales ha de hacerse a la luz de las normas constitucionales y especialmente aquellas que proclaman y consagran derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos y que, en caso de duda, la interpretación que debe prevalecer es la que dote de mayor viabilidad y vigor al derecho fundamental. STC 1/1989.

La fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que

debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por lo tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes. STC 37/1987.

Cuando se produce una restricción de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación que se exteriorice adecuadamente con objeto que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. STC 8/1992.

Ahora pasando al tema de los medios procesales para lograr la tutela de derechos fundamentales-libertades ante violaciones tanto de particulares como de actos de autoridad, la Constitución Española, en su artículo 53.2, prevé una doble vía de protección judicial:

- a) El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, y
- b) Un procedimiento especial ante los tribunales ordinarios, basado en los principios de preferencia y sumariedad.

Dicho artículo dispone que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1a. del Capítulo II ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En concordancia con dicho precepto constitucional, el artículo 249 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone el ámbito del juicio ordinario, y establece que se decidirán en el juicio ordinario las demandas que pidan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental.

Pero esta protección no está limitada solamente para el ámbito civil, sino también para otras materias, como son la vía penal, laboral y contencioso-administrativa.²⁷⁸

Incluso el propio artículo 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español reconoce esta posibilidad a otros tribunales al establecer en su fracción 1 que los derechos y libertades reconocidos en la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta ley establece, “sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia”.

Respecto al tema de la protección de los derechos fundamentales, García Torres y Jiménez Blanco consideran que en realidad procede la vía de amparo no por actos de controversias entre particulares, sino por lesiones a derechos fundamentales por una deficiente tutela de un acto judicial.²⁷⁹

Es decir, para estos autores la afectación de derechos fundamentales en la esfera de relaciones entre particulares se da por actuaciones judiciales que derivan de controversias surgidas por actos de derecho privado, mas no por los actos privados *per se*.

Sin embargo, ya he analizado cómo el derecho español en las diferentes normas jurídicas aquí referidas se manifiesta expresamente en favor de la tutela de derechos y libertades ante lesiones a ellos por cualquier persona, empezando desde la propia Constitución Española, cuyo artículo 9.1, en sus fracciones 1 y 2, dispone lo siguiente:

1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos

²⁷⁸ Mijangos y González, Javier, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2007, p. 49.

²⁷⁹ García Torres, Jesús y Jiménez-Blanco, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, cit., p. 83.

que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Para la autora Encarnación Carmona, la experiencia de casi treinta años de desarrollo constitucional en España ha demostrado que crear un solo procedimiento de tutela judicial de los derechos o agrupar todos los procedimientos existentes en una sola norma presenta dificultades técnicas. De ahí que el derecho español prevea diferentes mecanismos para la defensa de derechos fundamentales, por lo que esa pluralidad de procedimientos distintos y de especialidades en los procesos ordinarios es más efectiva para la protección judicial de los derechos fundamentales.²⁸⁰

Para Marc Carrillo, no sólo los poderes públicos en España son o pueden ser destinatarios de cualquier recurso ordinario en el que se les impute la lesión de derechos fundamentales, sino también los particulares.²⁸¹ El propio Tribunal Constitucional Español ha reconocido que los derechos fundamentales sujetan también a los particulares en sus relaciones jurídicas (STC 18/1984, entre otras).²⁸²

Esta atención especial a los derechos fundamentales por la vía sumaria se debe a que ellos requieren de una tutela prioritaria. Es necesario salvaguardarlos, independientemente del desen-

²⁸⁰ Carmona Cuenca, Encarnación, “El desarrollo legislativo de la tutela judicial de los derechos fundamentales. Evolución histórica y perspectivas de futuro”, en Murillo de la Cueva, Pablo Lucas y Carmona Cuenca, Encarnación (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, p. 43.

²⁸¹ Carrillo, Marc, *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 208.

²⁸² Muñoz Arnau, Juan Andrés, *Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 165. Dicha sentencia, en la parte relevante, establece que “las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato”.

lace que por la vía judicial tenga la materia planteada por la controversia civil o mercantil, decretándose la suspensión del acto violatorio de derechos fundamentales.

Esta distinción del derecho español al involucrar a los tribunales ordinarios en la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales aporta un esquema de referencia no solamente respecto a la confirmación de la capacidad y oportunidad de los tribunales ordinarios para salvaguardar tales derechos, sino también respecto a la suspensión que se le pueda dar al acto de naturaleza privada que esté violentando esos derechos.

Típicamente, en un procedimiento ordinario el juez resuelve solamente la materia civil o mercantil que le ha sido planteada sin entrar al análisis de derechos fundamentales involucrados en la relación contractual-civil-mercantil, y que se puedan ver afectados como resultado de dicha relación. Por tanto, estos derechos fundamentales continúan siendo afectados/vulnerados al continuar la relación y controversia.

No es éste el caso en estos procedimientos sumarios del derecho español, en los cuales la prioridad es la protección de los derechos fundamentales mencionados, incluso para los tribunales ordinarios, los cuales están facultados para su tutela jurisdiccional.²⁸³

Para otro autor español, Rafael Naranjo de la Cruz,²⁸⁴ cuando se habla de la independencia del derecho privado frente al derecho constitucional se está manteniendo una situación propia de finales del siglo XVIII y siglo XIX, en la que la regulación por el derecho privado de los bienes jurídicos entonces más importantes —libertad contractual y propiedad— y la construcción de dicho sector del ordenamiento jurídico permite hablar de su primacía material.

²⁸³ Carmona Cuenca, Encarnación, “El desarrollo legislativo de la tutela judicial de los derechos fundamentales. Evolución histórica y perspectivas de futuro”, *op. cit.*, p. 46.

²⁸⁴ Naranjo de la Cruz, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, *cit.*, p. 241.

Entonces, en el derecho español esa independencia entre el derecho privado y el derecho constitucional no se presenta ante los tribunales ordinarios.

En consecuencia, los efectos de la activación del proceso especial y sumario son la restauración en su ejercicio del derecho fundamental lesionado, transgredido o menoscabado, con la consecuente anulación del acto en caso que así sea resuelto.²⁸⁵

Un aspecto importante es el de los efectos económicos, ya que la jurisprudencia establece que procede la imposición de costas cuando se desestiman totalmente las pretensiones de una parte.

Para efectos de esta exposición, considero valioso resaltar del derecho español este tipo de procedimientos sumarios y especiales para la protección de derechos *fundamentales* administrados por jueces ordinarios, sin delegarlos a un segundo plano frente al derecho privado. En el siguiente apartado realizaré una comparación con la totalmente opuesta interpretación que existe en el derecho mexicano en torno a este tema.

IV. LA SUPREMACÍA DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL EN MÉXICO Y SUS EFECTOS ANTE LA AUSENCIA DE CONTROLES CONSTITUCIONALES

Para el caso de México, empezaremos por citar el artículo 133 de la Constitución, el cual establece, en los términos siguientes, lo que se conoce como supremacía constitucional en el orden jurídico mexicano:

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

²⁸⁵ Carrillo, Marc, *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios, cit.*, pp. 397 y 398.

Es claro que este precepto expresamente obliga a los jueces, de cualquier instancia y rango, a aplicar en primer lugar la Constitución. Por ende, deberían también atender y custodiar en primer lugar los derechos fundamentales garantizados por la misma.

En este sentido, diversos procesalistas, como el doctor José Ovalle Favela, han propuesto que los respectivos códigos procesales de los estados de la República repliquen este principio de supremacía constitucional.²⁸⁶

Lo anterior deja de manifiesto el interés que existe en reiterar a los impartidores de justicia de todas las instancias respecto a su obligación de hacer que se cumplan los preceptos constitucionales y se tutelen los derechos fundamentales por ellos garantizados.

Resulta claro que esta supremacía constitucional aplica en juicios de todo tipo, incluyendo aquellos que tienen por objeto resolver controversias entre particulares. Es decir, también en los juicios en los que se ventilan disputas de orden civil y mercantil, los jueces están obligados a aplicar, en primer lugar, los preceptos constitucionales y tutelar los derechos fundamentales por ellos garantizados.

Este criterio de interpretación ha sido reiterado recientemente en la siguiente tesis de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en México, la cual ha marcado un importante cambio en las facultades de control constitucional conferidas a los jueces de todas las instancias, para inaplicar normas que no estén conforme a la Constitución o a los tratados internacionales en materia

²⁸⁶ Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, 4a. ed., México, Editorial Harla, 1991, pp. 34 y 35, quien hace referencia a los casos de los códigos de procedimientos civiles de los estados de Morelos, Zacatecas y Sonora. Como ejemplo de casos recientes de códigos procesales que han sido reformados siguiendo esta tendencia, tenemos el caso del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Tabasco, el cual, en su artículo 13 (fracción V), dispone que las normas procesales deberán interpretarse de conformidad con los principios que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sobre el proceso y la función jurisdiccional, con los principios generales del derecho y con los principios fundamentales contenidos en dicho Código.

de derechos humanos, como consecuencia de la también reciente reforma²⁸⁷ al artículo 1o. constitucional:²⁸⁸

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011). Mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se modificó el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, rediseñándose la forma en la que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deberán ejercer el control de constitucionalidad. Con anterioridad a la reforma apuntada, de conformidad con el texto del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal, se entendía que el único órgano facultado para ejercer un control de constitucionalidad lo era el Poder Judicial de la Federación, a través de los medios establecidos en el propio precepto; no obstante, en virtud del reformado texto del artículo 1o. constitucional, se da otro tipo de control, ya que se estableció que todas las autoridades del Estado mexicano tienen obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el propio Estado mexicano es parte, lo que también comprende el control de convencionalidad. Por tanto, se concluye que en el sistema jurídico mexicano actual, *los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales*, con la limitante de que los jueces nacionales, en los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de control previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales, pues únicamente los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces constitucionales, podrán declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la Constitución o los tratados internacionales, mientras que las demás autoridades ju-

²⁸⁷ Conforme al decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

²⁸⁸ Tesis Jurisprudencial 18/2012, Décima Época, Primera Sala, enero de 2012.

risdicionales del Estado mexicano sólo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En dicha sentencia se señalan los siguientes tres pasos que los jueces deberán seguir en su interpretación:²⁸⁹

1. Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
2. Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.
3. Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.

Derivado de lo anterior, la Suprema Corte de Justicia resolvió, en el caso en comento, que actualmente existen dos grandes

²⁸⁹ Contradicción de Tesis 259/2011. Suscitada entre el Primer y Segundo Tribunales Colegiados del Trigésimo Circuito. Acuerdo de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al 30 de noviembre de 2011, p. 39.

vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, siendo éstos:²⁹⁰

- a) El control constitucional que deben ejercer los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y juicio de amparo directo e indirecto.
- b) El control constitucional que deben ejercer el resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.

Para finalizar, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia afirma que, derivado de este caso, se establece que este nuevo sistema de control constitucional permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, los que finalmente fluyan hacia la Suprema Corte para que sea ésta la que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional.²⁹¹

Es decir, los jueces de primera instancia tanto federales como del orden común están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución federal y por los tratados internacionales, cuidando siempre que su límite se encuentra en que la declaratoria de inconstitucionalidad de un precepto está reservada a los órganos del Poder Judicial de la Federación cuando conocen de los medios de control constitucional con facultad de emitir esa declaratoria.²⁹²

Para Javier Mijangos y González, al referirse al alcance del artículo 133 constitucional, los derechos fundamentales podrían ser controlados, aplicados e interpretados por todos los tribunales

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 40.

²⁹¹ *Idem*.

²⁹² *Ibidem*, p. 51.

y en todas las relaciones jurídicas del sistema, incluyendo aquellas que se suceden en el ámbito particular.²⁹³

Y bien, en relación con la posibilidad de sujetar los actos de los particulares a dicho control constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en ese sentido, se ha manifestando anteriormente en contra de dicha posibilidad:

La Suprema Corte ha establecido en diversas ejecutorias, la tesis de que las garantías constitucionales por su naturaleza jurídica, son, en la generalidad de los casos, limitaciones al poder público, y no limitaciones a los particulares, por lo cual éstos no pueden violar esas garantías, ya que los hechos que ejecuten y que tiendan a privar de la vida, la libertad...encuentran su sanción en las disposiciones del derecho común....²⁹⁴

Recientemente, este criterio parece estar cambiando, según lo acreditan las siguientes tres tesis aisladas y la Tesis de Jurisprudencia 15/2012, ya analizada en el capítulo anterior:

AMPARO DIRECTO. RESULTA LA VÍA ADECUADA PARA QUE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO CONOZCAN DE AQUELLAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS QUE DESCONOZCAN UNA VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES COMETIDA POR UN PARTICULAR. DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo la posibilidad de que ciertos derechos fundamentales, por su estructura y contenido, se configuren como límites al actuar de los particulares. Así, los tribunales del Poder Judicial de la Federación constituyen el vínculo entre la Constitución y los particulares al momento en que resuelven un caso concreto, ya que los juzgadores tendrán que introducir el contenido de los derechos fundamentales respectivos en los litigios que conozcan. Este razonamiento, que no es más que la aceptación lógica del principio de

²⁹³ Mijangos y González, Javier, *op. cit.*, p. 60.

²⁹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las garantías individuales*, 2a. ed., México, 2005, p. 32.

supremacía constitucional, lleva a esta Primera Sala a determinar que los Tribunales Colegiados de Circuito pueden conocer, a través del juicio de amparo directo, de aquellas sentencias de los tribunales ordinarios, que en última instancia no atiendan a la función de los derechos fundamentales como principios objetivos del ordenamiento jurídico mexicano. Así, en esta hipótesis y cuando se reúnan los requisitos de procedencia del juicio de amparo directo, los Tribunales Colegiados de Circuito resultan competentes para declarar si dicha interpretación encuentra cabida en el texto constitucional.²⁹⁵

En esta tesis destaca, de forma implícita, la obligación de los tribunales ordinarios de atender la función de los derechos fundamentales en las controversias que éstos resuelvan.

La segunda tesis aislada es la siguiente:

REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. RESULTA LA VÍA ADECUADA PARA QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN CONOZCA DE AQUELLAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO QUE NO REPAREN UNA VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES COMETIDA POR UN PARTICULAR. La posibilidad de que ciertos derechos fundamentales se configuren como límites al actuar de los particulares, no resulta incompatible con la actual regulación y desarrollo jurisprudencial del concepto de autoridad para efectos del juicio de amparo, que ha venido realizando esta Suprema Corte. A fin de determinar la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, es necesario atender a una doble problemática: por un lado, la cuestión relativa a la validez de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, que se configura como un problema sustantivo; y por el otro, la cuestión relativa a la eficacia de los derechos fundamentales, esto es, la procedencia de la garantía judicial correspondiente ante eventuales violaciones procedentes de un particular, que podemos identificar con el problema procesal. En esta lógica, la improcedencia del juicio de amparo contra actos

²⁹⁵ Tesis aislada XVIII/ 2011, Décima Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro IV, t. 3, enero de 2012, p. 2685.

de particulares, no determina, en modo alguno, que los derechos fundamentales no rijan las relaciones entre particulares, ni que esta Suprema Corte se encuentra imposibilitada para conocer, de forma indirecta, de este tipo de problemáticas. En estos términos, los tribunales del Poder Judicial de la Federación, vinculados directamente a arreglar sus fallos de conformidad con las normas constitucionales de acuerdo a los derechos fundamentales, juegan una suerte de puente entre la Constitución y los particulares al momento en que resuelven un caso concreto, ya que el juez tendrá que analizar si el derecho aplicable, en ese litigio, es compatible con lo dispuesto en la Constitución, y en caso de ser negativa la respuesta, introducir el contenido del derecho fundamental respectivo. Este razonamiento, que no es más que la aceptación lógica del principio de supremacía constitucional, lleva a esta Primera Sala a determinar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede conocer, a través de la revisión en amparo directo, de aquellas sentencias de los tribunales colegiados de circuito que no atiendan a la función de los derechos fundamentales como principios objetivos del ordenamiento jurídico mexicano. Así, cuando un tribunal colegiado de circuito establece la interpretación constitucional en un caso concreto, derivado de una violación de derechos fundamentales entre particulares, y se reúnen los requisitos de procedencia del recurso de revisión, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación resulta competente para declarar si dicha interpretación encuentra cabida en el texto constitucional. Tesis 1a. CLII/2011, aislada, materia(s) común, Novena Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 230.

Esta segunda tesis también es muy relevante para el presente estudio, dado que no solamente reconoce y sanciona la violación de derechos fundamentales por particulares, sino que también establece la competencia de los tribunales del Poder Judicial de la Federación para conocer e interpretar acerca de dicha violación, y de la Suprema Corte de Justicia para revisar la interpretación efectuada por dichos tribunales.

La tercera resolución destacable y de reciente emisión introduce ya también la importancia e irradiación de los derechos fundamentales entre particulares con base en los principios del derecho alemán, analizados anteriormente.

Por la relevancia y consistencia de la argumentación de esta tesis aislada del Tercer Tribunal Colegiado en materia civil del primer circuito, transcribiré a continuación la totalidad de la misma:

DERECHOS FUNDAMENTALES. SON SUSCEPTIBLES DE ANALIZARSE, VÍA AMPARO DIRECTO INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA QUE PUSO FIN AL JUICIO, EN INTERPRETACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN, AUN CUANDO SE TRATE DE ACTOS DE PARTICULARES EN RELACIONES HORIZONTALES O DE COORDINACIÓN. El criterio general de los Tribunales Federales ha sido en el sentido de que en términos de las disposiciones constitucionales y legales sobre la materia, el amparo sólo procede contra actos de autoridad, lo que a su vez ha provocado que los temas de constitucionalidad sean abordados a la luz de si alguna disposición ordinaria es violatoria de la Constitución, o si al dictarse el acto reclamado (sentencia definitiva en el caso del amparo directo civil) no se han acatado los mandatos de algún precepto de la Carta Fundamental (interpretación directa). Lo anterior, porque los referidos criterios jurisprudenciales siempre han partido de la premisa de la procedencia del amparo contra actos de autoridad en una relación de supra a subordinación, es decir, como los actos verticales que se dan entre gobernantes y gobernados, por actuar los primeros en un plano superior a los segundos, en beneficio del orden público y del interés social; relaciones que se regulan por el derecho público en el que también se establecen los procedimientos para ventilar los conflictos que se susciten por la actuación de los órganos del Estado, entre los que destaca precisamente el juicio de amparo. Esta línea de pensamiento se refiere a la tesis liberal que permeó durante el siglo XIX, conforme a la cual la validez de los derechos fundamentales se restringe a las relaciones de subordinación de los ciudadanos con el poder público. Este carácter liberal de los sistemas constitucionales modernos

se fundamentó también en la clásica distinción entre derecho privado y derecho público: el primero queda constituido como el derecho que regula las relaciones inter privatos, mientras que el segundo regularía las relaciones entre los ciudadanos y el poder público, o entre los órganos del poder público entre sí. En este marco, los derechos de libertad se conciben como los límites necesarios frente al poder, derechos públicos subjetivos que, por tanto, sólo se conciben en las relaciones ciudadanos-poderes públicos y son únicamente oponibles frente al Estado. Pero estos límites no se consideran necesarios en las relaciones entre particulares, fundamentadas en el principio de la autonomía de la voluntad. Surge así la teoría alemana de la Drittewirkung, también llamada Horizontalwirkung, de los derechos fundamentales. Esta denominación se traduce como la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, tomando en consideración que el problema se plantea en cuanto a la eficacia de éstos en las relaciones horizontales, así llamadas a las relaciones en que no hay relación de poder, y entre las que estarían, en principio, las relaciones establecidas entre particulares, supuestamente iguales. La Drittewirkung se aborda desde la concepción de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, cuya vigencia se proyectaba en las relaciones jurídicas dadas entre el individuo y el Estado. Los demás individuos, los llamados terceros, quedarían, en principio, al margen de esa relación jurídica específica. Sin embargo, las teorías contractualistas explican el origen de los derechos humanos en sentido opuesto, es decir, los derechos del hombre surgen como derecho en las relaciones entre privados, preexisten por tanto al Estado, el que nace para salvaguardar y garantizar estos derechos. Así, los derechos fundamentales se tienen, originalmente, frente a los demás hombres y sólo derivativamente frente al Estado, por lo que los derechos naturales a la libertad, la seguridad, la propiedad, etc., son, en primer lugar, derechos frente a los presuntos “terceros”, los particulares. Como se dijo, la construcción jurídica de los derechos tiene su origen en el Estado liberal de derecho. Los poderes públicos se convierten en los principales enemigos de las recién conquistadas libertades, una amenaza que hay que controlar y limitar. Esta idea lleva a la conclusión de que el derecho público, que regula la organización del poder, ha de fijar el límite de actuación

ción de éste para lo que se recurre a estos derechos naturales cuya garantía en la sociedad estaba encomendada al poder, pero que, de ese modo se convierten en su principal barrera jurídica. Esta tensión ciudadano-poder no está presente en las relaciones de coordinación surgidas entre particulares, que se desarrollan entre individuos considerados en principio iguales y libres, y que quedan sometidos solamente al imperio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual dándose por entendido que no necesitan ninguna protección externa adicional. Ante este panorama, en principio no existe la posibilidad de alegar los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares; pero por ello se torna indispensable acudir a la teoría alemana de la Dritt-wirkung, cuyo origen se encuentra en el campo de las relaciones laborales, donde es especialmente sensible la subordinación del trabajador a un poder, esta vez privado, la empresa, y los consiguientes peligros que para los derechos fundamentales provienen de estos poderes privados. La ideología liberal presumía la igualdad de la que partían los individuos en sus relaciones privadas, pero esta presunción, especialmente en la época actual, está lejos de poder sostenerse, pues ahora la sociedad se caracteriza cada vez más por su complejidad, pues el imperio de que tradicionalmente gozó la autoridad es hoy en día más difuso en virtud de los denominados grupos de fusión o de presión, o simplemente otros ciudadanos particulares situados en una posición dominante, que poseen un poder en muchos de los casos similar al del Estado, por lo que no es improbable que afecten los derechos fundamentales de los particulares. Estos grupos sociales o particulares en situación de ventaja son evidentemente diversos a las instituciones jurídicas tradicionales como los sindicatos, las cámaras empresariales, los colegios de profesionales, etc., sino que constituyen otros sectores cuyos derechos e intereses han sido calificados como difusos, colectivos o transpersonales. En una sociedad estructurada en grupos y en la predominación de los aspectos económicos, el poder del grupo o de quien tiene una preeminencia económica se impone al poder del individuo, creándose situaciones de supremacía social ante las que el principio de igualdad ante la ley es una falacia. El poder surge de este modo no ya sólo de las instituciones públicas, sino también de la propia sociedad, conllevando implícitamente la vulneración de los derechos fundamentales.

tamente la posibilidad de abusos; desde el punto de vista interno referido a los integrantes de un grupo, se puede traducir en el establecimiento de medidas sancionadoras, y por el lado de la actuación externa de ese grupo o de un particular en situación dominante, se puede reflejar en la imposición de condiciones a las que otros sujetos u otros grupos tienen la necesidad de someterse. El fortalecimiento de ciertos grupos sociales o de un particular en situación dominante que pueden afectar la esfera jurídica de los individuos ha hecho necesario tutelar a éstos, no sólo frente a los organismos públicos, sino también respecto a esos grupos o personas particulares; sobre todo porque en una sociedad corporativista y de predominio económico como la actual, lo que en realidad se presenta son situaciones de disparidad y asimetría, ya que no debe perderse de vista que esos grupos o particulares mencionados logran no sólo ocupar un lugar relevante en el campo de las relaciones particulares, sino que en muchas veces también influyen en los cambios legislativos en defensa de sus derechos. Estos grupos de poder, o simplemente otros ciudadanos particulares organizados o situados en una posición dominante, constituyen una amenaza incluso más determinante que la ejercida por los poderes públicos para el pleno disfrute de los derechos fundamentales. Estas situaciones actuales de poder económico privado ponen de manifiesto la existencia, en el ámbito de las relaciones privadas, del fenómeno de poder, o de monopolización del poder social, similar a los poderes públicos. Son situaciones de sujeción análogas a las existentes frente al poder estatal, en las que la autonomía privada y la libertad contractual de la parte más débil quedan manifiestamente anuladas. O bien no dispone realmente de la libertad para decidir si contrata o no, o bien carece de posibilidades de discutir el contenido o exigir su cumplimiento. Este panorama desembocó en la reconsideración de la teoría clásica de los derechos fundamentales, y en la extensión analógica del contenido de las relaciones públicas a las relaciones privadas, en donde la superioridad de una de las partes anula la libertad jurídica y los derechos individuales de la parte débil. Estas situaciones no pueden dejarse únicamente al amparo del dogma de la autonomía privada. La frontera cada vez menos nítida entre lo público y lo privado, pues ambas esferas se entrecruzan y actúan en ámbitos

comunes y de manera análoga, la existencia cada vez más numerosa de organizaciones y estructuras sociales, que conforman lo que se viene denominando poder privado y que se sitúan justamente en la línea divisoria, cada vez más confusa, entre lo público y lo privado, hace necesario replantearse el ámbito de validez de las clásicas garantías estatales, es decir, la garantía que representan para los ciudadanos los derechos fundamentales. Éstos deben ser entendidos como garantías frente al poder, ya sea éste un poder público o un poder privado. No sería coherente un sistema que sólo defendiera a los ciudadanos contra la amenaza que representa el posible abuso proveniente del poder público y no los protegiera cuando la amenaza, que puede ser tanto o incluso más grave que la anterior, tenga su origen en un poder privado. En este contexto, resulta indispensable entonces la utilización del juicio de amparo por parte de los particulares como garantía de sus derechos fundamentales, tratándose de actos de autoridad o de actos de particulares en situación dominante respecto de los primeros, de acuerdo con el sistema normativo que deriva del artículo 107, fracción IX, de la Constitución y del artículo 83 de la Ley de Amparo, en que se permite en interpretación directa de la Constitución a través del amparo directo, cuyo objeto básico de enjuiciamiento es la actuación del Juez, que los Tribunales Colegiados otorguen significados al texto constitucional al realizar el análisis de las leyes o normas o de actos de autoridades o de actos de particulares; esto es sólo se podrá emprender ese análisis de la posible vulneración de derechos fundamentales del acto celebrado entre particulares, cuando dicho acto haya pasado por el tamiz de un órgano judicial en el contradictorio correspondiente. Tesis: I.3o.C.739 C, aislada, Amparo directo 48/2009, materia civil, común, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXX, agosto de 2009, p. 1597.

Si bien algunas de las controversias que dieron lugar a estas tesis aisladas derivaron de los actos de tribunales en procesos de naturaleza civil y penal, lo cierto es que ninguna de ellas se originó por violaciones de derechos fundamentales por el ejercicio

de la libertad de contratar o disposición de propiedad. Ello obedece quizá a que aún no se han presentado ante el Poder Judicial mexicano controversias que involucren dichas afectaciones por actos contractuales, por lo que a continuación analizaré las disposiciones de derecho civil pertinentes que pueden servir de guía para plantear y resolver las controversias que pudieran surgir en relación con esta materia.

A este respecto, los artículos 1796²⁹⁶ y 1797²⁹⁷ del Código Civil Federal imponen en el derecho civil mexicano el principio conforme al cual las partes que celebran un contrato deben cumplir con lo expresamente pactado, sin que alguna de ellas pueda excusarse de su cumplimiento. Claro está que este principio aplica sólo aquellos contratos que son válidamente celebrados con apego a la legislación, que no padecen de algún defecto en su formación y que no son contrarios a disposiciones de orden público.

Es cierto también que diversos artículos del Código Civil Federal, como es el caso de los artículos 18, 19 y 20, y el propio artículo 14 constitucional en su último párrafo,²⁹⁸ establecen criterios

²⁹⁶ Artículo 1796. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

²⁹⁷ Artículo 1797. La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

²⁹⁸ Artículo 18. El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia.

Artículo 19. Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho.

Artículo 20. Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados.

Artículo 14 (4o. párrafo). En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

conforme a los cuales los jueces podrán resolver las controversias civiles entre particulares, no solamente con apego al texto de la legislación, sino también conforme a los principios generales de derecho, a su propia interpretación jurídica y conforme a criterios de equidad.

Sobre esta prelación interpretativa, Miguel Carbonell opina que podemos reconocer la posibilidad de que los tribunales mexicanos integren la Constitución al resolver casos en materia civil²⁹⁹ y que, por el contrario, dejar el tema de las relaciones entre grandes empresas y consumidores dentro del ámbito del derecho privado, regidas bajo la idea de la autonomía de la voluntad, no puede ser más que una ficción, pues las condiciones de desigualdad entre unas y otros no permite que se manifieste una voluntad plenamente libre de las partes, sobre todo de la parte más débil.³⁰⁰

Parafraseando a Mauro Cappelletti, Miguel Carbonell se expresa acerca de la necesidad de reintegrar el equilibrio entre las partes de forma que se proteja efectivamente la libertad de mercado, señalando que la idea de regular a las grandes empresas en sus relaciones con los consumidores no persigue sofocar la libertad de industria o trabajo, sino justamente lo contrario, asegurar que esa libertad va a seguir siendo efectiva para todos los que intervienen en el proceso productivo y de prestación de servicios.³⁰¹

Es más, la última parte del artículo 1796 del Código Civil Federal, antes citado, establece que las obligaciones contractuales de las partes serán no solamente las expresamente pactadas, sino también las que sean consecuencia de ello, que según su naturaleza sean conforme a la buena fe, al uso o a la ley. De esta manera, los jueces cuentan con diversos criterios de interpretación para poder emitir su resolución ante una controversia entre particulares y dictaminar las obligaciones de carácter civil para las partes como consecuencia de sus relaciones civiles-patrimoniales-contractuales.

²⁹⁹ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, cit., p. 687.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 964.

³⁰¹ *Idem*.

Sin embargo, en ninguno de dichos criterios se ve que esté incluida la tutela judicial de los derechos fundamentales que se vean afectados o ignorados por los particulares al entablar esas relaciones civiles-patrimoniales-contractuales.

Por ello, resulta indispensable iniciar con el planteamiento y solución de controversias en México para lograr la conexión entre el derecho constitucional y el derecho civil, en materia de tutela y respeto de los derechos fundamentales cuando éstos se ven vulnerados por el ejercicio de la libertad de contratar y disposición de la propiedad.

De no hacerlo, los derechos fundamentales continuarían quedando sin tutela alguna en la esfera de las relaciones entabladas entre particulares cuando éstos ejercen su libertad de contratar y de disposición de la propiedad. Y al no existir esta tutela, entonces el derecho fundamental pierde su efectividad (*Where is no remedy, there is no right*).

Como consecuencia, se dejaría en absoluta “libertad” a los particulares para entablar relaciones comerciales-contractuales, sin importar si algunos cuantos agentes económicos ejercen una desmedida presión permitida por el propio Estado en el ejercicio de esa “supuesta libertad”, y como consecuencia de esa desmedida presión se estén vulnerando derechos fundamentales.

Existe protección expresa a los derechos fundamentales de vida, salud y seguridad en materia de protección de los derechos al consumidor, mas no en la materia civil y mercantil en general.

El artículo 1o. de la Ley Federal de Protección al Consumidor considera que son principios básicos en las relaciones de consumo, entre otros, los siguientes:

- a) La protección de la vida, salud y seguridad del consumidor contra los riesgos provocados por productos, prácticas en el abastecimiento de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos.
- b) La educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, que garanticen la libertad para escoger y la equidad en las contrataciones.

- c) La protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios.

Respecto a estos principios, el mismo doctor José Ovalle Favela considera que éstos reconocen claramente el derecho básico a la protección de los intereses económicos del consumidor, así como la obligación de respetar la vida, la salud y la seguridad de los consumidores, tanto en el diseño y la fabricación de bienes o productos como en la prestación de servicios.³⁰²

Por su parte, el artículo 25 Bis de la Ley Federal de Protección al Consumidor faculta a la Procuraduría Federal del Consumidor para aplicar diversas medidas precautorias, como pudiera ser: *a)* la inmovilización de envases, bienes, productos y transportes; *b)* el aseguramiento de bienes; *c)* la suspensión de la comercialización de bienes, productos o servicios; *d)* la colocación de sellos de advertencia; *e)* la suspensión de la información o la publicidad que viole las disposiciones de la ley, y *f)* el retiro de bienes o productos del mercado, cuando se haya determinado fehacientemente por la autoridad competente que ponen en riesgo la vida o la salud de los consumidores.³⁰³

Si bien esta protección a los derechos del consumidor es un gran avance para la tutela de los derechos fundamentales y derechos económicos, considero que los jueces deberían ejercer estas mismas facultades cuando se trate de violaciones a derechos fundamentales que deriven de todo tipo de relaciones civiles-mercantiles-contractuales en general.

De nueva cuenta, insisto en que este trabajo no propone como principio radical la tutela a toda costa de los derechos fundamentales, que por otra parte elimine toda posibilidad de inter-

³⁰² Ovalle Favela, José, *Derechos de los consumidores*, México, Oxford University Press, 2008, p. 9.

³⁰³ Asimismo, los artículos 92, 92 bis y 92 ter establecen medidas para resarcir al consumidor por el daño que se le haya causado y, la sanción de multas, en el capítulo XIV de dicha ley.

cambio comercial-contractual, sino de la capacidad de los jueces para analizar dicha tensión y ponderar cuándo un derecho fundamental entra en conflicto con algún derecho patrimonial y potenciar así aún más un intercambio comercial-contractual equitativo y responsable.

Así también lo considera Alexy, para quien la forma en que han de trazarse los límites de las competencias de derecho privado es un tema de ponderación frente al efecto directo de los derechos fundamentales entre privados, ante lo cual el juez civil puede basar su decisión en normas legales, precedentes y enunciados dogmáticos sobre los cuales existe consenso.³⁰⁴

En virtud de las tesis de jurisprudencia y tesis aisladas analizadas en el presente trabajo, corresponde ahora a los jueces de todas las instancias analizar la afectación de derechos fundamentales y efectuar así un análisis de la constitucionalidad de los acuerdos civiles-mercantiles-contractuales en los casos de controversias judiciales que les sean planteadas por las partes involucradas.

Así lo sostiene también Ferrajoli, al afirmar que “la concepción «moderna» —la idea, por así decirlo, de que la Constitución contiene un proyecto detallado de «sociedad justa»— favorece evidentemente la aplicación directa de la Constitución por parte de cualquier juez en cualquier controversia”.³⁰⁵

Otra protección que considero se da de forma indirecta a los derechos fundamentales en tensión con las relaciones civiles-mercantiles-contractuales se encuentra en el caso de la imprevisión y en la causa de los contratos.

Respecto con este tema, ya desde la Alemania de la primera posguerra, autores como Heinrich Stoll y Phillip Heck propusieron la aplicación de principios éticos y morales en la interpretación y cumplimiento de contratos al sobrevenir circunstancias imprevistas que hicieran que éstos llevaran a los contratantes al “límite del sacrificio” para su cumplimiento.

³⁰⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 479 y 480.

³⁰⁵ Guastini, Ricardo, *Teoría ideológica de la interpretación constitucional*, Madrid, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Trotta, 2008, p. 49.

Estos autores equipararon la imposibilidad económica de los contratos a la imposibilidad jurídica de éstos, cuando representan grandes sacrificios y gastos a los que no deben quedar obligados los contratantes conforme a la buena fe.

Otros autores alemanes, como Paul Oertman,³⁰⁶ cobraron también notoriedad con la “teoría de la base del negocio” como aquella representación por una o ambas partes que celebran el contrato sobre las circunstancias en las que se basaron para celebrar el mismo, por lo que al variar o desaparecer éstas sin que alguna de las partes haya asumido tal riesgo en forma expresa, el contrato debe resolverse. Karl Larenz también apoyó esta teoría como posibilidad de resolver el contrato ante los desbalances causados por los acuerdos pactados entre particulares por el cambio de las condiciones en que éstos se dieron originalmente.³⁰⁷

Para estos autores, los contratos se celebran conforme a cierto orden económico y social existente al momento de su celebración, siendo dichos órdenes las condiciones esenciales para la subsistencia del negocio y su base objetiva; por lo tanto, al modificarse éste, no sería conforme a la buena fe solicitar el cumplimiento inflexible a la parte perjudicada.

Estas teorías buscan así una respuesta justa, equitativa y adecuada para el caso de cambios de condiciones bajo las cuales se celebran los contratos y analizan la manera en que los mismos pueden ser inmorales, buscando su resolución o renegociación para lograr el equilibrio contractual.

En México, diversos códigos civiles estatales³⁰⁸ establecen la posibilidad de que el juez de primera instancia, a través de un juicio promovido por particulares, revise la proporcionalidad de las

³⁰⁶ Oertman, Paul *Introducción al derecho civil*, trad. de la 3a. edición alemana por Luis Sancho Seral, Barcelona, Ed. Labor, 1933.

³⁰⁷ Larenz, Karl, *Derecho de las obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

³⁰⁸ Me refiero a los códigos civiles de los estados de Chihuahua, Estado de México, Aguascalientes, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Quintana Roo y Tabasco, entre otros.

contraprestaciones pactadas cuando éstas varían sustancialmente con posterioridad a la celebración del contrato, por causas que las partes no pudieron razonablemente prever.

Afirmo que esta posibilidad de intervención judicial para lograr el equilibrio contractual indirectamente coadyuva a la protección de derechos fundamentales, ya que mediante el establecimiento de dicho equilibrio se estaría protegiendo un patrimonio que permita el sostenimiento económico para la subsistencia misma, la salud, la educación o la vivienda, así como el ejercicio de aquellas libertades fundamentales.

Por lo tanto, es conveniente continuar desarrollando jurisprudencia y resolviendo casos en línea con esta teoría por su efecto favorable sobre las libertades fundamentales.

Resultan relevantes en relación con este tema las reformas al Código Civil para el Distrito Federal publicadas el 22 de enero de 2010 en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, respecto a aquellos contratos sujetos a plazo o de condición o de cumplimiento diferido, cuando surjan en el intervalo acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no fueran previsibles y que generen que las obligaciones de una de las partes sean más onerosas; en dichos casos, la parte afectada podrá intentar la acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones conforme al procedimiento señalado en el mismo código. En caso que el juez determine la procedencia de la acción, la parte demandada podrá escoger entre la modificación de las obligaciones con el fin de restablecer el equilibrio original del contrato, *según lo determine el juez*, o la rescisión del contrato.

En relación con esta delegación al juez para que sea quien restablezca el equilibrio contractual, Posner opina lo siguiente:

La labor de un tribunal al que se le solicite interpretar un contrato para resolver alguna contingencia que las partes no hayan regulado contractualmente, es imaginar la forma en que las partes hubieran regulado la misma si así lo hubieran decidido, en base a los elementos que existan en el texto del contrato. Ante la au-

sencia de dichos elementos el tribunal deberá realizar un análisis económico —encontrando la forma más eficiente para analizar la contingencia—. Es cierto que cada parte estará interesada en su propio beneficio y no en el beneficio mutuo, pero entre más peso se otorgue al beneficio mutuo, ambas partes obtendrán un beneficio mayor.³⁰⁹

Se identifica así el peso que se le puede dar a la intervención judicial en la interpretación y cumplimiento de los contratos, al permitir al juzgador dictaminar un equilibrio, lograr la equidad y producir beneficios para las partes contratantes. Pero dicha dictaminación no solamente tutela o protege derechos económicos, sino también la libertad de decisión a la que me he referido en el capítulo anterior, al permitir que los individuos logren que el Poder Judicial resuelva en favor de la verdadera intención y objetivo que se propusieron al entrar a la relación contractual sobre la cual surja la controversia y resuelvan cláusulas que se pueden convertir en abusivas con el transcurso del tiempo y cambio de circunstancias económicas y sociales.

Por el contrario, dicha intervención judicial no se requiere cuando nos encontramos frente a un contrato “perfecto”, entendido como aquel que es completo, eficiente, en el que cada recurso se asigna a la parte que lo valúa más, cada riesgo se asigna a la parte que puede asumirlo al menor costo, los términos del contrato agotan las posibilidades de una ganancia mutua por cooperación entre las partes, se prevén todas las contingencias, el riesgo asociado se asigna eficientemente entre las partes, toda la información relevante ha sido comunicada, por lo que nada puede salir mal.³¹⁰ Por el contrario, si las partes han negociado un “contrato perfecto”, entonces se necesita que el Estado haga cumplir su acuerdo en sus términos.³¹¹

³⁰⁹ Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, cit., p. 105.

³¹⁰ Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *op. cit.*, p. 318.

³¹¹ *Idem*.

Pero en el mercado mexicano me parece que no abundan los “contratos perfectos”, de ahí el interés del legislador de dotar al Poder Judicial de mecanismos que permitan la revisión de los contratos en estas situaciones extraordinarias.

Como se puede ver, esta protección es a nivel judicial, lo cual nos abre la puerta a pensar en facultar también a los jueces para imponer una tutela directa sobre los derechos fundamentales que se vean vulnerados por relaciones contractuales específicas.

En cuanto al tema de la causa, entendida como la razón esencial por la que los contratantes se quieren obligar, el derecho civil mexicano reconoce la denominada teoría moderna de la causa, conforme a la cual dicha causa no queda en lo abstracto, sino que se introduce al contrato y permanece vigente durante todo el término del mismo; por lo tanto, la causa debe ser acorde al orden público, ya que de lo contrario produce la nulidad del contrato.³¹²

Para el autor Jorge Sánchez Cordero Dávila, la noción de la causa es la técnica utilizada para introducir el concepto de orden público, en función del cual debe apreciarse el principio de libertad contractual.³¹³ Es decir, para el citado autor, la causa enseña cómo la teoría de la autonomía de la voluntad es relativa, ya que sometida al principio de la legalidad, siempre queda sujeta al respeto a las normas de orden público, y la causa tiene como fin asegurar la defensa del orden social contra la voluntad ilícita o inmoral.³¹⁴

Desde la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal, publicado en 1928, ya se expresaba lo siguiente en relación con este impacto social de las relaciones contractuales:

Es completamente infundada la opinión de los que sostienen que el derecho civil debe ocuparse exclusivamente de las relaciones entre particulares que no afecten directamente a la sociedad y

³¹² Artículos 1795 (fracción III) y 1830 del Código Civil Federal.

³¹³ Sánchez Cordero Dávila, Jorge, “El concepto de causa en el derecho positivo mexicano”, *Anuario Jurídico III-IV 1976-1977*, México, UNAM, 1977, p. 272.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 273.

que, por tanto, dichas relaciones deban ser reguladas únicamente en interés de quienes las contraten. *Son poquísimas las relaciones entre particulares que no tienen repercusión en el interés social* y que, por lo mismo, al reglamentarlas no deba tenerse en cuenta este interés... La necesidad de cuidar de la mejor distribución de la riqueza, la protección que merecen los débiles y los ignorantes en sus relaciones con los fuertes e ilustrados, la desenfrenada competencia originada por la introducción del maquinismo y el gigantesco desarrollo de la gran industria que afecta a la clase obrera, han hecho indispensable que el Estado intervenga para regular las relaciones jurídico-económicas, relegando a segundo término al no mucho triunfante principio de que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos...³¹⁵

Algunos autores han llegado a considerar que esta idea de “socialización del derecho civil” ha sido la causa por la cual el derecho civil mexicano se ha retrasado, al restarle importancia y autonomía a sus instituciones que han quedado comprendidas como parte del derecho constitucional.³¹⁶

No obstante lo anterior, y como expondré en el siguiente capítulo, es a todas luces clara la preeminencia que los tribunales mexicanos continúan otorgando a la autonomía de la voluntad en las relaciones entre particulares en materia contractual, sin importar el impacto desfavorable que dicha autonomía causa, algunas veces, al resto de la sociedad.³¹⁷ Es decir, esta idea retórica

³¹⁵ *Código Civil para el Distrito Federal*, 6a. ed., México, Porrúa, 1993, pp. 8 y 9.

³¹⁶ Marín G., Juan Carlos, “¿Qué hacen los civilistas en México?”, *El Foro*, México, 16a. Época, t. XXII, núm. 1, 2009, p. 123.

³¹⁷ Ilustra lo anterior la tesis sustentada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su anterior integración, publicada en la página 35 del *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, t. 193-198, cuarta parte:

CONTRATOS. INAPLICABILIDAD DE LA TEORÍA “DE LA IMPREVISIÓN”. El artículo 1796 del Código Civil del Distrito Federal, supletoriamente aplicado, siguiendo el sistema rígido de los contratos, acorde con el principio relativo a los efectos de la declaración de voluntad, dispone que aquéllos obligan a las partes al exacto cumplimiento de las prestaciones expresamente pactadas, y además, a las consecuencias que de los mismos se deriven, según su naturaleza, conforme

de que el derecho civil mexicano se preocupa por las clases más desfavorecidas y las instituciones que el propio Código Civil contiene, como el caso de la imprevisión y la causa³¹⁸ o la obligación de ejercer derechos y entablar relaciones contractuales que no afecten a la colectividad y al interés público,³¹⁹ en realidad no han sido suficientes para debidamente tutelar los derechos fundamentales de la población mexicana que se ven afectados a través de la celebración de relaciones contractuales.

a la buena fe, al uso o a la ley, precepto que, en esas condiciones, no deja lugar a su interpretación a fin de aplicar la teoría de la imprevisión en razón de esa buena fe, que obviamente constituye un principio general de derecho, pues precisamente, con base en ella, el obligado debe conducirse como persona consciente de su responsabilidad en el cumplimiento cabal de sus obligaciones, cualquiera que resulte la magnitud de su contenido, aun cuando sobrevengan acontecimientos que no se previeron o no pudieron preverse y que la modifiquen, sin que ello impida, por otra parte, que de existir causas imprevisibles que alteren fundamentalmente la economía de un determinado grupo social, no apreciado por las partes, se modifiquen las condiciones de los contratos relativos, mediante disposiciones de carácter general.

³¹⁸ Instituciones, por cierto, que no son privativas del derecho civil mexicano, sino de la doctrina, legislación y práctica judicial internacional. Consultense, por ejemplo, los “Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004” del International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), que define reglas similares ante el tema de excesiva onerosidad (*hardship*) en sus artículos 6.2.1., 6.2.2. y 6.2.3 y que han servido de base para la resolución de múltiples casos a nivel internacional.

³¹⁹ Léanse los artículos 60.-80., 16 y 1912 del Código Civil para el Distrito Federal.