

CAPÍTULO TERCERO

ANÁLISIS DE ALGUNAS RESOLUCIONES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN MATERIA DE LIBERTAD DE CONTRATAR

Los tres casos seleccionados para este capítulo tienen como común denominador la resistencia general de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para analizar y resolver, a través de una ponderación equitativa, la tensión que se presenta entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales cuando éstos entran en conflicto. Ya he analizado en los dos capítulos anteriores algunas resoluciones recientes en las que dicho tribunal incorpora ya en su análisis el efecto de irradiación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares; sin embargo, faltan aún resoluciones que se refieran en específico a las tensiones en torno a derechos patrimoniales.

El primer caso es muy relevante respecto a las ideas también analizadas en el capítulo primero, en relación con la restricción o limitación que el Estado está facultado a realizar a la libertad individual de contratar a través del Poder Legislativo.

En el capítulo primero se analizaron algunas ideas respaldadas por diversos autores, en relación con la potencial afectación económica y social como consecuencia de la limitación de oportunidades a los ciudadanos de realizar ciertas actividades que les son restringidas a través de las leyes. Se trata no de actividades ilícitas, sino de aquellas actividades económicas que el Poder Legislativo restringe, prohíbe en forma absoluta o reserva para ciertos actores económicos o para el Estado mismo.

Este primer caso analiza la inhabilitación que se hace a particulares, a través de la legislación, para contratar libremente en torno a una actividad económica determinada.

A su vez, el capítulo primero se analizó, en este sentido, la posibilidad de contar con legislación que inhibe el comercio a tal grado que impida o reduzca el desarrollo económico, precisamente porque como consecuencia de dicha legislación los ciudadanos podrían ver afectados sus derechos fundamentales —como la vida, la salud y la educación— al no existir un desarrollo económico que les permita allegarse de satisfactores para sus necesidades esenciales.

Si bien la sentencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el primer caso a analizar, no tiene por objeto la resolución de estas afectaciones, sino que se centra en temas de omisiones respecto al procedimiento legislativo, considero que en realidad el fondo de la controversia sí se relaciona con dichas afectaciones; sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no se pronunció expresamente en ese sentido.

En el segundo y tercer caso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce que no cuenta con facultades para analizar la afectación de derechos fundamentales que se presentan en las relaciones entre particulares. Por eso son tan relevantes para el presente trabajo pues, al igual que el primer caso, demuestran la resistencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a realizar este análisis de tensiones entre derechos fundamentales individuales o de la colectividad frente a la libertad de contratar.

Quizá la forma en que se plantearon estas controversias ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación no permitieron a ésta realizar el análisis de fondo relevante para este trabajo —es decir, definir y resolver las tensiones existentes entre derechos fundamentales individuales o de la colectividad, en torno a la libertad de contratar—; sin embargo, en los votos disidentes de dos de los casos analizados, quienes emitieron éstos sí se refieren a esta tensión y afectación de derechos fundamentales.

Respecto al primero y segundo caso analizaré los esfuerzos del Poder Legislativo para acotar el ejercicio de la libertad de contratar, sin que dicha acotación muestre su efectividad. Al mismo tiempo explicaré cómo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su resolución del primer caso, analiza las deficiencias procesales-legislativas del proceso de aprobación de cierta legislación que afecta la libertad de contratar, sin entrar al fondo del análisis de tensión de derechos, mientras que en el segundo caso simplemente respalda la legislación en disputa al permitir la misma el ejercicio pleno de la libertad de contratar —como derecho patrimonial— dentro del marco permitido por la propia legislación aplicable a la misma, sin importar las afectaciones que ésta tiene sobre los derechos fundamentales con los cuales entra en tensión.

Es en el segundo y tercer caso donde encontré interesantes opiniones disidentes frente a la mayoría de quienes en su momento integraban el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, analizando la necesidad de que dicho tribunal se decida a estudiar la afectación de derechos fundamentales derivada de relaciones contractuales, y así llegar incluso a la conclusión de que dicha Suprema Corte de Justicia de la Nación sí cuenta con facultades para ello a través del juicio de amparo, que podrían emplearse para analizar tensiones entre derechos fundamentales afectados por el ejercicio de la libertad de contratar o disposición de la propiedad.

Para efectos de metodología, dividiré el análisis de cada uno de los tres casos en los siguientes seis rubros: *a)* resumen general del caso; *b)* descripción de la tensión existente y derechos en conflicto; *c)* resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; *d)* análisis teórico conceptual de los derechos en conflicto; *e)* análisis desde una perspectiva comparada, y *f)* consideraciones y conclusiones del análisis del caso.

I. CONTRATACIÓN DE PROPAGANDA ELECTORAL CON LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

1. *Resumen general del caso*

Este caso incluye el juicio de amparo registrado con el núm. 525/2008, que fue atraído por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante la resolución adoptada en su sesión privada del 31 de enero de 2008. La relevancia de esta resolución consiste en analizar la necesaria intervención judicial en torno a legislación que restringe la libertad de contratar propaganda electoral en medios de comunicación.

Para ello, realizaré también en este apartado un análisis comparativo de casos sobre esta materia resueltos ante la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, con el propósito de mostrar la necesidad que se tiene de que la Suprema Corte de Justicia de México analice también la constitucionalidad y legitimidad de este tipo de restricciones a través del ejercicio de ponderación al cual me he referido a lo largo del presente trabajo.

Este juicio de amparo se relaciona con el decreto mediante el cual, en noviembre de 2007, se reformaron diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para restringir a los particulares y a los partidos políticos la contratación de propaganda electoral en radio y televisión.³²⁰

En opinión de *Ciro Murayama*,³²¹ esta reforma atendió los siguientes temas, entre otros, derivados de las dificultades que se

³²⁰ Decreto por el cual se reforma el primer párrafo del artículo 6o.; se reforman y adicionan los artículos 41 y 99; se reforma el párrafo primero del artículo 85; se reforma el párrafo primero del artículo 108; se reforma y adiciona la fracción IV del artículo 116; se reforma el inciso f de la fracción V de la Base Primera del artículo 122; se adicionan tres párrafos finales al artículo 134, y se deroga el párrafo tercero del artículo 97, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de noviembre de 2007.

³²¹ *Murayama, Ciro*, “Reforma para la consolidación democrática *vs.* contrarreforma desde el interés privado”, en *Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar*

presentaban de los procesos electorales en México: *a)* costo creciente de las campañas por el gasto en radio y televisión; *b)* problemas de fiscalización de ingresos y egresos de los partidos políticos asociados a la contratación de publicidad político-electoral en medios electrónicos, y *c)* la compra de publicidad electoral por parte de terceros que afectaba las condiciones de la competencia política.

Con esta reforma se prohibió, a nivel constitucional, la posibilidad de que terceros contrataran en medios electrónicos propaganda electoral en beneficio de algún partido político o candidato en particular, restringiendo a su vez la facultad de los concesionarios de dichos medios electrónico para ser contratados con ese fin y vender espacios publicitarios a dichos terceros. Pero como bien señala Murayama, la decisión de prohibir la compra de anuncios en los medios electrónicos tuvo alcances que trascienden el mero ámbito electoral hacia el tema de la autonomía del Estado frente a los poderes privados.³²²

En efecto, esta restricción a la libertad de contratar impuesta a nivel constitucional ejemplifica muy bien la facultad con la que cuenta el Estado para limitar ciertas libertades cuando, a su juicio, el ejercicio de éstas en ciertas circunstancias pueden afectar negativamente las libertades de otros.

En este caso en particular, quienes aprobaron esta reforma constitucional lo hicieron considerando que el ejercicio del derecho de contratar propaganda electoral en radio y televisión por partidos políticos, particulares y concesionarios de radio y televisión pudiera afectar la equidad democrática en los procesos electorales.

He señalado anteriormente que no existen libertades ilimitadas y que en todo momento el Estado cuenta con facultades de imponer restricciones al ejercicio de la misma a nivel legislativo o judicial, teniendo siempre la última palabra el Poder Judicial

Ugarte, Pedro (coords.), *Democracia sin garantías. Las autoridades vs. la reforma electoral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 6.

³²² *Ibidem*, p.12.

para decidir cuáles de las libertades en tensión deben prevalecer en cada caso en particular.

En este sentido, basándose en los derechos de libertad de comercio y libertad de expresión, previstos en los artículos 5o.³²³ y 6o.³²⁴ de la Constitución, durante 2007 se promovieron diversas acciones judiciales —juicios de amparo y acciones de inconstitucionalidad— por distintos promoventes tales como el Consejo Coordinador Empresarial, partidos políticos (Partido Verde Ecologista de México, Convergencia por la Democracia, Partido del Trabajo, Partido Nueva Alianza) y grupo de escritores y académicos, en contra de las reformas al apartado A del artículo 41 constitucional antes señalado.

En particular, el juicio de amparo presentado por el grupo de escritores y académicos fue el que más tiempo tomó en análisis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en virtud de haberlo sustentado quienes lo presentaron como una medida de protección del derecho de libertad de expresión. Es decir, para los promoventes, la restricción de contratación de propaganda electoral en medios electrónicos constituye una restricción a la

³²³ Artículo 5o. (párrafo primero). A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

Artículo 5o. (párrafo quinto). El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa.

Artículo 5o. (párrafo sexto). Tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio.

³²⁴ Artículo 6o. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

libertad de expresión y, por ende, a un derecho fundamental en oposición al derecho patrimonial de contratar.

Como lo analizaré más adelante, en materia de los juicios de amparo promovidos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación aplicó el criterio consistente en que éstos no proceden contra modificaciones a la Constitución. Con este criterio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha omitido analizar las tensiones entre las libertades en tensión —libertad de contratar como derecho patrimonial, libertad de expresión y libertad de decidir como derechos fundamentales—; es por ello que he recurrido al análisis de casos resueltos por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América en virtud de que dicho tribunal sí ha realizado un análisis constitucional sobre la tensión de los derechos en conflicto planteando una muy interesante relación indispensable entre la libertad de expresión y la libertad de contratar.

En este primer caso no se detecta de parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación un paso hacia adelante en analizar de fondo las tensiones entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales. Por el contrario, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se resiste a analizar dicha tensión y hacer un verdadero ejercicio de ponderación.

Por lo que toca a los mencionados juicios de amparo en México, éstos fueron rechazados inicialmente por los jueces de distrito, por lo que los quejosos interpusieron un recurso de revisión, en virtud del cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió ejercer su facultad de atracción para analizar dicho recurso.

Con anterioridad a estos juicios de amparo, mediante escritos presentados el 13 de diciembre de 2007, se iniciaron dos acciones de inconstitucionalidad en contra de las reformas contenidas en el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de noviembre de 2007, presentadas por dos partidos minoritarios que fueron inicialmente desechadas por ser notoriamente improcedentes; sin embargo, ante un recurso de reclamación interpuesto por dichos partidos, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, por una mayoría de seis votos contra cinco, ordenó

la admisión de las mismas, aunque después éstas fueran sobreseídas por una mayoría de siete votos,³²⁵ bajo la consideración de que ni el Poder Constituyente Originario o el Permanente le otorgaron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la facultad de control constitucional sobre reformas a la Constitución a través de la acción de inconstitucionalidad.

Mediante el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de enero de 2008 se expidió el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, modificado para reflejar la reforma constitucional del 13 de noviembre de 1997 de manera congruente y armónica.³²⁶

Para los autores Ciro Murayama y Lorenzo Córdova, el 55% del dinero público que recibieron los partidos políticos mexicanos representó en 2006 una cifra aproximada de 2,300 millones de pesos que se destinaron a la contratación de propaganda electoral con los consorcios de radio y televisión, lo cual representaba una transferencia millonaria del gasto electoral hacia dichos consorcios.³²⁷

Para estos autores parece oportuno sustraer a los partidos políticos de su necesidad de depender de enormes cantidades de dinero para ser competitivos, cancelando o limitando las compras que puedan hacer en los medios.³²⁸

La opinión de los referidos autores es coincidente con la exposición de motivos de la prohibición contenida en los dos párrafos del artículo 41 constitucional reformado, de la cual resulta conveniente rescatar el siguiente texto:

³²⁵ Salazar Ugarte, Pedro, “Una Corte, una jueza y un réquiem para la reforma constitucional electoral”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *op. cit.*, p. 33.

³²⁶ *Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Proceso Legislativo)*, Cuaderno de Apoyo, México, Cámara de Diputados, Secretaría de Servicios Parlamentarios, Centro de Documentación, Información y Análisis, Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información, Subdirección de Archivo y Documentación, 14 de enero de 2008, p. 6.

³²⁷ Córdova, Lorenzo y Murayama, Ciro, *Elecciones, dinero y corrupción Pemex-gate y Amigos de Fox*, México, Cal y Arena, 2006, p. 32.

³²⁸ *Ibidem*, p. 224.

El tercer objetivo que se persigue con la reforma es de importancia destacada: impedir que actores ajenos al proceso electoral incidan en las campañas electorales y sus resultados a través de los medios de comunicación; ... Quienes suscribimos la presente Iniciativa nos hemos comprometido a diseñar y poner en práctica un nuevo modelo de comunicación entre sociedad y partidos, que atienda las dos caras del problema: en una está el derecho privado, en la otra el interés público. En México es urgente armonizar, con un nuevo esquema, las relaciones entre política y medios de comunicación; para lograrlo, es necesario que los poderes públicos, en todos los órdenes, observen en todo tiempo una conducta de imparcialidad respecto a la competencia electoral.³²⁹

Al discutir el nuevo modelo de comunicación entre los partidos políticos y la sociedad, las Comisiones Dictaminadoras del Congreso de la Unión consideraron lo siguiente:

La nueva realidad, marcada por la creciente influencia social de la radio y la televisión, han generado efectos contrarios a la democracia al propiciar la adopción, consciente o no, de patrones de propaganda política y electoral que imitan o reproducen los utilizados en el mercado para colocación o promoción de mercancías y servicios para los que se pretende la aceptación de los consumidores;

5. Bajo tales tendencias, que son mundiales, la política y la competencia electoral van quedando sujetas no solamente a modelos de propaganda que les son ajenos, sino también al riesgo de sufrir la influencia de los dueños o concesionarios de estaciones de radio y canales de televisión, o de otros grupos con el poder económico necesario para reflejarlo en esos medios de comunicación, que de tal situación, derivan un poder fáctico contrario al orden democrático constitucional.³³⁰

³²⁹ *Reforma Constitucional en Materia Electoral (Proceso Legislativo)*, Cuaderno de Apoyo, México, Cámara de Diputados, Secretaría de Servicios Parlamentarios, Centro de Documentación, Información y Análisis, Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información, Subdirección de Archivo y Documentación, 13 de noviembre de 2007, p. 6.

³³⁰ *Ibidem*, p. 69.

Se advierte así el interés de las Comisiones Dictaminadoras del Congreso de la Unión en limitar la influencia de terceros ajenos a los partidos políticos sobre el desarrollo de los procesos electorales, la cual se puede dar a través de la inversión de recursos económicos en la contratación de propaganda en radio y televisión.

De esta manera, se pretende limitar a nivel constitucional el derecho de contratación por el impacto que el ejercicio del mismo podría generar en los procesos electorales, produciendo una inequidad en favor de aquellos actores o partidos políticos que recibieran la mayor cantidad de recursos de terceros para la contratación de propaganda en radio y televisión; dicha limitación tiene fundamento en lo dispuesto por el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se ha analizado anteriormente.³³¹

2. Descripción de la tensión existente y derechos en conflicto

El artículo 41 constitucional reformado estableció la siguiente prohibición:

Los partidos políticos en ningún momento podrán contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión.

Ninguna otra persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular. Queda prohibida la transmisión en territorio nacional de este tipo de mensajes contratados en el extranjero.

³³¹ El artículo 1o. constitucional es claro al establecer que es la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la que faculta al Estado a restringir ciertos derechos en beneficio de un interés jurídico superior al individual.

A continuación citaré los artículos 49, 211, 342, 345 y 350 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales reformado, en lo conducente a la reforma al artículo 41 constitucional:

Artículo 49.

3. Los partidos políticos, precandidatos y candidatos a cargos de elección popular, en ningún momento podrán contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión. Tampoco podrán contratar los dirigentes y afiliados a un partido político, o cualquier ciudadano, para su promoción personal con fines electorales. La violación a esta norma será sancionada en los términos dispuestos en el Libro Séptimo de este Código.

4. Ninguna persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular. Queda prohibida la transmisión en territorio nacional de este tipo de propaganda contratada en el extranjero. Las infracciones a lo establecido en este párrafo serán sancionadas en los términos dispuestos en el Libro Séptimo de este Código.

Artículo 211.

5. Queda prohibido a los precandidatos a candidaturas a cargos de elección popular, en todo tiempo, la contratación de propaganda o cualquier otra forma de promoción personal en radio y televisión. La violación a esta norma se sancionará con la negativa de registro como precandidato, o en su caso con la cancelación de dicho registro. De comprobarse la violación a esta norma en fecha posterior a la de postulación del candidato por el partido de que se trate, el Instituto Federal Electoral negará el registro legal del infractor.

Artículo 342.

1. Constituyen infracciones de los partidos políticos al presente Código:

i) La contratación, en forma directa o por terceras personas, de tiempo en cualquier modalidad en radio o televisión.

Artículo 345

1. Constituyen infracciones de los ciudadanos, de los dirigentes y afiliados a partidos políticos, o en su caso de cualquier persona física o moral, al presente Código:

b) Contratar propaganda en radio y televisión, tanto en territorio nacional como en el extranjero, dirigida a la promoción personal con fines políticos o electorales, a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, o a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular.

Artículo 350.

1. Constituyen infracciones al presente Código de los concesionarios o permisionarios de radio y televisión:

a) La venta de tiempo de transmisión, en cualquier modalidad de programación, a los partidos políticos, aspirantes, precandidatos o candidatos a cargos de elección popular.

Se nota así la amplia gama de destinatarios de las prohibiciones e infracciones que el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales establece para: *a)* los partidos políticos, aspirantes, precandidatos y candidatos a cargos de elección popular; *b)* las persona físicas o morales; *c)* los ciudadanos, los dirigentes y afiliados a partidos políticos, y *d)* los concesionarios o permisionarios de radio y televisión, respecto a la contratación y venta de propaganda o espacios en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos o la promoción personal con fines políticos o electorales, así como en favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular.

Dentro de los conceptos de impugnación de la acción de inconstitucionalidad en contra de las reformas al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales publicadas el 14 de enero de 2008 se encontraba el relativo a la prohibición a los partidos políticos para contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos de cualquier modalidad de radio y televisión.

Los partidos políticos promoventes consideraban que la prohibición señalada en el párrafo anterior era contraria a la ga-

rantía de libertad de expresión consignada en la Constitución.³³² Por lo tanto, la tensión existente se presentaba precisamente entre la garantía de libertad de expresión y las prohibiciones contenidas en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Si el ejercicio de la libertad de contratación debe en todo momento respetar las libertades fundamentales de los ciudadanos para no lesionar a éstas ni al interés público, entonces nos preguntamos ¿cómo legitimar la contratación de propaganda electoral por particulares distintos a los partidos políticos, cuando ésta produce claras inequidades en los procesos electorales?

Ya analicé cómo la reforma electoral de 2007 pretendía evitar privilegiar electoralmente a quien fuera capaz de recaudar mayores recursos económicos y contratar así mayores espacios para publicidad electoral. Se buscaba así la equidad en la contienda electoral, garantizándose la igualdad de oportunidades/elecciones equilibradas para que las campañas de los partidos políticos se desarrollaran en igualdad de circunstancias.

¿Por qué darle mayor difusión a un proyecto político que cuenta con más recursos económicos que otro que, pudiendo ser mejor, no cuenta con dichos recursos?

¿Por qué si un individuo o entidad con recursos económicos suficientes que disiente del proyecto de un partido político puede contratar publicidad y manifestar su opinión para denostar a dicho partido político o candidatos propuestos por él mismo, cuando dicho partido político u otros sectores de la población no pueden contestar a dicha expresión de opinión al no contar con recursos económicos suficientes para ello?

Para Lorenzo Córdova, una de las causas que propiciaron los cambios efectuados en términos de la reforma a la Constitución y al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electro-

³³² Franco González Salas, José Fernando, “La reforma ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *Estudios sobre la reforma electoral 2007. Hacia un nuevo modelo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, p. 111.

rales fue “la relación que media entre el Estado y los poderes privados, los cuales poco a poco habían confrontado y llegado a condicionar —incluso— a los actores políticos y al mismo poder público”.³³³

De esta manera, el propio Lorenzo Córdova señala que el peso de la radio y la televisión puede llegar a distorsionar gravemente el mínimo de equidad en un proceso de elecciones democráticas y distorsionar o manipular la información transmitida, lo cual también pudiera resultar disfuncional para la democracia, ya que un ciudadano mal informado o desinformado no puede ser plenamente libre sobre su juicio.³³⁴

Como lo comenta Ciro Murayama, se decidió elevar esta prohibición a rango constitucional debido a que, aun estando en el Código Electoral Federal, ésta no se cumplía.³³⁵

En el juicio de amparo 525/2008, el quejoso —Asociación de Industriales y Empresarios de Morelos, Sindicato Patronal, ADIEM-Coparmex—, alegó que el procedimiento de reforma constitucional antes mencionado no se realizó conforme al procedimiento previsto en el artículo 135 constitucional y, por lo tanto, no respetó las garantías de audiencia, de seguridad jurídica y de legalidad previstas en los artículos 14 y 16 constitucionales.³³⁶

De igual manera, los promoventes del referido juicio de amparo argumentaron que las reformas al apartado A del artículo 41 constitucional entraban en conflicto con sus derechos de libertad de comercio y libertad de expresión, previstos en los artículos 5o. y 6o. de la Constitución, ya analizados.

³³³ Córdova Vianello, Lorenzo, “Las razones y el sentido de la reforma electoral de 2007-2008”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *Estudios sobre la reforma electoral 2007*, op. cit., p. 49.

³³⁴ *Ibidem*, p. 62.

³³⁵ Murayama, Ciro, “Financiamiento y fiscalización”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *Estudios sobre la reforma electoral 2007*, op. cit., p. 279.

³³⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 525/2008, Asociación de Industriales y Empresarios de Morelos, Sindicato Patronal, ADIEM-Coparmex, 2 de octubre de 2008, pp. 2-4.

Por lo tanto, la tensión que se presenta en este caso, y que resulta de gran relevancia para este trabajo, consiste en la restricción impuesta por el Estado mexicano por las razones señaladas en el apartado anterior en beneficio de una mayor equidad electoral,³³⁷ frente a: *a)* el ejercicio de la libertad de comercio que permitiría a los concesionarios de radio y televisión ofrecer en venta espacios para publicidad electoral a particulares y candidatos y la libertad de dichos particulares y candidatos en contratar con los referidos concesionarios para adquirir los mencionados espacios publicitarios, y *b)* la libertad de expresión tanto de concesionarios como de los contratantes de los espacios publicitarios para manifestar su apoyo expreso en favor de cierto partido político y candidatos.

3. Resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ya mencioné que las dos acciones de inconstitucionalidad iniciadas mediante escritos presentados el 13 de diciembre de 2007 en contra de las reformas contenidas en el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de noviembre de 2007 fueron sobreesídas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación bajo la consideración de que ni el Poder Constituyente Originario o el Permanente le otorgaron a ésta la facultad de control constitucional sobre reformas a la Constitución a través de la acción de inconstitucionalidad.

No obstante lo anterior, esta decisión no refleja de manera definitiva la opinión de la totalidad de los ministros y las ministras que integran la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto a que si la acción de inconstitucionalidad procede solamente para impugnar violaciones cometidas durante el proceso de reforma

³³⁷ Para resolver *a)* el costo creciente de las campañas por el gasto en radio y televisión; *b)* los problemas de fiscalización de ingresos y egresos de los partidos políticos asociados a la contratación de publicidad político-electoral en medios electrónicos, y *c)* la compra de publicidad electoral por parte de terceros que afectaba las condiciones de la competencia política.

o también en contra de los contenidos normativos de la reforma misma.³³⁸ Es decir, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no resolvió si a través de la acción de inconstitucionalidad se puede analizar si el contenido de la reforma a algún precepto constitucional puede ser violatoria de algún derecho fundamental protegido en algún otro precepto constitucional; para efectos de este trabajo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no entra al análisis de los derechos en tensión (libertad de comercio y libertad de expresión frente a las restricciones contenidas en la reforma constitucional del 13 de noviembre de 2007).

En relación con la acción de inconstitucionalidad en contra de las reformas al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales publicadas el 14 de enero de 2008, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró infundado el concepto de invalidez señalado, argumentando que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión debe entenderse de manera relacionada con lo dispuesto en el artículo 41 constitucional, y no puede considerarse como un derecho absoluto o limitado, sino que tiene los límites y restricciones que la misma Constitución establece.³³⁹

De esta manera, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que el artículo 49 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales no transgrede lo dispuesto en la Constitución, pues se apega a las restricciones del derecho de libertad de expresión que establece el mismo texto constitucional en su artículo 41, ya sea en lo aplicable tanto a los partidos políticos o a cualquier persona física o moral.³⁴⁰

En el juicio de amparo 525/2008, la Suprema Corte de Justicia de la Nación concluyó, entre sus consideraciones, que: “negar la procedencia del juicio de amparo bajo las interpretaciones como la sostenida por el *A quo*, permitiría al Poder Reformador

³³⁸ Franco González Salas, José Fernando, “La reforma ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *Estudios sobre la reforma electoral 2007. op. cit.*, pp. 104 y 105.

³³⁹ *Ibidem*, p. 112.

³⁴⁰ *Idem*.

emitir una reforma que fuese violatoria de las garantías individuales consagradas en la propia Carta Magna”.³⁴¹

Con lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación legitima su competencia para analizar casos en los cuales determinados particulares solicitan su intervención para salvaguardar intereses individuales que se vean afectados por reformas constitucionales. Se instituye así la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un órgano revisor de las reformas a la Constitución a través del juicio de amparo cuando, en su opinión, éstas vulneren garantías individuales.

Así lo establece en la siguiente consideración adicional:

Así las cosas, bajo la interpretación efectuada por el A quo, lo dispuesto en los artículos 16, 39 y 135 constitucionales resultaría ser simplemente letra muerta, pues el Poder Reformador podrá destruir impunemente la Constitución sin importar si veló o no por el procedimiento previsto constitucionalmente para llevar a cabo tales reformas, así como por la existencia y respeto de las garantías individuales reconocidas en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, utilizándose la soberanía del pueblo delegada en dicho Poder Reformador en perjuicio de aquél.³⁴²

Por lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que si el acto impugnado es un decreto con carácter de ley que “bajo el pretexto de reformar y adicionar preceptos de la propia Constitución” vulnera las garantías individuales, entonces se surte la hipótesis de la procedencia del juicio de amparo al no haber una ley que prohíba expresamente la procedencia de un juicio de amparo contra un decreto de reformas a la Constitución.³⁴³

³⁴¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 525/2008, Asociación de Industriales y Empresarios de Morelos, Sindicato Patronal, ADIEM-Coparmex, 2 de octubre de 2008, p. 18.

³⁴² *Ibidem*, p. 19.

³⁴³ *Ibidem*, pp. 38-42.

Con base en este análisis, la Suprema Corte de Justicia de la Nación revocó el auto de desechamiento al considerar fundado el agravio analizado y ordenó al juez de distrito que dictara otro acuerdo mediante el cual, de no existir diverso motivo manifiesto e indudable de improcedencia, admitiera el juicio de amparo.

Por su parte, el juzgado de distrito resolvió favorablemente el referido juicio de amparo en favor del promovente, por considerar que no se cumplió con el proceso fijado en la Constitución para reformar los referidos artículos de la misma que impusieron las restricciones a la contratación de propaganda electoral en radio y televisión.

4. Análisis teórico-conceptual de los derechos en conflicto

Los derechos fundamentales en conflicto en este caso son: 1. La libertad de expresión de: *a)* quienes quieren expresarse a través de radio y televisión por medio de compra de propaganda electoral, y *b)* los propios medios de radio y televisión; 2. La libertad de decisión de los electores que se puede ver influenciada por la divulgación que se haga por medio de radio y televisión en favor de algún partido político o candidato particular. 3. La libertad de comercio de quienes sean concesionarios de los medios de radio y televisión para ofrecer en venta espacios disponibles para propaganda electoral.

El derecho patrimonial, en este caso, es la libertad de contratar tanto de los concesionarios de los medios de radio y televisión, como de los partidos políticos, candidatos o cualquier tercero que quisiera contratar espacios disponibles para propaganda electoral.

Desde la perspectiva del análisis teórico conceptual del Capítulo I, se podría clasificar a la libertad de decisión de los electores como un derecho primario, para lograr elecciones en las que todos los participantes tuvieran el mismo acceso a espacios de radio y televisión para propaganda electoral, mientras que los derechos de libertad de expresión, libertad de contratar y libertad

de comercio pudieran ceder frente aquél en la medida en que no se dañe su esencia y se logre un beneficio efectivo mediante su restricción.

En relación con este tema, Rawls³⁴⁴ se refiere al concepto de “crisis constitucional” y de las prioridades de las libertades básicas, las cuales no son absolutas, por lo que a las mismas se les puede restringir en su contenido, en particular la libertad de expresión, cuando sea así necesario para prevenir una mayor y más significativa pérdida para esas libertades.

Podría así referirme a un ejercicio responsable de las libertades de expresión y de contratación para preservar un derecho fundamental superior, en donde el derecho de libertad de expresión y de contratación debe ser empleado de forma responsable, y si su ejercicio afecta libertades de otros entonces queda supeditada a éstas.

Coincidente con este análisis, José Juan Moreso³⁴⁵ afirma que:

los derechos de libertad están potencialmente en conflicto y por esa razón los teóricos del derecho acostumbra a sostener que los derechos fundamentales no son derechos absolutos, sino sólo derechos *prima facie* y que la aplicación de las pautas que establecen tales derechos debe embarcarse a menudo en la tarea de ponderar dichos derechos, es decir, de establecer criterios que permitan determinar qué derecho desplaza a otro en caso de conflicto.

Aunque la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión debe entenderse de manera relacionada con lo dispuesto en el artículo 41 constitucional y no puede considerarse como un derecho absoluto o limitado, sino que tiene los límites y restricciones que la misma Constitución establece, la misma no analizó la tensión desde este punto de vista teórico conceptual, sino que centró su

³⁴⁴ Rawls, John, *Political liberalism*, *op. cit.*, p. 163.

³⁴⁵ Moreso, José Juan, “Sobre los conflictos entre derechos”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, *cit.*, p. 161.

resolución en la obligación que existe de cumplir con el procedimiento previsto constitucionalmente para llevar a cabo reformas a la propia Constitución.

Entonces, desde esta perspectiva teórico conceptual, resultaría necesario y posible que la Suprema Corte de Justicia de la Nación analice la tensión entre libertades existente en dos planos: a) derechos del mismo rango constitucional —libertad de expresión y libertad de decisión—, y b) derechos de rango constitucional —libertad de expresión, libertad de decisión y libertad de comercio— frente a derechos patrimoniales —libertad de contratar espacios de propaganda electoral en radio y televisión—. Para resolver dicha tensión, la Suprema Corte de Justicia de la Nación debiera atender la necesidad de limitación de los derechos en pugna, inclusive aquéllos de rango constitucional, para salvaguardar aquel interés jurídico más valioso en beneficio de la colectividad.

5. *Análisis desde una perspectiva comparada*

Desde la perspectiva comparada, a continuación se analizarán las recientes resoluciones de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en materia de contratación de espacios en medios de comunicación de propaganda electoral por particulares frente a la legislación diversa que restringe dicha contratación y aportación de recursos privados. Dichas resoluciones se han basado en un análisis de fondo sobre las libertades involucradas y la racionalidad para resolver en favor de una de ellas.

En este sentido, existen diversas resoluciones, como es el caso *Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee* resuelto por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, en el que ésta concluye que el segundo, como grupo pacifista contrario a la guerra de Vietnam, no podría adquirir del primero espacios en una cadena de televisión para la emisión de anuncios

o programas destinados a dar a conocer sus puntos de vista sobre cuestiones controvertidas de trascendencia pública.³⁴⁶

Por otro lado, el caso *Citizens United v. Federal Election Commission*, resuelto por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América en 2010, resolvió en favor de la eliminación de restricciones legislativas para que entidades mercantiles puedan participar aportando recursos para la contratación de espacios en medios de comunicación para la publicación y difusión de propaganda electoral, después de casi un siglo durante el cual imperaron estas restricciones.

¿Con base en qué sustento constitucional se dio ese cambio tan radical en los Estados Unidos de América?

La mayoría de quienes actualmente integran la Suprema Corte de Justicia de aquel país consideraron que es a través de este tipo de aportaciones o ejercicio de derechos patrimoniales la forma en que se ejerce el derecho fundamental de libertad de expresión. Por lo tanto, dicho tribunal considera que toda restricción a este tipo de aportaciones atenta directamente contra este derecho fundamental.

Lo que no analizó dicho tribunal en su resolución adoptada por una mayoría de cinco votos contra cuatro, como tampoco lo hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en los casos antes analizados, es la posibilidad que también existe de restringir derechos fundamentales cuando así sea requerido por la ponderación de otros derechos en tensión o conflicto con aquéllos.

Citizens United v. Federal Election Commission resuelve la tensión ejercida sobre el derecho de contratación y de expresión por particulares que decidieran realizar aportaciones en favor de un determinado candidato o partido político generada a partir de la *Bipartisan Campaign Reform Act* de 2002; dicha legislación federal establece restricciones específicas respecto a la posibilidad de que entidades privadas realicen aportaciones y divulguen publicidad

³⁴⁶ Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., p. 483.

electoral para elecciones federales a través de medios de comunicación, incluyendo radio y televisión.

En casos anteriores a éste, *Austin v. Michigan Chamber of Commerce* (1990)³⁴⁷ y *Mc Connell v. Federal Election Commission* (2003),³⁴⁸ la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América había sostenido la validez constitucional de restricciones similares respecto a la posibilidad de destinar recursos económicos para este tipo de fines. El argumento central que imperó en la mayoría de los integrantes la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América para sostener la constitucionalidad de estas restricciones consistió en considerar que: *a)* dichas restricciones regulaban el gasto de dinero para publicidad, pero no afectaban adversamente la libertad de expresión misma, y *b)* había evidencia para establecer que considerables cantidades de dinero a través de donaciones, principalmente de parte de compañías, producían efectos corrosivos sobre el proceso de aprobación de leyes y sobre la confianza de los ciudadanos en la integridad de su gobierno.³⁴⁹

A su vez, estos casos tenían como antecedente el caso *Buckley v. Valeo* (1976) relacionado con ciertas modificaciones a la denominada *Federal Election Campaign Act* (1971) aprobadas en 1974 y que regulaban extensivamente el sistema de financiamiento de campañas políticas, crearon la *Federal Election Commission* y establecieron límites para las cantidades de dinero que podrían ser donadas y gastadas por los candidatos.

En el caso *Buckley v. Valeo*, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América confirmó la constitucionalidad de las

³⁴⁷ En *Austin v. Michigan Chamber of Commerce* se analizó una ley del Estado de Michigan, prohibiendo a compañías emplear dinero de su tesorería para gastos apoyando u oponiéndose a candidatos en elecciones estatales. La Suprema Corte de Justicia rechazó el argumento de que dicha ley resultaba violatoria de las enmiendas 1a. y 14a. de la Constitución de los Estados Unidos de América.

³⁴⁸ En este caso, la Suprema Corte de Justicia confirmó la constitucionalidad de la *Bipartisan Campaign Reform Act* respecto a las restricciones impuestas en materia de divulgación de publicidad electoral.

³⁴⁹ Ring, Kevin A., *Scalia Dissents*, Estados Unidos de América, Regnery Publishing, 2004, pp. 238-241.

reformas de 1974 a la *Federal Election Campaign Act*, principalmente en lo concerniente a los límites para las cantidades de dinero que podrían ser donadas y gastadas por los candidatos, aunque invalidó también algunos de los artículos resultantes de dicha reforma, como fue el caso de los límites máximos permitidos para campañas electorales que quedaron sin efecto a partir de este caso.³⁵⁰ De esta manera, a partir de la resolución de este caso, los candidatos podrían destinar cantidades ilimitadas de dinero para la divulgación de su proyecto electoral y contratar la publicidad que decidiera con dichas cantidades, siempre que las mismas no provinieran de contribuciones realizadas por terceros hacia un candidato en particular.

Al emitir su resolución en *Buckley v. Valeo*, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América consideró constitucionalmente válido restringir la libertad de obtener recursos y gastar los mismos en campañas políticas, solamente si el gobierno tuviera un propósito apremiante que resolver y la regulación que impusiera tales restricciones fuere diseñada exclusivamente para cumplir con dicho propósito.³⁵¹ Por lo tanto, dicho tribunal resolvió que la posibilidad de limitar las cantidades de dinero que podrían ser donadas en forma individual directamente a un candidato estaba justificada como un mecanismo para reducir la corrupción que pudiera generarse al recibir grandes sumas de dinero.³⁵²

No obstante que la resolución en *Buckley v. Valeo* no prohibía la donación a partidos políticos, sino solamente a candidatos, dichos partidos políticos no podían destinar esa donación para apoyar a los candidatos, sino que solamente podrían destinar dichas cantidades de dinero para uso y beneficio de los partidos políticos.

³⁵⁰ Biskupic, Joan y Witt, Elder, *The Supreme Court and Individual Rights*, 3a. ed., Washington, Congressional Quarterly Inc., 1997, p. 51.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 237.

³⁵² *Idem*.

Cabe señalar que a diferencia de las reformas a la *Federal Election Campaign Act* de 1974 analizadas en *Buckley v. Valeo*, la *Bipartisan Campaign Reform Act* sí prohibía la donación de recursos para los partidos políticos, lo cual fue materia de análisis en *Mc Connell v. Federal Election Commission* (2003).

Por lo tanto, en *Mc Connell v. Federal Election Commission*, al sostener la constitucionalidad de las restricciones contenidas en la *Bipartisan Campaign Reform Act* de 2002, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América consideró que: a) que resultaba un objetivo apremiante del gobierno combatir la corrosión sobre el proceso de aprobación de leyes y sobre la confianza de los ciudadanos en la integridad de su gobierno, causada por las considerables donaciones de compañías para fines electorales, y b) que prohibir estas donaciones era considerado un medio legítimo para resolver ese objetivo.

Para el juez Scalia, quien se opuso en minoría en *Mc Connell v. Federal Election Commission*, este tipo de restricciones legislativas tienen un impacto en ciertas garantías constitucionales —en particular sobre la libertad de expresión—, y por lo tanto deberían quedar sujetas al escrutinio constitucional.³⁵³

Este importante argumento es el que permite a los jueces analizar un determinado ordenamiento que restringe libertades o derechos patrimoniales desde una perspectiva constitucional y determinar así si dicho ordenamiento resulta o no violatorio de alguna garantía constitucional. Ante ese escenario, es el juez quien debe entonces ponderar y decidir con base en su criterio esa tensión entre derechos y armonizar el ejercicio de ambos o decantarse por alguno de los dos.

En contra de la opinión de la mayoría que emitió la resolución en *Mc Connell v. Federal Election Commission*, el juez Scalia consideró que las restricciones contenidas en la *Bipartisan Campaign Reform Act* de 2002 atentaban en contra de la libertad de expresión protegida por la Constitución de aquel país. Para él, la

³⁵³ *Ibidem*, p. 242.

restricción a realizar donativos para fines electorales, es decir, el ejercicio de derechos patrimoniales, afecta el ejercicio de la libertad de expresión —en específico la libertad de criticar al gobierno— concebida en aquel país como un derecho fundamental.³⁵⁴

Como ya lo he mencionado, un abrupto giro se dio en términos de *Citizens United v. Federal Election Commission* (2010), en torno a la controversia que derivó de una película que sería distribuida a través de televisión por cable *on-demand* con el título “*Hillary: The Movie*”, que coincidía con las elecciones internas de un partido político que postulaba a la senadora Clinton como candidata presidencial en ciertos estados. Por su parte, *Citizens United* pretendía anunciar por televisión la promoción de dicha película, así como el sitio en Internet de la misma, por lo que acudió ante una Corte de Distrito para solicitar una medida cautelar que le permitiera pagar estos anuncios en televisión en contra de lo dispuesto por la *Bipartisan Campaign Reform Act*, por considerar que ésta era violatoria de sus garantía constitucional de libertad de expresión.

En enero de 2008, la Corte de Distrito resolvió negando la medida cautelar solicitada por *Citizens United*, al no considerar que la prohibición contenida en la *Bipartisan Campaign Reform Act* fuera inconstitucional/violatoria de la garantía constitucional de libertad de expresión.³⁵⁵

Ante la resolución negativa de la Corte de Distrito, *Citizens United* apeló dicha resolución ante la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, que por su parte revirtió dicha resolución considerando que la *Bipartisan Campaign Reform Act* resultaba violatoria de la garantía constitucional de libertad de expresión de cualquier entidad corporativa. En particular, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América consideró que a través de este tipo de prohibiciones se podría pretender silenciar a todo tipo de entidades corporativas a criterio discre-

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 239.

³⁵⁵ LEXIS, 530 F. Supp. 2d 274,*; 2008 U.S. Dist. 2575.**

cional del gobierno, y que dichas entidades gozan de la misma garantía de libertad de expresión que cualquier individuo.³⁵⁶

La Suprema Corte de los Estados Unidos de América, en su decisión de este caso incluso, afirma que la libertad de expresión corporativa viene a enriquecer el debate político en aquel país, y ofrece al electorado tomar decisiones mejor informadas, calificando a las compañías como los principales agentes de la moderna y libre economía.

Quienes emitieron su voto disiente, ministros Stevens y Thomas, en contra de la mayoría, por su parte, opinaron que el gobierno debería quedar facultado para imponer este tipo de restricciones a entidades corporativas, no para silenciarlas, sino para no corromper las elecciones ante la ilimitada inyección de recursos de estas entidades que pudieran definir las mismas en favor de algún candidato en particular.³⁵⁷

Este voto disidente lo que hace es sostener la legítima facultad del Estado para restringir derechos fundamentales —como la libertad de expresión en este caso— cuando el ejercicio ilimitado de ésta puede causar perjuicios a la colectividad. La mayoría de los jueces que resolvieron *Citizens United* parece considerar como enunciado general que las contribuciones por particulares en favor de partidos y candidatos, y el destino de los fondos provenientes de dichas contribuciones para la contratación de propaganda electoral en medios de comunicación o la contratación directa en dichos medios por los particulares para tales fines, no puede restringirse o regularse por no afectar ésta el ejercicio de otras libertades (por ejemplo, acceso a medios de comunicación en igualdad de circunstancias) y por estar ligada al ejercicio de libertad de expresión.

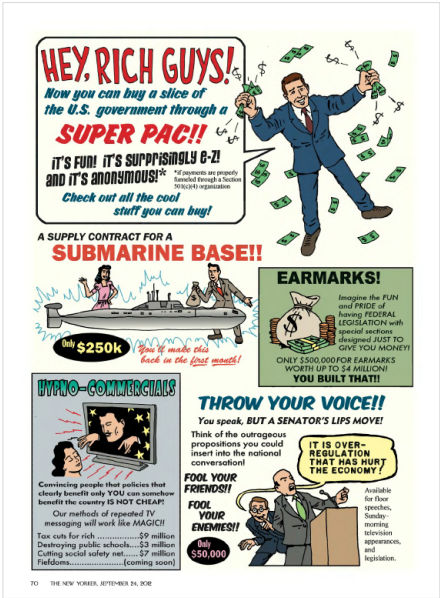
Las limitaciones que *Citizens United* deja sin efecto se lograron en la era progresista de los Estados Unidos de América, desarrollando un activismo gubernamental para limitar la libertad de contratar en materia política. No se trató de limitar la libertad

³⁵⁶ LEXIS, 130 S. Ct. 876, *; 175 L. Ed. 2d 753.**

³⁵⁷ *Idem*.

de expresión, sino la libertad de contratar propaganda en medios de comunicación y realizar contribuciones para restringir el flujo de dinero a través del ejercicio de dicha libertad que pudieran causar inequidades entre candidaturas al no tener todas ellas el mismo acceso a los medios de comunicación para contar con espacios publicitarios.

Este esfuerzo regulador-progresista del partido demócrata, que en su momento fue apoyado por la mayoría de los integrantes de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, se ha visto ahora afectado por la respuesta libertaria-conservadora del partido republicano que apoya a toda costa el ejercicio de la libertad de contratar sin restricciones. Desde esta última perspectiva, se defiende el libre mercado centrado en el ejercicio de libertades económicas individuales en relación con la materia electoral, sin poner atención en las afectaciones que el mismo pudiera producir y que se muestran en las siguientes ilustraciones:³⁵⁸



³⁵⁸ Rolling, Ruben, *The New Yorker*, Estados Unidos de América, Condé Nast, 24 de septiembre de 2012, pp. 70 y 71.

BY RUBEN BOLLING

BUY AN ENTIRE CONGRESSIONAL DISTRICT!

When you purchase the political rights to an entire district, you get **REAL LIVE** residents, 99% of whom will be adorably **NOT RICH!** You'll be surprised and amazed at how much like you they are! Many of them are capable of:

- Feeling love!
- Having ambitions!
- Enjoying food!
- Incurring medical expenses!

SO EAGER TO PLEASE, THEY CAN EVEN BE TRAINED!

Only **\$16 MILLION***

Visit whenever you like! Watch them frolic!

*MORE IN SWING STATES

Not responsible for Occupy movements, riots, civil unrest, or violent peasant uprisings.

SILENT WHISTLE!

VOTE

STATES' RIGHTS

WORK FOR WELFARE

BIRTH CERTIFICATE

Have your congressman say certain words and phrases... **ONLY LIKE-MINDED PALS WILL HEAR THE REAL MESSAGE!** Watch them come a-runnin'!

1000s of SOLDIERS **\$7m**

Imagine the prestige and profitability of having your overseas business interests backed by the United States armed forces!!

Only \$3k each!

BUY A MEMBER OF THE HOUSE OF THE FINANCIAL SERVICES COMMITTEE!

Approx. 6 FT. TALL
Incredibly lifelike!
Will do your bidding!
ONLY \$2M+ CHEAP!

ORDER FORM

ITEM	QUANTITY	PRICE
Add \$650,000 attorneys' fees →		
TOTAL AMOUNT OF "FREE SPEECH" ENCLOSED (in U.S. dollars) →		
Name (optional):		<input type="checkbox"/> Cayman Islands
		<input type="checkbox"/> Bermuda
		<input type="checkbox"/> Liechtenstein
<input type="checkbox"/> I am a human person. <input type="checkbox"/> I am a corporate person.		
<small>Please enclose check, money order, bag of cash, Krugerrands, or New York Yankees Legends Suite field tickets.</small>		

THE NEW YORKER, SEPTEMBER 24, 2012 71

En este sentido, al plantearse las preguntas de que ¿si las elecciones son un mercado que los económicamente más poderosos pueden dominar o si debieran ser vistas más bien como una institución designada para facilitar el proceso de toma de decisión de los electores de manera informada? ¿si el uso del dinero debiera ser tratado como un medio de ejercicio de la libertad de expresión y hasta qué medida?, Mónica Youn retoma las ideas de Robert Post para confirmar que en caso de considerar el uso del dinero para el ejercicio de la libertad de expresión, dicho ejercicio debiera formularse para salvaguardar procesos esenciales de legitimación democrática en lugar del uso exclusivo de la libertad de expresión sin un objetivo específico.³⁵⁹

³⁵⁹ Youn, Mónica (coord.), *Money, Politics and the Constitution: beyond Citizens United*, Nueva York, The Century Foundation Press, 2011, p. 5.

Por su parte, Post afirma que las restricciones que pudieran imponerse sobre la libertad de expresión debieran centrarse en la justificación de la regulación del financiamiento de las campañas a la luz de su impacto en el discurso público.³⁶⁰

No es el objeto de estudio de este trabajo el tema de democracia o acceso a medios de comunicación en campañas electorales, pero sí la legitimidad que tiene el Estado para restringir ciertas libertades —incluyendo la libertad de expresión, la libertad de contratar y la libertad de disponer de la propiedad privada— cuando el ejercicio de éstas vulneran o afectan las libertades de amplios sectores de la población.

Michael Sandel sugiere que es te tipo de sistemas de financiamiento de campañas se aproxima a uno en el que prácticamente se permite la compraventa de las elecciones.³⁶¹

En términos de lo señalado por Kelsen,³⁶² la libertad —como ausencia de coacción de todo tipo de gobierno— es incompatible con el orden social, por lo que la idea de libertad no puede ostentar meramente la significación negativa de ser libre de todo gobierno. De esta manera, para el propio Kelsen, la idea de justicia se transforma de un principio que garantiza la libertad individual de todos, en un orden social que salvaguarda determinados intereses, precisamente aquéllos reconocidos como valiosos y dignos de protección por la mayoría.³⁶³

Con apoyo en esta necesidad de gobierno y protección de los intereses considerados como valiosos por la mayoría es que para el caso en cuestión resultaría necesario que la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizara si las limitaciones a la libertad

³⁶⁰ Post, Robert, “Campaign Finance Regulation and First Amendment Fundamentals”, en Youn, Mónica (coord.), *Money, Politics and the Constitution: beyond Citizens United*, cit., p. 16.

³⁶¹ Sandel, Michael, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, Estados Unidos de América, Farrar, Straus and Giroux, 2012, p. 8.

³⁶² Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Buenos Aires, Editorial Leviatán, 1987, p. 19.

³⁶³ *Idem*.

de contratar propaganda electoral resultan legítimas o no para lograr equidad de acceso a medios de comunicación a todos los partidos políticos y candidatos, así como el impacto de estas limitaciones en la democracia.

En relación con el tema de conflicto de derechos, Kelsen sostiene que éste se presenta cuando un interés se ve satisfecho a costa de otro, o cuando entran en contraposición dos valores que no pueden hacerse efectivos, sino que es necesario inclinarse por la realización de uno y no de otro.³⁶⁴ Por lo tanto, ante este tipo de conflictos resulta necesaria la actividad judicial para decidir cuál de los intereses en conflicto debe prevalecer.

En *Citizens United*, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América hace un ejercicio de ponderación y se inclina por proteger la libertad de contratar propaganda electoral y de realizar contribuciones, por ser éstas, en su opinión, manifestaciones de la libertad de expresión de los particulares para la promoción de los candidatos de su preferencia. Por lo tanto, la referida Corte resolvió que dichas manifestaciones de la libertad de expresión se veían limitadas por las leyes en cuestión al prohibir que se destinen recursos económicos para las contribuciones a campañas y para contratar publicidad electoral en favor de los candidatos y partidos de la preferencia de dichos contribuyentes.

Por lo tanto, la decisión de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en *Citizens United* pondera esa libertad individual de algunos ciudadanos en detrimento de los intereses colectivos y de equidad electoral que el Congreso de aquel país había considerado al aprobar las referidas leyes.

Respecto a considerar el uso del dinero como medio de ejercicio de la libertad de expresión, Deborah Hellman considera que el dinero ejerce influencia no solamente en dicha libertad sino en muchas otras;³⁶⁵ con esto, Hellman pretende deslindar

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 21.

³⁶⁵ Hellman, Deborah, "Money and Rights", en Youn, Mónica (coord.), *op. cit.*, p. 57.

la identidad entre el dinero y la libertad de expresión: “Money talks but it isn’t speech”. Por lo tanto, en su opinión, las limitaciones al uso del dinero no constituyen limitantes a la libertad de expresión, puesto que puede ser que el dinero aportado no sea empleado precisamente para el destino esperado y discurso de quien realizó las correspondientes contribuciones.

Para Youn, *Citizens United* establece una decisión radical del uso del dinero como un medio de valor del ejercicio de la libertad de expresión en la medida en que a más dinero gastado, mayor será la libertad de expresión ejercida, sin importar en realidad la voluntad-intención-discurso de quien realizó la contribución o gasto —sea un individuo o una entidad—, que no se verá necesariamente reflejada en el momento en que el candidato o partido político que reciba dicha contribución haga uso de ésta.³⁶⁶

Como podrá notarse, *Citizens United* es un polémico caso que deja aún sin contestar muchos temas relacionados con el uso del dinero y, por ende, de derechos patrimoniales, frente a otros derechos fundamentales —como la libertad de expresión— y derechos de la colectividad —como el de la equidad en el acceso a medios de divulgación de propuestas electorales—, siendo para este trabajo importante aquél relacionado también con la facultad del Estado para regular y restringir todas estas libertades y derechos cuando entran en tensión.

Se considera entonces muy relevante el ejercicio sobre esta materia realizado en los Estados Unidos de América, donde la Suprema Corte de Justicia debe involucrarse activamente para resolver las tensiones en la medida sugerida por Kelsen, antes referida, en vez de actuar como un simple espectador de las decisiones del Poder Legislativo y del Poder Constituyente sobre esta materia.

³⁶⁶ Youn, Mónica, “First Amendment Fault Lines and the Citizens United Decision”, en Youn, Mónica (coord.), *op. cit.*, p. 110.

6. *Consideraciones y conclusiones del análisis del caso*

Encuentro en este primer caso los siguientes dos tipos de resoluciones:

1. Respecto a las dos acciones de inconstitucionalidad en contra de las reformas contenidas en el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de noviembre de 2007, éstas fueron sobrepasadas bajo la consideración de que ni el Poder Constituyente Originario o el Permanente le otorgaron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la facultad de control constitucional sobre reformas a la Constitución a través de la acción de inconstitucionalidad. Mientras que en relación con el juicio de amparo registrado con el núm. 525/2008, ya vimos como la Suprema Corte de Justicia de la Nación se enfocó en el tema del proceso de aprobación de las mencionadas reformas.
De esta manera, la Suprema Corte de Justicia de México decidió no realizar un análisis de los derechos en conflicto y ponderar en favor de alguno de ellos.
2. En relación con la acción de inconstitucionalidad en contra de las reformas al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación efectuó un análisis respecto a la libertad de expresión como un derecho sujeto a límites y restricciones establecidas por la Constitución, en particular por el artículo 41 ya analizado. Lo hizo así por tratarse de una restricción impuesta en la Constitución misma, pero no por un ejercicio de ponderación entre los derechos en conflicto.

Por lo tanto, de esta manera identifico que cuando se plantean ante la Suprema Corte de Justicia controversias que involucren varias libertades constitucionales en tensión (como los que he señalado en este primer caso), dicho tribunal bien podría rea-

lizar un análisis respecto al contenido de dichas libertades para resolver el conflicto.

En términos del artículo 41 constitucional, se puede constatar con claridad la limitante que el propio Estado establece a la libertad de decidir, en aras de un interés jurídico superior, por lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación podría realizar un ejercicio de ponderación cuando dicha restricción entra en conflicto con otras libertades, como se argumentó en el caso de los juicios de amparo que le fueron planteados.

En este primer caso que estoy analizando, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, siguiendo las experiencias de España, Alemania y de los Estados Unidos de América, bien pudiera analizar si las restricciones en materia de contratación de propaganda electoral aumentarían la efectividad de la libertad de decisión de los electores en México, y si dichas restricciones afectarían o no la esencia de los derechos restringidos (libertad de expresión, libertad de decidir, libertad de contratar y libertad de comercio) y si habría o no otro medio —distinto a la restricción de dichas libertades— para lograr esa misma efectividad en beneficio de los electores en México.

De la evidencia comprobable después de la entrada en vigor de las restricciones en materia de contratación de propaganda electoral a través de radio y televisión se puede advertir que la mayor parte de concesionarios afectados por aquéllas han logrado subsistir en el mercado, y que los mismos continúan publicitando cierta propaganda electoral a través de los espacios permitidos por la propia legislación. Es decir, no se eliminó totalmente la posibilidad de contratar espacios en estos medios de comunicación,³⁶⁷ ni tampoco se eliminó la libertad de expresión de los candidatos a expresar sus propuestas, ni la de los particulares en apoyar a dichos candidatos o partidos políticos en otros medios distintos al radio y televisión.

³⁶⁷ Sino que se restringió ésta habilitándose ciertos espacios oficiales que aseguran a los concesionarios ingresos por la difusión de propaganda oficial permitida.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación bien puede analizar la legitimidad y pertinencia de limitar la contratación de propaganda electoral a ciertos espacios oficiales a través del Instituto Federal Electoral, en los términos señalados en la referida reforma, en casos que le sean planteados respecto a la tensión causada entre dicha limitación sobre otras libertades.

Al hacer este análisis, la Suprema Corte de Justicia de la Nación podría basar el mismo en la consideración de que si con la referida limitación de la libertad de contratar *a)* se afectó o no la libertad de expresión de los candidatos, partidos políticos y particulares que desearan contratar propaganda electoral en medios de radio y televisión y si dicha afectación vulneraba la esencia o núcleo de la referida libertad, y *b)* se logró o no salvaguardar otros derechos más valiosos haciendo el análisis de que no existía otra medida posible para lograr salvaguardar estos derechos.

La desafortunada resolución de los juicios de amparo analizada no resuelve en forma definitiva este tema de legitimidad estatal de restricción de la libertad de contratar contenida en la propia Constitución, situación que abre un fuerte cuestionamiento respecto a la validez de dicha restricción.

En congruencia con el presente trabajo, considero que lo que debe prevalecer es la legitimidad del Estado para en todo momento imponer limitantes o restricciones a la libertad de contratar y a la libertad de expresión misma para salvaguardar otros derechos más valiosos que sean vulnerados por el ejercicio de aquéllas.

Otra importante conclusión consiste en no caer en la confusión teórica de definir en forma categórica a los derechos patrimoniales —como la libertad de contratar— como medios para lograr la protección o ejercicio de derechos fundamentales, como la libertad de expresión.

Es así como la libertad de contratar libremente trasciende de la esfera privada a la pública, exigiendo la intervención del Estado cuando existen afectaciones a un derecho superior —como el derecho a decidir libremente— por el ejercicio de dicha li-

bertad.³⁶⁸ Sobre todo cuando el derecho a contratar y aquéllos derivados del ejercicio de la libertad de comercio y del derecho de propiedad son considerados como derechos patrimoniales o secundarios (frente a los derechos fundamentales considerados como derechos primarios, según la clasificación de Ferrajoli analizada en el capítulo primero).

II. ACUERDOS EN RELACIÓN CON EL CÁLCULO DE INTERESES EN LA CONTRATACIÓN DE PRÉSTAMOS

1. *Resumen general del caso*

La resolución a analizar es la Tesis Jurisprudencial 60/1998, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 7 de octubre de 1998, relacionada con el acuerdo de capitalización de intereses generados por una deuda, por el cual dichos intereses, al formar parte del capital, vuelven a generar intereses.

La controversia radica en si ese pacto es solamente válido respecto a los intereses que han vencido y que las partes acuerdan capitalizar, en el momento de su vencimiento o si, por el contrario, se puede referir a todos aquellos intereses que en el futuro se generen y que serán igualmente capitalizados.

Sobre este tema, el artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal dispone que las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses. Mientras que el artículo 363 del Código de Comercio establece que los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses; sin embargo, los contratantes podrán capitalizarlos.

³⁶⁸ En *Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee*, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América resolvió que el Estado sólo podrá intervenir cuando el interés público pese más que los intereses privados, negando la posibilidad de permitir el libre acceso a los medios de comunicación a las personas que no tienen responsabilidades o que no actúan responsablemente en aras del interés público. Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, op. cit., p. 483.

Como se observa, ambos artículos prevén la posibilidad de capitalizar los intereses, sin embargo, el primero de ellos prohíbe el convenio de capitalización antes del vencimiento de los intereses, y el segundo de ellos es omiso en señalar el tiempo en que dicho convenio de capitalización puede ser celebrado.

La controversia fue resuelta por jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por contradicción de tesis 31/98,³⁶⁹ al establecer que el artículo 363 del Código de Comercio permite la capitalización de intereses en forma previa o posterior a la causación de los réditos, a condición de que exista acuerdo expreso. Para el máximo tribunal, tanto las normas del referido Código de Comercio como del Código Civil para el Distrito Federal tienen en común que autorizan la capitalización de intereses por acuerdo expreso de las partes, pero se diferencian en cuanto al momento en que se puede celebrar el pacto correspondiente; así, mientras que la disposición civil prohíbe que ese acuerdo de voluntades sea anterior al vencimiento y al no pago de los intereses que habrán de capitalizarse, el numeral del Código de Comercio no contiene ninguna exigencia de temporalidad para su realización.³⁷⁰

En las tesis en contradicción se planteaba la nulidad de los créditos debido a que se argumentó que los bancos obligaban a los deudores a contraer obligaciones impagables, en las que resultaba inviable o imposible el pago de la deuda. Ésta es la relevancia del análisis de este caso para el presente trabajo, pues como consecuencia de obligaciones contractuales asumidas por los deudores en los términos denunciados por los mismos, volviendo impagables dichas obligaciones contractuales por circunstancias imprevisibles para ellos, afectarían en consecuencia ciertas libertades fundamentales como describiré a continuación.

³⁶⁹ Entre las sustentadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros, y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros.

³⁷⁰ Tesis: P./J. 60/98, Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VIII, octubre de 1998, p. 374.

2. Descripción de la tensión existente y derechos en conflicto

Para documentar la capitalización de intereses, los bancos otorgaban a sus clientes un crédito adicional para propósitos de refinanciamiento, siendo el destino de dicho crédito adicional el pago de los intereses generados por el contrato de apertura de crédito principal.

Por lo tanto, una de las principales objeciones a este esquema contractual era el de la simulación o falsedad ideológica, ya que el banco no entregaba dinero adicional al acreditado en virtud del segundo crédito, sino solamente realizaba registros contables de la disposición del mismo por el propio banco para el pago de los intereses del contrato de apertura de crédito principal. Sin embargo, las disposiciones de dinero efectuadas conforme al crédito adicional para el pago de intereses del contrato de apertura de crédito principal generaban a su vez intereses acordados en términos de dicho contrato de apertura de crédito adicional antes de que se causaran los intereses del contrato de apertura de crédito principal.

Lo anterior, se argumentaba, contravenía lo dispuesto por el artículo 17 constitucional, cuyo primer párrafo dispone que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho, y por ello algunos tribunales habían declarado la nulidad de este mecanismo.

Por lo tanto, la tensión se presenta entre el derecho a contratar créditos bancarios en los términos de la legislación especial y las potenciales violaciones al derecho de impartición de justicia al prever los contratos bancarios este tipo de mecanismos para el cobro de intereses en caso de incumplimiento.

3. Resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

El antecedente de la Tesis Jurisprudencial 60/1998 lo constituye el oficio 47/97, presentado el 15 de diciembre de 1997, en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de la Supre-

ma Corte de Justicia de la Nación, mediante el cual el presidente del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito denunció la contradicción de tesis entre las sustentadas por ese tribunal al resolver el juicio de amparo directo 6247/97 y la sostenida por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito, al resolver el juicio de amparo directo 215/96.

Por lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación solicitó a los tribunales colegiados de todos los circuitos que remitieran las ejecutorias relacionadas con la temática denunciada. Así, se recibieron 62 ejecutorias que remitieron los Tribunales Colegiados de Circuito de la República.

El presidente de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante recurso del 22 de junio de 1998, formuló denuncia de contradicción de criterios resultante del análisis de todas y cada una de las ejecutorias de mérito, estableciendo en forma preliminar los siguientes nueve temas sobre los que habría de definirse el criterio a seguir:

Tema I: Contrato de apertura de crédito adicional para cobertura de intereses. ¿Constituye anatocismo?

Tema II: Proyecto de viabilidad económica del acreditado en apertura de crédito con línea adicional para aplicación de intereses. ¿Es nula la cláusula por falta de proyecto de viabilidad económica?

Tema III: Cláusula de crédito adicional para pago de intereses en un contrato de apertura de crédito. ¿Constituye una trasgresión a la prohibición de financiamiento para pago de pasivos?

Tema IV: Apertura de crédito. Línea adicional de crédito al acreditado para pago de intereses. ¿Existe falsedad ideológica (simulación) para encubrir la capitalización de intereses?

Tema V: Contrato de apertura de crédito. Capitalización de intereses. ¿Es aplicable supletoriamente el Código Civil artículo 2397, a dichos contratos mercantiles?

Tema VI: Cláusula adicional para pago de intereses vencidos. Las amortizaciones implican consentimiento y convalidan la nulidad pretendida.

Tema VII: Cláusula de crédito adicional. La falta de aviso al banco acreditante sobre la no disposición del crédito adicional, implica aceptar la aplicación a pago de intereses.

Tema VIII: La mora está condicionada al aviso del banco acreditante.

Tema IX: Intereses. Ante la imprecisión de la tasa aplicable para su cuantificación debe estarse al tipo legal.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación fundamentó su análisis y resolución en la especialidad de la materia mercantil y bancaria, precisando que la apertura de crédito es un contrato mercantil, sobre todo cuando en él participa una institución de crédito.

Abundando en su análisis, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que a este contrato de apertura de crédito habría que distinguirlo por sus diferencias sustanciales respecto del préstamo mercantil y del mutuo civil, concluyendo que el contrato de apertura de crédito es especial, autónomo, definitivo y de contenido complejo, distinto del préstamo mercantil y del mutuo civil.

Es decir, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustentó su análisis en la regulación prevista en los artículos 291 al 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, argumentando que el legislador creó un nuevo contrato, independiente de otros, atendiendo a finalidades muy diversas de las que en su momento llevaron a instituir las disposiciones que prevén los contratos de préstamo mercantil y de mutuo civil.

Por lo tanto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que en relación con la capitalización de intereses, que en su caso pactaran las partes dentro de un contrato de apertura de crédito, no puede aplicarse supletoriamente lo previsto en el artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual prohíbe expresamente que de antemano se convenga la capitalización de intereses. También concluyó que el artículo 363 del Código de Comercio tampoco es aplicable supletoriamente para decidir sobre la validez de la capitalización de intereses conveni-

da en un contrato de apertura de crédito, argumentando que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no prohíbe ni condiciona ese acuerdo, sino que lo deja a la libre voluntad de las partes, motivo por el cual no requiere ser suplida.

De esta manera, en opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en un contrato de apertura de crédito las partes están en libertad de pactar lo relativo a la capitalización de intereses, con las limitaciones que al respecto determine el Banco de México.³⁷¹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación nos remite así a las disposiciones que en su caso emita el Poder Legislativo respecto a las facultades otorgadas al Banco de México, así como a las emitidas por el Poder Ejecutivo a través del Banco de México o de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que limiten esa autonomía o libertad contractual.

Identifico aquí nuevamente que Suprema Corte de Justicia de la Nación se sustrae así del ámbito del poder del Estado para limitar la libertad o autonomía contractual.

En su análisis, la Suprema Corte de Justicia de la Nación invoca la aplicación del artículo 1795 del Código Civil para Distrito Federal para definir cuáles son los motivos de invalidez de un contrato, en los siguientes términos:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
- II. Por vicios del consentimiento;
- III. Por su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

Por tanto, en opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, éstos serían los supuestos para declarar invalidez del contrato de apertura de crédito y no alguno otro de los planteados dentro de los nueve temas analizados en la Tesis Jurisprudencial 60/1998.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 591.

4. *Análisis teórico-conceptual de los derechos en conflicto*

Los derechos fundamentales en conflicto en este caso son:

a) la libertad de comercio tanto de las instituciones de crédito para otorgar los créditos bancarios, como de sus clientes para poder recibir los mismos para destinarlos a sus actividades comerciales; b) el derecho a la subsistencia afectado por la excesiva onerosidad de los contratos de crédito al volverse éstos impagables por las excesivas tasas de interés resultantes por los múltiples créditos otorgados simultáneamente y el nivel de ingreso del deudor y éste no contar con recursos suficientes para subsistir como resultado de los altos pagos destinados para cubrir los créditos contratados; c) la prohibición de hacerse justicia por sí mismo mediante esquemas contractuales que sirvan de mecanismos alternos para el cobro de intereses de otra manera prohibidos, y d) el derecho al fomento económico, empleo y justa distribución de la riqueza que permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos.³⁷²

El derecho patrimonial, en este caso, es la libertad de contratar tanto de las instituciones de crédito, como de sus clientes, para celebrar los contratos necesarios para la documentación y formalización de los créditos.

Desde la perspectiva del análisis teórico conceptual del capítulo primero, se podrían clasificar como derechos primarios tanto al derecho a la subsistencia, como el derecho al fomento económico, empleo y justa distribución de la riqueza que permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, así como la prohibición de hacerse justicia por sí mismo mediante esquemas contractuales que sirvan de mecanismos alternos para el cobro de intereses de otra manera prohibidos.

Por lo tanto, la libertad de contratar y la libertad de comercio deberían ceder frente a los referidos derechos primarios en la medida en que no se dañe su esencia y se logre un beneficio efectivo mediante su restricción.

³⁷² Esta última referida por el artículo 25 constitucional.

En este caso, la tensión —colocar a los deudores en una situación de extrema insolvencia y restringiéndole su capacidad de subsistencia por no poder conservar el mínimo de ingreso para atender sus necesidades básicas como resultado de los excesivos pagos a las instituciones de crédito para cubrir el saldo de los múltiples y simultáneos créditos otorgados— se pudo haber resuelto ponderando los beneficios no solamente individuales para los deudores, sino para el crecimiento económico del país en su conjunto a través de la resolución de este caso si se hubiera atendido a la importancia de los derechos primarios, en vez de atender solamente al interés individual-autonomía de la voluntad como desafortunadamente lo hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación por una dividida votación.

En este caso, resulta claro que sí se lograrían beneficios para la viabilidad y vigor de los derechos primarios en tensión (derecho a la subsistencia, derecho al fomento económico, empleo y justa distribución de la riqueza que permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos y la prohibición de hacerse justicia por sí mismo mediante esquemas contractuales que sirvan de mecanismos alternos para el cobro de intereses de otra manera prohibidos), mientras que no se afectaría la esencia de los derechos secundarios (libertad de contratar y la libertad de comercio) al restringir el cobro de intereses como se hizo recientemente pero a través de una reforma legislativa que analizaré más adelante. Es decir, el Poder Legislativo sí atendió esta necesidad de restricción de libertades secundarias que el Poder Judicial, en particular la Suprema Corte de Justicia de la Nación —por una dividida decisión— decidió omitir.

De esta manera, desde esta perspectiva teórico-conceptual, resultaría necesario y posible que la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizara la tensión entre los derechos mencionados para lograr la “protección más amplia” a las personas señalada por el artículo 1o. constitucional, en vez de escudarse en la especialidad de la materia bancaria y de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito —como lo hizo la Suprema Corte de

Justicia en este caso—. Es decir, desde esta perspectiva teórico-conceptual no debería aplicar el argumento de especialidad de la ley que regula ciertos contratos para habilitar la celebración de éstos en apego a dicha ley especial, cuando los mismos vulneran otras libertades fundamentales que pudieran ser protegidas y ejercidas por la colectividad en forma exponencial mediante restricciones proporcionales que en su caso se pudiera imponer a la libertad contractual que no afecte la esencia de esta última.

Retomando las ideas expresadas en el capítulo primero, el derecho a contratar, como derecho patrimonial, es un derecho disponible y particular; mientras que el derecho a la subsistencia es un derecho fundamental y, por lo tanto universal e indisponible. Por ello, si el ejercicio de esa libertad de contratar lesiona o compromete el derecho de subsistencia misma, así como la libertad de decisión para autodeterminarse, al acordar cláusulas contractuales que se tornan con el tiempo abusivas o excesivas y reducen las posibilidades económicas de amplios sectores de la población para subsistir y elegir entre opciones de vida, resulta necesario entonces atender a la clasificación de libertades para lograr la protección más amplia, la promoción, la realización y tutela de las libertades primarias (en esta caso, aquellas que permitan la subsistencia misma de las personas).

5. *Análisis desde una perspectiva comparada*

A través de la *mittelbare Drittwirkung*, analizada en el capítulo segundo, sería posible que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través del juicio de amparo, analizara la constitucionalidad de las disposiciones de las leyes especiales aplicables al crédito bancario, para determinar la forma en que éstas vulneran libertades primarias o fundamentales.

Bajo esta perspectiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación pudiera dejar a un lado el criterio de especialidad de la ley que regula los contratos bancarios y con el cual se excusa de conocer y resolver sobre las afectaciones de derechos fundamen-

tales —como es el caso de la libertad de decisión que afecta el derecho de subsistencia misma—, causadas por la celebración de contratos habilitados por dicha legislación especial.

Como lo he analizado en el capítulo segundo, este debate ha sido ya superado en la jurisprudencia de los tres países analizados, en los que sus respectivas Cortes Supremas han estudiado y resuelto sobre la legitimidad de restringir la libertad de contratar y otros derechos patrimoniales para lograr la protección, viabilidad y vigor de derechos fundamentales afectados por esos derechos patrimoniales. En algunos de los casos analizados en dicho capítulo segundo se muestra la manera en la que el juez puede dejar sin efecto una legislación específica cuando ésta es aplicada por particulares afectando los derechos fundamentales de otros particulares.

Este tipo de resoluciones, siguiendo la experiencia del derecho español y el derecho alemán, debe cumplir siempre con los criterios de racionalidad y proporcionalidad, justificando *a)* la necesidad de la restricción como la alternativa más viable y menos lesiva para lograr el objetivo buscado (en esta caso, la subsistencia misma de los deudores), y *b)* el grado de restricción del derecho patrimonial en la proporción requerida para lograr la promoción del derecho a salvaguardar (el derecho a la subsistencia).

Aplicando estos criterios a este caso, a *contrario sensu*, formulo las siguientes preguntas:

¿A través de la celebración de los contratos de crédito bancarios que la Suprema Corte de Justicia autorizó por estar permitidos, según su opinión, por la legislación bancaria, se logra la viabilidad y vigor de los siguientes derechos fundamentales: *a)* el derecho a la subsistencia afectado por la excesiva onerosidad de los contratos de crédito al volverse impagables por las excesivas tasas de interés resultantes por los múltiples créditos otorgados simultáneamente y el nivel de ingreso del deudor, y éste no contar con recursos suficientes para subsistir como resultado de los altos pagos destinados para cubrir los créditos contratados; *b)* la prohibición de hacerse justicia por sí mismo mediante esquemas

contractuales que sirvan de mecanismos alternos para el cobro de intereses de otra manera prohibidos, y c) el derecho al fomento económico, empleo y justa distribución de la riqueza que permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos?

Personalmente creo que no se logra la viabilidad y vigor de los derechos fundamentales a los que se refiere esta controversia, sino que, por el contrario, los lesiona.

Por ello considero que desde esta perspectiva comparada del capítulo segundo es posible y necesario que el Poder Judicial le otorgue a los derechos fundamentales la importancia que tienen y asegure su efectividad —como derechos indisponibles y universales— resolviendo en favor de ellos cuando entren en tensión frente a derechos patrimoniales —que son disponibles y particulares—.

6. *Consideraciones y conclusiones del análisis del caso*

Dentro de los temas analizados en esta resolución se discutió el cobro excesivo de intereses y el consecuente aumento de la deuda apartándose de las condiciones de mercado, como consecuencia de la falta de un análisis adecuado entre la situación económica del acreditado y su previsible capacidad de pago; lo cual llegaba a producir a largo plazo una afectación mercantil y comercial para el banco por no cobrar lo que se pactó, pero aún mayor para el cliente, pues se comprometería su ingreso a futuro.

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación concluyó que dichos riesgos son asumidos por ambos contratantes, por lo que la falta de un estudio o análisis adecuado de la capacidad de pago del cliente en nada afecta la validez y exigibilidad de los contratos de apertura de crédito celebrados.

Así lo afirmó la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Tesis Jurisprudencial 60/1998:

De lo anterior se sigue que el contrato de apertura de crédito que se celebra entre el acreditante y el acreditado, tiene por ob-

jeto que el primero ponga a disposición del segundo una suma de dinero, o se obligue a contraer por cuenta del acreditado una obligación, y la cual el segundo debe pagar el principal y los accesorios convenidos. Por tanto, si en el aludido dispositivo no se precisa como elemento del contrato la realización del estudio de viabilidad económica, ni se precisa que sea la condición indispensable para su otorgamiento (consentimiento), es evidente que la falta de realización de ese estudio, no puede traer como consecuencia la nulidad del contrato.³⁷³

No identifico en la Tesis Jurisprudencial 60/1998 un análisis de fondo que verse sobre la afectación de derechos fundamentales de los clientes de los bancos en términos del artículo 17 constitucional.

En defensa de los cálculos de intereses efectuados por los bancos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación concluyó lo siguiente:

De las anteriores precisiones, puede válidamente concluirse que el pacto de referentes o índices variables se encuentra permitido a través de las disposiciones correspondientes; por otro lado, se concluye también, que la remisión a instrumentos financieros no les resta precisión, pues si bien existe cierta dificultad sobre la forma de llegar a conocer exactamente el monto de las obligaciones a cargo de los deudores, la determinación de cuál es la tasa de interés aplicable a cada vencimiento, es objeto de consentimiento recíproco de las partes desde el momento del nacimiento del contrato; lo único que resta por hacer, es aplicar los procedimientos de cálculo que señalan los contratos.³⁷⁴

Noto en esta Tesis jurisprudencial 60/1998 la total preponderancia de la autonomía contractual y el cumplimiento de los contratos conforme a lo expresamente pactado sin importar las afectaciones a derechos fundamentales o efectos adversos causa-

³⁷³ Tesis: P./J. 60/98, Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VIII, octubre de 1998, p. 407.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 471.

dos por dicho cumplimiento, en casos donde no hay ni siquiera claridad y conocimiento por los deudores de las consecuencias asumidas en términos de los contratos celebrados.

En el párrafo citado, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce que existe cierta dificultad sobre la forma de llegar a conocer exactamente el monto de las obligaciones a cargo de los deudores, por la complejidad que resulta de la remisión a instrumentos financieros. Sin embargo, ésta concluye, los contratantes deberán cumplir con dichas obligaciones en los términos que hayan pactado:

El banco no cuantifica arbitrariamente entre las tasas de referencia mencionadas en el contrato, sino que espera que los datos que la realidad objetiva arroja, indiquen cuál será la tasa de referencia que resultará base para la aplicable, para un período determinado, de conformidad con las reglas que, para estos efectos, los contratantes han establecido.³⁷⁵

En el anterior párrafo claramente se observa la forma en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelve la Tesis Jurisprudencial 60/1998, obligando a las partes a cumplir con lo expresamente establecido en el contrato correspondiente.

En cuanto al tema relacionado con la presunta simulación, consistente en la celebración del contrato de apertura de crédito adicional para el pago de los intereses generados conforme el contrato de apertura de crédito principal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que el contrato de apertura de crédito adicional para el pago de intereses pactado en el mismo instrumento o en otro no encubre el establecimiento ilícito de intereses sobre intereses.³⁷⁶

Abundando sobre este tema, la Tesis Jurisprudencial 60/1998 establece lo siguiente:

³⁷⁵ *Idem.*

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 518.

Esta conclusión se pone de manifiesto con mayor claridad, si se tiene en cuenta que el contrato de apertura de crédito para responder por intereses, puede ser convenido con el mismo banco con el que se pactó la obligación primaria, pero en instrumento distinto, o bien, con otro banco, hipótesis en las que se evidencia que ni siquiera puede existir, materialmente, capitalización de intereses.³⁷⁷

Se reitera así en esta Tesis Jurisprudencial 60/1998 la relevancia que la Suprema Corte de Justicia de la Nación otorga a la voluntad de las partes contratantes y la libertad con la que dicha voluntad goza.

No obstante lo anterior, diversos integrantes del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitieron un voto de minoría en relación con la resolución antes mencionada,³⁷⁸ declarando que así se ha querido dar a la voluntad de las partes un alcance que otorga a la libertad contractual una magnitud que en esta materia rebasa al interés social, al público y a la propia técnica jurídica. Asimismo, en dicho voto disidente quienes lo emitieron afirman que de aceptarse esta tesis no habrá limitación alguna para la regulación del tema cobro de interés sobre interés, capitalización ilícita de intereses, pues al considerarse suprimida esa regulación, como se propone interpretar y dejarse a la libre voluntad de las partes, podría pensarse que se estableció una zona libre jurídica para unos actos de comercio y los contratos de apertura de crédito.

Este voto de minoría es de suma importancia para los objetivos del presente trabajo debido a que sirve de soporte para la defensa que he venido haciendo a lo largo del mismo en relación con las válidas limitaciones a la libertad de contratar a ser impuestas por el Poder Judicial, cuando las partes en ejercicio de la misma pretendan rebasar al interés público y social.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 519.

³⁷⁸ Voto minoritario de los ministros Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VIII, octubre de 1998, p. 335.

En relación con lo analizado en este voto de minoría quisiera resaltar las reformas aprobadas a la Ley de Instituciones de Crédito, así como a la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de junio de 2009, así como el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones en materia financiera y se expide la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de enero de 2014, estableciendo una serie de reglas y facultades para lograr la transparencia y sanas prácticas de los servicios financieros y una mayor supervisión de los denominados contratos de adhesión elaborados unilateralmente por las entidades financieras.

Resulta relevante que conforme a las reformas antes mencionadas se otorguen al Banco de México facultades para emitir disposiciones de carácter general para regular las tasas de interés, activas y pasivas, comisiones y pagos anticipados y adelantados de las operaciones que realicen con sus clientes, las instituciones de crédito y las sociedades financieras de objeto múltiple reguladas.³⁷⁹ Igual de relevante resulta la obligación de que los mencionados contratos de adhesión que utilicen las entidades financieras para documentar operaciones masivas cumplan con los requisitos que mediante disposiciones de carácter general establezca la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, así como las facultades de dicha Comisión para suspender el uso de los mismos.³⁸⁰

Asimismo, se reformó el artículo 4o. de la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros antes mencionada para otorgar facultades al Banco de México para que éste propicie que las instituciones de crédito y las sociedades financieras de objeto múltiple reguladas otorguen préstamos o créditos en condiciones accesibles y razonables —en cuyo caso

³⁷⁹ Artículo 4o. de la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros.

³⁸⁰ Artículo 10 de la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros.

deberán tomar en cuenta las condiciones de financiamiento pre-
valecientes en el mercado nacional, el costo de captación, los
costos para el otorgamiento y administración de los créditos, las
probabilidades de incumplimiento y pérdidas previsibles, la ade-
cuada capitalización de las instituciones y otros aspectos perti-
nentes—, así como tomar las medidas correctivas que correspon-
dan a fin de que tales operaciones se ofrezcan en los términos
antes señalados, incluso estableciendo límites a las tasas de interés
aplicables a operaciones específicas; en cuyo caso podrá tomar en
cuenta fórmulas de derecho comparado relevantes y podrá dife-
renciar su aplicación por tipos de crédito, segmentos de mercado
o cualquier otro criterio que resulte pertinente, así como propi-
ciar que los sectores de la población de bajos ingresos no queden
excluidos de los esquemas de crédito.³⁸¹

En cuanto a la terminación de los contratos de crédito al con-
sumo, las reformas antes mencionadas introducen en los artículos
10 Bis 1 de la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los
Servicios Financieros y 48 Bis 5 de la Ley de Instituciones de Cré-
dito la posibilidad que ésta pueda hacerse en cualquier momento
por parte del cliente acreditado, en cuyo caso la relación jurídica
derivada de los recursos previamente dispuestos sólo continuará
en vigor para efectos del pago del principal con los intereses y ac-
cesorios que correspondan al crédito otorgado, procediendo a la
cancelación del medio de disposición correspondiente.³⁸²

Se adicionó también un nuevo artículo 18 Bis 1 a la Ley para
la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros
que establece la obligación de las entidades financieras para em-
plear formatos de contratos tratándose de créditos, préstamos o
financiamientos revolventes asociados a una tarjeta y créditos
personales de liquidez sin garantía real masivamente celebrados,
debidamente registrados ante la Comisión Nacional para la Pro-

³⁸¹ Artículo 4o. de la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los
Servicios Financieros.

³⁸² Artículo 10 Bis de la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los
Servicios Financieros, y artículo 48 Bis 5 de la Ley de Instituciones de Crédito.

tección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, y los cuales deberán cumplir con los diversos requisitos en dicho precepto establecidos.³⁸³

Se muestra así el interés del Estado en regular las condiciones conforme a las cuales los bancos y sus clientes podrán contratar créditos y restringir dichos derechos patrimoniales en la medida necesaria para proteger el derecho de subsistencia de los deudores que pudiera comprometerse ante excesivas tasas de interés en condiciones abusivas comparadas con otros países.

Por lo tanto, no existe razón para que el Poder Judicial se autoexcluya de este ámbito de intervención.

Es preocupante que esto suceda cuando es exclusivamente el Poder Judicial el que cuenta con las facultades para hacer que se cumplan y respeten los preceptos constitucionales, en particular los derechos fundamentales protegidos por dichos preceptos constitucionales.

Sin duda, existen ciertos derechos fundamentales en riesgo ante la contratación en condiciones abusivas para una de las partes, dejando a la otra parte en un estado de indigencia, tales como la salud —ante la falta de recursos económicos generados por créditos mal otorgados, sin el análisis necesario para confirmar la capacidad de pago, o incluso la vida misma— ante la falta de recursos económicos para subsistir, como consecuencia de la excesiva carga financiera impuesta por las condiciones abusivas contenidas en los contratos de apertura de crédito.

No considero entonces que el Poder Judicial deba ser ajeno a esta temática escudándose en que las partes son libres de contratar y quedan obligadas al cumplimiento de lo expresamente pactado.

¿De qué les sirve a los ciudadanos ejercer la libertad contractual si cada vez son más pobres, menos libres y más limitados en cuanto a sus posibilidades de desarrollo? En relación con este tema, Joseph Stiglitz y Andrew Charlton afirman que los acuer-

³⁸³ Artículo 18 Bis 1 de la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros.

dos en materia de servicios financieros deberían ser examinados para confirmar si existe protección en los países en proceso de desarrollo para tener acceso a créditos. En particular, afirman, es necesario reconocer expresamente el derecho para imponer requerimientos de préstamo para forzar el otorgamiento de crédito a sectores de la población que no tengan acceso al mismo (en forma análoga a los requerimientos contenidos en la Community Reinvestment Act de los Estados Unidos de América).³⁸⁴

¿Acaso como resultado de la Tesis Jurisprudencial 60/1998 los ciudadanos han recibido durante estos 15 años más créditos y en mejores condiciones por el reconocimiento de esta “autonomía de la voluntad” o “liberalidad en la contratación de créditos”? Para responder esta pregunta recurro a los autores Isabel Guerrero, Luis Felipe López Calva y Michael Walton,³⁸⁵ quienes afirman que el mercado bancario en México continúa altamente concentrado en unos cuantos bancos, con bajos índices de préstamos a sectores de negocios que resultan inusualmente bajos en comparación con los estándares internacionales; siendo una signo distintivo que las pequeñas y medianas compañías del sector privado prácticamente están excluidas del sistema de créditos bancarios.

Para el propio Keynes, este tema resulta de gran relevancia, como se puede notar en la siguiente cita: “Porque nada puede mantener la integridad de los contratos entre los individuos sino la autoridad discrecional del Estado para revisar lo que se ha vuelto intolerable”.³⁸⁶

En relación con la generación de intereses por el capital, Keynes opina lo siguiente: “Si las acreencias de los intereses creados se expandieran sin moderación durante varias genera-

³⁸⁴ Charlton, Andrew y Stiglitz, Joseph, *Fair Trade for All*, *op. cit.*, p. 152.

³⁸⁵ Guerrero, Isabel *et al.*, “The Inequality Trap and its links to low growth in Mexico”, en Levy, Santiago y Walton, Michael (eds.), *No Growth Without Equity? Inequality, Interests, and Competition in Mexico*, Estados Unidos de América, Palgrave Macmillan y The World Bank, 2009, p. 132.

³⁸⁶ Keynes, John Maynard, *Breve tratado sobre la reforma monetaria*, trad. de Carlos Rodríguez Braun, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 81.

ciones, la mitad de la población sería poco menos que *esclava* de la otra mitad”.³⁸⁷

Para Keynes existe entonces una clara afectación de las libertades primarias, generada por el ejercicio de la libertad contractual en materia de acrecencia de intereses que se expandieran sin moderación.

Sobre la facultad que tiene el Estado de intervenir ante este tipo de situaciones, el propio Keynes afirma que “el Estado jamás debe descuidar la importancia de actuar en la vida cotidiana para promover la certidumbre y la seguridad en los negocios; pero cuando hay que adoptar decisiones *vitales*, el Estado es un cuerpo soberano cuyo objetivo es promover el máximo bien para el conjunto”.³⁸⁸

De esta manera, identifiqué dos perspectivas, una del Poder Judicial y otra del Poder Legislativo, en torno a la necesidad de intervención estatal en la esfera de los contratos mercantiles en protección del interés de la colectividad.

Sucede que el Poder Ejecutivo decide si aplica o no la legislación y reglamentación en vigor, causándose en caso de incumplimiento sanciones de tipo administrativas para los infractores de la misma.

Siguiendo las ideas de Rawls, Locke y Rousseau, propongo que el Poder Judicial intervenga en su papel autónomo e independiente para que también custodie los derechos de los más débiles, pues ello repercutirá en una mejoría de la colectividad en general.

Ante la objeción de que los jueces no deben o pueden inmiscuirse en este tipo de temas, por no contar con la información o entrenamiento requeridos,³⁸⁹ considero que corresponde a los actores sociales proporcionar a los jueces precisamente la información requerida para que, a través de sus decisiones judiciales, se logren resoluciones benéficas para la colectividad.

³⁸⁷ *Idem.*

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 82.

³⁸⁹ Brinks, Daniel M. y Gauri, Varun, *Courting Social Justice, Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, cit., p. vii.

La obra citada en la nota al pie de página precedente, precisamente, nos ofrece una alentadora fuente de información relativa a casos judiciales surgidos en países en vías de desarrollo, tales como Sudáfrica, Brasil, Nigeria, India e Indonesia, sobre demandas que versan sobre derechos fundamentales de naturaleza social y económica, así como un análisis de la efectividad de las resoluciones dictadas en beneficios tangibles para sectores amplios de la población y no solamente para quien las promueve. Una de las conclusiones, en la misma contenida, establece que la legalización de derechos sociales y económicos puede proporcionar cierta dignidad a aquellos que en nuestro mundo continúan viviendo en condiciones de extrema pobreza.³⁹⁰

Los casos analizados en la obra antes citada confirman que las decisiones judiciales pueden impugnar la imparcialidad de la doctrina contractual, reconociendo sus implicaciones redistributivas y tratando de alinear reglas contractuales con objetivos constitucionales; dichas decisiones indican la facultad y disponibilidad de los tribunales en cuestión para analizar con escrutinio los términos contractuales a la luz de las normas constitucionales.³⁹¹ Se dice así que en ciertas situaciones los derechos socioeconómicos facultan a los tribunales a ocupar un espacio para la interpretación dentro del cual se reconfiguran los derechos de propiedad a la luz de las aspiraciones públicas.³⁹²

III. POSIBILIDAD DE PACTAR CLÁUSULAS RESTRINGIENDO, POR CIERTO TIEMPO, LA LIBERTAD DE PRESTAR SERVICIOS A CIERTAS PERSONAS Y DE CONTRATAR A DETERMINADOS EMPLEADOS

1. *Resumen general del caso*

Este caso ofrece un ejemplo en el que una parte en un contrato, después de haber firmado éste, considera que el mismo

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 35.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 290.

³⁹² *Ibidem*, p. 295.

contiene ciertas disposiciones que aún siendo acordadas en pleno ejercicio de su libertad de contratar en términos de la legislación civil, vulneran en alguna medida otras libertades fundamentales que deben ser protegidas por el Poder Judicial.

El caso en cuestión es relevante para reafirmar la actual tendencia seguida por el Poder Judicial en México respecto a la mal interpretada libertad negocial para supuestamente permitir el libre comercio e intercambio comercial, cuando en realidad sí hace falta la intervención del Poder Judicial para tutelar que los ciudadanos se apeguen al cumplimiento de la Constitución al celebrar contratos —en particular, al cumplimiento y respeto de las garantías y derechos fundamentales—.

La controversia deriva de la celebración de un convenio de separación de socio celebrado entre el señor Moisés Curiel García y Mancera, S.C. con fecha 5 de julio de 2004, por medio del cual ambas partes dieron por concluida la relación de negocios que mantenían. En virtud de este convenio, el señor Curiel asumió por un tiempo determinado ciertas obligaciones de no hacer, así como diversas penalizaciones aplicables en caso de incumplimiento con esas obligaciones de no hacer.

El señor Curiel impugnó, a través de diversas instancias que analizaré a continuación, la validez de las cláusulas pactadas por considerar que atentaban contra su libertad, en particular su libertad de comercio y profesión garantizada en términos del artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyos párrafos primero, quinto y sexto, respectivamente, establecen las siguientes prohibiciones: *a)* impedirle a cualquier persona que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo éstos lícitos; *b)* privar a las personas del producto de su trabajo, sino por resolución judicial; *c)* celebrar contratos, pactos o convenios que tengan por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa, y *d)* celebrar convenios en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio.

La primera instancia consistió en el juicio ordinario civil promovido por Mancera, S. C. en contra del señor Moisés Curiel García, ante el C. Juez Segundo de lo Civil de la ciudad de México, dentro de las constancias del expediente 141/05. Sobre dicho juicio ordinario recayó la sentencia del 29 de agosto de 2005, en términos de la cual se confirmaba la validez del convenio pactado entre Mancera, S. C. y el señor Moisés Curiel García, y se instruía a este último al cumplimiento del mismo.

El señor Curiel inició así un juicio de amparo que fue resuelto por el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, y una vez que fueron recibidos los autos, su presidente, por auto del 25 de enero de 2006, admitió a trámite la demanda de amparo, y en sesión del 24 de marzo del mismo año, dicho Tribunal Colegiado, funcionando en Pleno, negó el amparo solicitado.

Inconforme con la anterior determinación, el señor Curiel interpuso recurso de revisión, el cual fue admitido por el presidente de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante acuerdo del 24 de abril de 2006, aceptando la competencia de la Primera Sala para conocer del recurso de revisión.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió declarar infundados e inoperantes los agravios expuestos por el Señor Curiel y, por tanto, desechó el amparo directo en revisión.

2. Descripción de la tensión existente y derechos en conflicto

La tensión de derechos en este caso deriva de la cláusula sexta del convenio de separación de socio ya referido, celebrado entre el señor Curiel y Mancera, S.C., misma que establecía lo siguiente:

El socio que sea excluido o separado de la sociedad no podrá ofrecer, ni prestar directa ni indirectamente sus servicios profesionales durante un término de dos años (ya sea que la profesión

la ejerza individualmente o como miembro de otro despacho de contadores públicos o consultores de cualquier otra organización o empresa), a los clientes que tenga el despacho Mancera, Sociedad Civil, en la fecha de su separación o que haya tenido durante los tres años anteriores a la separación, bajo la pena en caso contrario de perder a favor del despacho cualquier saldo a su favor y la de pagar un veinticinco por ciento sobre el importe bruto de los honorarios que perciba o debiera percibir, por concepto de daños y perjuicios causados a la sociedad y/o a los socios de Mancera, Sociedad Civil, como resultado de la violación a esta cláusula. Además desde ahora se compromete a no hacer competencia desleal, en su sentido más amplio, a la sociedad. El socio que sea excluido o que se separe de la sociedad (Mancera, S.C.), no podrá ofrecer ni podrá emplear, ni contratar los servicios de los empleados o socios del despacho ya sea en forma individual o como miembro de otro despacho de contadores públicos o consultores, durante un término de dos años contados a partir de su separación, bajo la pena en caso de violación a esta disposición de perder a favor del despacho cualquier saldo que hubiere a su favor y de pagar un importe equivalente al cincuenta por ciento del importe bruto de los ingresos que por concepto de salarios o retiros a cuenta de utilidades y otras prestaciones hubiera tenido durante los últimos doce meses como empleado o socio de Mancera, Sociedad Civil.³⁹³

En términos de esta cláusula, las partes contratantes acordaron una obligación de no hacer a cargo del señor Curiel, consistente en lo siguiente:

- a) Durante un término de dos años, el señor Curiel no podría prestar sus servicios profesionales a los clientes que tenga el despacho Mancera, Sociedad Civil, en la fecha de su separación o que haya tenido durante los tres años anteriores a la separación. La propia cláusula, como hemos visto, establece que en caso de incumplimiento de dicha obligación,

³⁹³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo directo en revisión 618/2006, Moisés Curiel García, 31 de mayo de 2006, p. 8.

el señor Curiel perdería en favor del despacho Mancera, Sociedad Civil cualquier saldo a su favor y adicionalmente quedaría obligado a pagar un 25% sobre el importe bruto de los honorarios que perciba o debiera percibir, por concepto de daños y perjuicios causados a la sociedad y/o a los socios de Mancera, Sociedad Civil, como resultado de la violación a esta cláusula.

- b) No hacer “competencia desleal”, en su sentido más amplio, al despacho Mancera, Sociedad Civil.
- c) Durante el término de dos años, el señor Curiel no podría ofrecer empleo, ni emplear, ni contratar los servicios de los empleados o socios del despacho Mancera, Sociedad Civil. En caso de incumplimiento de esta obligación, las partes acordaron que el señor Curiel perdería a favor del despacho Mancera, Sociedad Civil cualquier saldo que hubiere a su favor y adicionalmente pagaría un importe equivalente al 50% del importe bruto de los ingresos que por concepto de salarios o retiros a cuenta de utilidades y otras prestaciones hubiera tenido durante los últimos doce meses como empleado o socio de Mancera, Sociedad Civil.

El quejoso fundamentó el juicio de amparo directo en revisión argumentando la nulidad de la cláusula antes transcrita, al considerar que la misma le restringía su libertad de comercio y profesión garantizada en términos del artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que hemos analizado anteriormente.

El señor Curiel argumentó lo siguiente:

...el Tribunal resolutor se encontraba obligado a decretar en su improcedente resolución lo siguiente: a) La existencia de un precepto constitucional y la interpretación de éste. b) Si el convenio base de la acción y específicamente la cláusula sexta del mismo, contraviene o es contraria al artículo 5o. constitucional. c) Si la cláusula sexta del convenio base de la acción contraviene los párrafos primero, quinto y sexto del artículo 5o. constitucional

como consecuencia del alcance de estos preceptos... era obligatorio precisar en su resolución, si se actualizaban las hipótesis del artículo constitucional referido en sus párrafos primero, quinto y sexto, a fin de determinar si el estado no puede permitir que se llevara a cabo el convenio base de la acción o si este es nulo o inexistente por contener como objeto un menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de las personas.³⁹⁴

El referido tribunal, en efecto, no entró al análisis de la nulidad o inexistencia de la cláusula en disputa, debido a que, en su opinión, al señor Curiel no se le prohibió abandonar el despacho para el cual trabajaba y moverse a otro. La resolución no precisa si el referido tribunal no consideró si el mismo contaba con facultades para realizar el análisis de la nulidad o inexistencia de la cláusula o, si aun teniéndolas, decidió no ejercer dichas facultades.

En respuesta a dichos argumentos, el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito precisó lo siguiente:

...en los conceptos de violación, el inconforme no controvierte lo estimado por el tribunal ad quem, en el sentido de que en el convenio fundatorio de la acción no hay prohibición para el apelante de realizar el libre ejercicio de alguna actividad profesional, sino simple y llanamente el deber de respetar el patrimonio y clientela de la sociedad de la que se separa, además de que la cláusula sexta no restringe o coarta al impugnante el ejercicio de su profesión frente a terceros, sino que atiene al deber de lealtad que todo socio o exsocio debe tener con la persona moral de la cual se separa, tan es así, que el apelante reconoció, al contestar la demanda, que actualmente labora en Baker & McKenzie México, Sociedad Civil, además de que la referida cláusula tampoco contiene un pacto de renuncia temporal a ejercer una profesión, sino que sólo contiene el compromiso del recurrente de no hacer competencia desleal en su sentido más amplio a la sociedad de la que se separa,

³⁹⁴ *Ibidem*, pp. 20 y 21.

amén de que la libertad de trabajo no desvirtúa los deberes de lealtad y probidad convenidos en la cláusula citada y que sólo afectan al interés privado del que las hizo por lo que la cláusula referida es acorde al artículo 1796 del Código Civil.³⁹⁵

De esta manera, el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito no consideró que la cláusula controvertida prohibiera al señor Curiel realizar el libre ejercicio su actividad profesional, introduciendo en su resolución los términos de “deber de respetar” y “deber de lealtad”, aplicables al señor Curiel al decidir separarse del despacho Mancera, Sociedad Civil e incorporarse a un nuevo despacho, Baker & McKenzie México, Sociedad Civil.

Es decir, para el referido Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, el señor Curiel tenía una obligación de respetar y ser “leal” al despacho del cual se separaba y, por lo tanto, no podría continuar asesorando a sus propios clientes, ni contratar a quienes venían laborando con él en el despacho Mancera, Sociedad Civil por un plazo de dos años a partir de su separación. Lo anterior lo interpretó el referido Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en términos de lo expresamente pactado en el convenio de separación antes señalado.

Aunado a esos deberes de “respeto” y “lealtad” referidos por el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en su resolución, el mismo tribunal consideró que la cláusula que originó la controversia tampoco contenía un pacto de renuncia temporal a ejercer una profesión, sino que preveía un compromiso de “no hacer competencia desleal” al despacho del que el señor Curiel se separaba, exigiéndole además al señor Curiel cumplir con un nuevo deber: el “deber de probidad”, que en opinión de dicho tribunal había sido también convenido en la cláusula en disputa en concordancia con la libertad de contratar establecida en el artículo 1796 del Código Civil.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 6.

3. *Resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*

Como ya lo he referido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró infundados e inoperantes los agravios expuestos por el señor Curiel y, por tanto, desechó el amparo directo en revisión.

Con ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reafirma lo que ya es criterio reiterado, que la inconstitucionalidad de una norma se actualiza cuando se contrapone a un artículo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y no con una disposición secundaria, esto es, el análisis de un precepto emanado del órgano investido de facultad legislativa sólo puede ser confrontado cuando es violatorio de las garantías que consagra la carta fundamental. En congruencia con tal criterio, la propia Corte concluyó que resultan inoperantes los agravios que impugnan las cláusulas de un convenio, en el cual se estipulan obligaciones recíprocas y no la inconstitucionalidad de alguna disposición secundaria o un precepto que regule lo relativo a los convenios, ya que se trata de una cuestión de legalidad, en tanto que es un acuerdo de voluntades que no está investido de las características o atributos propios de una norma de derecho general, impersonal y abstracta, por lo que en sí mismo no puede estimarse violatorio de la Constitución federal.³⁹⁶

Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación afirmó lo siguiente:

...los agravios hechos valer por el recurrente, no pueden ser abordados por esta Primera Sala en razón de que ni en los conceptos de violación ni en la sentencia sujeta a revisión, se hizo un planteamiento o, en su caso, un análisis de una norma general, impersonal y abstracta, emanada del órgano constitucional investido de facultad legislativa que hubieren sido confrontada contra las garantías que consagra el artículo 5o. del Pacto Federal, sino que se controvirtió la voluntad bilateral de las partes que celebraron

³⁹⁶ Tesis: 1a. CXLI/2006, aislada materia común, Novena Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIV, agosto de 2006, p. 251.

en un convenio, en el cual se estipularon obligaciones recíprocas, cuestiones de mera legalidad, que no son parte de la competencia de este Alto Tribunal, máxime que en su demanda no se señaló ninguna disposición secundaria que fuera contraria a la Constitución, esto es, para combatir la constitucionalidad de un precepto que regule lo relativo a los convenios, como en el caso, los artículos del Código Civil para el Distrito Federal, que indican la forma y términos en que se deben obligarse las partes, y que ello fuere contrario a la Constitución, el quejoso ahora recurrente en sus conceptos de violación así como en sus agravios no expresó qué artículos de la Codificación Civil son contrarios a la Carta Magna, sino lo que se pretende es el análisis de un acuerdo de voluntades por estimarlo violatorio de la misma, que como ya se informó, son aspectos de mera legalidad, que ya fueron analizados por el Tribunal Colegiado *a quo*.³⁹⁷

En esta resolución se puede nuevamente constatar con claridad el criterio del Poder Judicial respecto a la plena autonomía de la voluntad en materia contractual, ya que si un convenio o contrato es firmado y acordado por mutuo consentimiento de las partes y el mismo cumple con la legislación civil, el Poder Judicial se declara expresamente incompetente para entrar al análisis constitucional o de violación de garantías que de dicho acuerdo de voluntades emane, al no ser éste un acto legislativo.

4. Análisis teórico-conceptual de los derechos en conflicto

El derecho fundamental en conflicto en este caso es la libertad de decisión del señor Curiel afectada por las cláusulas del convenio ya señaladas en cuanto que por lo excesivo de la pena convencional por ellas establecida *a)* se impediría al señor Curiel que se dedicara a su profesión, industria, comercio o trabajo en la misma medida en que lo hacía antes de firmar el convenio referido; *b)* en caso de incumplimiento del contrato se privaría al señor

³⁹⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo directo en revisión 618/2006, Moisés Curiel García, 31 de mayo de 2006, p. 32.

Curiel del producto de su trabajo, al comprometer la totalidad de su ingreso más ciertos porcentajes adicionales; *c*) produciría el menoscabo de la libertad de decisión del señor Curiel al restringirle la posibilidad de contratar a las personas que trabajaban con él y atender a sus clientes por un plazo determinado, ya que de lo contrario tendría que cubrir la pena convencional antes señalada consistente prácticamente en la totalidad de sus ingresos por dicho plazo más los porcentajes ya señalados, y *d*) restringiría la libertad de decisión de las personas que trabajaban con el señor Curiel, así como de sus clientes, por no poder trabajar con él durante un plazo determinado aunque tanto ellos como él desearan hacerlo, salvo que él pagara la excesiva pena convencional consistente en la totalidad de sus ingresos más los citados porcentajes.

El derecho patrimonial, en este caso, es la libertad de contratar tanto del señor Curiel como del despacho a quien él prestaba sus servicios.

Desde la perspectiva teórico-conceptual, tanto el Tribunal Colegiado como la Suprema Corte de Justicia debieron analizar la constitucionalidad del Código Civil al permitir convenios de este tipo. Las partes contratantes y el Poder Judicial no debieran escudarse en la especialidad de la materia civil/contractual para evitar que este tipo de contratos queden sujetos a un control constitucional.

Reitero que el derecho a contratar, como derecho patrimonial, es un derecho disponible y particular frente a la libertad de decisión de las personas como derecho fundamental —universal y general— en este caso referido en el artículo 5o. constitucional ya analizado.

De nueva cuenta llama la atención que sea el Poder Legislativo el que se anticipe a este tipo de afectaciones y haya previsto, tanto en el Código Civil para el Distrito Federal como de algunos estados del país, artículos relativos a la imprevisión de acontecimientos que generen que las obligaciones de las partes sean más onerosas, facultando a los jueces a determinar la modificación de las obligaciones con el fin de establecer el equilibrio contractual

o la rescisión del contrato. Al final del capítulo segundo he hecho referencia a las recientes reformas en este sentido al Código Civil para el Distrito Federal.

¿Por qué entonces ni el Tribunal Colegiado de Circuito ni la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizaron en este caso la desproporcional pena convencional que inhibiría las libertades ya señaladas y resolvieron sobre su reducción o nulidad de la misma?

En este caso particular los términos del convenio sí le permitían continuar al señor Curiel practicando su profesión, pero de forma limitada, pues lo excesivo de la pena convencional pactada comprometía la totalidad de sus ingresos más porcentajes adicionales, si el señor Curiel: *a)* continuaba prestando servicios a sus clientes que atendía en el despacho del cual se separaba, y *b)* contrataba desde su nuevo despacho al personal que él mismo había contratado en el despacho del cual se separaba.

Por lo tanto, ni el Tribunal Colegiado ni la Suprema Corte de Justicia analizaron las afectaciones que lo excesivo de la pena convencional pactada en este convenio causaban sobre la libertad de decisión prevista en los párrafos primero, quinto y sexto, respectivamente, respecto a las prohibiciones de: *a)* impedirle a cualquier persona que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo éstos lícitos; *b)* privar a las personas del producto de su trabajo, sino por resolución judicial; *c)* celebrar contratos, pactos o convenios que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa, y *d)* celebrar convenios en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio.

Es éste un caso en que los derechos de libertad se llegan a comprometer por particulares, escudándose éstos en el ejercicio de esa autonomía de la voluntad que perjudica dichos derechos.

Por lo tanto, la libertad de contratar debiera ceder frente a la libertad de decisión en la medida en que no se dañe su esencia y se logre un beneficio efectivo mediante su restricción.

De ser así, resultaría posible, desde esta perspectiva teórico-conceptual, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizara la tensión entre los derechos mencionados en los mismos términos que he propuesto respecto al caso analizado en el apartado anterior, para lograr la “protección más amplia” a las personas señaladas por el artículo 1o. constitucional. No es justificable que la Suprema Corte de Justicia proteja a toda costa la especialidad del derecho privado —en este caso el Código Civil— sin analizar las repercusiones que la aplicación de éste tiene sobre derechos fundamentales por actos de particulares al ejercitar su autonomía de la voluntad en materia contractual prevista en el derecho privado.

Por lo tanto, también los actos jurídicos que se realicen al amparo de normas válidamente aprobadas por el Poder Legislativo deben quedar sujetos a un control constitucional, cuando éstos lesionen derechos fundamentales aun cuando sean actos jurídicos realizados por particulares sin la intervención estatal. La revisión constitucional será entonces sobre la norma legal que habilita la realización del acto jurídico, pudiéndose restringir los derechos patrimoniales por ella tutelada en forma racional y proporcional para salvaguardar los derechos fundamentales que el ejercicio de éstos lesione.

5. Análisis desde una perspectiva comparada

En los casos de los países analizados en el capítulo segundo se constata la posibilidad de que el Poder Judicial revise la constitucionalidad de normas aprobadas por el Poder Legislativo que habiliten actos de particulares cuando éstos lesionen derechos fundamentales, al ejercer derechos patrimoniales. Por el contrario, también he explicado algunos casos en dichos países en los que el Poder Judicial sostiene la constitucionalidad de dichas normas.

Lo relevante del estudio comparativo para este caso en particular es entonces la posibilidad que el Poder Judicial tiene para analizar los derechos en conflicto y, después de hacer un análisis sobre la importancia de cada uno de los derechos involucrados y su impacto social, así como la utilidad de la restricción o habilitación de derechos, resuelva en consecuencia.

Considero que la Suprema Corte de Justicia de la Nación podría realizar este tipo de análisis, tan común ya en la jurisprudencia internacional, y permitido por las propias leyes mexicanas como lo señalan quienes emitieron su voto disidente en esta resolución y que analizaré en el siguiente apartado.

Aplicando el criterio de justificación de la necesidad de convenios similares a los celebrados por el señor Curiel, formulo las siguientes preguntas:

¿Los convenios de este tipo impulsan y hacen viable la libertad de decisión referida en este caso por el artículo 5o. constitucional?

Yo opino que no, ya que son convenios que sí restringen la posibilidad de realización de la libertad de decisión.

¿En qué se beneficia la sociedad por la celebración de este tipo de convenios?

Personalmente yo no encuentro este tipo de convenios con un objetivo de lograr beneficios sociales; por el contrario, establece un costo tan alto que hace excesivamente costoso y, compromete la totalidad del ingreso de una persona, para permitir que los ex colaboradores y clientes puedan continuar trabajando con quien celebró el contrato, por lo que ellos tampoco se benefician del convenio.

¿Entonces para qué permitir este tipo de convenios y otorgarles preeminencia frente a libertades fundamentales —como la libertad de decidir— si se trata de un derecho patrimonial, particular y disponible?

No existe impedimento para que el Poder Judicial en México sujete a una revisión constitucional los acuerdos entre particulares.

¿Por qué el Poder Judicial en México no ha estudiado criterios distintos al suyo en la jurisprudencia y derecho comparado en los

que existen los casos analizados en los capítulos primero y segundo de este trabajo en que se puede restringir la libertad de contratar y priorizar derechos fundamentales sobre aquélla?

Siguiendo el criterio de restricción a la libertad de decidir del señor Curiel, de sus clientes y ex colaboradores, pudiera concluirse que con la celebración del convenio analizado solamente se beneficia a la sociedad con la cual se celebró aquél. Entonces, la Suprema Corte de Justicia de la Nación podría realizar, en casos como éste, un ejercicio de ponderación como sí lo hacen las Cortes de Alemania, España y los Estados Unidos de América respecto a los derechos en conflicto, para resolver esa tensión con una justificación benéfica para la colectividad, como lo exige la tutela de los derechos fundamentales que se vean involucrados en dicha tensión.

Quizá desde esta perspectiva comparada la Suprema Corte de Justicia o el propio Tribunal Colegiado pudieron haber resuelto de una manera distinta este caso, ya sea restringiendo el ejercicio de la libertad contractual y anulando la aplicación de la pena convencional como lo exigía el señor Curiel o reduciendo el monto de ésta, para salvaguardar la libertad de decisión tanto del señor Curiel, como de sus clientes y ex colaboradores, y pudieran continuar todos ellos trabajando conforme lo venían haciendo antes de la celebración del convenio que fue materia de la controversia.

6. *Consideraciones y conclusiones del análisis del caso*

En la resolución del Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que negó el amparo al señor Curiel, dicho tribunal justificó su resolución en los conceptos de probidad, lealtad, respeto y competencia desleal como los elementos característicos de la obligación de no hacer asumida por el señor Curiel y afirmar que la misma, al ser convenida en apego a lo dispuesto por la legislación civil, no resultaba violatoria —en opinión de dicho tribunal— de las libertades fundamentales con-

tenidas en el artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¿De dónde provienen estos conceptos de probidad, lealtad y respeto aludidos por el referido tribunal? ¿Quién define los conceptos de probidad, lealtad y respeto, y por qué tienen tanta relevancia para no entrar al análisis de violación de las libertades fundamentales contenidas en el artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos?

Me llama la atención el siguiente texto contenido en la resolución del referido Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito:

...es correcta la postura del tribunal *ad quem*, toda vez que la cláusula sexta del convenio fundatorio de la acción no le restringió ejercer la profesión que mejor le acomodara, ni se trató de una prohibición total o parcial a su libertad de trabajo, sino que su obligación consistió en un deber de lealtad y probidad para con los clientes y personal de la sociedad tercera perjudicada, puesto que no debe soslayarse que el quejoso conocía la organización y funcionamiento de Mancera, Sociedad Civil, así como el monto de los honorarios que en su caso cobraba dicha sociedad por el trabajo desempeñado y su cartera de clientes, lo cual, al ofrecer sus servicios en una diversa sociedad, lo situaba en una posición de evidente ventaja lo que se traduciría en una clara inequidad para con la sociedad de la cual se separó.³⁹⁸

En opinión del Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, el señor Curiel se situaba en una “posición de evidente ventaja” frente a la sociedad de la cual se separó, al conocer la organización y funcionamiento de Mancera, Sociedad Civil, así como el monto de los honorarios que en su caso cobraba dicha sociedad por el trabajo desempeñado y su cartera de clientes.

¿No es lo usual que si un profesionista desarrolla su propia cartera de clientes y su propio equipo de profesionistas a quienes

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 7.

contrata, capacita y les paga sus remuneraciones durante cierto tiempo, puede considerar cambiarse a una organización que le retribuya más tanto a él como a su equipo?

No considero que al buscar mejores oportunidades profesionales un prestador de servicios y su equipo de colaboradores se muevan libremente de una organización a otra, con la cartera de clientes que ellos solos hayan desarrollado sin la ayuda de la organización para la que trabajaban y al hacerlo estén violando esos deberes de “respeto”, “lealtad” y “probidad” aducidos por el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito para justificar su negativa de el amparo al señor Curiel.

¿En realidad la separación del señor Curiel y su equipo se tradujeron para la sociedad de la cual se separaron en una “clara inequidad” como lo señaló el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito?

Entiendo que dicho tribunal haya considerado que el señor Curiel no vio afectada su libertad de profesión al quedar en libertad de cambiarse a otra organización, como efectivamente lo hizo. Sin embargo, ésa no fue la razón por la que el Señor Curiel solicitó la protección de dicho tribunal; sino que pretendía la suspensión de los efectos de la cláusula que le imponía una excesivamente onerosa carga económica y pena convencional por haber ejercido precisamente su libertad de cambiarse de organización y que claramente comprometía su libertad para continuar prestando sus servicios profesionales en la manera en que lo venía haciendo antes de firmar el convenio de separación.

El señor Curiel desde la primera instancia solicitó la protección del Poder Judicial para que éste declarara la nulidad de la cláusula en disputa, por considerar que los plazos, las penalizaciones y las cargas establecidas en la misma, aunque él la aprobó y firmó, afectaban su libertad fundamental contenida en el artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por lo tanto, se puede afirmar que para el Poder Judicial en México, las partes en un contrato pueden asumir libremente

las obligaciones y restricciones a sus actividades, sin considerarse afectadas sus libertades fundamentales. Esta resolución sostiene el mismo criterio que en el caso mencionado en el segundo apartado de este capítulo tercero, al permitir a los agentes económicos acordar contratos y exigir el cumplimiento de los mismos, conforme a lo expresamente pactado, sin ser necesario un análisis de la afectación que los mismos pudieran tener sobre libertades o derechos fundamentales.

Lo valioso de esta resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para efectos de este trabajo, es que la misma establece expresamente que el Poder Judicial no cuenta, en su opinión, con facultades para analizar aspectos constitucionales derivados de relaciones contractuales, las cuales deben quedar al libre albedrío de las partes. De esta manera, la Suprema Corte de Justicia de la Nación niega su competencia para intervenir y resolver en disputas entre particulares en relación con la protección y garantía de derechos fundamentales que se vean vulnerados por los acuerdos y relaciones entre dichos particulares.

No obstante la negativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en resolver favorablemente el juicio de amparo directo en revisión 618/2006, es de rescatar el voto particular³⁹⁹ de quienes votaron en contra de dicha negativa. Dicho voto particular afirma que la resolución antes señalada invita a cuestionar una cierta renuencia a explorar las posibilidades que, en los márgenes estrictos del derecho vigente, el amparo provee para introducir la perspectiva del enjuiciamiento constitucional en la esfera de relaciones entre particulares; asimismo, dicho voto particular plantea la necesidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no renuncie a emprender, sobre su legítima base, la revisión constitucional de un campo jurídico notorio: los conflictos en los que un particular denuncia que otro particular ha vulnerado sus dere-

³⁹⁹ Formulado por el ministro José Ramón Cossío Díaz, al que se adhirió la ministra Olga Sánchez-Cordero de García Villegas.

chos fundamentales.⁴⁰⁰ El voto particular abunda sobre este tema, declarando lo siguiente:

...hoy en día es una percepción generalizada que los derechos se ven tanto o más amenazados por las actuaciones de otros particulares que por las de las autoridades públicas, que la frontera entre lo público y lo privado es cada día más borrosa, y que, en realidad, las constituciones no son silentes respecto a ello, pues existe un consenso cada vez más amplio sobre el punto de que los derechos constitucionales están llamados a tener una eficacia “horizontal” —esto es, en las relaciones entre particulares— y no solamente vertical —esto es, en las relaciones entre poderes públicos y particulares—, cuestión esencialmente ligada al paso de un entendimiento meramente subjetivo de los derechos fundamentales a uno que les adiciona la dimensión objetiva, al llamado efecto de “irradiación” de los derechos fundamentales, al debate axiológico acerca de la teoría con la que deben interpretarse los derechos fundamentales.⁴⁰¹

Sobre el tema de las facultades con las que cuenta la Suprema Corte de Justicia de la Nación en esta materia, quienes emitieron su voto disidente opinan:

la Corte está llamada a revisar los significados que los Tribunales adscriben al texto constitucional el curso de sus operaciones de enjuiciamiento de leyes o de normas de rango inferior, o de actos de autoridades públicas, o de actos de particulares... y por lo tanto, se hace necesario destacar que el amparo directo en nuestro país permite a la Corte una vía de penetración importante en la revisión de la constitucionalidad de las interacciones entre particulares —que, por supuesto, no crea en el fondo nada nuevo en cuanto a que parte de normas constitucionales vigentes desde

⁴⁰⁰ Voto particular que formula el ministro José Ramón Cossío Díaz, y al que se adhiere la ministra Olga Sánchez-Cordero de García Villegas, en el Amparo directo en revisión 618/2006, fallado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 31 de mayo de 2006, pp. 1-3.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 4.

hace largo tiempo y en cuanto se refiere a cosas que ya se han estado haciendo— pero que es necesario rescatar de la invisibilidad y presentar y teorizar como tal.⁴⁰²

Por lo tanto, para quienes emitieron este voto disidente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través del juicio de amparo, cuenta con facultades suficientes para analizar la revisión de constitucionalidad de los contratos celebrados entre particulares, proponiendo incluso la fijación de un criterio de importancia y trascendencia que permita a la Corte escoger ciertos casos cuya resolución fortalezca con efectividad la vigencia de la libertad y la igualdad en el ámbito de las interacciones privadas.⁴⁰³

Sin embargo, la mayoría de los ministros y ministras integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación parecen no compartir este criterio, por lo que reservan su competencia solamente para revisar actos legislativos o administrativos, mas no aquellos que provengan de relaciones entre particulares cuando éstos ejercen su libertad de contratar, que vulneren derechos fundamentales y que deriven de regulación formulada por el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo.

En los tres casos analizados en este capítulo claramente identifico una tendencia marcada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación hacia el individualismo y la preeminencia de la autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales, sin importar su impacto social o en las libertades fundamentales. De esta manera, la autonomía de la voluntad es equiparada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a una garantía individual, a la cual hay que defender a toda costa, ya sea en contra de reformas a la propia Constitución,⁴⁰⁴ de libertades de otras personas, o de intereses colectivos.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 6.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 7.

⁴⁰⁴ Sobre este tema, el ministro José Fernando Franco González Salas opina al referirse, entre otros casos, al Amparo 525/2008 que “todavía habrá debate y revisión de estos aspectos al seno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”

En este sentido, el autor José María Abascal afirma que la reglamentación mexicana sobre la contratación es en extremo liberal; los principios de la autonomía de la voluntad y del consensualismo privan en el derecho mexicano, especialmente en el campo del derecho mercantil.⁴⁰⁵

Sin embargo, considero que esta situación no debe permanecer como hasta ahora, sino que por el contrario, se deben tomar acciones para que esa autonomía de la voluntad beneficie a amplios sectores de la población, respetando en todo momento las libertades fundamentales de los actores que participan en el intercambio comercial, y que cuando no sea así, el Estado —a través del Poder Judicial— actúe a petición de parte para remediarlo.

Coincidente con esta propuesta, el autor Alexei Julio Estrada, apoyándose en Canaris, Hermes y Singer,⁴⁰⁶ afirma que el deber de protección de la esfera de la libertad contractual, “junto con las medidas legislativas para la protección de los más débiles, se convierte en un instrumento adicional con el que pueden corregirse las flaquezas del concepto formal de libertad de la autonomía privada”.

Apoyándome en las opiniones disidentes analizadas en el segundo y tercer caso sobre la necesidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación estudie la afectación de derechos fundamentales derivada de las relaciones contractuales es que concluyo que a través de la ponderación judicial de derechos en tensión o

debido a que en los temas fundamentales sobre el control jurisdiccional, sea de procedimiento o de fondo, de la reforma constitucional, en los amparos en revisión que resolvió el Pleno no hubo mayoría suficientes para formar jurisprudencia”. Franco González Salas, José Fernando, “La reforma ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *Estudios sobre la reforma electoral 2007...*, op. cit., p. 120.

⁴⁰⁵ Abascal Zamora, José María en Díez-Picazo y Ponce de León, Luis (ponente general), *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Madrid, Fundación BBV-Civitas, 1996, p. 67.

⁴⁰⁶ Estrada, Alexei Julio, “Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales” en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Trotta, 2007, p. 147.

en conflicto —refiriéndome a la libertad de contratar y de disposición de la propiedad en conflicto, con la libertad de decidir u otros derechos fundamentales de terceros— se pudiera atenuar la excesiva desigualdad y pobreza económica de amplios sectores de la población.

Propongo entonces que la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconsidere este criterio y se decida a analizar estas tensiones para resolver en cada caso en particular, haciendo un verdadero ejercicio de ponderación de los derechos y libertades en conflicto.

No estoy proponiendo inclinar la balanza en forma rígida y requerir la emisión de resoluciones siempre dándole prioridad absoluta a los derechos fundamentales sobre la libertad individual de contratar y disposición de la propiedad. La propuesta que formulo a través del presente trabajo es un ejercicio de ponderación judicial para emitir criterios a través de resoluciones judiciales que puedan ir elaborándose para cada caso en particular, buscando esa utilidad media que Rawls buscaba con sus teoría de la justicia y apoyándome en las ideas del contractualismo de Locke, de la justicia efectiva de Dworkin y de la clasificación de libertades de Ferrajoli, analizados en el Capítulo Primero.

Esta propuesta la sustento tanto en el análisis teórico del capítulo primero de este trabajo, como en el análisis comparativo de otros sistemas jurídicos del Capítulo Segundo.

Retomo así las ideas analizadas en el capítulo primero para que sea el Estado, a través del Poder Judicial, el encargado de actuar firmemente para que las relaciones derivadas del ejercicio de la libertad de contratar queden sujetas al control constitucional. De esta manera, quienes intervengan en el intercambio contractual podrán lograr los satisfactores necesarios en la medida de sus posibilidades, permaneciendo quizá las desigualdades naturales, pero no agravándose aún más éstas como resultados de dichos intercambios y afectando seriamente ciertos derechos fundamentales como la vida, la salud y la educación, entre otros.