



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 35, julio-diciembre 2016

RESÉNDEZ BOCANEGRA, Pedro Javier, *Protección del derecho a decidir y contratar libremente: su impacto en la sociedad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, 239 pp.

En este trabajo, el autor nos presenta soluciones concretas a uno de los problemas que en su práctica ha identificado como el mayor inhibidor de crecimiento de México: la dificultad o, en algunos casos la imposibilidad, para que los ciudadanos puedan ejercer en forma efectiva su libertad en el plano económico. Como lo menciona el autor desde la introducción del libro, éste tiene como objetivo analizar la manera en que el ejercicio de las libertades, en este caso de la libertad de decidir y la libertad de contratar, produce un impacto social significativo sobre las libertades de otros.

Con esta publicación, el autor identifica acciones legales para que —en forma efectiva— se logren satisfacer las demandas sociales de crecimiento equitativo, igualdad e inclusión en el sistema capitalista con posibilidades de movilidad social y bienestar.

Como resultado de un análisis comparativo del caso del sistema jurídico de México frente al de los Estados Unidos de América, Alemania y España, este libro muestra el rezago que los jueces, legisladores y funcionarios públicos de México pueden evitar para nuestro país y lograr que, a través de la actuación del Estado, contemos con una debida protección constitucional de las libertades económicas, y reducir así la pobreza y marginación.

Desde una perspectiva de análisis constitucional del sistema capitalista, el autor propone una vía judicial efectiva para lograr la sustentabilidad y mejoría de las clases sociales desfavorecidas, en aras de mantener un sistema de gobierno efectivamente democrático y liberal elegido por las mayorías con base en un crecimiento de calidad basado en el ejercicio de sus libertades.

El libro está dividido en tres capítulos: capítulo primero. Derechos fundamentales, libertad de decidir y potestad regulatoria del Estado; capítulo segundo. El derecho a decidir y contratar libremente desde una perspectiva

comparada; y capítulo tercero. Análisis de algunas resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de libertad de contratar.

El capítulo primero describe el concepto de derechos fundamentales a partir de la siguiente definición de Luigi Ferrajoli:

derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.<sup>1</sup>

Al referirse el autor a la libertad de decidir, define a ésta como un derecho de libertad de rango constitucional (derecho primario), cuyo ejercicio puede potenciar el ejercicio de otros derechos fundamentales. Asimismo, en este capítulo el autor explica que cuando dicha libertad de decidir se ejerce en el ámbito del derecho privado —específicamente en materia contractual y disposición de la propiedad privada—, estamos ante la presencia de los denominados derechos patrimoniales que no quedan comprendidos dentro de la misma categoría de la libertad de decidir, sino como una subespecie de ésta o derechos secundarios.

De esta manera, para el autor en forma coincidente con Ferrajoli, los derechos de libertad de rango constitucional —siendo la libertad de decidir una especie de dichos derechos—, son derechos primarios con prioridad frente a la libertad de contratar, al ser ésta un derecho de rango secundario.

Esta prioridad de la libertad de decidir frente a la de los derechos patrimoniales es relevante para el autor, debido a que al multiplicarse relaciones contractuales con desventajas económicas que atentan contra la libertad de decidir de muchos, se producen desbalances considerables que no sólo se traducen en pobreza material, sino también en amenazas contra la dignidad y la vida misma de quienes los padecen, lo que hace necesario que el Estado se involucre y se comprometa a resolver las tensiones entre derechos patrimoniales (libertad de contratar y derecho de disponer de la

<sup>1</sup> Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, en Cabo, Antonio de y Pisarello, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2007, p. 19.

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

Para atender la que Reséndez denomina la eficiencia económica de los contratos, cuando éstos afectan o vulneran la libertad de decisión u otros derechos fundamentales de alguno de los contratantes, recurre a los autores Robert Cooter y Thomas Ulen, quienes argumentan que la ley regula los contratos ante las fallas del mercado, lo que hace necesario entender cómo ciertos elementos deben ser tomados en cuenta más allá de la voluntad de las partes plasmadas en los contratos, pues éstos minan la calidad del consentimiento en el contrato.<sup>2</sup>

Esto es coincidente con lo dispuesto en algunos de los pactos internacionales en materia de derechos humanos y políticos, ya que aunque este derecho es de carácter individual, su ejercicio trae beneficios a los demás gobernados e incluso incide en el desarrollo económico del propio Estado en las actividades que realizamos los particulares; es por ello que el autor señala que el Estado debe desempeñar su función de tutor de los derechos fundamentales por los efectos positivos que al ejercerse por los mismos producen el progreso de la sociedad y, al mismo tiempo, el estado queda obligado a intervenir para garantizar su ejercicio.

Respecto a la manera en que el Estado se encuentra determinado para intervenir en estas tensiones que existen entre la libertad de decidir (como derecho primario) y los derechos de carácter patrimonial (como derechos secundarios), entendidos estos últimos como la libertad de contratar y también el derecho de disponer de la propiedad, el autor analiza en el capítulo primero una interesante descripción respecto a la intervención del Estado, a través del Poder Judicial, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo respecto a estas constantes tensiones y forma de resolverlas.

Reséndez señala, por ejemplo, que cuando el Estado se reserva en exclusiva o para ciertos agentes económicos la realización de ciertas actividades de carácter económico y a su vez otorga un tratamiento especial a ciertos agentes económicos para incentivar ciertas actividades e imponer restricciones a ciertos agentes económicos, pudiera mermar el desarrollo de ciertas actividades e incluso afectar negativamente el ejercicio y desarrollo de la libertad de decisión.

<sup>2</sup> Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y economía*, 2a. ed., México, FCE, 2008, p. 18.

Yo nunca había escuchado anteriormente el tema del derecho a la libertad de decidir y su regulación en el derecho, especialmente en México, y creo es una forma distinta de abordar los derechos humanos, porque muchas veces hablamos de la relación de los derechos humanos que existe entre el Estado y sus gobernados, pero muy pocas veces hablamos de la relación que en materia de derechos humanos existe entre los particulares. Este análisis ha iniciado ya como parte de resoluciones por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual en la novena época sostuvo en un amparo directo la vigencia de los derechos humanos aún en las relaciones entre los particulares; me resulta inevitable el pensar en esta tesis al momento de realizar el análisis del presente texto.

Reséndez realiza una propuesta respecto a la manera en que el Estado debe involucrarse y debe comprometerse para resolver las tensiones entre los derechos patrimoniales y fundamentales de sus gobernados; también señala la forma de cómo deben analizarse los efectos causados por el ejercicio de la libertad de contratar (como derecho patrimonial) frente a la libertad de decidir (como derecho fundamental). Para ello, el autor parte de la premisa de que la libertad de decidir —como derecho fundamental— debe traer como consecuencia en su ejercicio la mejoría de la calidad de vida de las personas.

Para Reséndez esto es posible mediante acotamientos a los derechos que van siendo necesarios para lograr fines distintos, pero siempre logrando un beneficio para quienes hacen alguna renuncia de o restringen sus libertades; de no ser así, entonces las restricciones a las libertades no tendrán sentido y deberán quedar sin efecto.

Apoyándose en Naranjo, nos confirma que serían admisibles las regulaciones legales que limitan un derecho fundamental, sin dañar su contenido esencial, siempre y cuando sean exigidas por la protección de un bien jurídico más valioso, y que estas limitaciones se justifican y se implementan a través de los principios de ponderación y proporcionalidad, que se podrían resumir como limitaciones que no lesionan el contenido esencial del derecho fundamental, en tanto esté garantizada la proporcionalidad de medio y fin, y se observe el significado que para la vida social tiene el derecho fundamental tras su limitación.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Naranjo de la Cruz, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 140-144.

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

En el capítulo segundo, el autor analiza este tema desde una perspectiva del *Common Law*, desmenuzando las resoluciones más relevantes en cuanto a estas tensiones de derechos fundamentales y derechos patrimoniales en los Estados Unidos de América, así como en el derecho alemán donde los derechos fundamentales tienen prioridad en la impartición de justicia a través de la *Drittwirkung*, y la propuesta del derecho español al establecer mecanismos procesales de defensa, ante tribunales ordinarios de las afectaciones a los derechos fundamentales derivadas de relaciones regidas por el derecho privado.

En el capítulo segundo podemos ver reflejada la formación académica del autor (Maestría en Jurisprudencia Comparada en la Universidad de Nueva York) al comparar los casos de los tres países antes señalados, y contrastarlos dramáticamente con las resoluciones judiciales en México, donde la libertad contractual continúa teniendo supremacía en México y sus efectos negativos ante la ausencia de controles constitucionales.

Para ello, Reséndez realiza su análisis de derecho comparado, haciendo uso de lo que ha sido denominado, por la doctora Nuria González Martín, como puntos de conexión de la regulación que ha habido sobre estas tensiones entre derechos en dichos países, reconociendo que aunque la forma cómo se regulan cada uno de ellos no debe ser necesariamente la misma entre unos y otros —ya que los contextos políticos y los marcos jurídicos nacionales de estos países difieren—. Los puntos de conexión que se des-

criben en dicho capítulo segundo se ven como una metodología que pudiera aplicarse para el caso de México. En este sentido, el mismo autor reconoce que no existe un criterio fijo o inflexible de la forma en cómo deben trabajarse estas determinaciones, y la forma en que existen determinantes para cada caso en particular.

El autor se apoya así en la metodología de Mauro Cappelletti que se clasifica en cinco fases: la primera fase ubica el derecho a decidir y contratar como un derecho fundamental; una segunda fase ubica las normas, instituciones y procedimientos jurídicos que existen entre los diferentes países sobre el mismo; la tercera fase encuentra las relaciones que pueden explicar las analogías y diferencias de las soluciones adoptadas por los distintos Estados; la cuarta fase analiza las tendencias evolutivas sobre el problema planteado, y la quinta fase consiste en proyectar a futuro la eficacia o suficiencia de las soluciones del problema analizado.

Un tema particular entre los países que analiza el autor es el caso de España y cómo el derecho español a su vez ha hecho suyo el criterio del desarrollo que ha habido en el derecho internacional sobre este tema; me refiero aquí a la manera sobre cómo se ha denominado por los organismos internacionales la horizontalidad de los derechos humanos, que se ve reflejada en la vigencia de los derechos patrimoniales mencionados dentro del texto en análisis. Reséndez hace mención a diferentes autores respecto a la teoría de la voluntad, y el derecho de la propiedad con el respaldo constitucional; también hace alusión al autor Pedro de Vega, quien habla de las tensiones que existen entre el Estado liberal y el Estado social.

Es muy interesante el desarrollo que el autor realiza en el capítulo segundo al mostrar la amplia literatura y probada jurisprudencia a nivel internacional que demuestra lamentablemente el atraso en el que nuestro país se encuentra respecto al desarrollo de este tema en perjuicio de sus ciudadanos más desfavorecidos. Reséndez hace alusión, por ejemplo, al desarrollo que desde principios del siglo pasado ocurrió sobre este tema en los Estados Unidos de América partiendo del realismo jurídico —que dejó de un lado el principio de la autonomía de la voluntad—,<sup>4</sup> hacia el constructivismo jurídico —que considera que el derecho puede reconstruir aspectos de la vida cotidiana—, al actual activismo judicial que propone el involucramiento de los jueces

<sup>4</sup> Se puede consultar al autor Robert Lee Hale, y resoluciones del prolífico juez Oliver Wendell Holmes.

en el contexto social, y no solamente en una aplicación formalista de la ley, teniendo la posibilidad de proponer inclusive modificaciones a ésta.<sup>5</sup>

En Europa abunda bibliografía adicional sobre este tema a partir de los trabajos de Michel Foucault, a mediados del siglo pasado, o trabajos recientes de Thomas Piketty, mismos que empiezan ya a reflejarse en la legislación francesa que obliga a sus empresas, tanto en asuntos domésticos como en sus operaciones internacionales, a respetar los derechos fundamentales de privados, y establece sanciones económicas a las empresas que incumplan con esta obligación.<sup>6</sup>

Abundan también los autores anglosajones que desde hace dos siglos hasta la actualidad han analizado este tema con seriedad y profundidad, tales como John Ruskin, John Rawls, Ronald Dworkin, Richard Posner, Joseph Stiglitz, Thomas Nagel, Lawrence Lessig, Michael Sandel y Martha Nussbaum, entre otros.<sup>7</sup>

Destacan también autores de países emergentes que han escrito abundante bibliografía sobre el tema, tales como Amartya Sen y Bernardo Kliksberg.

Es de llamar la atención que en México, cuyo más del 40% de su población se encuentra en condiciones de pobreza, este tema no haya merecido la atención que debe, y que el Estado no asuma frente a esta problemática las más avanzadas y probadas teorías de defensa y efectividad de los derechos fundamentales de su población.

Es precisamente por ello que Reséndez, en el capítulo tercero, analiza casos resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para mostrar cómo nuestro Poder Judicial ha decidido no realizar el tipo de análisis propuesto en los capítulos primero y segundo, sino continuar dándole prioridad a la libertad contractual de las partes, aunque ésta afecte en dichos casos libertades fundamentales. El autor analiza tres casos resueltos en esa línea en materia de invalidez a restricciones a la contratación de propaganda electoral con los medios de comunicación, aunque ello afecte la equidad

<sup>5</sup> En este sentido, se pueden consultar las resoluciones del juez Jack Weinstein, reseñadas en la revista *NYU Law Magazine*, vol. XXV, 2015, p. 63.

<sup>6</sup> Ley núm. 2578, aprobada el 30 de marzo de 2015.

<sup>7</sup> Tan sólo los siguientes dos títulos de reciente publicación nos demuestran la vigencia del tema, y el interés y estudio serio que los académicos anglosajones realizan al respecto: Ruggie, John Gerard, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, New York, W. W. Norton & Company, 2013; e Isikel, Turkuler, *The Rights of Man and The Rights of The Man Mande: Corporations and Human Rights*, Columbia University, Political Science.

para los participantes en una contienda electoral; validez de acuerdos en relación con el cálculo de intereses en la contratación de préstamos excesivamente onerosos, y la validez de pactar cláusulas restringiendo, por cierto tiempo, la libertad de prestar servicios a ciertas personas y de contratar a determinados empleados, aún sin el consentimiento de éstos.

En esta misma temática resulta de especial interés el reciente caso iniciado por la periodista María del Carmen Aristegui Flores promovido contra actos de Stereorey, S. A. de C. V. ante el juez octavo de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal en el expediente 672/2015, quien admitió la demanda de amparo por violaciones a derechos fundamentales por particulares y resolvió a favor de otorgar la suspensión definitiva, precisamente por tratarse de una relación de asimetría derivada de un contrato que afectaba libertades fundamentales.

Esta actuación judicial parecía enmarcarse en el desarrollo de las teorías que Reséndez nos comparte en su texto; sin embargo, mediante el recurso de queja promovido en el expediente 139/2015 ante el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, éste decidió revocar la decisión antes referida, por considerar que se trata de una controversia entre dos particulares que debe ser resuelta por los tribunales ordinarios mediante un juicio ordinario.

Al respecto, Reséndez indica que esta autonomía de la libertad de contratar y disponer de la propiedad ha sido interpretada judicialmente como excluyente de control constitucional; es decir, para Reséndez, el Poder Judicial en México tradicionalmente ha considerado en sus resoluciones que las relaciones jurídicas que derivan del ejercicio de esta libertad de contratar y disponer de la propiedad no quedan sujetas a un control constitucional.

Reséndez expresa no estar de acuerdo con este criterio, ya que la Constitución debe ser el eje rector de todo el orden legal, tanto de derecho privado, como de derecho público; por lo que, todos los actos que afecten la efectiva realización de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sean por actos del Estado o de particulares a través de celebración de contratos o actos que inhiban dicha realización, deben quedar sujetos a un control constitucional ejercido por el Poder Judicial.

Como conclusión, podemos ver que el trabajo de Reséndez nos alerta de la relevancia del tema que nos expone para un mejor desarrollo y evolución tanto para nuestro derecho público, como para nuestro derecho privado, y los cambios que a este respecto son necesarios que se presenten.



Alan Daniel LÓPEZ\*

\* Estudiante de la Facultad de Derecho de la UNAM.