



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DIVISIÓN DE ESTUDIOS SUPERIORES DE POSGRADO

**“LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO MEXICANO. SU
SIGNIFICADO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN
Y DE LOS DERECHOS HUMANOS”**

QUE DENTRO DEL PROGRAMA DE ESTUDIOS DE
DOCTORADO EN DERECHO Y GLOBALIZACIÓN

PRESENTA EL

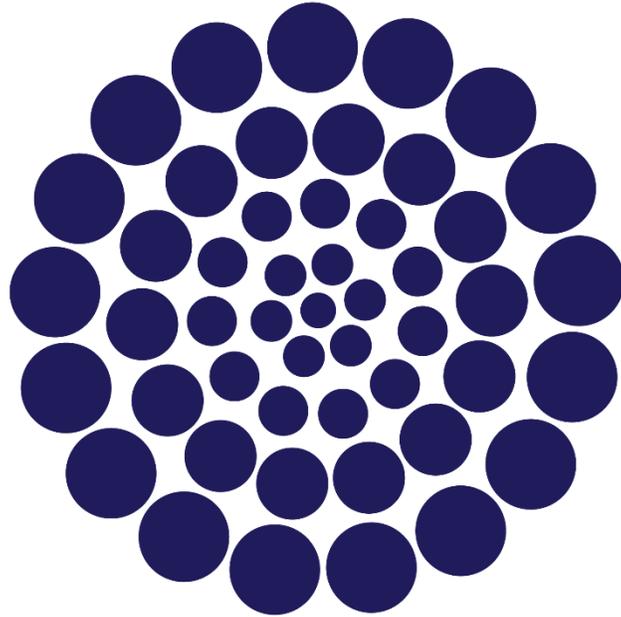
M. EN D. JUAN LUIS GARCÍA ARELLANO

BAJO LA DIRECCIÓN DE

DR. VÍCTOR MANUEL CASTRILLÓN Y LUNA

CUERNAVACA, MORELOS, NOVIEMBRE DE 2019

RECONOCIMIENTO



CONACYT

ESTA TESIS FUE REALIZADA POR BECARIO NACIONAL CONACYT

EN EL PROGRAMA EDUCATIVO DE DOCTORADO EN DERECHO Y GLOBALIZACIÓN (PNPC 002764)

RECONOCIMIENTO



Universidad Autónoma de Madrid

EN EL DESARROLLO DE LA PRESENTE TESIS
EL SUSTENTANTE REALIZÓ UNA ESTANCIA DE INVESTIGACIÓN
EN EL DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO Y FILOSOFÍA JURÍDICA
DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID, ESPAÑA
BAJO LA TUTORÍA DEL DOCTOR ANTONIO CIDONCHA MARTÍN
MAYO Y JUNIO DE 2018

AGRADECIMIENTOS

*Eternamente agradecido con mi familia, especialmente con mi madre y mi hermana.
Lo poco o mucho que he logrado se los dedico con todo mi cariño.*

*Mi agradecimiento a todos los profesores que he tenido a lo largo de mi camino,
principalmente a mis queridos maestros de la Facultad de Derecho de la UAEM.
Todos ustedes me han demostrado lo importante que es la docencia y, gracias a ello,
hoy más que nunca ratifico mi compromiso con la enseñanza del Derecho.*

*Mi gratitud para mi maestro y amigo Omar Mondragón,
por todas sus enseñanzas y su impulso para ser siempre un mejor abogado.
Gracias por las interminables horas que hemos dedicado
a la aplicación práctica, creativa e inteligente del Derecho.*

*Finalmente, esta tesis no hubiera sido posible sin el doctor Antonio Cidoncha,
quien me abrió las puertas de la Universidad Autónoma de Madrid,
donde pude profundizar en mis reflexiones y así afinar mi trabajo de investigación.*

Universidad Autónoma del Estado de Morelos

Ciudad Universitaria, Cuernavaca, Morelos, noviembre de 2019.

ÍNDICE

LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO MEXICANO. SU SIGNIFICADO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN Y DE LOS DERECHOS HUMANOS

INTRODUCCIÓN.....	11
-------------------	----

CAPÍTULO PRIMERO

MARCO TEÓRICO-METODOLÓGICO, AXIOLÓGICO Y EPISTÉMICO

LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN: LAS MIPYMES Y LOS DERECHOS HUMANOS

Preámbulo.....	25
1.1. La era de la globalización.....	29
1.1.1. Concepto y efectos de la globalización.....	30
1.1.2. La aparición de la globalización en nuestra historia.....	34
1.1.3. Los efectos de la globalización: ¿Bondades o perjuicios?.....	37
1.1.4. Trilema político fundamental de la globalización: ¿Qué deben perseguir los Estados-nación: democracia, autodeterminación nacional o globalización económica profunda?.....	39
1.1.5. La relativización de la soberanía en la era de la globalización.....	45
1.2. Los micro, pequeños y medianos empresarios.....	51
1.2.1. Presupuesto indispensable: Distinción entre empresa y sociedad mercantil.....	51
1.2.1.1. Concepto de empresa.....	51
1.2.1.2. Elementos de la empresa.....	53
1.2.1.3. Concepto y elementos de la sociedad mercantil.....	54
1.2.1.4. Semejanzas y diferencias.....	56
1.2.2. ¿Qué debe entenderse por micro, pequeñas y medianas empresas en el sistema jurídico mexicano?.....	58

1.2.3. El sacrificio de las micro, pequeñas y medianas empresas en la era de la globalización.....	62
1.2.4. La paradoja de las MIPYMES en México: Alta generación de empleos y escasa productividad.....	69
1.3. Los derechos humanos.	82
1.3.1. Globalización de los derechos humanos.....	82
1.3.2. Derechos universales, interdependientes, indivisibles y progresivos.	88
1.3.3. Multiplicidad terminológica en la denominación de estos derechos.	89
1.3.4. Dicotomía: Derechos humanos y derechos fundamentales.....	90
1.3.5. La dignidad humana y la utilidad de la dicotomía derechos humanos-derechos fundamentales.	93
1.3.6. Reforma a la Constitución Mexicana en materia de derechos humanos (junio de 2011).	98
1.3.7. Rasgos esenciales de los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano.	103
1.3.8. Las garantías de los derechos humanos.....	109
1.3.9. Crítica a la reforma constitucional en materia de derechos humanos: Un nuevo paradigma insuficiente e incompleto.	113
1.4. Los derechos económicos, sociales y culturales.....	115
1.4.1. Razones de la división entre los derechos civiles y políticos y los DESC: Una clasificación artificial y estéril.....	117
1.4.2. El debate central sobre la naturaleza jurídica de los DESC: ¿Son derechos humanos de clase premier o de segunda categoría?.....	121
1.4.3. La inexistencia de un pensamiento estructurado y continuado sobre la libertad de empresa.	126

CAPÍTULO SEGUNDO

BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA ESENCIA DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

Preámbulo.....	133
2.1. La libertad de empresa en las primeras Constituciones en sentido moderno.....	136
2.1.1. En la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787.....	137
2.1.2. En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.....	143
2.1.3. En la Constitución Francesa de 1791.....	147
2.1.4. En la Constitución Francesa del Año I (24 de junio de 1793).....	149
2.2. La libertad de empresa en el constitucionalismo mexicano.....	152
2.2.1. En la Constitución de Cádiz.....	154
2.2.2. En la Constitución de Apatzingán.....	156
2.2.3. En las normas constitucionales de 1824 a 1856.....	159
2.2.4. En la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857.....	165
2.2.5. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.....	172
2.3. Los rasgos esenciales de la libertad de empresa en el sistema jurídico mexicano... 177	
2.3.1. Definición.....	177
2.3.2. Naturaleza jurídica: ¿La libertad de empresa es un derecho humano?.....	180
2.3.2.1. La libertad de empresa como derecho fundamental en diversos sistemas jurídicos.....	186
2.3.2.2. ¿Qué implica que la libertad de empresa sea un derecho fundamental?.....	190
2.3.2.3. Mayor intensidad tratándose de micro, pequeños y medianos empresarios.....	193
2.3.3. Multiplicidad terminológica en su denominación.....	197
2.3.4. El marco de la libertad de empresa: Economía social de mercado.....	200
2.3.4.1. Libre competencia.....	208
2.3.4.2. Estado social y constitucional de derecho.....	211

2.3.4.3. La rectoría económica del Estado Mexicano.....	220
---	-----

CAPÍTULO TERCERO

LA LIBERTD DE EMPRESA EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO

Preámbulo.....	223
3.1. La génesis de la protección internacional y regional de los derechos humanos.	227
3.2. En el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos.....	237
3.2.1. La Declaración Universal de Derechos Humanos.....	237
3.2.2. Los Pactos Internacionales: el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	239
3.2.3. Comentarios finales sobre el Sistema Universal en su conjunto.....	244
3.3. En la región americana.....	246
3.3.1. El Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos.....	247
3.3.1.1. El subsistema de la Organización de los Estados Americanos.....	249
3.3.1.2. El subsistema de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	252
3.3.2. Colombia.....	263
3.4. En la región europea.....	271
3.4.1. El Consejo de Europa (CdE).....	275
3.4.1.1. Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).....	277
3.4.1.2. La Carta Social Europea.....	283
3.4.2. La Unión Europea (UE).....	289
3.4.2.1. La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.....	291
3.4.2.2. La Directiva Bolkestein.....	301
3.4.3. España.....	307
3.4.3.1. El aterrizaje de la filosofía Bolkestein en el Derecho español.....	319

CAPÍTULO CUARTO

LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO MEXICANO

Preámbulo.....	325
4.1. Las dimensiones subjetiva y objetiva de la libertad de empresa.....	331
4.2. El objeto de la libertad de empresa.....	337
4.3. La titularidad de la libertad de empresa.....	339
4.3.1. Las personas individuales o físicas (naturales) como titulares.....	339
4.3.2. Las personas jurídicas o morales como titulares.....	341
4.3.3. Tres casos especiales sobre la titularidad de la libertad de empresa: los extranjeros, el empresario público y los empresarios sociales.....	345
4.3.3.1. Los extranjeros como titulares.....	345
4.3.3.2. ¿El Estado como empresario público (empresa pública) es titular de la libertad de empresa?	350
4.3.3.3. ¿Los empresarios sociales (sector social de la economía) son titulares de la libertad de empresa?	355
4.4. Los sujetos obligados por la libertad de empresa.....	358
4.4.1. El Estado como sujeto obligado.....	358
4.4.2. Eficacia horizontal: ¿la libertad de empresa tiene aplicación en las relaciones entre particulares?.....	363
4.5. Límites a la libertad de empresa.....	372
4.5.1. Límites directos.....	376
4.5.1.1. Los límites derivados del ataque a los derechos de tercero y de la ofensa a los derechos de la sociedad.....	377
4.5.1.2. Los “límites” derivados de la rectoría económica y la planeación del desarrollo nacional.....	378
4.5.1.3. Las áreas estratégicas de la economía.....	385

4.5.1.4. La fijación de precios máximos y de modalidades en la distribución de artículos, materias y/o productos necesarios para la economía nacional y/o el consumo popular.	388
4.5.2. Límites indirectos.	391
4.5.2.1. Los derechos de los trabajadores.	391
4.5.2.2. Los derechos de los consumidores.....	395
4.5.2.3. El derecho a un medio ambiente sano.	399
4.5.3. Límites a los límites de la libertad de empresa.	404
4.5.3.1. El contenido esencial.....	407
4.5.3.2. El principio de reserva de ley.	417
4.5.3.3. El principio de proporcionalidad.....	423
4.6. Medios de garantía de la libertad de empresa.....	434
4.6.1. Los medios de control constitucional.	435
4.6.2. El nuevo rol de los jueces locales: control difuso de constitucionalidad.	440
4.6.3. Los órganos constitucionales autónomos protectores de la competencia.....	444
CONCLUSIONES.....	447
PROPUESTA.....	474
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	487

INTRODUCCIÓN

La globalización, más que un simple fenómeno, es el periodo histórico surgido en las últimas décadas del siglo XX, que actualmente continúa en construcción y está en pleno desarrollo, originada principalmente por los grandes avances suscitados en las tecnologías de la información y la comunicación (TICs) y por la liberalización del comercio mundial. Esta época global se caracteriza por la creciente interrelación e interdependencia que existe entre los diversos Estados-nación, sus sociedades y demás actores sociales –tales como empresas transnacionales, organismos internacionales, ONGs-, la que se presenta y produce sus efectos, tanto a nivel global como al interior de los referidos Estados, en todos los ámbitos que conforman nuestra sociedad, tales como los culturales, sociales, económicos, jurídicos, empresariales, ecológicos, entre muchos otros.

Sin embargo, el hecho de que el mundo se haya vuelto más redondo con la globalización no ha repercutido en la eliminación de las exclusiones sociales y de las discriminaciones económicas que se dan en nuestros días, sino que, por el contrario, parece agravarlas. Muchos afirman, en consecuencia, que la referida globalización es un proceso desigual y polarizado que, en su conjunto, tiende a reforzar e incrementar la desigual distribución del poder y de las riquezas, tanto entre las naciones como a través de las naciones¹. Agregando que el modelo económico adoptado en esta era global –globalismo neoliberal sin mayor regulación- viene generando enormes brechas de desigualdad económica y social entre países y personas, que, a su vez, producen novedosas formas de exclusión que vulneran y desconocen constantemente los principios de igualdad y equidad que derivan de la dignidad humana de las personas².

¹ Giménez, Gilberto, "Identidades en globalización", *Espiral*, México, año 7, núm. 19, septiembre-diciembre de 2000, p. 45.

² Ramírez Cleves, Gonzalo Andrés y Marín Arangures, Erli Margarita, *Comercio justo, globalización y medio ambiente*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 44.

La globalización, en consecuencia, ha transformado profundamente las economías y las sociedades de toda América Latina, no siendo excepción el caso mexicano. En la dimensión financiera y monetaria, nuestro país se ha visto obligado a adoptar, a partir de la década de los ochenta, un nuevo marco macroeconómico enfocado enérgicamente –y pareciera que también de manera exclusiva- a la estabilidad monetaria, al control de la inflación como objetivo prioritario, a la liberalización del mercado de capitales, a la desregulación económica y a la privatización de empresas públicas; descuidando y, en muchos casos, inclusive sacrificando otros aspectos que resultan esenciales y prioritarios para el bienestar nacional.

En este sentido, México le abrió las puertas a la globalización, sin reserva alguna, con el reemplazo del modelo económico llamado “industrialización por sustitución de importaciones” (que, en términos generales, estuvo vigente en nuestro país a partir del año de 1940) por el modelo macroeconómico conocido como “neoliberal”. Esta sustitución se materializó en tres momentos culminantes: “el primero, las reformas constitucionales de 1983; el segundo, el ingreso de México al GATT (Acuerdo General de Aranceles y Tarifas) en 1986; y el tercero, la suscripción y entrada en vigor del tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLC) en el año de 1994”³. A raíz de estos hechos, nuestro país se ha visto obligado a orientar su política en torno a la adaptación de sus sistemas instrumentales hacia la navegación en los flujos globales, y al hacerlo, ha tenido que sacrificar intereses de grupos hasta entonces protegidos por el Estado, quedando relegada a un segundo plano su acción hacia la sociedad civil y sus sectores vulnerables⁴.

En vista de lo anterior, tal como lo sostiene Saskia Sassen, es evidente que la globalización no se limita a la noción convencional que la define como un proceso de formación de instituciones exclusivamente globales y de interdependencia creciente entre los Estados-nación, sino que también es y debe ser estudiada, analizada y comprendida en relación con los efectos que produce al interior de lo

³ Muñoz Fraga, Rafael, *Derecho económico*, México, Editorial Porrúa, 2011, p. 153.

⁴ Castells, Manuel, *Globalización, identidad y estado en América Latina*, Chile, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 1999, p. 5.

nacional⁵. Esto significa que, si bien la globalización tiene su origen en el surgimiento de las nuevas TICS y su combinación con la liberalización del mercado a nivel global –que se traduce en la construcción de un mercado unificado-, no se puede negar que muchos de los efectos y consecuencias de la globalización impactan de manera directa en diversas instituciones, sectores y aspectos que residen al interior de lo nacional, como, por ejemplo, los hábitos de consumo de la población, los modelos educativos, el sistema judicial y, por supuesto, los derechos humanos y las micro, pequeñas y medianas empresas, que son de nuestro particular interés.

Planteamiento del problema.

Ubicados en el contexto que nos proporciona la era global en la que se encuentra inmerso nuestro país, el problema genérico que identificamos y del que parte nuestro trabajo de investigación, es la indiscutible pobreza que atormenta a la sociedad mexicana. La denominada “Encuesta Intercensal 2015”, realizada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía⁶, arrojó un conteo de un total de 119 millones 530 mil 753 habitantes en México, de los cuales, de conformidad con el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL)⁷, en el año 2016 se contabilizaron 53.4 millones de personas en situación de pobreza, de los cuales 9.3 millones están, además, en pobreza extrema⁸. Traduciendo estos

⁵ Sassen, Saskia, “Una sociología de la globalización”, *Análisis Político*, Colombia, núm. 61, septiembre-diciembre de 2007, pp. 3 y 4.

⁶ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, visible en el sitio de internet: <http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/habitantes.aspx?tema=P> (consultado el 15 de febrero de 2017).

⁷ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, visible en el sitio de internet: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/Pobrezalncio.aspx> (consultado el 04 de abril de 2018).

⁸ Los conceptos utilizados por el CONEVAL en la medición de la pobreza son los siguientes:

Concepto	Definición
Pobreza extrema	Una persona se encuentra en situación de pobreza extrema cuando tiene tres o más carencias, de seis posibles, dentro del <i>Índice de Privación Social</i> y que, además, se encuentra por debajo de la línea de bienestar mínimo. Las personas en esta situación disponen de un ingreso tan bajo que, aun si lo

números a porcentajes, tenemos que aproximadamente el 44.6% del total de habitantes en nuestro país está en situación de pobreza, y, para hacer las cosas aún más alarmantes, el 17.4% de esta porción, que equivale al 7.7% de la población total, están en la inhumana situación de pobreza extrema.



La pobreza, en nuestra opinión, tiene un carácter multidimensional bastante complejo, que, por lo tanto, rebasa la perspectiva meramente monetaria al tratarse de una privación de libertades básicas que están asociadas no solamente con las deficiencias en el ingreso económico, sino también con privaciones sistemáticas en el acceso a derechos humanos y a servicios básicos⁹. De conformidad con la

	dedicase por completo a la adquisición de alimentos, no podría adquirir los nutrientes necesarios para tener una vida sana.
Pobreza moderada	Es aquella persona que, siendo pobre, no es pobre extrema. La incidencia de pobreza moderada se obtiene al calcular la diferencia entre la incidencia de la población en pobreza menos la de la población en pobreza extrema.
Pobreza	Una persona se encuentra en situación de pobreza cuando tiene al menos una carencia social (en los seis indicadores de rezago educativo, acceso a servicios de salud, acceso a la seguridad social, calidad y espacios de la vivienda, servicios básicos en la vivienda y acceso a la alimentación) y su ingreso es insuficiente para adquirir los bienes y servicios que requiere para satisfacer sus necesidades alimentarias y no alimentarias.

⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, Organización de los Estados Americanos, visible en el sitio de internet:

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), “sobre la base de esta lógica, los seres humanos son portadores de derechos que definen el acceso a los recursos y las libertades necesarias para un nivel de vida adecuado. De este modo, la pobreza no se considera un estado de carencia o necesidad, sino una situación de falta de acceso a derechos básicos y de negación de la ciudadanía”¹⁰.

En este sentido, de conformidad con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consideramos que la pobreza es “un problema estructural que se traduce en afectaciones al goce y ejercicio de los derechos humanos y que, en ocasiones, implica violaciones que suponen la responsabilidad internacional del Estado”¹¹. Dado que la pobreza es un problema multidimensional bastante complejo, con diversos enfoques y ramificaciones –lo que deriva en la imposibilidad de abordarla en su totalidad en un único trabajo de investigación–, nosotros enfocamos nuestros esfuerzos en una sola de sus vertientes, que, a su vez, separamos metodológicamente en dos dimensiones, una de carácter social que, al mismo tiempo, se refleja como una problemática jurídica en clave de derechos humanos:

a) El aspecto social de la problemática que abordamos es el hecho de que las políticas económicas adoptadas por México a partir de su abrupta incursión en la globalización, de manera paradójica e irracional, han olvidado impulsar verdaderamente a las micro, pequeñas y medianas empresas –de ahora en adelante MIPYMES–, cuyo papel resulta trascendental para cualquier país que pretenda tener una incursión efectiva en el mundo globalizado¹². En este sentido, la pobreza, desigualdades y carencias que lastimosamente caracterizan a nuestro

<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf> (consultado el 04 de abril de 2018), pp. 35-37.

¹⁰ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *La medición multidimensional de la pobreza, visible en el sitio de internet: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/16433/S2013236_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y* (consultado el 04 de abril de 2018), pp. 4 y 5.

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *óp. cit.*, p. 44.

¹² *Infra*, 1.2.3. El sacrificio de las micro, pequeñas y medianas empresas en la era de la globalización y 1.2.4. La paradoja de las MIPYMES en México: Alta generación de empleo y escasa productividad. En estos apartados desarrollamos fundamentalmente la dimensión social de la problemática que planteamos en la presente investigación.

país, en parte se deben a que la mayoría de nuestros esfuerzos se han dirigido hacia el sector externo, con la falsa idea de que éste solucionaría mágicamente nuestros problemas, descuidando, en consecuencia, el sector interno, dentro del cual ubicamos a las referidas MIPYMES, que resulta imprescindible para el bienestar de la sociedad (una de las vertientes de la compleja pobreza)¹³.

Las MIPYMES constituyen un sector empresarial que, de manera tradicional, por sus especiales dimensiones y características, son más vulnerables y menos resistentes a las dificultades y retos que toda empresa debe afrontar dentro de una economía de mercado, fragilidad que, en nuestra opinión, se ve acentuada y potenciada en la actual era global. Es gracias a la globalización que el capitalismo y la libre competencia que le son consustanciales, alcanzan sus máximos niveles hasta ahora conocidos.

b) Consecuencia y reflejo del descuido del sector interno de nuestro país, y no obstante que, de manera general, el papel de la globalización en el desarrollo de los derechos humanos es positivo¹⁴, su difusión, desarrollo y consolidación, tanto en la legislación como en la jurisprudencia y en la doctrina, no han alcanzado por igual a la totalidad de estos derechos en México, a pesar de que todos ellos, de manera interdependiente e indivisible, son igualmente importantes para la dignidad humana. En este sentido, los derechos económicos, sociales y culturales (de ahora en adelante DESC) están rezagados en comparación con los derechos civiles y políticos; observando que, de manera particular, el derecho a la libertad de

¹³ López Farfán, Fabiola, "El esquema de desarrollo regional: una alternativa para una inserción efectiva de México en la globalización", en Cieslik, Thomas (comp.), *La globalización: retos y oportunidades para México*, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, p. 25.

¹⁴ Morales, Gladys, *Implementación de las sentencias interamericanas en México*, México, Editorial Novum, 2015, p. 37. Sin duda alguna, muchos de los avances en las últimas décadas en materia de protección de los derechos humanos, tanto, en sede nacional como internacional, han sido favorecidos –y de alguna forma se explican– por la globalización. Sin las oportunidades que proporciona la globalización, no podríamos hablar de los múltiples instrumentos que en esta materia se han adoptado en el seno de las Naciones Unidas; estaríamos imposibilitados para citar el Convenio y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; tampoco se nos permitiría hacer referencia a la Convención Americana ni a la Comisión ni a la Corte Interamericanas sobre Derechos Humanos; así como a las importantes reformas constitucionales sobre la materia que se dieron en nuestro país en el mes de junio de 2011.

empresa¹⁵ adolece de un atraso alarmante y acentuado, sobre todo cuando hablamos de micro, pequeños y medianos empresarios.

Derivado de lo anterior, la dimensión jurídica del problema que planteamos es el hecho de que, en nuestro país, la libertad de empresa es un derecho humano incomprendido que, incluso, se mira con bastante temor y desconfianza. La falta de estudio y análisis de esta libertad fundamental, tanto en la legislación como en la jurisprudencia y en la doctrina, genera una situación de desconocimiento generalizado que, a su vez, repercute negativamente en las actividades económicas que realizan los micro, pequeños y medianos empresarios, por no contar con una base axiológica sólida (principio) que ampare el desarrollo de su actividad económica y que, a su vez, oriente al Estado cuando regula o interviene esta libertad fundamental.

En otras palabras, consideramos que en el derecho mexicano no existe un pensamiento estructurado y continuado (una teoría) sobre la libertad de empresa¹⁶, ya que, fuera del reconocimiento expreso que se hace de esta libertad fundamental en el artículo 5° constitucional, no encontramos legislación ni criterios interpretativos uniformes que precisen y desarrollen los elementos esenciales mínimos que todo derecho humano tiene –y debe tener– para adquirir vigencia y funcionalidad en nuestro sistema jurídico: su significado; su naturaleza jurídica; su contenido esencial; sus dimensiones subjetiva y objetiva; su objeto; su titularidad; los sujetos obligados; sus límites; y medios de garantía¹⁷.

¹⁵ Derecho humano que, bajo el nombre de libertad de comercio e industria, se encuentra reconocido en el artículo 5° de la Constitución Mexicana.

¹⁶ Cossío, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Distribuciones Fontamara, 2002, pp. 82 y 83.

¹⁷ *Infra*, 1.4.3. La inexistencia de un pensamiento estructurado y continuado sobre la libertad de empresa. En el presente apartado desarrollamos fundamentalmente la dimensión jurídica de la problemática que planteamos en la presente investigación.

Justificación.

Nosotros entendemos el derecho humano a la libertad de empresa, sencillamente, como la libertad inherente a todas las personas sin distinción alguna, que las faculta para realizar actividades económicas adoptando la forma de empresa, participando y/o compitiendo dentro del mercado. En ese tenor, nosotros pensamos en la actividad empresarial –que es el bien jurídico tutelado por la libertad de empresa– como una actividad que permite a los seres humanos el libre desarrollo de su personalidad, mediante el reconocimiento de la posibilidad de hacer uso de todas sus capacidades y aptitudes físicas, intelectuales e inclusive morales, en su propio beneficio. En palabras más sencillas, el ejercicio de una actividad empresarial permite a las personas asegurar la realización del plan de vida libremente escogido, donde el desarrollo de aquéllas sea expresión de sus aptitudes, intereses, convicciones y deseos, mediante su actuación en el seno de la sociedad¹⁸.

En este punto es importante señalar que el centro gravitacional de nuestra investigación no son las grandes empresas, sino que, por el contrario, nuestra principal preocupación es el sector económico integrado por los micro, pequeños y medianos empresarios, respecto de los cuales, a diferencia de lo que ocurre con los primeros, la libertad de empresa está estrechamente relacionada con su dignidad y con el libre desarrollo de su personalidad¹⁹, ya que, la mayoría de las veces, la actividad económica que éstos desempeñan se convierte en el único medio de subsistencia de estas personas y, en muchos casos, también el de su familia y demás dependientes económicos.

¹⁸ García Toma, Víctor, *Derechos fundamentales*, Perú, Editorial Adrus, 2013, p. 162.

¹⁹ García Vitoria, Ignacio, *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 116.

Objetivo.

Ahora bien, una vez que se ha reseñado la problemática que abordamos en nuestro trabajo de investigación, podemos afirmar que, bajo la normativa del derecho internacional de los derechos humanos, el Estado Mexicano tiene la impostergable obligación de

adoptar medidas para eliminar la pobreza, a través de decisiones políticas y económicas apropiadas, aun cuando existan variables que no se encuentren bajo su dominio; y de adoptar políticas públicas para garantizar los derechos humanos, en particular dirigidas a asegurar los niveles mínimos esenciales de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas y grupos viviendo en situación de pobreza, cuando por razones ajenas a su control no puedan ejercitar estos derechos²⁰.

En ese orden de ideas, no podemos seguir aguardando a que el sector externo sea el que, de manera automática y como por arte de magia, solucione los problemas nacionales; sino que, por el contrario, debemos formular distintas estrategias que recuperen la visión de un desarrollo endógeno que parta desde el interior de nuestro país. Consideramos de trascendental importancia que en México, tanto en el ámbito legislativo, jurisprudencial y doctrinario, se realice y se impulse el estudio, difusión y desarrollo del derecho humano a la libertad de empresa de los micro, pequeños y medianos empresarios, para que, de esta forma, el derecho mexicano proporcione una fundamentación y justificación axiológica verdaderamente sólida, que sirva de amparo y sustento a las diversas actividades y funciones que desempeñan los referidos empresarios en el desarrollo de nuestro país.

²⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe... cit.*, p. 23.

Hipótesis.

Por tal motivo, aprovechando las posibilidades que nos brinda la globalización en materia de protección de los derechos humanos, proponemos y realizamos un estudio crítico-propositivo de la libertad de empresa en el sistema jurídico mexicano, en el que desentrañamos el significado y el contenido de la formula en la que este derecho está reconocido en el artículo 5° constitucional²¹. En pocas palabras, proponemos una manera de interpretar la libertad de empresa en el derecho mexicano, a efecto de que, acompañado de las garantías adecuadas, se consolide en los ámbitos legislativo, jurisprudencial y doctrinario, especialmente en relación con los micro, pequeños y medianos empresarios, para que, de esta forma, esta libertad fundamental se configure como una disposición jurídica vinculante y como un verdadero principio orientador e interpretativo de todo nuestro sistema jurídico, robusteciendo así las diversas actividades y funciones que desempeñan dichos empresarios, especialmente en el desarrollo económico y en la generación de empleo.

De igual forma, con el propósito de reforzar nuestra proposición principal, sugerimos como propuesta periférica el reconocer expresamente la libertad de empresa como un derecho fundamental en el seno de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente mediante una enmienda al Protocolo de San Salvador, para que, con todos los medios de supervisión y garantía contemplados en estos instrumentos internacionales, se potencialicen las oportunidades y beneficios que esta libertad fundamental produce –y puede producir– en México, así como en los demás Estados vinculados por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

²¹ Artículo 5° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “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.

Metodología.

En el desarrollo de nuestra investigación, atendiendo a la composición particular de cada uno de los capítulos que la integran, hemos utilizado diversos métodos de investigación²².

El método deductivo lo utilizamos en todos los capítulos que integran nuestra investigación, ya que, en cada uno de ellos, partimos y tomamos como base las investigaciones y los conocimientos más recientes sobre los diversos temas que abordamos (estado del arte), especialmente sobre los derechos fundamentales y la libertad de empresa, para así formular nuestras propias conclusiones y, en última instancia, generar conocimiento jurídico novedoso sobre nuestro objeto de estudio.

El método dialéctico fue trascendental en la elaboración del primer capítulo, ya que nos permitió extraer conclusiones provechosas de los efectos que la globalización tiene en las MIPYMES y en los derechos humanos, para, de esta forma, construir el marco teórico-metodológico, axiológico y epistémico de nuestra investigación.

El método histórico lo utilizamos en el segundo capítulo para analizar la evolución y las etapas de desenvolvimiento que ha tenido la libertad de empresa en el constitucionalismo moderno, haciendo énfasis en la historia constitucional mexicana, para, de esta forma, conocer el estado y la situación actual de esta libertad fundamental.

El método comparativo fue esencial para la elaboración del tercer capítulo, pues nos permitió estudiar la libertad de empresa en los ámbitos internacional y comparado, realizando un análisis comparativo entre éstos y la normatividad mexicana, para así extraer conclusiones útiles a los efectos de nuestra investigación y, en última instancia, de nuestras propuestas.

²² Ponce de León Armenta, Luis, *Metodología del derecho*, 13ª ed., México, Editorial Porrúa, 2015, pp. 70-77 y 105.

El método discursivo fue indispensable para la elaboración del cuarto capítulo, ya que nos permitió analizar e interpretar la libertad de empresa desde los diversos enfoques y puntos de vista que integran la teoría de los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano, y así poder fijar el significado y desentrañar el contenido que esta libertad fundamental tiene –y debe tener– en nuestro derecho.

El método sistemático, por su parte, lo empleamos en la totalidad de nuestra investigación para ordenar todos y cada uno de sus capítulos en un sistema coherente, permitiéndonos así modelar nuestro objeto de estudio, que es la libertad de empresa, mediante la precisión y el análisis de los elementos principales que la integran.

Finalmente, hemos utilizado las técnicas de investigación documental en la aplicación de los métodos antes referidos, las que nos han permitido conocer a detalle nuestro objeto de estudio, su avance científico y la experiencia de otros investigadores al respecto, para, de esta forma, determinar el marco teórico que nos ha permitido participar activamente en el desarrollo de la ciencia jurídica que tanto nos apasiona.

Desarrollo de la investigación.

Nuestra investigación ha confirmado la hipótesis al planteamiento del problema. Cada uno de los capítulos que la integran, por el tema principal que en cada uno de ellos se aborda, constituyen los elementos necesarios e indispensables para confirmar y demostrar dicha afirmación:

En el primer capítulo estudiamos la globalización como el periodo histórico en el que actualmente nos ubicamos como sociedad occidental, analizando sus elementos característicos y, sobre todo, los efectos y problemáticas (planteamiento del problema) que ésta produce a) en el sector económico integrado por los micro, pequeños y medianos empresarios de nuestro país, y b) en la protección de los derechos humanos, específicamente de la libertad de empresa, en el derecho

mexicano. De igual forma, analizamos los rasgos característicos de estos conceptos esenciales que resultan indispensables para el desarrollo y comprensión de nuestra investigación.

Acto continuo, en el segundo capítulo realizamos un análisis histórico de la libertad de empresa para desentrañar su naturaleza, sus aspectos esenciales, las tendencias de su evolución y las etapas de su desenvolvimiento, para, de esta forma, conocer el estado y la situación que guarda en el presente. Así, concluimos este capítulo con los rasgos esenciales que, en la actualidad, tiene la libertad de empresa dentro del sistema jurídico mexicano: desarrollamos su concepto; determinamos cuál es su contenido esencial; analizamos la economía social de mercado como el marco dentro del que se reconoce este derecho; y, finalmente, desentrañamos su naturaleza jurídica.

Posteriormente, en el tercer capítulo realizamos un estudio de la libertad de empresa en los ámbitos internacional y comparado: en primer lugar, revisamos los instrumentos internacionales que, en nuestra opinión, son relevantes para el sistema jurídico mexicano en relación con nuestro objeto de estudio; y, en segundo lugar, estudiamos la forma en que se regula la libertad de empresa en distintos sistemas jurídicos extranjeros –que, en nuestra opinión, resultan interesantes para el derecho mexicano-, realizando un análisis comparativo entre éstos y la normatividad mexicana, para así extraer conclusiones útiles a los efectos de nuestra investigación y, en última instancia, de nuestros objetivos y propuestas.

En el capítulo cuarto materializamos nuestra propuesta principal, ya que es aquí donde proponemos la manera correcta de interpretar la libertad de empresa en el derecho mexicano. En este capítulo desentrañamos el significado y el contenido de la libertad de empresa en nuestro sistema jurídico, para lo cual, mediante nuestra labor de interpretación y creación jurídica, precisamos y desarrollamos los elementos esenciales mínimos que esta libertad fundamental tiene –y debe tener– para adquirir vigencia y funcionalidad: su significado; su naturaleza jurídica; su contenido esencial; sus dimensiones subjetiva y objetiva; su objeto; su titularidad; los sujetos obligados; sus límites; y medios de garantía.

Finalmente, en el apartado de propuestas, aprovechando las ventajas que nos ofrece la globalización en materia de protección de derechos humanos y con el propósito de reforzar nuestra proposición principal, sugerimos como propuesta periférica el reconocer expresamente la libertad de empresa como un derecho fundamental en el seno de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente mediante una enmienda al Protocolo de San Salvador, para que, con todos los medios de supervisión y garantía contemplados en estos instrumentos internacionales, se potencialicen las oportunidades y beneficios que esta libertad fundamental produce –y puede producir– en México, así como en los demás Estados vinculados por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Con todo lo anterior contribuimos a que, en México, la libertad de empresa se consolide en los ámbitos legislativo, jurisprudencial y doctrinario, especialmente en relación con los micro, pequeños y medianos empresarios, para que, de esta forma, este derecho humano se configure como una disposición jurídica vinculante y como un verdadero principio orientador e interpretativo de todo nuestro sistema jurídico, robusteciendo así las diversas actividades y funciones que desempeñan los referidos empresarios en nuestro país, principalmente en el desarrollo económico y en la generación de empleo.

Nuestro objetivo, como se puede observar, es bastante sencillo, y, en nuestra opinión, debería ser la brújula que oriente a todos los estudiosos de la ciencia jurídica: que el derecho, mediante la investigación científica, se utilice como un instrumento para contribuir a solucionar, de manera creativa e innovadora, los problemas que afectan a la sociedad.

CAPÍTULO PRIMERO

MARCO TEOÓRICO-METODOLÓGICO, AXIOLÓGICO Y EPISTÉMICO: LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1.1. LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN. 1.1.1. CONCEPTO Y EFECTOS DE LA GLOBALIZACIÓN. 1.1.2. LA APARICIÓN DE LA GLOBALIZACIÓN EN NUESTRA HISTORIA. 1.1.3. LOS EFECTOS DE LA GLOBALIZACIÓN: ¿BONDADES O PERJUICIOS? 1.1.4. TRILEMA POLÍTICO FUNDAMENTAL DE LA GLOBALIZACIÓN: ¿QUÉ DEBEN PERSEGUIR LOS ESTADOS-NACIÓN: DEMOCRACIA, AUTODETERMINACIÓN NACIONAL O GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA PROFUNDA? 1.1.5. LA RELATIVIZACIÓN DE LA SOBERANÍA EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN. 1.2. LOS MICRO, PEQUEÑOS Y MEDIANOS EMPRESARIOS. 1.2.1. PRESUPUESTO INDISPENSABLE: DISTINCIÓN ENTRE EMPRESA Y SOCIEDAD MERCANTIL. 1.2.1.1. CONCEPTO DE EMPRESA. 1.2.1.2. ELEMENTOS DE LA EMPRESA. 1.2.1.3. CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LA SOCIEDAD MERCANTIL. 1.2.1.4. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS. 1.2.2. ¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR MICRO, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO? 1.2.3. EL SACRIFICIO DE LAS MICRO, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN. 1.2.4. LA PARADOJA DE LAS MIPYMES EN MÉXICO: ALTA GENERACIÓN DE EMPLEOS Y ESCASA PRODUCTIVIDAD. 1.3. LOS DERECHOS HUMANOS. 1.3.1. GLOBALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. 1.3.2. DERECHOS UNIVERSALES, INTERDEPENDIENTES, INDIVISIBLES Y PROGRESIVOS. 1.3.3. MULTIPLICIDAD TERMINOLÓGICA EN LA DENOMINACIÓN DE ESTOS DERECHOS. 1.3.4. DICOTOMÍA: DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES. 1.3.5. LA DIGNIDAD HUMANA Y LA UTILIDAD DE LA DICOTOMÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS-DERECHOS FUNDAMENTALES. 1.3.6. REFORMA A LA CONSTITUCIÓN MEXICANA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (JUNIO DE 2011). 1.3.7. RASGOS ESENCIALES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. 1.3.8. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS HUMANOS. 1.3.9. CRÍTICA A LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS: UN NUEVO PARADIGMA INSUFICIENTE E INCOMPLETO. 1.4. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 1.4.1. RAZONES DE LA DIVISIÓN ENTRE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y LOS DESC: UNA CLASIFICACIÓN ARTIFICIAL Y ESTÉRIL. 1.4.2. EL DEBATE CENTRAL SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DESC: ¿SON DERECHOS HUMANOS DE CLASE PREMIER O DE SEGUNDA CATEGORÍA? LA INEXISTENCIA DE UN PENSAMIENTO ESTRUCTURADO Y CONTINUADO SOBRE LA LIBERTAD DE EMPRESA.

Preámbulo.

Atendiendo puntualmente las enseñanzas y el consejo de nuestro querido maestro, el doctor Juan de Dios González Ibarra, el marco teórico-metodológico, axiológico y epistémico de la tesis que presentamos, tiene por objeto allegarnos los recursos y herramientas necesarios para desarrollar nuestra labor investigativa de

manera eficiente y, a su vez, coadyuvar a que ésta sea verdaderamente crítica, valorativa, reflexiva y propositiva²³.

El presente capítulo tiene por objeto enmarcar, delimitar y cimentar el desarrollo de nuestra investigación. Para empezar, consideramos de vital importancia resaltar que la globalización, más que un simple fenómeno, es el período histórico en el que actualmente nos ubicamos como sociedad occidental, la cual irradia prácticamente todos los aspectos sociales, cuyas implicaciones y consecuencias impactan cualquier fenómeno cultural, social, económico y jurídico que se pretenda abordar, tanto de carácter local como global. Lo anterior significa, en palabras de Saskia Sassen, que “la globalización es comprensible en términos no sólo de la interdependencia y la formación de instituciones exclusivamente globales sino en relación con algo que también reside en el interior de lo nacional”²⁴.

En ese tenor, desarrollamos nuestro concepto de globalización y precisamos el momento de nuestra historia en que ésta se gestó y apareció; analizamos y fijamos nuestra postura sobre el trilema político fundamental que se da en la era global entre democracia, autodeterminación nacional y globalización económica profunda (hiperglobalización)²⁵; realizamos diversas reflexiones y una valoración axiológica sobre la relativización de la soberanía de los Estados-nación que ocurre en esta época (¿es necesaria y deseable?); tomamos partido en el debate sobre la globalización, en el sentido de que la inequitativa distribución de la riqueza que se da en nuestros días no forma parte de la esencia y naturaleza de la globalización; y, en consecuencia, pugnamos por una globalización moderada, en la que se dé una verdadera cooperación y coordinación entre los diversos actores intervinientes en la era global, donde las políticas económicas internacionales se sometan a los objetivos de las políticas nacionales –pleno empleo, crecimiento económico, equidad, protección social y Estado de bienestar- y no a la inversa²⁶.

²³ González Ibarra, Juan de Dios, *Metodología jurídica epistémica*, México, Editorial Fontamara, 2006, p. 13.

²⁴ Sassen, Saskia, *óp. cit.*, p. 3.

²⁵ Rodrik, Dani, *La paradoja de la globalización*, trad. de María Dolores Crispín Sanchis, España, Antoni Bosch Editor, 2012, pp. 20 y 21.

²⁶ *Ibíd.*, p. 52.

Para efecto de nuestra investigación, estamos interesados, en primer lugar, en los efectos y consecuencias que la globalización produce en el sector económico integrado por los micro, pequeños y medianos empresarios de nuestro país. Respecto de este tema, determinamos con claridad y precisión qué entendemos por empresa y empresario, así como las semejanzas y diferencias que guardan con las sociedades mercantiles, institución jurídica con la que muchas veces se les confunde; abordamos los criterios fijados en el sistema jurídico mexicano para clasificar las empresas por sus dimensiones; y, finalmente, estudiamos sus especiales características, así como las principales problemáticas que enfrentan en una economía globalizada.

En segundo lugar, reflexionamos sobre los efectos que la globalización tiene en la protección de los derechos humanos. Partiendo de nuestra postura entusiasta, abordamos la globalización de los derechos humanos como “la afirmación de la afirmación de la dignidad humana”, en virtud de que nadie puede cuestionar que el papel de aquélla en el desarrollo de los derechos humanos es mayormente positivo, derivado de que los avances en las últimas décadas en esta materia, tanto en sede nacional como internacional, han sido favorecidos –y de alguna forma se explican– por la referida globalización²⁷. Al respecto, revisamos los múltiples términos que existen para hacer referencia a estos derechos, poniendo especial énfasis en la dicotomía existente entre derechos humanos y derechos fundamentales; analizamos también la dignidad humana como el fundamento de estos derechos; y, por último, estudiamos sus características y rasgos esenciales.

Dentro de este contexto, analizamos el problema consistente en que, a pesar de que la globalización, de manera general, produce efectos positivos en el desarrollo y protección de los derechos humanos, su difusión y desarrollo no han alcanzado por igual a la totalidad de estas prerrogativas en nuestro país, no obstante que, al ser interdependientes e indivisibles, resultan igualmente importantes para consolidar la dignidad humana de las personas. En este sentido, reflexionamos sobre el hecho de que los llamados derechos económicos, sociales

²⁷ Morales, Gladys, *óp. cit.*, p. 37.

y culturales –dentro de los cuales ubicamos a la libertad de empresa– no están hoy generalmente reconocidos al mismo nivel que los derechos políticos y civiles²⁸, por lo que también entramos al debate central sobre su naturaleza jurídica.

Sin más preámbulo, damos paso al desarrollo del presente capítulo en los términos antes referidos, para, de esta forma, estar debidamente equipados para el reto que implica la investigación que presentamos²⁹ y así contar con los elementos indispensables para poder realizar nuestra propia interpretación de la realidad social, jurídica y económica que estudiamos³⁰. La idea es contar con los elementos teóricos, metodológicos, axiológicos y epistémicos necesarios para que, tanto nuestro estudio como nuestras propuestas, realmente contribuyan a la consolidación del derecho humano a la libertad de empresa en el sistema jurídico mexicano, especialmente en relación con los micro, pequeños y medianos empresarios, con lo que estaremos aportando nuestro granito de arena al desarrollo de la ciencia jurídica que tanto nos apasiona.

²⁸ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *La constitución y los derechos*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 154.

²⁹ González Ibarra, Juan de Dios, *Metodología... cit.*, p. 25.

³⁰ *Ibídem*, p. 22.

1.1. La era de la globalización.

La globalización está en boca de todos; es la palabra de moda³¹; se ha convertido en un fetiche; es el aderezo que no puede faltar en la mayoría de las ensaladas literarias que se preparan en la cocina de las ciencias sociales y económicas; en pocas palabras, “ha pasado de ningún lugar a estar casi en todas partes”³². Algunos optimistas la ven como la llave maestra que abre el cofre de la felicidad, mientras que otros pesimistas piensan que es la causa de la desigualdad, de las carencias y de la infelicidad en el mundo actual³³.

Los usos, aplicaciones y derivaciones del término que analizamos son diversos; se multiplican rápidamente a semejanza de la mitosis celular³⁴; sus referencias parecen interminables. En nuestro recorrido hemos podido visualizar criaturas conceptuales tales como “mundo globalizado”, “economía globalizada”, “globalización cultural”, “globalización del derecho”, “globalización de los derechos humanos”, “problemas globales”, “contaminación global”, entre muchos otros.

Pero, a pesar de que vemos la palabra globalización rebotar de un lado a otro, en un texto y en otro, paseando por un autor y por otro, ornamentando una disciplina y otra; ¿sabemos con precisión qué es la multicitada globalización?, ¿qué la origina?, ¿cuándo surgió?, ¿en qué aspectos del mundo se manifiesta?, ¿cuáles son sus efectos y consecuencias?

Ver reproducida tantas veces la palabra globalización y en temas diversos que parecen tan distantes, por lo general, confunde y desorienta. Su amplia e indiscriminada utilización, lejos de traducirse en una mayor comprensión del

³¹ Tan de moda que es parte integrante del nombre del excelentísimo programa de posgrado que nos brinda la oportunidad de escribir las presentes líneas: Programa de Doctorado en Derecho y Globalización de mi *alma mater*, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.

³² Giddens, Anthony, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, México, Editorial Taurus, 2007, p. 5.

³³ Bauman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, 2ª ed., trad. de Daniel Zadunaisky, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 7.

³⁴ González Núñez, Verónica, *La división celular*, Universidad de Salamanca, visible en el sitio de internet: <http://diarium.usal.es/vgnunez/files/2012/10/03.-La-divisi%C3%B3n-celular.pdf> (consultado el 14 de septiembre de 2016), p. 4.

fenómeno de estudio, abona más y más a la anarquía conceptual que hoy en día impera, complicando de sobremanera su inteligibilidad.

Es un hecho que la globalización es un fenómeno real y tangible que llegó para quedarse³⁵, por lo que será el eje central del presente tópico, en el que desenmarañamos su concepto, precisamos las causas que lo originan y el momento en que surgió, determinando, además, los efectos que tiene en los aspectos del mundo que resultan relevantes a nuestra investigación: en la soberanía de las naciones; en las micro, pequeñas y medianas empresas mexicanas; y en la protección de los derechos humanos. Hoy en día es una necesidad debatir la globalización, para poder estudiar y comprender los fenómenos sociales que se verifican a lo largo y ancho de los cinco continentes, prácticamente en todas las materias³⁶.

1.1.1. Concepto y efectos de la globalización.

La mayoría de la doctrina coincide –opinión a la que nosotros también nos adscribimos– en que la era de la globalización nació y sigue desarrollándose gracias a dos hechos fundamentales: el surgimiento de nuevas tecnologías de la información y la comunicación (de ahora en adelante TICs) y la liberalización del mercado. En este sentido, se dice que el fenómeno de la globalización consiste en la interconexión de diversos territorios con intereses comunes en tiempo real, sin mayores costes adicionales, construyendo con esto un mercado unificado absolutamente interconectado³⁷, todo ello impulsado por el desarrollo de las TICs,

³⁵ Castrillón y Luna, Víctor Manuel y Becerril, Anahiby A., *Contratación electrónica civil internacional. Globalización, internet y derecho*, México, Editorial Porrúa, 2015, p. 79.

³⁶ Saucedo González, José Isidro, *Los procesos de integración en Europa y América. ¿Hacia un estado comunitario?*, México, Editorial Porrúa, 2013, p. 6.

³⁷ Valencia Tello, Diana Carolina, *El Estado en la era de la globalización y las nuevas tecnologías*, Colombia, Grupo Editorial Ibáñez, 2015, p. 18.

que han intensificado la velocidad y el alcance de las interacciones que establecen las personas por todo el mundo³⁸.

Pero hablando en concreto, ¿qué debe entenderse por globalización?, o más bien, ¿qué entendemos nosotros por globalización? A efecto de construir y concluir con nuestra propia definición, analizamos varios enfoques proporcionados por diversos autores, ampliando así nuestra perspectiva sobre el fenómeno de estudio, buscando, de esta forma, que nuestro concepto sea lo más acertado posible.

Los autores Steve Smith y John Baylis³⁹ entienden la globalización como “el proceso de creciente interconexión entre las sociedades, de tal manera que los acontecimientos en una parte del mundo cada vez tienen mayores efectos sobre los pueblos y las sociedades que se ubican geográficamente distantes”. En esta definición se destaca *el efecto mariposa*⁴⁰ de la globalización, propiciado por la interdependencia e interrelación que existe entre los diversos Estados-nación y demás actores que integran el globo. En este mismo sentido tenemos al autor Ulrich Beck⁴¹, quien apunta que la globalización propicia que todos los descubrimientos, victorias y catástrofes afecten a todo el mundo, y que, en consecuencia, todos debamos reorientar y reorganizar nuestras vidas y quehaceres, así como nuestras organizaciones e instituciones, a lo largo del eje local-global.

³⁸ Flint Blanck, Pinkas, *Negocios y transacciones internacionales. El comercio de bienes*, 2ª ed., Perú, Editora y Librería Jurídica Grijley, 2014, p. 8.

³⁹ Smith, Steve y Baylis, John, *The globalization of world politics*, Estados Unidos de América, Oxford University Press, 2001, p. 7.

⁴⁰ Sobrino Mejía, Pablo *et al.*, *Teoría del caos: Efecto mariposa*, Universidad Ada A. Byron, Perú, visible en el sitio de internet: <http://exordio.qfb.umich.mx/archivos%20pdf%20de%20trabajo%20umsh/libros/Teoria-del-Caos-Efecto-Mariposa.pdf> (consultado el 10 de abril de 2017), p. 39. De conformidad con el autor en cita, el término fue acuñado por el meteorólogo Edward Lorenz, cuando se dedicaba a estudiar el comportamiento de la atmósfera; y puede entenderse como la interrelación de causa-efecto que se da en todos los eventos de la vida, a manera de que un pequeño cambio puede generar grandes resultados o, poéticamente, “el aleteo de una mariposa en Hong Kong puede desatar una tormenta en Nueva York”.

⁴¹ Beck, Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. de Bernardo Moreno y Ma. Botrás, España, Editorial Paidós, 2008, p 36.

Por su parte, el concepto que sobre globalización nos proporciona el Diccionario de la Real Academia Española⁴² tiene como epicentro el aspecto económico, al definirla como el “proceso por el que las economías y mercados, con el desarrollo de las tecnologías de la comunicación, adquieren una dimensión mundial, de modo que dependen cada vez más de los mercados externos y menos de la acción reguladora de los gobiernos”.

Por otro lado, el doctor Castrillón y Luna⁴³ considera que la globalización es “el resultado de un proceso histórico que ha sido producto de la innovación del hombre y el progreso en el campo de la tecnología, y abarca la creciente integración de las economías en el mundo, mediante las actividades comerciales y financieras”. Y agrega que estamos frente a “un fenómeno que crea dependencia entre todos los actores, de forma tal que, lo que sucede en algún punto del mundo, lo afecta en su totalidad”⁴⁴.

En el mismo tenor citamos al autor argentino Luciano Anzelini, quien entiende la globalización como la irrupción de un nuevo marco de organización espacial y temporal de la economía, donde la producción y el consumo se realizan a nivel mundial⁴⁵. Como se puede apreciar, este autor resalta el aspecto económico como la única característica relevante del fenómeno de la globalización, donde ésta produce verdaderamente todos sus efectos.

Consideramos que los enfoques exclusivamente economicistas, como el anteriormente citado, son erróneos⁴⁶, dado que, a pesar de que el aspecto económico es uno de los principales ingredientes de la receta de la globalización, ésta constituye un fenómeno que no puede reducirse ni limitarse exclusivamente a ese único aspecto, sino que también “se extiende con una poderosa influencia a

⁴² Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, visible en el sitio de internet: <http://dle.rae.es/?id=JFCXg0Z> (consultado el 10 de abril de 2017).

⁴³ Castrillón y Luna, Víctor Manuel, *Los tratados de libre comercio celebrados por México en el entorno de la globalización*, México, Editorial Porrúa, 2013, p. 82.

⁴⁴ Castrillón y Luna, Víctor Manuel y Becerril, Anahíby A., *óp. cit.*, p. XX.

⁴⁵ Anzelini, Luciano, “Los Estados medianos y la autonomía heterodoxa en el sistema internacional: algunas consideraciones sobre el caso argentino”, en Llenderozas, Elsa (coord.), *Relaciones internacionales: teorías y debates*, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2013, p. 312.

⁴⁶ Giddens, Anthony, *óp. cit.*, p. 7.

diversos ámbitos como son los políticos, los sociales, los culturales y, desde luego, en el caso que nos ocupa, los jurídicos”⁴⁷.

Abordando ahora la dimensión social de la globalización, citamos al autor brasileño Octavio Ianni⁴⁸, quien la define como “la intensificación de las relaciones sociales en escala mundial que ligan localidades distantes de tal manera que los acontecimientos de cada lugar son modelados por eventos que ocurren a muchas millas de distancia y viceversa”. En el mismo sentido tenemos a Ulrich Beck, quien describe a la globalización como “un proceso (antiguamente se habría dicho: como una dialéctica) que crea vínculos y espacios sociales transnacionales, revaloriza culturas locales y trae a un primer plano terceras culturas”⁴⁹.

En las definiciones anteriores vemos subrayada otra cara de la compleja y multifacética globalización, que se traduce en el hecho de que este fenómeno también transforma la dinámica social e individual de las personas y no únicamente las economías. Esto quiere decir, en nuestra opinión, que la globalización no es sólo un fenómeno económico externo (en aspectos que parecen ajenos y lejanos a nuestra individualidad), sino que también se ve reflejada en aspectos sociales e individuales cercanos a las personas⁵⁰.

Finalmente, citamos a los autores Ramírez Cleves y Marín Arangures, quienes definen a la globalización como “un proceso complejo que describe una serie de tendencias que se relacionan con la interdependencia, interrelación e integración de las relaciones económicas, políticas, culturales, sociales, ecológicas, jurídicas, etc., entre países, personas, economías, bienes y servicios, que hace que esa integración sea cada vez más intensa y, en ocasiones, instantánea”⁵¹.

⁴⁷ Oliva Gómez, Eduardo, “Los nuevos retos del Derecho de familia en el sistema jurídico mexicano en el siglo XXI”, en Oliva Gómez, Eduardo (comp.), *Los impactos de la globalización en los sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, 2013, pp. 34 y 35.

⁴⁸ Ianni, Octavio, *Teorías de la globalización*, México, Siglo XXI Editores CEIICH-UNM, 1996, p.163.

⁴⁹ Beck, Ulrich, *óp. cit.*, p.36.

⁵⁰ Giddens, Anthony *et al.*, *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*, trad. de Celso Sánchez Capdequí, España, Editorial Anthropos, 1996, p. 23.

⁵¹ Ramírez Cleves, Gonzalo Andrés y Marín Arangures, Erli Margarita, *óp. cit.*, pp. 37 y 38.

El concepto anterior nos parece bastante acertado porque no limita el fenómeno de estudio a una sola de las múltiples varillas que componen el abanico de la globalización; sino que, por el contrario, dichos autores consideran que la interdependencia e interrelación que se da en el mundo global permea muchos de los aspectos de nuestra sociedad, como son el económico, político, cultural, social, ecológico, jurídico, empresarial, entre muchos otros. En palabras de Gilberto Giménez, se subraya el hecho de que “la globalización es pluridimensional, y no solamente económica, aunque prácticamente todos admiten que la dimensión económico-financiera es el motor del proceso en su conjunto”⁵².

En vista de todo lo anterior, nosotros consideramos que la globalización, más que un simple fenómeno, es el período histórico surgido en las últimas décadas del siglo XX, que actualmente continúa en construcción y está en pleno desarrollo, originado principalmente por los grandes avances suscitados en las tecnologías de la información y la comunicación (TICs) y por la liberalización del comercio mundial (principalmente a partir del Consenso de Washington en 1989), que se caracteriza por la creciente interrelación e interdependencia entre los diversos Estados-nación, sus sociedades y demás actores –tales como empresas transnacionales, organismos internacionales, ONGs–, misma que se presenta y produce sus efectos, tanto a nivel global como al interior de los referidos Estados, en los ámbitos culturales, sociales, económicos, jurídicos, empresariales, ecológicos, entre muchos otros más.

1.1.2. La aparición de la globalización en nuestra historia.

¿En qué momento de nuestra historia apareció la globalización? De toda la disparidad de puntos de vista que existen en torno a la globalización y sus efectos, es respecto al momento en que ésta apareció en nuestra historia el aspecto en donde hemos encontrado opiniones coincidentes en la mayoría de los autores que

⁵² Giménez, Gilberto, “Cultura, identidad y metropolitanismo global”, *Revista Mexicana de Sociología*, México, vol. 67, núm. 3, julio-septiembre de 2005, p. 485.

analizamos⁵³. Básicamente se ubica el surgimiento de la globalización en las últimas décadas del siglo XX, entre los años de 1980 y 1990, coincidiendo con el *boom* de las TICs, principalmente la internet, y la consecuente liberación e intensificación del comercio internacional, fundamentalmente a partir del Consenso de Washington.

No obstante, en el devenir de nuestra investigación también hemos encontrado puntos de vista que ubican la gestación de la globalización en épocas anteriores, principalmente a) con la creación del Fondo Monetario Internacional, acordado en la Conferencia de las Naciones Unidas celebrada en julio de 1944, en Bretton Woods, New Hampshire, Estados Unidos de América⁵⁴; b) al término de la Segunda Guerra Mundial, con la entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas el 24 de octubre de 1945⁵⁵; y c) el posterior surgimiento del GATT en la Conferencia de La Habana en el año de 1947⁵⁶; eventos que paulatinamente trajeron como consecuencia la liberalización e intensificación del comercio internacional entre los distintos Estados-nación.

Coincidente con la doctrina mayoritaria, el doctor Castrillón y Luna considera que, desde hace más de 20 años, hemos sido testigos y partícipes, voluntarios o involuntarios, del proceso de globalización cimentado por la internet y la revolución tecnológica impulsada por su implementación⁵⁷. Agrega que la globalización emergió a partir de los años ochenta del siglo XX, manifestándose a través de la tercera revolución industrial y científica-tecnológica, la transnacionalización de las

⁵³ Peña, Carlos, *Globalización y enseñanza del derecho*, México, Editorial Fontamara, 2017, p. 90.

⁵⁴ Fondo Monetario Internacional, visible en el sitio de internet: <https://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/glances.htm> (consultado el 23 de septiembre de 2016). Según la referida página web, con la creación del FMI, los países fundadores tenían como propósito el diseñar un sistema de tipos de cambio fijos que incentivase el crecimiento del comercio internacional. Al efecto, todos los países vincularon sus monedas al dólar y Estados Unidos de América vinculó el dólar al oro, aceptando cambiar oro por dólares con los Bancos Centrales extranjeros al precio de US\$35.00 la onza.

⁵⁵ Naciones Unidas, visible en el sitio de internet: <http://www.un.org/es/sections/about-un/overview/index.html> (consultado el 15 de septiembre de 2016).

⁵⁶ Organización Mundial del Comercio, visible en el sitio de internet: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact4_s.htm (consultado el 15 de septiembre de 2016). Según la referida página web, desde 1948 hasta 1994, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) estableció las reglas aplicables a una gran parte del comercio mundial, y en este espacio de tiempo hubo periodos en los que se registraron algunas de las tasas más altas de crecimiento del comercio internacional.

⁵⁷ Castrillón y Luna, Víctor Manuel y Becerril, Anahiby A., *óp. cit.*, p. XIX.

empresas, una nueva división mundial del trabajo y un proyecto político de globalización⁵⁸.

En el mismo sentido tenemos a la autora Gladys Morales, quien considera que el surgimiento de la globalización se estableció formalmente entre los años 1989 y 1990, coincidiendo con el término de la Guerra Fría y la caída del Muro de Berlín, sucesos que marcaron el final del conflicto entre occidente (Estados Unidos de América, abanderando el capitalismo) y oriente (la Unión Soviética, defendiendo el comunismo), trayendo consigo la instauración del capitalismo como la política económica imperante en el mundo, intensificándose así el comercio internacional⁵⁹.

Al definir la globalización como un período histórico, consideramos que resulta imposible determinar el momento exacto en que ésta surge, pues no tiene su origen en un único y exclusivo hecho o fenómeno. Sin embargo, concordamos con la doctrina mayoritaria en el sentido de que la globalización surgió en las últimas décadas del siglo XX, principalmente entre finales de los años ochenta y principios de los noventa –opinión que ya se encuentra plasmada en nuestra definición sobre el fenómeno de estudio–, originada y coincidiendo con el surgimiento de la Internet⁶⁰, la caída del muro de Berlín⁶¹ y la consolidación del ideario económico del Consenso de Washington, con la consecuente implantación del capitalismo como la política económica predominante en el mundo y la intensificación del comercio internacional⁶².

⁵⁸ Castrillón y Luna, Víctor Manuel, *Los tratados... cit.*, p. 77.

⁵⁹ Morales, Gladys, *óp. cit.*, p. 37.

⁶⁰ Rubio Moraga, Ángel L., *Historia e Internet: Aproximación al futuro de la labor investigadora*, España, Universidad Complutense de Madrid, visible en el sitio de internet: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/hcs/angel/articulos/historiaeinternet.pdf> (consultado el 15 de septiembre de 2016), p. 1. De conformidad con el autor en cita, la Internet inició como un simple sistema de comunicaciones diseñado en 1969 por el ejército de Estados Unidos de América, llamado ARPANET (*Advanced Research Project Agency*). La Internet fue evolucionando progresivamente hasta que, en 1995, se dio el gran boom de la Internet comercial, que sirvió de punto de partida del incremento exponencial el número de servicios que operaban la red. Lo anterior permitió que, en el año de 1998, surgiera un nuevo concepto en esta materia: Internet2.

⁶¹ Be Berlín, *Berlín, la ciudad del cambio*, visible en el sitio de internet: http://www.be.berlin.de/sites/default/files/coc_spa_rollups_120412_screen_0.pdf (consultado el 15 de septiembre de 2016), p. 5. Según la referida página web, el 09 de noviembre de 1989 sucedió lo que nadie en Alemania hubiese creído: cayó el muro.

⁶² Krugman, Paul R. *et al.*, *Economía internacional. Teoría y política*, 9ª ed., trad. de Yago Moreno López, España, Editorial Pearson, 2012, pp. 563 y 564.

1.1.3. Los efectos de la globalización: ¿Bondades o perjuicios?

Desafortunadamente, el hecho de que el mundo se haya vuelto más redondo como consecuencia de la globalización no ha repercutido en la eliminación de las discriminaciones económicas y las exclusiones sociales en nuestros días. Por el contrario, muchos afirman que la globalización es un proceso desigual y polarizado que, en su conjunto, tiende a reforzar e incrementar la desigual distribución del poder y de las riquezas tanto entre las naciones como a través de las naciones⁶³. Y agregan, en este sentido, que el modelo de globalización adoptado a partir del Consenso de Washington –globalismo neoliberal sin mayor regulación– viene generando enormes brechas de desigualdad económica y social entre países y personas que, a su vez, producen novedosas formas de exclusión que vulneran y desconocen constantemente los principios de igualdad y equidad⁶⁴.

Pero, ¿realmente la desigualdad e inequidad son características inherentes a la globalización? ¿es imposible acabar con –o al menos reducir- la brecha existente entre los llamados *ganadores* y *perdedores* en el mundo global? Anthony Giddens, cuyo pensamiento es central para el desarrollo del presente tópico, considera que, si bien es cierto la creciente desigualdad es el mayor problema que afronta la sociedad mundial globalizada, también lo es que los Estados-nación tienen un gran papel que jugar en el mundo global para mitigar dicha desigualdad⁶⁵, con la finalidad de reorientar los efectos de la globalización y estar en condiciones de retomar, poco a poco y paso a paso, las riendas de nuestro mundo desbocado⁶⁶.

En el mismo sentido se pronuncia el Premio Nobel de Economía, Amartya Sen, quien sostiene que la inequitativa distribución de la riqueza que se da en el mundo globalizado no forma parte de la esencia y naturaleza de la globalización, sino que es producto de los malos acuerdos que se toman. En otras palabras, Sen considera que el mundo global no opera de manera autónoma e independiente, sino

⁶³ Giménez, Gilberto, "Identidades... *cit.*", p. 45.

⁶⁴ Ramírez Cleves, Gonzalo Andrés y Marín Arangures, Erli Margarita, *óp. cit.*, p. 44.

⁶⁵ Giddens, Anthony, *óp. cit.*, pp. 10 y 11.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 5.

que necesariamente se requiere la actuación de los diversos actores, tanto nacionales como internacionales, tales como los Estados-nación, los organismos internacionales, las empresas transnacionales, la sociedad civil, etcétera⁶⁷.

En el mismo tenor, el también Premio Nobel de Economía, Joseph Stiglitz, considera que “la globalización puede ser rediseñada y cuando lo sea, cuando sea manejada adecuadamente, equitativamente, cuando todos los países tengan voz en las políticas que los afectan, es posible que ello contribuya a crear una nueva economía global en la cual el crecimiento resulte no sólo más sostenible, sino que sus frutos se compartan de manera más justa”⁶⁸.

Con base en lo anterior, consideramos que es urgente reformar la globalización para lograr –o al menos acercarnos a- la tan ansiada distribución equitativa de los beneficios que ésta genera. Es necesario, por tanto, cambiar el rumbo de las decisiones de las políticas mundiales y nacionales que hasta el momento se han llevado a cabo. Al efecto, es indispensable una verdadera cooperación y coordinación entre naciones y demás actores internacionales⁶⁹: debemos seguir democratizando las instituciones existentes y hacerlo de forma que atiendan las demandas que se plantean, tanto a nivel global como local⁷⁰. Estamos convencidos de que, en el mundo globalizado, no existe sistema político ni económico alguno que pueda funcionar debidamente sin una verdadera cooperación de los diversos actores intervinientes, tanto nacionales como internacionales.

En nuestra opinión, es necesario un nuevo sistema que permita suficiente progreso y disciplina internacional para garantizar un comercio mundial con vitalidad, pero permitiendo que los distintos países respondan con holgura a sus necesidades sociales y económicas internas; es decir, resulta imprescindible que las políticas económicas internacionales estén sometidas a los objetivos de las

⁶⁷ Sen, Amartya, “How to judge globalism”, en Lechner, Frank J. y Boli, John, *The globalization reader*, Estados Unidos de América, Blackwell Publishing, 2004, pp. 16 y 17.

⁶⁸ Stiglitz, Joseph E., *El malestar en la globalización*, trad. de Carlos Rodríguez Brown, España, Punto de Lectura, 2007, p. 65.

⁶⁹ Krugman, Paul R. *et al.*, *óp. cit.*, pp. 517-568.

⁷⁰ Giddens, Anthony, *óp. cit.*, p. 5.

políticas nacionales –pleno empleo, crecimiento económico, equidad, protección social y Estado de bienestar- y no a la inversa⁷¹.

En consecuencia, afirmamos que “podemos y debemos encontrar maneras de controlar las riendas de nuestro mundo desbocado”⁷²: los diversos actores que participan en el concierto internacional, sin tener un pleno y total control sobre los efectos y consecuencias de la globalización, pueden encauzar este fenómeno con miras a que los beneficios que genera se repartan de una manera más justa y equitativa –en algunos ámbitos en mayor medida que en otros–, siempre y cuando actúen de manera coordinada, privilegiando la democracia y la autodeterminación nacional. Como bien lo expresa Joseph Stiglitz, “no existen las soluciones mágicas. Pero hay múltiples cambios que emprender –en políticas, instituciones económicas, reglas de juego, mentalidad- que prometen contribuir a que funcione mejor la globalización, sobre todo para los países en vías de desarrollo”⁷³.

1.1.4. Trilema político fundamental de la globalización: ¿Qué deben perseguir los Estados-nación: democracia, autodeterminación nacional o globalización económica profunda?

Siguiendo el pensamiento de Dani Rodrik concentrado en su obra titulada “La paradoja de la globalización”⁷⁴ –ideas que nosotros suscribimos y que, además, constituyen uno de los pilares teóricos indispensable para el desarrollo de nuestra investigación–, podemos afirmar que, derivado de las características y los efectos que la globalización produce en el mundo y en la sociedad de nuestros días, se presenta un trilema político fundamental, pues resulta imposible que los Estados-nación y los organismos internacionales persigan simultáneamente a) democracia,

⁷¹ Rodrik, Dani, *óp. cit.*, pp. 89 y 90.

⁷² Giddens, Anthony, *óp. cit.*, p. 5.

⁷³ Stiglitz, Joseph E., *Cómo hacer que funcione la globalización*, trad. de Amado Diéguez y Paloma Gómez Crespo, España, Editorial Taurus, 2006, p. 17.

⁷⁴ Rodrik, Dani, *óp. cit.*

b) autodeterminación nacional y c) globalización económica profunda (hiperglobalización)⁷⁵.

La complejidad que caracteriza la era global en que nos encontramos, hace que cualquier estrategia implementada por los Estados-nación y/o por los organismos internacionales que pretenda alcanzar esos tres elementos de manera simultánea esté condenada al fracaso, ya que, cuando mucho, podemos (y debemos) privilegiar y desarrollar dos de las tres opciones⁷⁶:

- a) Si queremos hiperglobalización y democracia, tenemos que renunciar a la nación Estado.
- b) Si hemos de mantener la nación Estado y también queremos hiperglobalización, tendremos que olvidarnos de la democracia.
- c) Y si queremos combinar democracia con nación Estado, adiós a una globalización profunda.

Derivado de lo anterior, consideramos que el principal problema de la globalización actual, por el que ésta ha beneficiado únicamente a unos cuantos y, en consecuencia, ha acentuado las problemáticas sociales y económicas que afectan a la mayoría de las personas, es que los responsables de implementar las políticas sociales y económicas a nivel global (nos referimos a los Estados-nación más poderosos y a los organismos internacionales, tales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial) han resuelto de manera incorrecta el trilema político fundamental de la globalización, privilegiando los intereses económicos particulares sobre los de la sociedad en general, ya que, desde el Consenso de Washington (término acuñado en 1989 por el economista John Williamson), se ha decidido perseguir la globalización económica profunda (hiperglobalización) como un fin en sí misma, en detrimento de la democracia y de la autodeterminación nacional.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 20.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 219.

La agenda de la globalización económica profunda (globalismo neoliberal sin mayor regulación), con su objetivo declarado de minimizar los costes de transacción de la economía internacional (liberalización económica total), choca frontalmente con la democracia y con la autodeterminación nacional, por la sencilla razón de que lo que busca no es el mejor funcionamiento de la democracia, sino ponérselo fácil a los intereses comerciales y financieros que buscan acceder a los mercados a bajo coste. Por ello, se viene implementando una narrativa que da primacía a las necesidades de las empresas multinacionales, a los grandes bancos y a los grandes inversores sobre otros objetivos sociales y económicos que, de atenderse debidamente, se traducirían en un mayor beneficio de la sociedad en su conjunto, incluyendo sectores tradicionalmente vulnerables como son, entre muchos otros, los micro, pequeños y medianos empresarios, que son de nuestro particular interés⁷⁷.

Con el Consenso de Washington (1989) y el nacimiento de la Organización Mundial del Comercio (1995) se abandonó el régimen de Bretton Woods⁷⁸, invirtiéndose sus prioridades, y, como consecuencia, el punto de vista dominante entre los expertos en economía cambió drásticamente. Este viraje influenció a las agencias de desarrollo tales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, y, a través de éstas, se fijaron unilateral y coactivamente las políticas sociales y económicas de la mayoría de los países en vías de desarrollo, entre los que se encuentra México⁷⁹: la gestión de la economía nacional se somete al

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 224 y 225.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 89 y 90. De conformidad con el autor en cita, el Régimen de Bretton Woods, llamado así por el complejo hotelero de New Hampshire en el que Keynes, White y otros representantes de 44 naciones se reunieron en julio de 1944 para redactar las nuevas reglas de política económica, fue una asombrosa obra de ingeniería institucional que dio a la economía mundial una nueva filosofía económica que gobernaría la economía mundial durante las tres primeras décadas que siguieron a la Segunda Guerra Mundial, y que, además, creo dos nuevas organizaciones internacionales: el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Este sistema se basó en un delicado compromiso: permitir suficiente progreso y disciplina internacional en aras de la liberalización comercial para garantizar un comercio mundial con vitalidad, pero permitiendo que los distintos países respondieran con holgura a sus necesidades sociales y económicas. En consecuencia, las políticas económicas internacionales debían someterse a los objetivos de las políticas nacionales –pleno empleo, crecimiento económico, equidad, protección social y Estado de bienestar- y no a la inversa. En pocas palabras, el objetivo era una globalización moderada, no la hiperglobalización.

⁷⁹ *Infra*, 1.2.3. El sacrificio de las micro, pequeñas y medianas empresas en la era de la globalización.

comercio y las finanzas internacionales y no a la inversa; el Estado pasa de ser el promotor del crecimiento económico a ser el principal obstáculo que lo bloqueaba; la división internacional del trabajo se transforma de amenaza en salvación; se impulsa la libre movilidad de capital. En pocas palabras, la globalización económica profunda –la integración internacional de los mercados de bienes y de capital, pero no de mano de obra- se convierte en un fin en sí misma, eclipsando con ello las políticas nacionales⁸⁰.

El atractivo del Consenso de Washington radica en la simple narrativa sobre el poder mágico de la globalización para sacar de la pobreza a los países en vías de desarrollo: los países pobres siguen siendo pobres, afirman, porque sus mercados nacionales son pequeños y están plagados de ineficiencias creadas por las interferencias de los gobiernos en el libre comercio, por lo que, si dejan que estos países se abran a los mercados e inversiones internacionales, surgirá una marea comercial que los sacará de la pobreza de manera automática. En este sentido, sus partidarios afirman que el mejor argumento para solucionar cualquier mal nacional –se trate del crimen, la corrupción, la deficiente infraestructura o la baja cualificación de la fuerza de trabajo– es que se supriman las interferencias en la integración en la economía mundial⁸¹. En pocas palabras, la búsqueda de una globalización económica profunda pasó a sustituir la estrategia del desarrollo y se convirtió en un fin en sí misma, en lugar de ver en la globalización una oportunidad de ser explotada estratégicamente⁸².

Contrario a lo anterior y al igual que Dani Rodrik, nosotros consideramos que el trilema político fundamental que se presenta en la era de la globalización debe resolverse de manera distinta: “Tanto la democracia como la autodeterminación nacional deben primar sobre la hiperglobalización. Las democracias tienen el derecho a proteger su organización social, y cuando este derecho interfiere con los

⁸⁰ Rodrik, Dani, *óp. cit.*, pp. 96, 183 y 184.

⁸¹ Stiglitz, Joseph E., *Cómo... cit.*, p. 19. De conformidad con el autor en cita, sus investigaciones han mostrado los importantes fallos subyacentes en la economía del FMI, así como en el “fundamentalismo de mercado”, la creencia en que los mercados pueden conducir por sí solos a la eficiencia económica. El éxito económico, afirma, requiere lograr el equilibrio adecuado entre el Estado y el mercado.

⁸² Rodrik, Dani, *óp. cit.*, pp. 184-186.

requisitos de una economía global, es esta última la que debe dejar paso”⁸³. Esta decisión fundamental, contrario a lo que podría pensarse, no implica el fin de la globalización:

Reforzar las democracias nacionales pondrá a la economía mundial sobre una base más segura. Y ahí se encuentra la paradoja última de la globalización. [...] Una delgada capa de reglas internacionales que deje un amplio espacio de maniobra a los gobiernos nacionales es una globalización mejor. Permite hacer frente a los males de la globalización mientras conserva sus enormes bondades económicas. Necesitamos una globalización inteligente, no una globalización máxima⁸⁴.

Dicho lo anterior, nuestra investigación y nuestras propuestas parten de la idea de que no existe un único camino hacia la prosperidad en la era de la globalización. Estamos convencidos de que la infraestructura institucional central de una economía global debe construirse a escala nacional, de adentro hacia afuera, por lo que los países deben ser libres para analizar su situación particular y, con base en sus especiales características, desarrollar las instituciones políticas, económicas y sociales que más les convengan. En este contexto, el crecimiento y el desarrollo económicos son posibles únicamente a través de la acumulación de capacidades a lo largo del tiempo, en áreas que van desde la educación y la tecnología hasta las instituciones públicas. La globalización no genera esas capacidades por sí misma, simplemente permite que los países saquen mejor partido de las capacidades que ya tienen. Por estas razones, los globalizadores con éxito en el mundo –las naciones de Asia oriental en nuestros tiempos, por ejemplo– mejoran su capacidad productiva nacional antes de exponerse a los vendavales de la competencia internacional⁸⁵.

⁸³ *Ibidem*, p. 21.

⁸⁴ *Ídem*.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 21, 202 y 259.

Realmente es un absurdo (cuidando nuestro lenguaje para no decir que se trata de una completa estupidez) que los expertos en materia de desarrollo económico, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, prescriban la globalización económica profunda (hiperglobalización) como la única receta para el desarrollo económico, que, además, soluciona mágicamente cualquier mal nacional⁸⁶. Contrario a lo que nos hicieron creer, las reglas de la OMC, las prácticas del FMI y las recomendaciones de los asesores políticos occidentales a partir del Consenso de Washington, han tenido el efecto colectivo de encoger el espacio político dentro del cual podría diseñarse e implementarse, desde dentro de los propios países, un proceso secuencial de reformas parciales tendientes a un verdadero crecimiento y desarrollo económicos, todo en nombre de la globalización económica profunda como un fin en sí misma⁸⁷.

Precisamente nuestra investigación y propuestas pretenden situarse en ese escenario de una globalización moderada e inteligente, en la que, mediante un desarrollo institucional y jurídico de adentro hacia afuera, se logre un verdadero crecimiento y desarrollo económicos, aprovechando de mejor manera las ventajas y oportunidades que se presentan en la era global en que nos encontramos. Estamos convencidos de que no podemos seguir aguardando a que el sector externo sea el que, de manera automática y por arte de magia, solucione los problemas nacionales; sino que, por el contrario, debemos formular estrategias distintas que recuperen la visión de un desarrollo endógeno que parta desde el interior de nuestro país.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 186. De conformidad con el autor en cita, Estados Unidos, Europa, Japón, China y los países de Asia oriental son sociedades con éxito; cada una de ellas ha dado lugar a cantidades similares de riqueza a largo plazo. A pesar de ello, las normas que cubren sus mercados laborales, el gobierno de sus empresas, sus leyes de protección de la competencia, su protección social e incluso su banca y finanzas difieren considerablemente. Todos estos países conservaron los controles de capital, mantuvieron las finanzas extranjeras a raya y utilizaron su espacio político para la gestión de la economía nacional.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 198 y 259. De conformidad con el autor en cita, los mercados no se crean solos, no se regulan solos, no se estabilizan solos, ni se legitiman solos. Todas las economías de mercado que funcionan bien son una mezcla de Estado y mercado, de dejar hacer y de intervención. Por lo anterior, nos recomienda mantener un sano escepticismo hacia la idea de que sólo hay un tipo concreto de institución –una modalidad determinada de gobernanza corporativa, sistema de seguridad social o legislación del mercado laboral, por ejemplo- que funciona en una economía de mercado que marche bien.

En este orden de ideas, en los siguientes apartados que integran el presente capítulo, analizamos la forma en que la globalización, que ya describimos de manera genérica, se manifiesta en los sectores de la realidad política, económica y jurídica mexicana que son objeto de nuestra investigación: los micro, pequeños y medianos empresarios y la protección de los derechos humanos, y, por supuesto, la forma en que sugerimos abordar y contribuir a solucionar las problemáticas identificadas.

1.1.5. La relativización de la soberanía en la era de la globalización.

La soberanía etimológicamente significa lo que está por encima o sobre todas las cosas, de *super*-sobre y *omnio*-todo⁸⁸, es decir, el poder que está sobre todos los demás poderes. Se trataba⁸⁹, pues, de una característica propia del poder del Estado que consistía en dar órdenes definitivas, de hacerse obedecer en su orden interno y de afirmar su independencia en relación con los demás Estados⁹⁰.

Para el autor del Carpio Rodríguez, “la soberanía estaba asociada con la idea de sujeción absoluta al Estado, el cual resultaba omnisciente y dogmático frente a los individuos. Fuera de los límites de cada país, externamente, la soberanía implicaba el respeto incuestionable a cada Estado, sin opción a intrusiones, de tal manera que éstos se convertían en una especie de reductos infranqueables”⁹¹.

⁸⁸ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 16ª ed., México, Editorial Porrúa, 1978, p. 17.

⁸⁹ Hablamos en tiempo pasado porque, como se verá con el desarrollo del presente tópico, nosotros sostenemos que en la era de la globalización en la que actualmente nos encontramos, el concepto de soberanía se ha relativizado y, en consecuencia, su significado se ha alejado del concepto clásico.

⁹⁰ Guerrero González, Joel, *El concepto de soberanía en nuestra historia constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/2/721/32.pdf> (consultado el 20 de abril de 2017), pp. 504-506.

⁹¹ Del Carpio Rodríguez, Columbia, *Pluralismo jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*, España, Thomson Reuters, 2014, p. 109.

Consideramos que en la era de la globalización en la que nos encontramos, no se puede ni se debe seguir entendiendo la soberanía en los términos absolutos antes apuntados, ni de forma interna ni de forma externa. Hoy en día, derivado de la interrelación e interdependencia existente entre los Estados-nación, sus sociedades, sus culturas y los demás actores participantes, el poder absoluto que anteriormente ejercían de manera privativa el Estado, se ve diluido y relativizado por diversas influencias y límites, tanto internos como externos.

Emilio Santoro aborda los límites que relativizan el concepto tradicional de soberanía, al mencionar que “la experiencia y la noción de Estado de Derecho han perdido cualquier tipo de razón de ser en una situación donde la soberanía del Estado aparece limitada tanto desde lo alto como desde lo bajo, cuando la soberanía se encuentra restringida ya sea por vínculos internos, constitucionales, ya sea por vínculos externos, supraestatales”⁹².

Por su parte, del Carpio Rodríguez⁹³ considera que la soberanía en términos absolutos, hoy en día, está resultando anticuada, derivado de la imperiosa necesidad de solucionar temas de interés universal que requieren la intervención de la comunidad internacional. Como ejemplo cita el caso de la ecología y el medio ambiente, que, por su importancia global, requieren acciones transnacionales para su conservación en pro de la humanidad.

Podemos afirmar con total certeza que, en la era de la globalización en la que nos encontramos, día con día se están generando desafíos cada vez más complejos que, por ende, en muchas ocasiones rebasan las fronteras nacionales y escapan del control de la infraestructura política actual. Como los gobiernos “soberanos” de los Estados, por sí solos, carecen de medios para afrontar estos fenómenos globales, es necesario crear nuevas formas políticas que puedan abordar los problemas a escala planetaria⁹⁴.

⁹² Santoro, Emilio, *Derecho y derechos. El Estado de derecho en la era de la globalización*, trad. de Juan Manuel Otero, Argentina, Editorial Ad-Hoc, 2014, pp. 104 y 105.

⁹³ Del Carpio Rodríguez, Columbia, *óp. cit.*, p. 111.

⁹⁴ Carrillo Nieto, Juan José, “Neo-extractivismo y reformas jurídicas en América Latina: los gobiernos latinoamericanos bajo el laberinto de la dependencia”, en Carrillo Nieto, Juan José *et al.* (coords.),

Esta búsqueda de soluciones que sean acordes con los desafíos que se nos presentan en la era global, ha llevado a que decisiones que antes permanecían estrictamente en el seno de los Estados se internacionalicen o regionalicen, produciéndose con ello una reducción de los espacios políticos y una necesaria adaptación de los sistemas jurídicos estatales⁹⁵. En este sentido, los Estados bajo un esquema global tienden a la homogenización de políticas, buscando así la estandarización⁹⁶.

Acorde con los autores que hemos citado, nosotros sostenemos que, en la era global en la que nos encontramos, el concepto de soberanía no ha desaparecido, sino que, por el contrario, se ha visto obligado a evolucionar en aras de adaptarse a los nuevos y complejos retos que hoy en día se le presentan a la humanidad. Consideramos que la soberanía no desaparece porque, no obstante que los Estados han dejado de ser los únicos actores en el marco nacional e internacional –dada la convergencia de nuevos y diversos participantes con poder e influencia, tales como organizaciones internacionales, empresas transnacionales, ONGs-, su intervención continúa siendo de suma importancia en el concierto económico y político que se da tanto al interior como al exterior de los referidos Estados nacionales⁹⁷.

En este orden de ideas, tal como lo manifestamos en el apartado anterior⁹⁸, queremos aclarar que la relativización de la soberanía, para que sea deseable y provechosa para los intereses sociales y económicos de los Estados y, principalmente, de sus sociedades, es indispensable que la soberanía no desaparezca por completo: la democracia y la autodeterminación nacional deben primar sobre la hiperglobalización (trilema político fundamental). Los Estados-

Globalización, causas y perspectivas, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2012, pp. 79-82.

⁹⁵ Fondevila, Manuel, *La disolución de la soberanía en el ámbito estatal. El proceso de integración europea*, España, Editorial Reus, 2014, p. 189.

⁹⁶ Rodríguez Santibañez, Iliana, *El altermundismo como vía ciudadana en la globalización*, México, Editorial Porrúa, 2015, p. XV.

⁹⁷ Smith, Steve y Baylis, John, *óp. cit.*, pp. 4 y 5.

⁹⁸ *Supra*, 1.1.4. Trilema político fundamental de la globalización: ¿Qué deben perseguir los Estados Nación: democracia, autodeterminación nacional o globalización económica profunda?.

nación tienen el derecho (más bien, se trata de una obligación) de proteger su organización social, y cuando este derecho interfiere con los mandatos de una economía global, es esta última la que debe ceder⁹⁹. Si bien es cierto los Estados-nación no pueden ignorar lo que sucede a su alrededor –porque debemos recordar que la globalización es una realidad que no podemos ni debemos ignorar–, éstos deben tener muy claras sus prioridades y obligaciones, que es el bienestar de sus connacionales (democracia y autodeterminación nacional) y no los intereses económicos particulares de las empresas transnacionales, de los grandes bancos y de las potencias económicas (globalización económica profunda).

Y precisamente existen temas o materias específicas en que, dada su innegable importancia y trascendencia, se hace más evidente la dificultad de hablar de Estados soberanos, tal como los derechos humanos, el medio ambiente, los recursos transfronterizos, el comercio internacional o los crímenes internacionales; todos ellos temas que cuestionan claramente el concepto clásico de soberanía, porque evidentemente escapan de la esfera de competencia de un solo Estado¹⁰⁰.

Como un ejemplo negativo de la relativización (privación casi total) de la soberanía de los Estados, tenemos la situación particular de los países latinoamericanos, dentro de los que evidentemente se encuentra México, los que se ven fuertemente influenciados por las políticas del Fondo Monetario Internacional (FMI) y del Banco Mundial (BM) implementadas a partir del Consenso de Washington, que les formulan “recomendaciones” –que muchos califican lisa y llanamente como imposiciones–, les otorgan programas de crédito y les brindan asistencia financiera, condicionando estos beneficios a que dichos países implementen de forma eficaz los programas de ajuste y políticas sugeridos. De esta manera, los distintos países ven limitada su soberanía en relación con sus políticas económicas, las que vienen determinadas por un organismo internacional ubicado

⁹⁹ Rodrik, Dani, *óp. cit.*, p. 21

¹⁰⁰ Becerra Ramírez, Manuel *et al.*, *La soberanía en la era de la globalización*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2790/5.pdf> (consultado el 23 de septiembre de 2016), p. 56.

fuera de sus fronteras, en atención a intereses que les son ajenos y que resultan contrarios al bienestar general de sus connacionales.

En la concepción de Manuel Castells¹⁰¹, la globalización financiera y monetaria desborda la capacidad de gestión de los Estados-nación. Si bien no los invalida totalmente, los obliga a orientar sus acciones en torno a la adaptación de sus políticas e instituciones hacia la navegación en los flujos globales, la estabilidad monetaria, el control de la inflación como objetivo prioritario, la liberalización del mercado de capitales, la desregulación económica y la privatización de empresas públicas; objetivos todos que, reiteramos, son ajenos y contrarios al bienestar nacional. Al hacerlo, estos países, como claramente ocurre en México, tienen que sacrificar intereses de sectores hasta ese entonces protegidos, como son las micro, pequeñas y medianas empresas¹⁰².

Por otro lado, en materia de protección de derechos humanos¹⁰³, que podemos citar como un ejemplo positivo de la relativización de la soberanía estatal, es necesario y deseable que el concepto tradicional de soberanía evolucione, lo que nos acerca a otros fenómenos como son la mundialización y la regionalización, entendidas como formas de coordinar los esfuerzos de los diversos Estados-nación, la sociedad civil y los demás actores intervinientes mediante la homologación de normas, interpretaciones, criterios, actividades, acciones y procedimientos¹⁰⁴. Los procesos de armonización y unificación se han vuelto más importantes, dado que un mundo sin fronteras requiere un derecho sin fronteras que se adecúe a la realidad y resuelva las problemáticas que el mundo global trae aparejadas¹⁰⁵.

¹⁰¹ Castells, Manuel, *óp. cit.*, pp. 5 y 9.

¹⁰² *Infra*, 1.2.3. El sacrificio de las micro, pequeñas y medianas empresas en la era de la globalización y 1.2.4. La paradoja de las MIPYMES en México: Alta generación de empleos y escasa productividad. Al ser éste uno de los pilares que sostienen nuestra investigación, en los epígrafes de referencia abordamos los efectos y consecuencias que la globalización produce en el sector de la economía mexicana integrado por los micro, pequeños y medianos empresarios.

¹⁰³ *Infra*, 1.3. Los derechos humanos. Al ser éste otro de los pilares que sostienen nuestra investigación, en el tópico de referencia abordamos los efectos y consecuencias que la globalización produce en la protección de los derechos humanos.

¹⁰⁴ Carpizo, Enrique, *Del Estado legal al constitucional de derecho. Rasgos esenciales*, México, Editorial Porrúa, 2015, p. 51.

¹⁰⁵ Castrillón y Luna, Víctor Manuel y Becerril, Anahiby A., *óp. cit.*, p. XXIII.

En nuestra opinión, la coordinación supranacional es una respuesta natural y deseable a los desafíos que se presentan en el actual mundo globalizado. Los Estados nacionales, ya sean de tamaño pequeño, mediano o grande, débiles o poderosos, pobres o ricos, necesitan agruparse para hacer frente a los nuevos retos que nos presenta el mundo globalizado, pero sin olvidar cuáles son sus prioridades y obligaciones principales: el bienestar de sus connacionales (democracia y autodeterminación nacional) por encima de los intereses económicos particulares de las empresas transnacionales, de los grandes bancos y de las potencias económicas (globalización económica profunda).

Reiteramos que la globalización produce consecuencias en los diversos planos que integran nuestro mundo, tanto a nivel global como a nivel local: el cultural, social, económico, jurídico, empresarial, ecológico, de derechos humanos, entre muchos otros. De las dimensiones antes citadas, es el aspecto económico, en nuestra opinión, el más difícil (no imposible) de predecir, controlar y encausar por parte de los Estados-nación y demás actores intervinientes –globalización fuerte, en términos de Gilberto Giménez¹⁰⁶-, por lo que, en consecuencia, el rango de acción que tienen dichos agentes parece bastante limitado.

Si bien es cierto que resulta muy difícil controlar la totalidad de fenómenos y consecuencias de la globalización, consideramos que el sector de los micro, pequeños y medianos empresarios, así como el plano de los derechos humanos, son aspectos fundamentales para el bienestar y desarrollo de nuestro país; por lo que el Estado Mexicano tiene el deber y la obligación de implementar estrategias políticas y jurídicas que les permitan un mayor rango de acción y de autonomía, para, de esta forma, sacar provecho de la época global en la que nos encontramos, y así lograr un más efectivo y uniforme respeto de la dignidad humana para un mayor número de personas. Estas son las ideas que desarrollamos en el siguiente epígrafe.

¹⁰⁶ Giménez, Gilberto, "Identidades... *cit.*, p. 45.

1.2. Los micro, pequeños y medianos empresarios.

1.2.1. Presupuesto indispensable: Distinción entre empresa y sociedad mercantil.

En virtud de que en nuestra investigación se emplean conceptos e instituciones reguladas por el derecho mercantil –abordamos principalmente las ramas empresarial y societaria–, se torna imprescindible identificar y diferenciar los conceptos de empresa y sociedad mercantil que comúnmente se confunden como sinónimos; cuya exacta distinción, en nuestra opinión, constituye un presupuesto indispensable para el desarrollo del trabajo que presentamos.

Respecto de esta dualidad conceptual, el autor argentino Augusto Vanasco menciona que:

Es bastante común que en la literatura jurídica y más aún en la práctica de los negocios aparezca identificado el concepto de sociedad con el de empresa o que, al menos, se empleen esos términos atribuyéndoseles un significado único e idéntico. [...]. Sin embargo, como veremos, son dos conceptos absolutamente distintos y diferenciados, y solamente una indebida comprensión de los elementos integrativos de uno y otro puede llevar a la confusión aludida¹⁰⁷.

1.2.1.1. Concepto de empresa.

Consideramos que el concepto *empresa* es el más complejo de los dos que analizamos, dado que, a pesar de que lo vemos mencionado en nuestra vida diaria y en diversos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, ninguno de ellos nos brinda una definición genérica que sea aplicable a todas las ramas jurídicas. Por el contrario, el mismo legislador confunde los conceptos empresa y sociedad

¹⁰⁷ Augusto Vanasco, Carlos, *Manual de sociedades comerciales*, Argentina, Editorial Astrea, 2001, p. 79.

mercantil, dándoles connotaciones similares y, en algunos casos, inclusive idénticas, alimentando con ello la anarquía conceptual que existe en esta materia. En consecuencia, buscamos esclarecer lo anterior con los autores que citamos a continuación.

Por empresa debemos entender “el conjunto de bienes materiales e inmateriales que conforman el lugar o uno de los lugares a través de los cuales el comerciante individual o pluripersonal hace efectivo su negocio en forma habitual, conocido e identificado por su clientela, y permanente en el tiempo. Se trata, pues, de una universalidad de hecho”¹⁰⁸. Éste es un concepto material de empresa, con el que se empieza a subrayar que estamos frente a un fenómeno de hecho y no frente a una institución jurídica propiamente dicha; inclusive, muchos autores consideran que se trata de un concepto que ha pasado de la economía al derecho.

Ahora bien, siguiendo al autor argentino Juan M. Farina¹⁰⁹, tenemos que

la empresa es un conjunto de elementos, factores humanos, técnicos y financieros, localizados en una o varias unidades físico-espaciales o centros de gestión y combinados y ordenados según determinados tipos de estructura organizativa. [...]. En la mayoría de los casos, las empresas actúan por medio de una sociedad comercial que resulta ser su titular, lo cual no descarta la existencia de empresas cuyos titulares sean personas físicas. Lo cierto es que en todos los casos corresponde señalar que la empresa no es un sujeto de derecho sino una universalidad jurídica cuya titularidad corresponde a un sujeto de derecho, sea persona de existencia ideal o bien persona física.

¹⁰⁸ Contreras Strauch, Osvaldo, *Instituciones de derecho comercial*, 3ª ed., Chile, Editorial Abeledo Perrot, 2011, p. 126.

¹⁰⁹ Farina, Juan M., *Derecho de las sociedades comerciales*, Argentina, Editorial Astrea, 2011, pp. 121, 122 y 128.

Para Xavier Ginebra Serrabou, “la empresa está constituida, desde luego, por servicios, productos y clientes, trabajo directivo y operativo, pero también es dinero, poder e iniciativa; con frecuencia, el éxito de la empresa radica tanto en las buenas ideas de negocio como en la manera en que está configurada la compañía”¹¹⁰.

Por último, a efecto de concretar todo lo dicho en las definiciones antes referidas, citamos el concepto que nos da el doctor Castrillón y Luna, por considerarlo el más claro y certero de todos:

La empresa no es otra cosa que la organización de los factores de la producción, que se realiza por una unidad económica claramente diferenciada de aquella, no obstante manteniendo un aspecto que les identifica, como es el hecho de que la sociedad, en su calidad de comerciante, opera de hecho una empresa porque organiza factores de producción y ofrece bienes y servicios¹¹¹.

1.2.1.2. Elementos de la empresa.

Dicho lo anterior, estamos en condiciones de desglosar los elementos que caracterizan e identifican a la empresa, los cuales son contrastados más adelante con los de la sociedad mercantil, para de esta forma precisar con claridad cuáles son las diferencias y semejanzas que existen entre ambos conceptos.

De toda la bibliografía consultada, consideramos que los autores García López y Rosillo Martínez¹¹² son quienes mejor abordan esta temática, por lo cual nos basamos en su metodología para brindar la siguiente clasificación:

¹¹⁰ Ginebra Serrabou, Xavier (coord.), *Marco jurídico y ético de la publicidad en México. Cómo evitar el engaño publicitario*, México, Editorial Thomson Reuters, 2014, p. 157.

¹¹¹ Castrillón y Luna, Víctor Manuel, *Tratado de derecho mercantil*, 2ª ed., México, Editorial Porrúa, 2011, p. 95.

¹¹² García López, José R. y Rosillo Martínez, Alejandro, *Curso de derecho mercantil*, México, Editorial Porrúa, 2003, p. 134.

- a) El empresario: Jurídicamente consiste en un comerciante, es decir, una persona que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hace de él su ocupación ordinaria. El empresario puede ser una persona física (comerciante individual) o una sociedad mercantil (comerciante colectivo). Aquí percibimos uno de los puntos clave para diferenciar a la empresa de la sociedad mercantil: la empresa es una organización de hecho de los factores de producción, de la cual, en algunas ocasiones, una sociedad mercantil, como comerciante colectivo, es su titular.
- b) El avío: Se trata de la organización adecuada de una empresa, por la cual se hace de la clientela.
- c) El patrimonio: Es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones valorizables en dinero, que se organizan de cierta manera para realizar la actividad mercantil. Se le conoce también como la hacienda.
- d) El personal: Lo integran los auxiliares del comerciante, concretamente los auxiliares dependientes, es decir, los trabajadores.
- e) El establecimiento: Es el local donde se encuentra asentada la empresa, y donde realiza sus actividades mercantiles. Pueden ser uno o varios locales, en caso de contar con sucursales.

1.2.1.3. Concepto y elementos de la sociedad mercantil.

Para empezar, cuando hablamos de una sociedad mercantil, a diferencia de la empresa, “estamos en presencia de un ente jurídico, que con el carácter de comerciante opera con vida propia, personalidad jurídica independiente de sus miembros y autonomía patrimonial”¹¹³. Lo anterior significa que la sociedad mercantil, a diferencia de la empresa, sí se encuentra claramente definida y regulada por la legislación mexicana.

¹¹³ Castrillón y Luna, Víctor Manuel, *Tratado... cit.*, p. 95.

Una vez más citamos al autor Augusto Vanasco, quien considera que,

se configura una sociedad cuando dos o más personas convienen en contribuir con dinero, bienes o trabajo, para llevar a cabo una actividad económica lícita, con la finalidad de ganar dinero para repartírselo entre ellas, pero acordando que en caso de que el emprendimiento llevado a cabo fracasare y arrojaré pérdidas, todos deberán concurrir a soportarlas. [...]. A la suma de las circunstancias descritas se le da el nombre de sociedad. Pero este término también lo usamos para referirnos al régimen normativo aplicado a esas circunstancias. Cuando hablamos de sociedad, pues, es importante comprender ambos aspectos: el fenómeno real que ocurre en los hechos y el concepto jurídico vinculado con esa descripción. Al no dar lugar a la creación de un ente jurídico, la empresa o negociación mercantil constituye una universalidad de hecho cuya titularidad se deposita en el empresario, y se encuentra conformada por elementos diversos, tanto materiales como inmateriales¹¹⁴.

Tal como lo mencionamos al principio del presente apartado y a diferencia de lo que ocurre con la empresa, la ley sí regula de manera clara y expresa la sociedad mercantil¹¹⁵, por lo cual pasamos a concretar los elementos que la caracterizan y la diferencian de la empresa.

En primer lugar, la sociedad mercantil es un verdadero ente que, una vez que ha adoptado una de las formas señaladas por la ley y ha sido inscrita en el Registro Público de Comercio, le es reconocida personalidad jurídica distinta de la de los socios, y, como consecuencia, en segundo y tercer lugar, cuentan también con capacidad jurídica para ser titular de derechos y obligaciones, y con autonomía patrimonial, la que se traduce en un patrimonio diferente e independiente del de sus socios.

En conclusión, podemos decir que los elementos característicos más importantes de la sociedad mercantil son dos: la capacidad jurídica y el patrimonio propio distintos de los de los socios, mismos que derivan del reconocimiento expreso de su personalidad jurídica que en nuestro país se hace en el artículo 2°

¹¹⁴ Augusto Vanasco, Carlos, *óp. cit.*, pp. 1 y 2.

¹¹⁵ Cfr. Artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 5° de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

de la Ley General de Sociedades Mercantiles¹¹⁶. Desde este momento adelantamos que la empresa no cuenta con ninguno de estos elementos que la ley confiere a la sociedad mercantil: la empresa no es un ente jurídico, por lo que, en consecuencia, no cuenta con personalidad jurídica ni con capacidad ni con patrimonio propio e independiente.

1.2.1.4. Semejanzas y diferencias.

Con todo lo reseñado hasta este momento, nos debe resultar más sencillo distinguir las semejanzas y diferencias que existen entre empresa y sociedad mercantil, por lo cual concluimos de manera certera que, tanto en la realidad económica como en el ámbito jurídico, constituyen dos negocios totalmente diferentes, sometidos a reglas y principios distintos, aunque sí, ligados por razones dadas por la realidad económica en la que ambas figuras operan.

No encontramos una mejor forma de explicar las diferencias y semejanzas que existen entre empresa y sociedad mercantil, que siguiendo al clásico mercantilista Joaquín Garrigues citado por el doctor Castrillón y Luna¹¹⁷. El autor en comentario establece con excelsa precisión que “la palabra empresa es un término que ha pasado del campo de la economía al derecho tanto en las leyes como en las obras de los juristas, y los legisladores mercantiles han recogido el vocablo empresa para separar el concepto de sociedad civil del de sociedad mercantil”. Agrega que resulta evidente e innegable que la empresa va ligada a las sociedades mercantiles, y que ese vínculo tan poderoso produce la confusión de los dos conceptos, citando las razones siguientes:

- a) La sociedad mercantil nace a la vida jurídica con un objeto determinado, que es la explotación de una empresa, y siendo la empresa consustancial a la sociedad, las interconexiones entre una y otra son constantes;

¹¹⁶ Artículo 2° de la Ley General de Sociedades Mercantiles.- Las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio, tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios. [...].

¹¹⁷ Castrillón y Luna, Víctor Manuel, *Tratado... cit.*, pp. 95 y 96.

- b) El patrimonio de la sociedad –singularmente el de la anónima– se confunde con el de la empresa, pues la sociedad somete a un servicio tanto los bienes como al personal de la empresa, y;
- c) Porque tanto la empresa como la sociedad descansan en un concepto de organización, pero mientras que en la empresa se organiza a los factores de la producción, en la sociedad se organiza al empresario que, a su vez, como titular que es de la empresa, también la organiza.

Finalmente, Joaquín Garrigues concluye que se debe rechazar la identificación de ambos conceptos porque, mientras la sociedad mercantil es una persona jurídica por disposición expresa de la ley, la empresa no lo es –ni siquiera tenemos un concepto jurídico de la misma que sea genérico y aplicable en todas las ramas que integran el sistema jurídico mexicano-, haciendo patente con ello la existencia de diferencias sustanciales que entre ambas se presentan, y que citamos a continuación:

- a) La empresa es un concepto económico mientras que la sociedad es un concepto estrictamente jurídico;
- b) No debe confundirse la organización de la sociedad, que es la organización jurídica del ente colectivo, con la organización de la empresa, que es la organización económica de las fuerzas productivas, y;
- c) Mientras que el derecho de la sociedad se reduce a tratar a los órganos sociales y la formación de la voluntad colectiva, la empresa se desarrolla en el sector del trabajo.

Parafraseando al autor Augusto Vanasco¹¹⁸ concluimos que, por lo general, detrás de una empresa existe una sociedad mercantil; pero la diferencia entre ellas es que la sociedad asume en la empresa el rol de empresario, es decir, la sociedad mercantil es la titular de la empresa. Al respecto, podemos decir que la sociedad mercantil sería un empresario colectivo, pues actuaría por medio de sus representantes.

¹¹⁸ Augusto Vanasco, Carlos, *óp. cit.*, p. 87.

Para cerrar el presente apartado, elaboramos la siguiente tabla en la que concretamos y clarificamos las principales diferencias existentes entre empresa y sociedad mercantil:

EMPRESA	SOCIEDAD MERCANTIL
Es un concepto económico.	Es un concepto jurídico.
A pesar de que el concepto <i>empresa</i> aparece enunciado en varias leyes, éstas no la definen ni la regulan.	La Ley General de Sociedades Mercantiles la regula clara y expresamente.
Es una organización de hecho de los factores de producción: empresario, avío, patrimonio, personal y establecimiento.	Es una persona jurídica, con capacidad y patrimonio propios.
No es un sujeto.	Es el empresario/comerciante colectivo, que en ocasiones es el titular de la empresa.

1.2.2. ¿Qué debe entenderse por micro, pequeñas y medianas empresas en el sistema jurídico mexicano?

A lo largo del mundo se utilizan diversos criterios para catalogar a las empresas por su tamaño, por lo que, de manera general, suele agrupárseles en micro, pequeñas, medianas o grandes. La clasificación de las empresas por sus dimensiones suele basarse en tres puntos, que en algunos casos son coincidentes y en otros son excluyentes entre sí: el número de personal empleado, los activos y/o las ventas brutas anuales; estableciéndose así umbrales mínimos y máximos para cada una de las categorías¹¹⁹.

¹¹⁹ De la Rúa Albuquerque, Ayuzabet, *La micro, pequeña y mediana empresa en México: sus saberes, mitos y problemática*, visible en el sitio de internet: asoea.azc.uaem.mx/f_uam_mipymes/textos/m2_1.pdf (consultado el 08 de agosto de 2017).

Sin embargo, debido a las particularidades que tienen tanto el mercado como la economía de cada país en específico, resulta imposible llegar a un criterio de clasificación que sea unánime y que tenga aplicabilidad en todo el orbe; por lo que, cuando se realizan estudios en esta materia, resulta necesario acudir a la estratificación particular que existe en el país que sirve de marco a la investigación que se está realizando: México, en nuestro caso.

En nuestro país el tema se encuentra totalmente zanjado, ya que contamos con un criterio de clasificación oficial que está expresamente regulado en nuestra legislación, y que, por ende, tiene plena vigencia y aplicabilidad en todo el territorio nacional. Específicamente lo encontramos en la Ley para el Desarrollo de la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa¹²⁰ y en el acuerdo por el que se establece la estratificación de las micro, pequeñas y medianas empresas¹²¹:

LEY PARA EL DESARROLLO DE LA COMPETITIVIDAD DE LA MICRO, PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA

Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley, se entiende por: [...]

III. MIPYMES: Micro, pequeñas y medianas empresas, legalmente constituidas, con base en la estratificación establecida por la Secretaría, de común acuerdo con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y publicada en el Diario Oficial de la Federación, partiendo de la siguiente:

¹²⁰ Para consultar el contenido completo de la Ley para el Desarrollo de la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa, véase: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/247_190517.pdf (consultado el 17 de agosto de 2017). Esta ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 2002, y su última reforma fue publicada el 01 de diciembre del año 2016.

¹²¹ Para consultar el contenido completo del Acuerdo por el que se establece la estratificación de las micro, pequeñas y medianas empresas, véase: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5096849&fecha=30/06/2009 (consultado el 17 de agosto de 2017). Este acuerdo fue emitido por la Secretaría de Economía y se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 30 de junio de 2009, en cumplimiento al artículo 3°, fracción II, de la citada Ley para el Desarrollo de la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa.

Estratificación por Número de Trabajadores			
Sector / Tamaño	Industria	Comercio	Servicios
Micro	0 – 10	0 – 10	0 – 10
Pequeña	11 – 50	11 – 30	11 – 50
Mediana	51 - 250	31 – 100	51 - 100

ACUERDO por el que se establece la estratificación de las micro, pequeñas y medianas empresas

Segundo. Se establece la estratificación de las micro, pequeñas y medianas empresas de conformidad con los siguientes criterios:

Estratificación				
Tamaño	Sector	Rango de número de trabajadores	Rango de ventas anuales (mdp)	Tope máximo combinado
Micro	Todas	Hasta 10	Hasta \$4	4.6
Pequeña	Comercio	Desde 11 hasta 30	Desde \$4.01 hasta \$100	93
	Industria y Servicios	Desde 11 hasta 50	Desde \$4.01 hasta \$100	95
Mediana	Comercio	Desde 31 hasta 100	Desde \$100.01 hasta \$250	235
	Servicios	Desde 51 hasta 100		
	Industria	Desde 51 hasta 250	Desde \$100.01 hasta \$250	250

***Tope Máximo Combinado = (Trabajadores) X 10% + (Ventas Anuales) X 90%**

Tercero. El tamaño de la empresa se determinará a partir del puntaje obtenido conforme a la siguiente fórmula: Puntaje de la empresa = (Número de Trabajadores) X 10% + (Monto de ventas Anuales) X 90%, el cual debe ser igual o menor al Tope Máximo Combinado de su categoría.

Tal como se desprende de lo aquí transcrito, la estratificación oficial mexicana emplea un criterio de clasificación complejo que utiliza el número de empleados como principal punto distintivo, en relación con dos pautas adicionales: a) el sector económico al que pertenecen –industria¹²², comercio¹²³ o servicios¹²⁴- y b) el total de las ventas anuales. Este sistema se materializa en la fórmula contenida en el punto tercero del referido acuerdo de la Secretaría de Economía: “puntaje de la empresa = (Número de Trabajadores) X 10% + (Monto de Ventas Anuales) X 90%, el cual debe ser igual o menor al (Tope Máximo Combinado) de su categoría”.

Consideramos bastante atinado que dentro del sistema jurídico mexicano exista un criterio oficial de estratificación de empresas con plena validez y vigencia en todo el territorio nacional. Tal como lo indica el doctor Genaro Sánchez Barajas –pensamiento al cual nos adscribimos-, determinar el tamaño de las diferentes empresas es presupuesto indispensable para evaluar sus rasgos distintivos y los problemas que afectan su competitividad. En este sentido, una estratificación empresarial bien definida nos proporciona una guía para buscar y analizar la información adecuada que, a su vez, nos permita conocer la realidad económica en que se han gestado y evolucionado las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYMES) en nuestro país¹²⁵.

¹²² Sánchez Barajas, Genaro, *Perspectivas de las micro y pequeñas empresas como factores del desarrollo económico de México*, Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: www.economia.unam.mx/profesor/barajas/perspec.pdf (consultado el 24 de mayo de 2017), p. 74. De conformidad con el autor en cita, las empresas industriales se dedican a la producción, transformación o manufactura de productos, y se caracterizan por la transformación de materias primas en productos terminados.

¹²³ Landa Uribe, Víctor, *Administración de micro, mediana y pequeña empresa*, visible en el sitio de internet: fcasua.contad.unam.mx/apuntes/interiores/docs/2005/administración/optativas/0091.pdf (consultado el 24 de mayo de 2017). De conformidad con el autor en cita, las empresas comerciales se dedican a la compraventa de artículos para el consumo, con el objeto de venderlos posteriormente en el mismo estado físico, incrementando un determinado porcentaje en su precio de adquisición, para obtener un margen de utilidad.

¹²⁴ Sánchez Barajas, Genaro, *óp. cit.*, p. 78. De conformidad con el autor en cita, las empresas de servicios son las que se dedican a la venta de intangibles.

¹²⁵ *Ibídem*, pp. 46 y 49.

1.2.3. El sacrificio de las micro, pequeñas y medianas empresas en la era de la globalización.

Las micro, pequeñas y medianas empresas (de ahora en adelante MIPYMES) constituyen un sector empresarial que, de manera tradicional, por sus especiales dimensiones y características, es más vulnerable y menos resistente a las dificultades y retos que toda empresa debe afrontar dentro de una economía de mercado (capitalismo)¹²⁶. Esta vulnerabilidad, en nuestra opinión, se puede sintetizar en los siguientes problemas y desventajas que aquejan a la mayoría de las MIPYMES en nuestro país¹²⁷:

1. Son más susceptibles a los problemas que se presentan en el entorno económico, como, por ejemplo, la inflación.
2. Al contar con pocos recursos económicos, viven al día y, en consecuencia, les resulta muy complicado sobrevivir a largos periodos de crisis en los que se ven reducidas sus ventas.
3. Son especialmente vulnerables al control y fiscalización gubernamental.
4. La falta de recursos financieros las limita de sobremanera, ya que les resulta especialmente complicado el acceso a fuentes de financiamiento.
5. Muchas veces las MIPYMES se ven asechadas por las grandes empresas, quienes tratan de eliminarlas del mercado. Aquí es donde se materializa el proverbio de que “el pez grande se come al chico”.
6. No cuentan con una administración especializada, sino que, por el contrario, es empírica.
7. Debido a su poca profesionalización, su rendimiento es bajo a pesar de que suelen dedicarse un alto número de horas al trabajo.

¹²⁶ Stiglitz, Joseph E., *Cómo... cit.*, pp. 246 y 247.

¹²⁷ Longenecker, Justin G. *et al.*, *Administración de pequeñas empresas: lanzamiento y crecimiento de iniciativas de emprendimiento*, trad. de Érika Jasso Hernán D’Borneville y Magda Elizabeth Treviño Rosales, 16ª ed., México, Cengage Learning Editores, 2012, pp. 5-7.

La economía de mercado (capitalismo) en la que forzosamente tienen que desenvolverse las MIPYMES, modelo económico dentro del que éstas resultan especialmente vulnerables, es el sistema económico en el que los agentes privados son propietarios de los medios de producción; la oferta y la demanda fijan libremente los precios en los mercados, supuestamente de la forma más beneficiosa para la sociedad (la llamada mano invisible del mercado); existe libre competencia entre los diversos agentes económicos que concurren al mercado; la mano de obra se compra por salarios en dinero; y las ganancias del capital corresponden a los referidos propietarios privados¹²⁸.

De las características del modelo capitalista que apuntamos con anterioridad, es la libre competencia llevada al extremo una de las que, en nuestra opinión, más abona a la especial vulnerabilidad que tienen las MIPYMES dentro del mercado. Esta nota distintiva del capitalismo, en palabras del doctor Alberto Bercovitz¹²⁹,

implica en primer lugar el libre acceso al mercado de quienes quieran operar en él, es decir, que no debe haber barreras que impidan la aparición de nuevas empresas dedicadas a una actividad determinada. En segundo lugar, y supuesta la existencia de una pluralidad de operadores económicos en el mercado, la libre competencia exige que todos ellos estén sujetos a las mismas reglas y actúen independientemente entre sí, tratando de esforzarse en captar la clientela por las ventajas inherentes a las prestaciones que ofrecen.

Pero ¿por qué consideramos que la libre competencia llevada al extremo, de manera general, se traduce en vulnerabilidad de los micro, pequeños y medianos empresarios en México? Simple y sencillamente porque las empresas de este sector tienen que competir en igualdad de condiciones con las grandes corporaciones, a pesar de que se trata de empresarios y empresas que, a todas luces, están situados en planos y realidades distintas. Es decir, en el sistema neoliberal se viene tratando

¹²⁸ Jahan, Sarwat y Saber Mahmud, Ahmed, “¿Qué es el capitalismo?”, *Finanzas & Desarrollo*, Fondo Monetario Internacional, junio de 2015, p. 44.

¹²⁹ Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto, *Apuntes de derecho mercantil. Derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial*, España, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 314.

igual a los desiguales, rompiendo con ello la llamada igualdad material o sustancial que debe imperar en el sistema jurídico mexicano¹³⁰.

Ahora bien, ¿qué relación guarda la globalización con el modelo económico neoliberal? Como ya lo apuntamos en apartados anteriores¹³¹, es el aspecto económico en donde la globalización despliega con mayor intensidad todos sus efectos, ya que es en la era global (caracterizada por el desarrollo de las nuevas TICs y la creciente interconexión entre diversos territorios y agentes), principalmente a partir de la consolidación del Consenso de Washington, donde se verifica la instauración del capitalismo como el modelo económico imperante en el mundo, con la consecuente intensificación del comercio internacional¹³².

A saber, es gracias a la globalización que el neoliberalismo y la libre competencia que le es consustancial, alcanzan sus máximos niveles hasta ahora conocidos, ya que se ha perseguido incansablemente la llamada hiperglobalización. A partir de la adopción del neoliberalismo como modelo económico en nuestro país (a principios de la década de los ochenta, con la consolidación del Consenso de Washington)¹³³, prácticamente la totalidad del mercado nacional tuvo que abrirse abruptamente a la competencia internacional, trayendo como consecuencia un enfrentamiento feroz entre empresas mexicanas y extranjeras, siendo las segundas abismalmente más competitivas que las primeras, pugna para la que evidentemente no estaba preparada la mayoría del empresariado mexicano y, con mayor razón, los micro, pequeños y medianos empresarios. Máxime lo anterior, con el cambio de paradigma económico (Consenso de Washington), al Estado Mexicano se le asignaron nuevas tareas prioritarias distintas de las que venía desempeñando, lo

¹³⁰ Carbonell, Miguel, *Igualdad y Constitución*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2006, p. 39. Según el autor en cita, la idea de igualdad sustancial parte de la afirmación de Aristóteles en el sentido de que la justicia consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Es decir, no sería justo tratar como iguales a quienes no lo son y no lo pueden ser porque carecen de las posibilidades para alcanzar una situación igualitaria.

¹³¹ *Infra*, 1.1.1. Concepto y efectos de la globalización y 1.1.2. La aparición de la globalización en nuestra historia.

¹³² Morales, Gladys, *óp. cit.*, p. 37.

¹³³ *Infra*, 2.3.4. El marco de la libertad de empresa: Economía social de mercado.

que trajo como consecuencia el olvido y desamparo de sectores vulnerables tradicionalmente protegidos, como son, entre muchos otros, las MIPYMES.

En este sentido, la globalización ha transformado profundamente las economías y las sociedades de toda América Latina, no siendo excepción el caso mexicano. En la dimensión financiera y monetaria, nuestro país se ha visto obligado a adoptar, a partir de la década de los ochentas (con la consolidación del Consenso de Washington), un nuevo marco macroeconómico enfocado enérgicamente –y pareciera que también de manera exclusiva- a la estabilidad monetaria, al control de la inflación como objetivo prioritario, a la liberalización del mercado de capitales, a la desregulación económica y la privatización de empresas públicas¹³⁴, descuidando y, en muchos casos, inclusive sacrificando otros aspectos que resultan prioritarios y esenciales para el bienestar nacional.

En el caso particular de México, el llamado modelo de sustitución de importaciones¹³⁵, que en términos generales estuvo vigente a partir del año de 1940, fue sustituido por el modelo neoliberal (al que nos hemos referido como economía de mercado y/o capitalismo) aproximadamente al comienzo de la década de 1980 (consolidación del ideario económico del Consenso de Washington), teniendo como objetivos prioritarios –y reiteramos, pareciera que también exclusivos– la reducción del gasto público, el combate a la inflación, la estabilidad financiera y el fortalecimiento del ahorro interno¹³⁶. Este nuevo modelo económico llevó “al planteamiento de una política económica internacional que aboga por la

¹³⁴ Castells, Manuel, *óp. cit.*, p. 9.

¹³⁵ Graillet Juárez, Eduardo M. *et al.*, *Los modelos económicos en México, sus políticas e instrumentos de desarrollo en el sector agropecuario*, Universidad Veracruzana, visible en el sitio de internet: <https://www.uv.mx/iiesca/files/2013/01/politicas2006-2.pdf> (consultado el 14 de mayo de 2017), pp. 35 y 36. De conformidad con los autores en cita, el modelo de *sustitución de importaciones* se caracteriza por una economía mixta enfocada en el “desarrollo hacia adentro”. La estrategia seguida se basó en un esquema de desarrollo orientado a la sustitución de importaciones de bienes de consumo. Esta acción fue reforzada por una mayor participación del Estado que, como conductor de la actividad económica, instrumentó políticas de fomento a la industria, destacando la mayor participación del sector paraestatal, la asignación de gasto público para proporcionar infraestructura, la dotación de insumos subsidiados y estímulos impositivos, una política de comercio exterior caracterizada por protección arancelaria y precios oficiales. Este periodo se caracterizó por una fuerte intervención e inversión del Gobierno para lograr un crecimiento hacia adentro.

¹³⁶ Nieves López, Francisco, *Modelos económicos en México*, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, visible en el sitio de internet: <http://delfos.mty.itesm.mx/Articulos/modeloseco.html> (consultado el 14 de mayo de 2017).

privatización, el libre comercio, el crecimiento conducido por la exportación, la movilidad del capital financiero, la desregulación del mercado de trabajo y políticas macroeconómicas de austeridad”¹³⁷.

La adopción de este modelo económico en México¹³⁸ y en el resto de los países que integran la región latinoamericana, es un claro ejemplo de la globalización económica (hiperglobalización) a la que hemos hecho referencia. El neoliberalismo es una imposición, disfrazada de sugerencia, proveniente de las políticas económicas abanderadas por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, instituciones que “recomendaron” (impusieron) dichos ajustes estructurales a los países en vías de desarrollo como consecuencia y en respuesta a las crisis económicas de los años de 1982 y 1988, cuya adopción fue condición necesaria e indispensable para el otorgamiento de financiamiento. En nuestra opinión, lo anterior demuestra que se resolvió de manera incorrecta el trilema político fundamental que se presenta en la era global, ya que se está privilegiando la globalización económica profunda (intereses económicos particulares de las grandes empresas y grandes bancos) sobre la democracia y la autodeterminación nacional (bienestar social).

En ese tenor, es a finales de los años noventa cuando América Latina en su conjunto se integra a la nueva economía global, pero de forma desigual: es decir, con altos costos sociales y económicos, y con amplios sectores sociales y territorios excluidos estructuralmente del “proceso de modernización e integración económicas”¹³⁹. La globalización económica y financiera ha obligado a países como México a orientar su política en torno a la adaptación de sus sistemas instrumentales hacia la navegación en los flujos globales, y, al hacerlo, ha tenido que sacrificar intereses de grupos hasta entonces protegidos por el Estado, quedando relegada a un segundo plano su acción hacia la sociedad civil y sus sectores vulnerables¹⁴⁰. En palabras textuales del autor Manuel Castells,

¹³⁷ Graillet Juárez, Eduardo M. *et al.*, *óp. cit.*, p. 42.

¹³⁸ *Infra*, 2.3.4. El marco de la libertad de empresa: Economía social de mercado.

¹³⁹ Castells, Manuel, *óp. cit.*, p. 10.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 5.

se observa una distancia creciente entre el sector moderno globalizado de la economía y el sector informal y de economía de supervivencia en el que trabaja la mayoría de la población. En parte ello se debe a la descomposición/recomposición de la economía por los costos del ajuste, que han desintegrado sectores protegidos de la empresa pública y han estrangulado a numerosas pequeñas y medias empresas por las altas tasas de interés, generando así paro estructural y no sólo sub-empleo¹⁴¹.

En vista de lo anterior y tal como lo sostiene Saskia Sassen, es evidente que la globalización no se limita a la noción convencional que la define como un proceso de formación de instituciones exclusivamente globales y de interdependencia creciente entre los Estados-nación, sino que también es –y debe ser– comprensible en relación con los efectos que produce al interior de lo nacional¹⁴². Lo anterior significa que, si bien la globalización tiene su origen en el surgimiento de las nuevas TICs y su efervescente combinación con la liberalización del mercado a nivel global¹⁴³, no se puede negar que muchos de sus efectos y consecuencias impactan de manera directa en diversas instituciones, sectores y aspectos que residen al interior de lo nacional, como, por ejemplo, los hábitos de consumo de la población, los modelos educativos, el sistema judicial y, por supuesto, las MIPYMES que son de nuestro especial interés.

De esta manera, la globalización viene creando un mundo de ganadores y perdedores, unos en la vía rápida a la prosperidad, mientras que muchos otros continúan estancados en una vida de miseria y desesperación¹⁴⁴. Esta conflictividad se ve acentuada en el campo económico: “mientras que las multinacionales pueden eludir al fisco del Estado nacional, las pequeñas y medianas empresas, que son las que generan la mayor parte de los puestos de trabajo al interior de dichos Estados, se ven atosigadas y asfixiadas, entre otras cuestiones, por las infinitas trabas y gravámenes de la burocracia fiscal”¹⁴⁵.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 10.

¹⁴² Sassen, Saskia, *óp. cit.*, pp. 3 y 4.

¹⁴³ Valencia Tello, Diana Carolina, *óp. cit.*, p. 18.

¹⁴⁴ Giddens, Anthony, *óp. cit.*, p. 10.

¹⁴⁵ Beck, Ulrich, *óp. cit.*, p. 24. Los paréntesis son nuestros.

Dentro del Estado Mexicano, podemos constatar con claridad que las MIPYMES resultan sumamente afectadas por los constantes cambios en la dinámica de producción y de competitividad que vienen implícitos en la globalización¹⁴⁶. En la era global donde las MIPYMES están sujetas a la competencia voraz que apuntamos en líneas anteriores, se ven maximizados los problemas y desventajas que derivan de sus especiales dimensiones y características. Por ello, la brecha que se verifica entre ganadores y perdedores en la globalización, lamentablemente se materializa en los contrastes existentes entre las grandes corporaciones y las MIPYMES; por lo que podemos afirmar, siguiendo a Anthony Giddens, que la globalización en los términos actuales “no está evolucionando equitativamente, y de ninguna manera es totalmente benigna en sus consecuencias”¹⁴⁷.

Como ha quedado demostrado con los argumentos vertidos hasta el momento, “la globalización económica, en los términos en que está planteada actualmente, es, a la vez, extremadamente incluyente y excluyente”¹⁴⁸, lo que ha llevado a caracterizarla como un proceso desigual y polarizado¹⁴⁹. Un lastimoso ejemplo de lo anterior es la paradoja que se presenta en el ámbito empresarial mexicano: por un lado, el sector financiero y las grandes empresas generan ganancias exorbitantes, mientras que, por otro lado, el sector industrial de las MIPYMES apenas sobrevive y se va asfixiando poco a poco¹⁵⁰. A continuación, exponemos la paradoja que envuelve a las MIPYMES en nuestro país: por un lado, son las máximas generadoras de empleo, mientras que, por el otro, su productividad económica es muy escasa.

¹⁴⁶ Landaverde Monterrubio, Laura Isabel, *La globalización en México, ¿un reto para las MIPYMES?*, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, visible en el sitio de internet: https://www.uaeh.edu.mx/cexticea/memorias/ensayos_de_divulgacion/Laura_Isabel_Landaverde_Monterrubio/CNE098.pdf (consultado el 14 de mayo de 2017), p. 6.

¹⁴⁷ Giddens, Anthony, *óp. cit.*, p. 9.

¹⁴⁸ Castells, Manuel, *óp. cit.*, p. 3.

¹⁴⁹ Giménez, Gilberto, “Cultura... *cit.*”, p. 486.

¹⁵⁰ Sassen, Saskia, *óp. cit.*, p. 15.

1.2.4. La paradoja de las MIPYMES en México: Alta generación de empleos y escasa productividad.

Tal como lo señalamos con anterioridad¹⁵¹, la pobreza tiene un carácter multidimensional bastante amplio que, por lo tanto, rebasa la perspectiva meramente monetaria, pues se trata de una privación de libertades básicas que están asociadas no solamente con las deficiencias en el ingreso económico, sino también con privaciones sistemáticas en el acceso a derechos humanos y a servicios básicos¹⁵².

En este sentido, de conformidad con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consideramos que la pobreza es “un problema estructural que se traduce en afectaciones al goce y ejercicio de los derechos humanos y que, en ocasiones, implica violaciones que suponen la responsabilidad internacional del Estado”¹⁵³. Dado que la pobreza es un problema multidimensional bastante complejo, con diversos enfoques y ramificaciones –lo que deriva en la imposibilidad de abordarla en su totalidad en un único trabajo de investigación–, nosotros enfocamos nuestros esfuerzos en una sola de sus vertientes que, a su vez, separamos metodológicamente en dos dimensiones: a) una de carácter social, que abordamos en el presente apartado, y que, al mismo tiempo, b) se refleja como una problemática jurídica en perspectiva de derechos humanos, misma que desarrollamos en apartados posteriores¹⁵⁴.

El aspecto social de la problemática que abordamos es que las políticas económicas adoptadas por México a partir de su abrupta incursión en la globalización, de manera paradójica e irracional, han olvidado impulsar verdaderamente a las MIPYMES, cuyo papel resulta trascendental para cualquier país que pretenda tener una incursión efectiva en el mundo globalizado. En este

¹⁵¹ *Supra*, 1.1.3. Los efectos de la globalización: ¿Bondades o perjuicios?

¹⁵² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe... cit.*, pp. 35-37.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 44.

¹⁵⁴ *Infra*, 1.3.9. Crítica a la reforma constitucional en materia de derechos humanos: Un nuevo paradigma insuficiente e incompleto y 1.4.3. La inexistencia de un pensamiento estructurado y continuado sobre la libertad de empresa.

sentido, las desigualdades y carencias que lastimosamente caracterizan a nuestro país, en parte se deben a que la mayoría de nuestros esfuerzos se han dirigido hacia el sector externo, con la falsa idea de que éste solucionará mágicamente todos nuestros problemas, descuidando, en consecuencia, el sector interno –dentro del cual ubicamos a las referidas MIPYMES-, que resulta imprescindible para el bienestar de la sociedad¹⁵⁵. Como se puede observar, con esta reflexión reiteramos que se resolvió de manera incorrecta el trilema político fundamental que se presenta en la era global, ya que en nuestro país se está privilegiando la globalización económica profunda (intereses económicos particulares de las grandes empresas y grandes bancos) sobre la democracia y la autodeterminación nacional (bienestar de la sociedad mexicana en su conjunto).

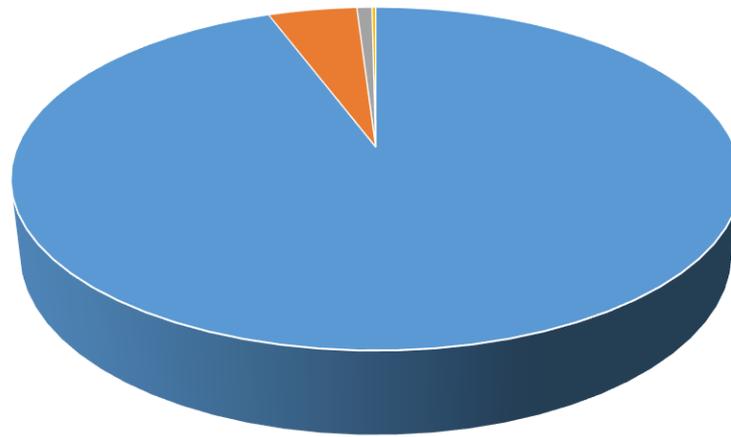
En nuestra opinión, uno de los principales síntomas que, a su vez, es reflejo y causa de la pobreza y del rezago económico en México, es la baja productividad que tienen las MIPYMES, que, contradictoria y paradójicamente, son las principales generadoras de empleo en nuestro país. Esta información la presentamos de conformidad con “los Censos Económicos” realizados por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía en el año 2014¹⁵⁶, que son las estadísticas más recientes en esta materia.

En el año 2014, del total de empresas existentes en nuestro país, el 94.3% son de dimensiones micro, las pequeñas empresas constituyen el 4.7%, mientras que las de talla mediana tienen una perspectiva de 0.8%; por lo que, en su conjunto, las MIPYMES representan el 99.8% del total de empresas en México. Por otro lado, las grandes empresas únicamente alcanzan el 0.2% del total.

¹⁵⁵ López Farfán, Fabiola, *óp. cit.*, p. 25.

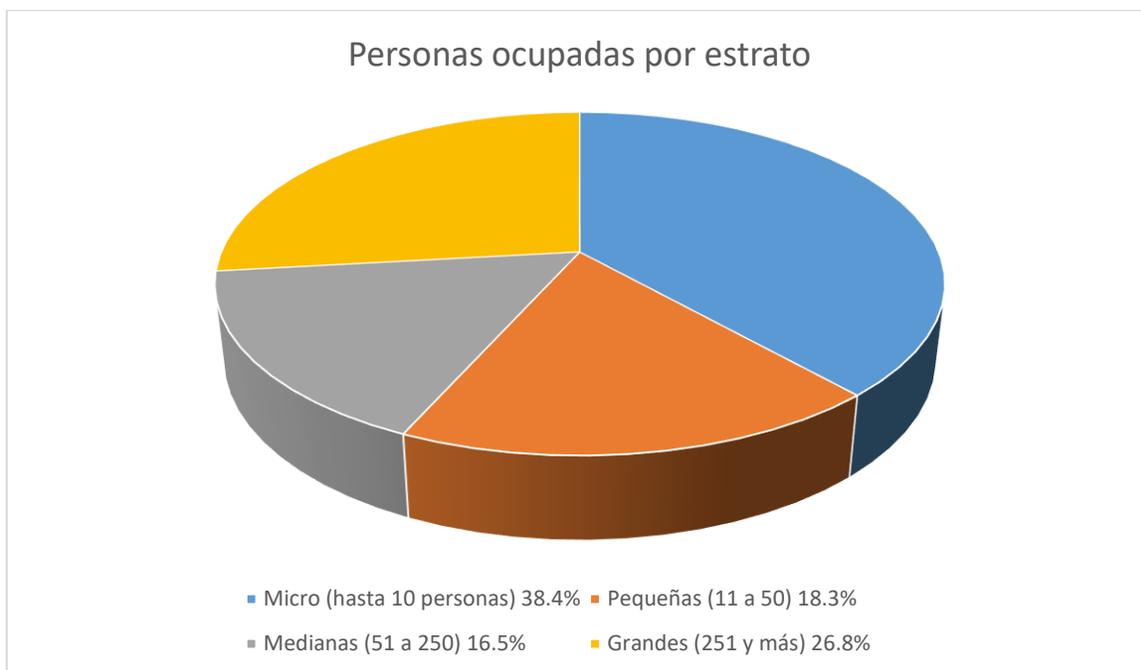
¹⁵⁶ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *óp. cit.*

Población empresarial en México



■ Micro (hasta 10 personas) 94.3% ■ Pequeñas (11 a 50) 4.7%
■ Medianas (51 a 250) 0.8% ■ Grandes (251 y más) 0.2%

Respecto a la importancia que tienen las micro, pequeñas y medianas empresas en la generación de empleo en México, de conformidad con los resultados obtenidos en el año 2014, tenemos que los establecimientos micro generan 3.8 de cada 10 puestos de trabajo, que representa el 38.4% del total de puestos de trabajo generados por el sector empresarial. Las pequeñas empresas generan el 18.3%, los establecimientos medianos el 16.5%, mientras que las grandes empresas únicamente alcanzan el 26.8% restante.

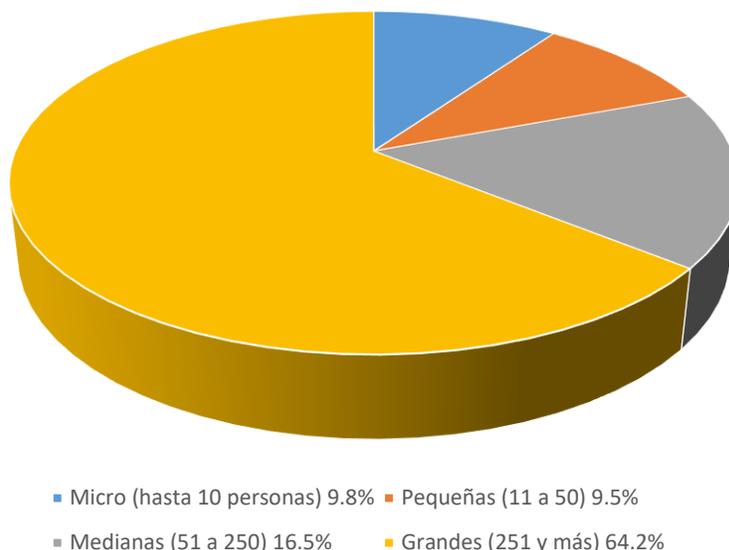


Sin embargo, a pesar de la importante presencia que tienen las MIPYMES en el número total de empresas –en conjunto representan el 99.8% del total– así como en la generación de puestos de trabajo –en conjunto representan el 73.2% del total– en nuestro país, estas empresas tienen una bajísima productividad que se refleja, entre otras cuestiones, en la escasa participación que tienen en la producción bruta total del empresariado mexicano, circunstancia que sin duda alguna perjudica, dificulta y retrasa el crecimiento económico nacional.

De conformidad con las estadísticas que corresponden al año 2013¹⁵⁷, tenemos que las MIPYMES, en su conjunto, representan apenas el 35.8% del total de la producción bruta del empresariado mexicano –la producción de los establecimientos micro equivale al 9.8%, la de los pequeños al 9.5% y la de los medianos el 16.6%–, mientras que, por otro lado, las grandes empresas producen el 64.2% del total.

¹⁵⁷ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *óp. cit.*, p. 15.

Producción Bruta Total por estratos (20013)



Esta problemática también ha sido identificada por el Estado Mexicano, específicamente por el Poder Ejecutivo Federal, que, en el “Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018”, estableció lo siguiente¹⁵⁸:

[...] México tiene un gran reto en materia de productividad. La evidencia lo confirma: la productividad total de los factores en la economía ha decrecido en los últimos 30 años a una tasa promedio anual de 0.7%. El crecimiento negativo de la productividad es una de las principales limitantes para el desarrollo nacional.

La productividad en México no ha tenido suficiente dinamismo como consecuencia de la crisis a las que nos hemos enfrentado y debido a que aún existen barreras que limitan nuestra capacidad de ser productivos. Estas barreras se pueden agrupar en cinco grandes temas: fortaleza institucional, desarrollo social, capital humano, igualdad de oportunidades y proyección internacional.

¹⁵⁸ Gobierno de la República Mexicana, *Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018*, visible en el sitio de internet: <http://pnd.gob.mx/wp-content/uploads/2013/05/PND.pdf> (consultado el 13 de febrero de 2017), pp. 15 y 80.

[...]

Las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYMES) constituyen más del 90% del tejido empresarial en la mayoría de los países del mundo. Por citar algunos ejemplos, en la Unión Europea y en Estados Unidos representan el 95% de las unidades económicas y proveen más del 75% de los puestos de trabajo. En México, las MIPYMES aportan alrededor del 34.7% de la Producción Bruta Total y generan 73% de los empleos, lo que significa más de 19.6 millones de puestos laborales. Resulta indiscutible que la política orientada a apoyar a las MIPYMES productivas y formales y, por supuesto, a los emprendedores, debe ser pieza angular de la agenda de gobierno, a fin de consolidarla como palanca estratégica del desarrollo nacional y de generación de bienestar para los mexicanos.

De igual forma, en el mismo “Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018”, se estableció como una de las metas nacionales lograr un “México Próspero”, en el que se “promueva el crecimiento sostenido de la productividad en un clima de estabilidad económica y mediante la generación de igualdad de oportunidades”¹⁵⁹. Respecto de esta directriz nacional, se estableció lo siguiente¹⁶⁰:

Hoy México requiere una política moderna de fomento económico en sectores estratégicos. No se puede ignorar el papel fundamental que juegan los gobiernos al facilitar y proveer las condiciones propicias para la vida económica de un país. Respetar y entender la delineación entre actividad privada y gobierno, no significa eludir el papel fundamental que el Estado debe desempeñar en crear las condiciones propicias para que florezcan la creatividad y la innovación en la economía, y se fortalezcan las libertades y los derechos de los mexicanos. Una nueva y moderna política de fomento económico debe enfocarse en aquellos sectores estratégicos que tienen una alta capacidad para generar empleo, competir exitosamente en el exterior, democratizar la productividad entre sectores económicos y regiones geográficas, y generar alto valor a través de su integración con cadenas productivas locales. Las actividades productivas de pequeñas y medianas empresas del campo, la vivienda y el turismo son ejemplos de estos sectores.

[...]

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 22.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 80 y 87.

Se propone una política de fomento económico con el fin de crear un mayor número de empleos, desarrollar los sectores estratégicos del país y generar más competencia y dinamismo en la economía. Se buscará incrementar la productividad de los sectores dinámicos de la economía mexicana de manera regional y sectorialmente equilibrada. Para ello, se fortalecerá el mercado interno, se impulsará a los emprendedores, se fortalecerán las micro, pequeñas y medianas empresas y se fomentará la economía social a través de un mejor acceso al financiamiento.

En el mismo sentido, el extinto Instituto Nacional del Emprendedor de la Secretaría de Economía también identificó la baja productividad de las MIPYMES como una importante limitante del desarrollo nacional, problemática que planteó en el documento titulado “Diagnóstico 2016 del Fondo Nacional del Emprendedor”¹⁶¹:

Un análisis más desagregado realizado por el estudio de la OCDE (2013) demuestra que el problema de la productividad radica principalmente en el sector de las microempresas, que representan el 94.4% de la población empresarial, el 41.1% del empleo, pero sólo 17.8% del valor añadido, una contribución considerablemente más baja al valor agregado generado por las microempresas en el resto de los países de la OCDE. Además, dado que las microempresas tienen una productividad típicamente más baja que las pequeñas y medianas empresas, de acuerdo a la OCDE esta característica estructural afecta la productividad de la economía mexicana en su conjunto.

[...]

La baja productividad de las MIPYMES limita el desarrollo nacional y fomenta la desigualdad entre las empresas, sectores y regiones económicas. [...] Es importante señalar que la baja productividad es un problema económico, así como social, que naturalmente tiene como consecuencia la variedad de enfoques para su atención. Por un lado, bajo un enfoque social, es necesario lograr que las empresas con menores niveles de productividad se incorporen a una dinámica de mayor crecimiento y oportunidades; por otro lado, bajo el enfoque económico, existen empresas más dinámicas con mayor potencial de crecimiento, así como sectores estratégicos que han demostrado más oportunidades de desarrollo, por lo que es

¹⁶¹ Instituto Nacional del Emprendedor de la Secretaría de Economía, *Diagnóstico 2016 del Fondo Nacional Emprendedor*, visible en el sitio de internet: https://inadem-ntfg9dkg301jobi1zkue.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2017/02/Diagno%CC%81stico_FNE-2016.pdf (consultado el 14 de febrero de 2017), p. 9-11.

necesario facilitarles alcanzar su máximo potencial, ya que dejar de hacerlo implica costos de oportunidad muy importantes para la economía en su conjunto.

[...]

Las MIPYMES son las principales generadoras de empleo en el país al aportar casi tres cuartas partes (73.8%) de las fuentes de empleo que se generan en la economía. Sin embargo, su participación en la Producción Bruta Total (PBT) alcanza únicamente el 34.7%. En este contexto, se identifica que el principal problema que enfrentan las MIPYMES de México en forma generalizada es la falta de productividad, debido a que la participación de las MIPYMES en la Producción Bruta Total (PBT) a nivel nacional es muy baja en relación con su participación en empleo y en relación con la proporción de MIPYMES que existen en el país.

De igual forma, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en su estudio titulado “Temas y políticas clave sobre PYMEs y emprendimiento en México” del año 2013¹⁶², cataloga la baja productividad de las MIPYMES como un problema económico en nuestro país, en los términos siguientes:

Las PYMEs representan 99.8% de las empresas y 72.3% de las fuentes de empleo en México. Se trata de proporciones considerablemente más altas que las observadas en la mayoría de los demás países de la OCDE. Estas empresas son vitales para la economía mexicana.

Además de la magnitud del sector de las PYMEs en México, uno de sus rasgos distintivos es su elevada proporción de microempresas (que emplean a menos de 10 personas). Éstas representan 96.1% del total de empresas en México, una de las proporciones más altas en los países de la OCDE. Por tanto, también representan la mayoría de las PYMEs mexicanas.

¹⁶² Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), *Temas y políticas clave sobre PYMEs y emprendimiento en México*, OECD Publishing, 2013, pp. 15-18.

Sin embargo, la productividad de las microempresas es baja. En conjunto, sólo constituyen 18% de la producción mexicana, en contraste con 40% de empleo. Además, sus niveles de productividad en realidad se redujeron entre 2003 y 2008. Esta baja productividad en parte está vinculada a la gran cantidad de empresas en México que operan fuera del sector formal. Las empresas informales carecen de acceso a créditos y buscan no ser visibles en vez de crecer. Se necesita un gran esfuerzo para ayudar a esas empresas a modernizarse, entrar al sector formal y aumentar su productividad y aportación al valor agregado.

[...]

Dada la magnitud de las necesidades, habrá que hacer mayores esfuerzos por aumentar la proporción de microempresas que se benefician del apoyo de asesoría y consultoría, así como del acceso a financiamiento.

Las MIPYMES también son identificadas como objetivo prioritario en la Ley para el Desarrollo de la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa¹⁶³, ya que en sus artículos 1° y 2° se establece la importancia que representa el impulsar este sector y la progresividad que debe existir en su atención, tutela y desarrollo, al disponerse que la cantidad del Presupuesto de Egresos de la Federación que se destine a apoyar a las MIPYMES no podrá ser inferior al presupuesto autorizado en el ejercicio fiscal anterior:

Artículo 1°.- La presente Ley tiene por objeto promover el desarrollo económico nacional a través del fomento a la creación de micro, pequeñas y medianas empresas y el apoyo para su viabilidad, productividad, competitividad y sustentabilidad. Asimismo incrementar su participación en los mercados, en un marco de crecientes encadenamientos productivos que generen mayor valor agregado nacional.

Lo anterior, con la finalidad de fomentar el empleo y el bienestar económico de todos los participantes en la micro, pequeña y mediana empresa. [...].

¹⁶³ Para consultar el contenido completo de la Ley para el Desarrollo de la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa, véase: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/247_011216.pdf (consultado el 14 de febrero de 2017).

Artículo 2°.- [...]

El presupuesto de egresos de la Federación que se destina para apoyar a la micro, pequeña y mediana empresa no podrá ser inferior, en términos reales, al presupuesto autorizado en el ejercicio fiscal anterior.

Máxime lo anterior, la libertad de empresa que tienen todas las personas –y con mayor intensidad los micro, pequeños y medianos empresarios, en virtud de que, atendiendo a su especial situación y características, dicha libertad fundamental se encuentra estrechamente vinculada con el respeto a su dignidad y con el libre desarrollo de su personalidad–, que es, en nuestra opinión, el derecho fundamental más importante que tienen los empresarios en nuestro país, se encuentra reconocida expresamente en la Constitución Mexicana, específicamente en el artículo 5°, bajo la denominación de libertad de industria y comercio:

Artículo 5°.- 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. [...].

A efecto de promover esta libertad fundamental y con el propósito de impulsar el sector prioritario que integran las MIPYMES en nuestro país, en el año 2014, el Gobierno Federal creó el “Fondo Nacional Emprendedor” (de ahora en adelante FNE) como resultado de la fusión entre el Fondo de Apoyo para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa (Fondo PYME) y el Fondo Emprendedor¹⁶⁴, con el objetivo de incrementar la productividad de las micro, pequeñas y medianas empresas, principalmente las ubicadas en sectores estratégicos, y así incentivar el crecimiento económico nacional, regional y sectorial mediante el impulso al fortalecimiento

¹⁶⁴ Instituto Nacional del Emprendedor, visible en el sitio de internet: <https://www.inadem.gob.mx/fondo-nacional-emprendedor/> (consultado el 14 de febrero de 2017).

ordenado, planificado y sistemático del emprendimiento y del desarrollo empresarial en todo el territorio nacional, así como la consolidación de una economía innovadora, dinámica, incluyente y competitiva¹⁶⁵.

No obstante que estamos hablando de un derecho humano que está reconocido expresamente en nuestra *Carta Magna*¹⁶⁶, además de que ha quedado demostrada la trascendencia del problema que estamos abordando y de que el Gobierno Federal ha fijado como meta y objetivo nacional el desarrollo de las MIPYMES para lograr un “México Próspero”, existen evidencias objetivas de que el Estado Mexicano constantemente niega y desconoce la fundamentalidad de la libertad de empresa –principalmente el principio de progresividad que la caracteriza–, especialmente cuando se trata de micro, pequeños y medianos empresarios.

Como muestra de lo anterior, en la siguiente tabla plasmamos el presupuesto insuficiente e irrisorio que, durante los últimos años, el Estado Mexicano viene destinando para supuestamente fomentar las MIPYMES y así generar más empleos y mayor competitividad que, en su conjunto, abonen al crecimiento y desarrollo económico de nuestro país¹⁶⁷:

¹⁶⁵ Reglas de Operación del Fondo Nacional Emprendedor para el ejercicio fiscal 2017, visible en el sitio de internet: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5468221&fecha=30/12/2016 (consultado el 14 de febrero de 2017).

¹⁶⁶ *Infra*, 2.2.5. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

¹⁶⁷ Incluye partidas de servicios personales, gastos de operación, subsidios e inversión financiera.

Año	Presupuesto ejercido por el FNE (millones de pesos) ¹⁶⁸	Variación porcentual del presupuesto ejercido	Presupuesto de Ingresos de la Federación (millones de pesos) ¹⁶⁹	Variación porcentual del Presupuesto de Ingresos de la Federación	Porcentaje del Presupuesto de Ingresos de la Federación destinado al FNE
2013	7,113.95		3,956,361.6		0.1798%
2014	10,245.24	+ 44.02%	4,467,225.8	+ 12.91%	0.2293%
2015	7,369.36	- 28.07%	4,694,677.4	+ 5.09%	0.1569%
2016	7,222.14	- 1.99%	4,763,874.0	+ 1.47%	0.1516%
2017	3,760.75	- 47.93%	4,888,892.5	+ 2.62%	0.0769%
2018	4,137.17	+9.90%	5,279,667.0	+7.99%	0.0783%

Como se puede observar, desde el año 2014 a la fecha, los recursos económicos destinados al FNE muestran, en términos generales, una tendencia decreciente en todos los sentidos. Por mencionar algunos ejemplos, el presupuesto aprobado para el ejercicio fiscal 2018 es 59.62% inferior al autorizado en el año 2014, variación que, en nuestra opinión, representa una disminución crítica para un lapso de únicamente cuatro años. Máxime lo anterior, en ninguno de los ejercicios fiscales presentados, el presupuesto destinado al FNE alcanza siquiera el 0.3% del Presupuesto de Ingresos de la Federación. Nosotros consideramos que estas circunstancias constituyen ejemplos claros, objetivos y palpables de que el Estado Mexicano viene desconociendo injustificadamente el carácter de derecho humano que tiene y debe tener la libertad de empresa en nuestro derecho (especialmente el principio de progresividad que debe caracterizar a esta libertad fundamental), máxime cuando se trata de micro, pequeños y medianos empresarios.

¹⁶⁸ Cfr. Presupuestos de Egresos de la Federación para los Ejercicios Fiscales de los años 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017, disponibles en el sitio de internet: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> (consultado el 20 de febrero de 2017).

¹⁶⁹ Cfr. Leyes de Ingresos de la Federación para los Ejercicios Fiscales de los años 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017, disponibles en el sitio de internet: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> (consultado el 20 de febrero de 2017).

No obstante que en la actual era global las MIPYMES se enfrentan a un panorama que luce bastante oscuro, reiteramos nuestra postura entusiasta en el sentido de que la inequitativa distribución de la riqueza no forma parte de la esencia de globalización¹⁷⁰; sino que, por el contrario, ésta puede ser rediseñada, reformada y manejada de forma más atinada, para así crear una nueva economía global y local en la que el crecimiento económico resulte más sostenible y sus frutos se distribuyan de manera más justa (resolver correctamente el trilema político fundamental de la globalización)¹⁷¹. En ese tenor, una de las piezas clave para lograr este cometido reside al interior de los Estados nacionales: un ejemplo contundente es potencialidad que tiene la labor desempeñada por los micro, pequeños y medianos empresarios en el desarrollo económico y en la generación de empleo en nuestro país.

El Estado Mexicano debe enfrentarse al trilema político fundamental que se presenta en la era de la globalización y debe resolverlo de manera correcta¹⁷²: “Tanto la democracia como la autodeterminación nacional deben primar sobre la hiperglobalización. Las democracias tienen el derecho a proteger su organización social, y cuando este derecho interfiere con los requisitos de una economía global, es esta última la que debe dejar paso”¹⁷³. En este sentido, reiteramos que nuestra investigación y propuestas pretenden situarse en ese escenario de una globalización moderada e inteligente, en la que, mediante un desarrollo institucional y jurídico de adentro hacia afuera, se logre un verdadero crecimiento y desarrollo económico, aprovechando de mejor manera las ventajas y oportunidades que se presentan en la era global en que nos encontramos. Estamos convencidos de que no podemos seguir aguardando a que el sector externo sea el que, de manera automática y por arte de magia, solucione los problemas nacionales; sino que, por el contrario, debemos formular estrategias distintas que recuperen la visión de un desarrollo endógeno que parta desde el interior de nuestro país.

¹⁷⁰ Sen, Amartya, *óp. cit.*, pp. 16 y 17.

¹⁷¹ Stiglitz, Joseph E., *El malestar... cit.*, p. 65.

¹⁷² *Supra*, 1.1.4. Trilema político fundamental de la globalización: ¿Qué deben perseguir los Estados-nación: democracia, autodeterminación nacional o globalización económica profunda?

¹⁷³ Rodrik, Dani, *óp. cit.*, p. 21.

Derivado de que los micro, pequeños y medianos empresarios tienen –y deben tener– un carácter prioritario en la economía mexicana es que son los principales destinatarios de nuestra propuesta: aprovechando las posibilidades que nos brinda la globalización en la protección de los derechos humanos, proponemos y realizamos un estudio crítico-propositivo de la libertad de empresa en el sistema jurídico mexicano en el que desentrañamos el significado y contenido de la fórmula en la que este derecho está reconocido en el artículo 5° constitucional. En pocas palabras, proponemos una manera de interpretar la libertad de empresa en el derecho mexicano, a efecto de que, acompañado de las garantías adecuadas, se consolide en los ámbitos legislativo, jurisprudencial y doctrinario, especialmente en relación con los micro, pequeños y medianos empresarios, para que, de esta forma, esta libertad fundamental se configure como una disposición jurídica vinculante y como un verdadero principio orientador e interpretativo de todo nuestro sistema jurídico, robusteciendo así las diversas actividades que desempeñan estos empresarios, especialmente en el desarrollo económico y en la generación de empleo.

1.3. Los derechos humanos.

1.3.1. Globalización de los derechos humanos.

Uno de los más importantes retos en el mundo globalizado es lograr el respeto de la dignidad humana a través de la consolidación de los derechos humanos; así, como bien lo afirma el doctor González Ibarra, “la defensa de los derechos humanos ya no es cuestión nacional sino mundial”¹⁷⁴. Por tanto, es comprensible que, en esta materia tan importante para la humanidad, se susciten procedimientos de integración supranacional impulsados por los diversos Estados-nación y demás actores internacionales, motivados por la necesidad de garantizar

¹⁷⁴ González Ibarra, Juan de Dios, *Heidegger por los caminos hispanoamericanos y otras veredas*, México, Editorial Fontamara, 2016, p. 100.

el respeto de la dignidad de todas las personas frente la desigualdad e inequidad que parecen reinar la era global¹⁷⁵.

La globalización de los derechos humanos, en el sentido en que nosotros la interpretamos, es “un fenómeno que surge tras la Segunda Guerra Mundial y, en gran medida, debido a las atrocidades de la misma. Algunos textos capitales proceden de la iniciativa de las Naciones Unidas [...]; pero también es muy importante la experiencia regional”¹⁷⁶, como, por ejemplo, los Sistemas Europeo e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

En nuestra opinión, nadie puede negar que el papel de la globalización en el desarrollo de los derechos humanos es positivo. Sin duda alguna, los avances en las últimas décadas en materia de protección de los derechos humanos, tanto en sede nacional como internacional, han sido favorecidos –y de alguna forma se explican– por la globalización¹⁷⁷. Sin las oportunidades que ésta proporciona, no podríamos hablar de los múltiples instrumentos que en esta materia se han adoptado en el seno de las Naciones Unidas¹⁷⁸; estaríamos imposibilitados para citar el Convenio y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; tampoco se nos permitiría hacer referencia a la Convención Americana ni a la Comisión ni a la Corte Interamericanas sobre Derechos Humanos; y también estaríamos impedidos para hablar de las importantes reformas constitucionales que se dieron en nuestro país en el mes de junio del año 2011¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Balaguer Callejón, Francisco, “Constitución y Estado”, en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Tomo IV: *Estado Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, pp. 199 y 200.

¹⁷⁶ Díez-Picazo Giménez, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 4ª ed., España, Thomson Reuters, 2013, p. 28.

¹⁷⁷ Morales, Gladys, *óp. cit.*, p. 37.

¹⁷⁸ Naciones Unidas, *Derechos Humanos*, visible en el sitio de internet: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx> (consultado el 23 de septiembre de 2016). A continuación, citamos algunos de los instrumentos más importantes de derechos humanos que se han adoptado en el seno de las Naciones Unidas: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, entre muchos otros.

¹⁷⁹ *Infra*, 1.3.6. Reforma a la Constitución Mexicana en materia de derechos humanos (junio de 2011) y 1.3.7. Rasgos esenciales de los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano.

En este sentido, la transnacionalización del campo jurídico es un elemento constitutivo de los procesos de globalización. En la era global, el Estado ya no es el único centro de producción normativa que conforma el sistema jurídico interno, sino que ahora existen también diferentes centros de producción a nivel local, regional y mundial¹⁸⁰. El ejemplo más claro que tenemos en la región donde se ubica México es, precisamente, la coordinación y homologación que se ha venido logrando gracias al Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos.

Al respecto, la autora Mara Gómez considera que, en materia de protección de derechos humanos, “en esta región (haciendo referencia a Latinoamérica) hoy día se avanza hacia la internacionalización del derecho constitucional, y al mismo tiempo hacia la constitucionalización del derecho internacional”¹⁸¹. De cierta forma, se postula la globalización del Derecho como la vía más óptima y eficaz para alcanzar un ordenamiento jurídico universal –o regional, en su caso–, que tenga como sustento los derechos humanos y como fin último la búsqueda de la paz mundial¹⁸².

Parafraseando a Zygmunt Bauman, podemos decir que la creación de un orden a escala universal –o regional, según sea el caso– anuncia la voluntad de cambiar y mejorar el mundo, así como de extender esos cambios y mejoras a una dimensión global –o regional– abarcadora de toda la especie. En otras palabras, se trata de la intención de crear condiciones de vida similares para todos en todas partes, de dar a todos las mismas oportunidades, basados en el respeto de la dignidad humana de todas las personas¹⁸³.

El lector no debe confundir ni malinterpretar lo que hasta aquí hemos argumentado. Debe quedar muy claro que somos plena y absolutamente conscientes de que lograr ese orden universal o regional basado en el respeto de la

¹⁸⁰ Del Carpio Rodríguez, Columbia, *óp. cit.*, p. 191.

¹⁸¹ Gómez, Mara, “La jurisdicción constitucional y la protección de los derechos humanos”, en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Tomo V: *Derechos Humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 682. Los paréntesis son nuestros.

¹⁸² Del Carpio Rodríguez, Columbia, *óp. cit.*, p. 191.

¹⁸³ Bauman, Zygmunt, *óp. cit.*, p. 7.

dignidad humana, para así alcanzar la paz mundial y lograr condiciones verdaderamente equitativas, es un ideal utópico que, además, es de imposible realización en términos absolutos, dado el carácter imperfecto que tenemos los seres humanos. Por lo anterior, nuestro trabajo de investigación no pretende –ni podría lograrlo bajo ninguna circunstancia– convertir nuestro imperfecto mundo en la tierra prometida, en la que reine la plena equidad y el total respeto de los derechos humanos.

Siendo realistas y siguiendo nuevamente a Anthony Giddens¹⁸⁴ y a Amartya Sen¹⁸⁵, reiteramos que el principal desafío al que se enfrenta la globalización es la desigualdad, incluyendo en ésta la disparidad en la distribución de la riqueza y las asimetrías en oportunidades políticas, sociales y económicas. En ese tenor, consideramos que en este mundo complejo son de trascendental importancia los acuerdos que se toman en torno a aspectos sociales, culturales y económicos –tal como el tema de las MIPYMES y los derechos humanos–, ya que pueden ser un importante instrumento que nos ayude, poco a poco y paso a paso, a reducir los niveles de desigualdad y pobreza (resolver correctamente el trilema político fundamental)¹⁸⁶.

Derivado de lo anterior, uno de los puntos que defendemos en nuestro trabajo de investigación es, precisamente, la posibilidad y viabilidad de aprovechar las condiciones que nos brinda la globalización en materia de protección de los derechos humanos, en aras de que nuestra sociedad –haciendo énfasis en México y la región latinoamericana– se acerque un paso más a ese respeto uniforme e integral de la dignidad humana de las personas. Compartimos la idea de que globalizando o regionalizando los derechos humanos, se pueden alcanzar acuerdos y consensos que se traduzcan en una mayor eficacia y eficiencia de estas prerrogativas.

¹⁸⁴ Giddens, Anthony, *óp. cit.*, pp. 9 y 10.

¹⁸⁵ Sen, Amartya, *óp. cit.*, pp. 18 y 19.

¹⁸⁶ *Ídem.*

Como ejemplo y vehículo para lograr lo anterior, podemos citar la Convención Americana sobre Derechos Humanos que ha sido adoptada por veinticinco países del continente americano, con la que se ha logrado una cierta homologación y ampliación en la regulación, configuración, respeto y garantía de los derechos humanos en los Estados Miembros. En este sentido, el artículo 1° de la Convención Americana establece el compromiso de los Estados Parte de respetar los derechos y libertades en ella reconocidos, y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna.

La globalización de los derechos humanos, en palabras de la autora Rosa María de la Torre¹⁸⁷, nos lleva a un cambio de paradigma que es mucho más que un simple viraje lingüístico o discursivo. Hoy en día nos encontramos ante un diálogo multinivel de los derechos fundamentales, en donde las constituciones se comunican en distintos planos. En consecuencia, nuestra Constitución Federal no es ya un ente aislado, sino que se transforma en un documento que tiene vasos comunicantes con los derechos de fuente internacional, específicamente en materia de derechos humanos.

Respecto de la globalización de los derechos humanos, Enrique Carpizo menciona que, para lograr un más eficaz y eficiente respeto de la dignidad humana de las personas, es indispensable

llevar a cabo una interpretación armónica del contenido de la Constitución y los derechos humanos de fuente internacional; es decir, partir de la idea de que esos derechos son una extensión al catálogo de los derechos expresos o implícitos previstos en la norma suprema y, por tanto, la interpretación debe ser en conjunto y beneficio de sus destinatarios: el ser humano y su entorno social, político, económico y ambiental¹⁸⁸.

¹⁸⁷ De la Torre Torres, Rosa María, "El nuevo paradigma de los derechos humanos en México: la constitucionalización del Derecho internacional", en Islas, Colín y Sánchez Cano, Julieta Evangelina (coords.), *Derechos humanos frente a una sociedad globalizada*, México, Editorial Porrúa, 2013, p. 2.

¹⁸⁸ Carpizo, Enrique, "El control de convencionalidad", en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Tomo V: *Derechos Humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 336.

Lo que pretendemos con lo que nosotros llamamos “globalización de los derechos humanos”, es alcanzar una fundamentación y justificación axiológica sólida del Derecho, y con ello una aceptación genuina y equitativa de los principios (derechos humanos) como orientadores de cada acción en toda la praxis jurídica¹⁸⁹. En palabras del autor Díez-Picazo, la internacionalización de las declaraciones de derechos humanos (globalización) “ha traído consigo un innegable efecto benéfico: la introducción de *standards* mínimos, por debajo de los cuales la comunidad internacional estima que no se respetan los derechos humanos”¹⁹⁰.

A pesar de lo pronunciada que se encuentra “la pendiente de la inequidad” originada por la globalización, estamos convencidos de que la desigualdad no es intrínseca a ésta, por lo que, a través de políticas coordinadas y adecuadas, los Estados-nación y los demás actores pueden direccionar su curso hacia objetivos de beneficio común. Asimismo, reiteramos que los derechos humanos son un ámbito en el que la globalización ha tenido –y sigue teniendo– resultados positivos, ya que se tiene un más alto margen de acción, lo que nos ha llevado, mediante la coordinación y homologación en su regulación, a un más eficaz y eficiente respeto de la dignidad humana. Para comprender la afirmación anterior, se torna necesario explicar qué son los derechos humanos, para así entender la globalización de los derechos humanos como *la afirmación de la afirmación de la dignidad humana*.

Pues bien, para comprender debidamente la importancia de la globalización de los derechos humanos –específicamente de la libertad de empresa, para los efectos de nuestra investigación–, los siguientes tópicos están destinados a desentrañar el concepto y los rasgos característicos de estas prerrogativas, así como la evolución que esta materia ha experimentado en el sistema jurídico mexicano, que sirve de marco a nuestra investigación.

¹⁸⁹ González Ibarra, Juan de Dios, *Hermenéutica juspolítica*, México, Editorial Fontamara, 2014, pp. 62 y 63.

¹⁹⁰ Díez-Picazo Giménez, Luis María, *óp. cit.*, pp. 28 y 29.

1.3.2. Derechos universales, interdependientes, indivisibles y progresivos.

Hoy en día, derivado de la propia globalización, nadie puede negar la existencia de ciertos derechos que son “inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier condición”¹⁹¹; mismos que se sustentan “en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona”¹⁹².

Es una realidad, que además constituye una de las premisas básicas de las que parte el presente trabajo de investigación, el reconocimiento que hace la sociedad occidental contemporánea de que todo ser humano, por el simple hecho de serlo, cuenta con derechos oponibles tanto al Estado como a los demás miembros de la sociedad, y que, por lo tanto, deben observarse, respetarse y garantizarse por todos sin excepción alguna¹⁹³, sin importar si se encuentran contemplados o no en un ordenamiento jurídico.

Como se ha podido apreciar en los párrafos anteriores, hemos hecho referencia y hemos descrito brevemente esos derechos universales, interdependientes, indivisibles y progresivos¹⁹⁴, sin haberlos bautizado todavía con nombre y apellido. El suspenso que imprimimos en la denominación que habremos de dar a estas prerrogativas, deriva de la importancia que tiene para nuestra investigación distinguir debidamente los conceptos derechos humanos y derechos fundamentales, que son los más utilizados en el argot normativo, jurisprudencial y doctrinario.

¹⁹¹ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, visible en el sitio de internet: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx> (consultado el 01 de septiembre de 2016).

¹⁹² Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, visible en el sitio de internet: http://www.cndh.org.mx/Que_son_Derechos_Humanos (consultado el 01 de septiembre de 2016).

¹⁹³ Nikken, Pedro, *Sobre el concepto de derechos humanos*, México, visible en el sitio de internet: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2062/5.pdf> (consultado el 01 de septiembre de 2016), p.23.

¹⁹⁴ Artículo 1º, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

1.3.3. Multiplicidad terminológica en la denominación de estos derechos.

En la actualidad, tanto en la legislación, como en la jurisprudencia y en la doctrina, ya sean éstas nacionales o extranjeras, encontramos un amplio catálogo de expresiones y vocablos que hacen referencia a los derechos en comento: derechos humanos, derechos fundamentales, derechos personalísimos, derechos individuales, derechos esenciales, derechos naturales, derechos públicos subjetivos, derechos morales, entre muchos otros.

Ante esta pluralidad de denominaciones surgen diversas interrogantes, siendo tres las que consideramos más importantes: ¿cuál es la razón de la multiplicidad de expresiones y vocablos para hacer referencia a la misma realidad normativa?, ¿cuáles son los términos que más se emplean? y ¿en qué se distinguen unos de otros?¹⁹⁵ Dar respuesta a los anteriores cuestionamientos es de crucial importancia para el desarrollo de nuestra investigación.

Respecto de la primera cuestión planteada, debemos decir que son múltiples los factores que influyen en la existencia del amplio catálogo terminológico antes citado. No obstante, el que consideramos que tiene un mayor peso es que, al ser bastante compleja la realidad a que aluden estos derechos, se han convocado múltiples disciplinas para su estudio, como, por ejemplo, la filosofía, el derecho, la antropología, la sociología, la ciencia política, la economía, entre muchas más; intervenciones que, en nuestra opinión, producen las múltiples expresiones a que hemos hecho referencia¹⁹⁶.

La segunda y tercera de las interrogantes planteadas las abordamos de manera conjunta, debido a que están estrechamente relacionadas. Pese a la existencia de la multiplicidad terminológica que hemos apuntado, nosotros centramos nuestra atención en los dos términos más recurrentes en la disciplina jurídica, tanto en el ámbito normativo como en el doctrinario y jurisprudencial:

¹⁹⁵ Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro de Jesús, *Derechos humanos*, México, Oxford University Press, 2011, p. 24.

¹⁹⁶ *Ibidem*, pp. 24 y 25.

derechos humanos y derechos fundamentales. Para efectos de nuestra investigación, tenemos un particular interés y es de especial importancia definir, comprender, diferenciar y reflexionar en torno a estos dos conceptos.

1.3.4. Dicotomía: Derechos humanos y derechos fundamentales.

¿A qué se refiere cada uno de estos conceptos?; ¿verdaderamente existe una diferencia entre ellos?; si existe una diferencia, ¿es ésta real o meramente teórica?; esta diferencia, en caso de existir, ¿nos es útil de alguna manera? Éstas y muchas más interrogantes se han formulado en torno a la dicotomía que abordamos en el presente tópico, por lo que estamos lejos de alcanzar un consenso doctrinario al respecto.

Como nuestra investigación pretende situarse en el nivel epistémico, que es el tercer momento del conocimiento¹⁹⁷, nosotros también fijamos, desarrollamos y defendemos nuestra postura al respecto. Consideramos que cuando se habla de derechos fundamentales, va implícita una referencia ineludible y necesaria a los derechos humanos. Sin embargo, es nuestro objetivo dejar claro que unos y otros no son exactamente lo mismo¹⁹⁸ e, inclusive, que su diferencia es objetiva y, además, deseable, ya que la misma da nacimiento a uno de sus rasgos esenciales, que es la progresividad.

Para empezar a clarificar la diferencia existente entre ambos términos, debemos decir que, en nuestra opinión, los derechos humanos son el género mientras que los derechos fundamentales son una especie de aquél. Es decir, no

¹⁹⁷ González Ibarra, Juan de Dios, *Epistemología jurídica*, 4ª ed., México, Editorial Porrúa, 2013, pp. 30-35 y 71-79. Nuestro querido maestro se refiere al conocimiento epistémico como el último momento cognitivo, que exige emplear la capacidad humana de la reflexión aplicada al conocimiento del conocimiento o saber jurídico. Nos permite admirarnos ante la realidad, trabajar en la frontera de lo conocido-desconocido, permite que la ciencia avance, permitiéndonos aportar un grano de arena al conocimiento universal, siendo innovadores.

¹⁹⁸ Bastida, Francisco J. *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, España, Tecnos, 2004, p. 13.

todos los derechos humanos son fundamentales y, por el contrario, todos los derechos fundamentales sí son humanos.

De conformidad con el autor Nogueira Alcalá, el término derechos fundamentales “se reserva generalmente a los derechos de la persona, que se encuentran reconocidos por algún ordenamiento jurídico”¹⁹⁹. De esta definición se desprende que no todos los derechos humanos se encuentran plasmados expresa y textualmente en las Constituciones nacionales o en los tratados internacionales; no obstante, aquellos que sí lo están, pasan de ser derechos humanos a ser derechos fundamentales, con todo lo que ello implica: se debe tener en cuenta su correcta interpretación y aplicación con base en las garantías estipuladas en los propios ordenamientos jurídicos que los reconocen²⁰⁰.

En ese contexto, el concepto de derechos humanos pone énfasis en el hecho de que existen bienes y prerrogativas que le corresponden al ser humano por el simple hecho de serlo, en cualquier tiempo y lugar, con independencia de si están o no reconocidos expresamente en algún ordenamiento jurídico (tratado o constitución)²⁰¹, los que se traducen en derechos inalienables y universales que protegen el halo de dignidad que acompaña a todos los individuos de la especie humana²⁰².

Por otro lado, el concepto de derechos fundamentales hace hincapié y subraya el reconocimiento que un tratado internacional o la propia Constitución hace de un derecho humano; constituyéndose dicha recepción positiva en su fuente de garantía, protección y aplicación efectiva, tanto por parte de las autoridades de los Estados como por parte de los demás integrantes de la sociedad²⁰³. Es decir,

¹⁹⁹ Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 58.

²⁰⁰ Esparza Martínez, Bernardino, *Derechos fundamentales. Jurisprudencia constitucional penal*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2013, p. 22.

²⁰¹ Ginebra Serrabou, Xavier y Negrete Reveles, Oscar (coords.), *Derecho de la competencia económica*, México, Editorial Porrúa y Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, 2012, p. 215.

²⁰² Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro de Jesús, *óp. cit.*, pp. 29 y 30

²⁰³ Aguilar Cavallo, Gonzalo, *Derechos fundamentales-Derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet:

cuando hablamos de un derecho fundamental, nos referimos a que un derecho humano está recogido expresamente en una disposición de derecho fundamental, y, en consecuencia, una disposición de esta naturaleza es un enunciado previsto en un ordenamiento jurídico, ya sea la constitución o un tratado internacional²⁰⁴.

La concreción y precisión de estas exigencias son necesidades intrínsecas al concepto de derechos humanos, pues éste exige su realización plena y efectiva, y ello sólo puede lograrse a través del derecho positivo, porque, de esta forma, se delimita el derecho para hacerlo exigible de una mejor manera en casos y circunstancias concretas. No obstante, esto no quiere decir que sin el reconocimiento del derecho positivo no sean exigibles los derechos humanos, sin embargo, es una realidad que, sin tal reconocimiento expreso, ya sea en una Constitución o en un tratado internacional, su vigencia y eficacia se vuelven más complicadas²⁰⁵.

En este sentido, podemos concluir que “el reconocimiento de la existencia de derechos que pertenecen a las personas por el hecho de serlo, derechos universales e inalienables, en medio del respeto a las diversidades particulares, constituye la base del avance del desarrollo cultural”²⁰⁶. La dicotomía entre derechos humanos y derechos fundamentales es una prueba tangible de que el juspositivismo y el jusnaturalismo no sólo no están en lucha, sino que, por el contrario, se interpenetran dinámicamente, y cada una de dichas corrientes tiene una función que asumir: mientras que el derecho positivo atiende a las necesidades actuales conforme ciencia construida y práctica cotidiana, el jusnaturalismo nos expresa lo ideal e inmutable a lo que deben aspirar las diversas normas jurídicas²⁰⁷.

<http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex127/BMD000012701.pdf> (consultado el 01 de septiembre de 2016), p. 35.

²⁰⁴ De los Reyes, Oscar, “La sociedad civil y el derecho al desarrollo”, en Briseño Senosain, Lilian (coord.), *Siglo XXI. Una oportunidad para México*, México, Editorial Porrúa, 2013, pp. 118.

²⁰⁵ Suárez-Rodríguez, José Julián, “Derechos naturales, derechos humanos y derechos fundamentales”, *Dikaion*, Colombia, año 30, vol. 25, núm. 2, diciembre de 2016, pp. 158 y 159.

²⁰⁶ Albanese, Susana, *El alcance de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano de las observaciones generales. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el control de convencionalidad*, Argentina, Ediar, 2013, p. 18.

²⁰⁷ González Ibarra, Juan de Dios, *Epistemología... cit.*, pp. 136 y 137.

1.3.5. La dignidad humana y la utilidad de la dicotomía derechos humanos-derechos fundamentales.

Tomando una postura firme respecto de las teorías que explican el fundamento de los derechos humanos²⁰⁸, consideramos que éstos encuentran su origen y valor básico en la dignidad humana de la persona²⁰⁹, que emana de su propia naturaleza y que significa considerar a las personas siempre como sujetos de derechos y nunca como instrumentos o medios para alcanzar un fin²¹⁰. Siguiendo al doctor González Ibarra, podemos afirmar que la dignidad humana, epistémicamente, es la fuente de los valores que nos ordena entender que la persona no tiene precio, al tratarse de un ser o ente pleno de valores²¹¹.

Al respecto, Immanuel Kant sostiene que la dignidad humana tiene como fundamento el imperativo categórico siguiente: “obra de tal modo que uses la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre a la vez como un fin, nunca meramente como medio”²¹². En este sentido, los entes que cuentan con el atributo de la dignidad son invaluableles, pues no existe una escala para medir su valor. Y esto no quiere decir que no tengan valor, sino que, por el contrario, su valor es de tal categoría que no se puede medir o comparar con el

²⁰⁸ Lacalle Noriega, María, *La persona como sujeto de derecho*, España, Editorial Dykinson, 2015, pp. 91-96. De conformidad con la autora en cita, las principales teorías que sostienen el fundamento de los derechos humanos, además de la que se basa en la dignidad humana, son: la concepción positivista, la basada en el consenso, la concepción historicista y la que se basa en la razón práctica.

²⁰⁹ Chueca, Ricardo, “La marginalidad jurídica de la dignidad humana”, en Chueca, Ricardo (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, p. 34. De conformidad con el autor en cita, la dignidad humana nace al derecho desde lo que hemos acordado en denominar convencionalmente el consenso antitotalitario asociado a los horrores de la Segunda Guerra Mundial. Se invocó específicamente en relación con los experimentos clínicos realizados con internos en los campos de concentración nazis a lo largo de los procesos de Núremberg, hasta el punto de convertir a la ciudad alemana en *nomen* identificador de las complejas regulaciones desarrolladas en el campo de la experimentación clínica con humanos y, más especialmente, en el campo del ensayo de nuevos fármacos.

²¹⁰ Moncho Pascual, Josep Rafael, *Sobre la dignidad humana*, España, Universitat de Valencia, visible en el sitio de internet: https://dspace.usc.es/bitstream/10347/1224/1/pg_191-204_agora21-2.pdf (consultado el 01 de septiembre de 2016), pp. 195 y 196.

²¹¹ González Ibarra, Juan de Dios y Díaz Salazar, José Luis, *Filosofía jurídica. Filosofar en la globalización y el garantismo*, México, Editorial Porrúa, 2013, p. 108.

²¹² Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, México, Editorial Porrúa, 2004, p. 49.

valor de otros entes²¹³. Todas las personas son valiosas *en sí mismas* y, por ese simple hecho, deben ser siempre consideradas como un fin *en sí mismas*²¹⁴.

En este sentido, la autora Lacalle Noriega considera que “dignidad de la persona quiere decir que ésta tiene valor en sí misma, independientemente de cualquier circunstancia o cualidad interna o externa. Por tanto, independientemente de su raza, credo, ideología, sexo, clase social, nacionalidad, etc.; también independientemente de su conducta, buena o mala, heroica o delictiva”²¹⁵.

Francisco Javier Ansuátegui²¹⁶, por su parte, menciona que la dignidad humana supone

a) un espacio de autonomía; b) acciones que no se pueden llevar a cabo, puesto que afectarían a la integridad; y c) una situación material que implique la satisfacción de ciertas necesidades, sin las cuales no se puede disfrutar de unas mínimas y aceptables condiciones de existencia. Así, la relación directa de los derechos con la dignidad no queda reducida a aquellos vinculados con la dimensión individual de la persona, sino que también se extiende a aquellos que tienen que ver con su dimensión social.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en una tesis de jurisprudencia obligatoria²¹⁷, ha dispuesto que “la dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral, sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica”; agregando que “funge como un

²¹³ Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro de Jesús, *óp. cit.*, p. 53.

²¹⁴ Lacalle Noriega, María, *óp. cit.*, pp. 91-96. De conformidad con la autora en cita, esta concepción parte de la idea de que todo ser humano es persona, que es un ser superior al resto de los seres vivos y que su dignidad se deriva de su propio ser y no de sus cualidades y circunstancias.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 48.

²¹⁶ Ansuátegui Roig, Francisco Javier, “Los derechos sociales en tiempos de crisis. Algunas cuestiones sobre su fundamentación”, en Benítez Bernuz, Ma. José y Calvo García, Manuel (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2014, p. 32.

²¹⁷ Tesis 1ª/J.37/2016 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, agosto 2016, p. 633. Esta tesis tiene el rubro siguiente: DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA.

principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad”; y concluye que, por medio de la dignidad humana, “se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta – en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada”.

Ahora bien, ¿de dónde viene o deriva el atributo de la dignidad humana de las personas?, ¿la dignidad humana es una revelación?, ¿es dada por un ser supremo o divino?, ¿deriva de algún texto?, ¿deviene de algún tratado internacional o constitución? Todas estas interrogantes se responden afirmando que la dignidad es más y se encuentra más allá de todo esto. La dignidad humana es inherente y, por lo tanto, deriva de la propia naturaleza del ser humano, teniendo una existencia *per se*. Y al tener una existencia *per se*, la dignidad humana y, como consecuencia necesaria, los derechos humanos que derivan de ella, existen, son válidos y exigibles en el lugar y tiempo en que nos ubiquemos, con independencia de que se encuentren reconocidos en algún tratado internacional o constitución.

No obstante la validez *per se* de los derechos humanos, consideramos que es deseable y mayormente efectivo que éstos se encuentren reconocidos expresa, clara y textualmente en algún tratado internacional o en la constitución; esto con el propósito de que, erigidos como derechos fundamentales y acompañados de las garantías adecuadas, su observancia, cumplimiento, aplicación y exigibilidad adquieran una mayor eficacia y eficiencia en beneficio de la dignidad de las personas. De lo contrario, tal cual lo afirma el doctor González Ibarra, “sin garantías, los derechos fundamentales carecen de certeza en su cumplimiento”²¹⁸.

²¹⁸ González Ibarra, Juan de Dios y Díaz Salazar, José Luis, *óp. cit.*, p. 85.

En consecuencia, los derechos fundamentales son los derechos humanos que se consideran más importantes en un momento y lugar determinados, por lo que se reconocen expresamente en un tratado internacional y/o en una constitución, gozando así de una más eficiente y eficaz tutela por parte del Estado u organismo internacional de que se trate. La idea es que, al positivizar estos derechos humanos y regular las garantías que les servirán de escudo y espada, se generen obligaciones más concretas y determinadas –o determinables- a cargo de los Estados-nación y de los demás integrantes de la sociedad.

En seguimiento de lo anterior, podemos definir las garantías como “mecanismos de protección de los intereses o de las necesidades que constituyen el objeto de un derecho”²¹⁹, las cuales son configuradas y reguladas en el ordenamiento jurídico de que se trate, que, en materia de derechos fundamentales, la mayoría de las ocasiones será un tratado internacional o una constitución. En este sentido, Luigi Ferrajoli²²⁰ considera que pueden existir garantías de prohibición que sirven para garantizar los derechos humanos de libertad, no sólo frente a los poderes estatales sino también frente a los poderes privados; así como garantías que ordenan prestaciones positivas en amparo, principalmente, de derechos económicos, sociales y culturales.

Tras el análisis de esta dicotomía, nuestra postura es que, con independencia de la validez *per se* de los derechos humanos que deviene de la dignidad humana, por cuestiones prácticas y en beneficio de las personas, consideramos oportuno y deseable que éstos sean reconocidos e incorporados expresamente, tanto en los tratados internacionales como en la Constitución, ya que de esta forma, consagrados como derechos fundamentales, su promoción, respeto, protección y garantía puede tornarse más eficaz y eficiente por conducto de las garantías que al efecto se establecen –deben establecerse- en dichos cuerpos normativos.

²¹⁹ Wilhelmi, Marco Aparicio, y Pisarello, Gerardo, *Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas*, visible en el sitio de internet: http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Aparicio_y_Pisarello_DD_HH_y_Garantias.pdf (consultado el 01 de septiembre de 2016), p. 150.

²²⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, España, Editorial Trotta, 1995, pp. 860 y 861.

A efecto de ilustrar lo anterior y utilizando como ejemplo el derecho a la salud en nuestro país –derecho humano de carácter social-, debemos decir que, a pesar de que se encuentra reconocido expresamente en la Constitución Mexicana y en el Sistema Americano de Derechos Humanos, resulta bastante complicado lograr su plena y efectiva promoción, respeto, protección y garantía, aún y cuando está respaldado por todas las garantías consagradas en dichos sistemas.

Como ejemplo paradigmático tenemos el llamado *Caso Mini Numa* (amparo 1157/2007-II, radicado en el Juzgado Séptimo de Distrito del Estado de Guerrero), en el cual se concedió el amparo a los quejosos por considerar vulnerado su derecho fundamental a la salud, ordenando a las autoridades cumplir con los lineamientos del Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS), en orden a: 1) que la casa de salud proporcionada por los habitantes de la comunidad sea debidamente acondicionada, con mobiliario y medicinas, y que se cumpla con la cartera de servicios establecida en el propio MIDAS, y 2) que el centro de salud de la cabecera municipal sea también debidamente acondicionado y surtido de insumos, así como del personal médico adecuado²²¹. A pesar de que es un ejemplo reciente, se trata de un caso resuelto favorablemente (excepción) entre muchos otros que no lo son, o que, incluso, ni siquiera se plantean en Tribunales (regla).

En vista de lo anterior, los invitamos a reflexionar epistémicamente sobre la necesidad del reconocimiento positivo de los derechos humanos, tanto en nuestra Constitución como en los tratados internacionales aplicables a nuestro país, para así dar paso a su formulación y operatividad como derechos fundamentales. De no haber estado reconocido expresamente el derecho humano a la salud tanto en la Constitución Mexicana como en el Sistema Americano de Derechos Humanos y, por ende, no haber contado de manera expresa con las garantías jurídicas que ofrecen dichos sistemas, ¿somos capaces de imaginar cuánto más complejo

²²¹ Acuña, José Manuel, *El caso Mini Numa. Nuevos rumbos para la protección de los derechos sociales a través del juicio de amparo en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3065/4.pdf> (consultado el 01 de septiembre de 2016), p. 49.

hubiese sido alcanzar su respeto, protección y garantía de manera verdaderamente eficiente y eficaz?

1.3.6. Reforma a la Constitución Mexicana en materia de derechos humanos (junio de 2011).

El 10 de junio del año 2011, se publicó en el Diario Oficial de la Federación una reforma constitucional de gran calado en materia de derechos humanos²²², misma que, de conformidad con el artículo primero transitorio, entró en vigor al día siguiente de su publicación. Esta reforma es trascendental para la vida jurídica de nuestro país, es un verdadero cambio de paradigma jurídico-constitucional, pues introduce un nuevo marco normativo de los derechos humanos que empieza a generar una nueva comprensión del Derecho y los derechos (abandonando, en consecuencia, el término de “garantías individuales”)²²³, constituyéndose así en un punto de partida histórico para México, pues el contenido de esta reforma constitucional es la base de un profundo cambio en la manera de comprender y llevar a la práctica los derechos humanos, fundamentalmente a través de su interacción con el derecho internacional²²⁴.

Al margen de que dicha reforma constitucional, como es lógico, tuvo como origen formal una iniciativa legislativa presentada en el Congreso de la Unión, la verdad de las cosas es que, tal como lo sostiene el autor Carreón Gallegos²²⁵, esta

²²² Para consultar el contenido completo de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011, así como un cuadro comparativo y una descripción del proceso legislativo de la misma, véase: <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/10Junio.html> (consultado el 25 de julio de 2018).

²²³ Morales Sánchez, Julieta, “Reforma constitucional de derechos humanos: hacia un nuevo derecho en México”, *Programa Universitario de Derechos Humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México*, núm. 19, septiembre de 2014. De conformidad con la autora en cita, esta reforma trascendental, que buscó fortalecer el sistema de reconocimiento y protección de los derechos humanos en México, implicó la modificación de 11 artículos constitucionales: 1º, 3º, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105.

²²⁴ Carreón Gallegos, Ramón Gil, *Los derechos fundamentales en México. Su génesis y evolución*, España, Universidad Carlos III de Madrid, visible en el sitio de internet: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/24365> (consultado el 31 de mayo de 2018), p. 217

²²⁵ *Ibidem*, p. 150.

enmienda a la *Carta Magna* fue el resultado de una serie de sucesos que, directa e indirectamente, generaron un ambiente propicio para las modificaciones en materia de protección de derechos humanos, en las que, en nuestra opinión, jugó un papel determinante la ya descrita globalización de los derechos humanos²²⁶, a través de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenando al Estado Mexicano:

- a) La progresiva democratización de nuestro país, con el consiguiente rompimiento de la hegemonía de un solo partido político;
- b) La reforma política de 1977;
- c) La creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en 1990;
- d) La autonomía del Poder Judicial Federal, específicamente en relación con la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1994, que es considerada como la más amplia y profunda que se ha producido en esta materia.
- e) La reforma en materia de derechos humanos vio la luz en el contexto de una grave crisis de inseguridad pública, que generó miles de muertes violentas relacionadas con el crimen organizado.
- f) Asimismo, dicha reforma se gesta cuando en el país se acumulaban las primeras sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde el Estado Mexicano había sido declarado responsable de violaciones a los derechos humanos, confirmándose a nivel internacional que nuestro país exhibe profundas deficiencias en la tutela y protección de estas prerrogativas: 1) Caso González y otras (“Campo Algodonero”) contra México; 2) Caso Fernández Ortega y otros contra México; 3) Caso Rosendo Cantú y otra contra México; 4) Caso Castañeda Gutman contra México; y, sin duda alguna el más representativo, 5) Caso Radilla Pacheco contra México²²⁷.

²²⁶ *Supra*, 1.3.1. Globalización de los derechos humanos: Afirmación de la afirmación de la dignidad humana.

²²⁷ Carreón Gallegos, Ramón Gil, *óp. cit.*, pp. 150-159.

Ahora bien, por cuanto al contenido sustancial de la reforma constitucional que nos ocupa, consideramos que la disposición más significativa es el nuevo artículo 1º, en el que se contienen los elementos más importantes del nuevo paradigma jurídico nacional en materia de protección de los derechos humanos:

Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Tomando como base el artículo 1° aquí transcrito, de conformidad con los autores Morales Sánchez²²⁸ y Carreón Gallegos²²⁹, podemos afirmar que los principales cambios que se produjeron con la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, son los siguientes:

- a) Se transforma la denominación del Capítulo I, Título Primero, para pasar de “De las garantías individuales” a “De los derechos humanos y sus garantías”.
- b) Se reconoce constitucionalmente a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales al mismo nivel que los consagrados en la norma fundamental (el llamado bloque de convencionalidad).
- c) Se introducen nuevos principios de interpretación de los derechos fundamentales. Estas disposiciones se traducen en interpretar las normas de derechos humanos conforme al parámetro de constitucionalidad-convencionalidad y, además, se prevé la aplicación del principio *pro persona*, por el que todas las autoridades que aplican la ley quedan obligadas a preferir aquella norma o aquella interpretación que mejor proteja al ser humano.
- d) Se establece que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.
- e) Se obliga al Estado a prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

Complementando los anteriores puntos, los órganos del Poder Judicial de la Federación han pronunciado numerosas tesis y jurisprudencias interpretando el referido artículo 1° constitucional y, en general, delimitando el nuevo paradigma de protección de los derechos humanos en México, siendo las mas relevantes dos decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitidas en los años 2011 y 2013²³⁰:

²²⁸ Morales Sánchez, Julieta, *óp. cit.*

²²⁹ Carreón Gallegos, Ramón Gil, *óp. cit.*, pp. 176-206.

²³⁰ Morales Sánchez, Julieta, *óp. cit.*

La primera de ellas fue en el expediente Varios 91/2010, resuelto en julio de 2011, producido a raíz de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Radilla Pacheco. En ella se determinó que las sentencias emitidas por la Corte Interamericana en contra de México serían vinculantes para los jueces mexicanos y las pronunciadas en contra de otros países se constituirían como un referente orientador. También se decidió que todos los jueces mexicanos debían ejercer el control de convencionalidad, por lo que se estableció un nuevo sistema de control constitucional-convencional en México, pasando del modelo concentrado a uno difuso o híbrido. Finalmente, se sostuvo que todas las violaciones a los derechos humanos debían ser conocidas por la jurisdicción ordinaria o civil, nunca por la militar.

Posteriormente, [...] la Suprema Corte resolvió la contradicción de tesis 293/2011 en la cual se sostuvo que en México existe un bloque de constitucionalidad, como parámetro de control de regularidad constitucional, que se integra por el conjunto de derechos humanos tanto de fuente nacional (constitucional propiamente hablando) como internacional (tratados internacionales). [...] La aplicación de estos derechos se realiza mediante el principio *pro persona*. [...]

Por último, dentro de la misma contradicción de tesis 293/2011, se decidió que todas las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para los jueces mexicanos, sin importar si fue México el país condenado.

Una vez descrito el panorama general de la reforma constitucional de junio de 2011, pasamos a revisar con mayor detenimiento los rasgos esenciales de los derechos humanos y sus garantías, poniendo especial énfasis en los derechos económicos, sociales y culturales que son de nuestro especial interés (nosotros consideramos que la libertad de empresa es un derecho de carácter económico), concluyendo con una breve crítica que subraya la insuficiencia y los defectos de la multicitada reforma.

1.3.7. Rasgos esenciales de los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano.

En el nuevo paradigma jurídico-constitucional que está vigente en México desde el mes de junio de 2011, los derechos humanos tienen, entre otras, las siguientes características y rasgos esenciales:

a) El principio de universalidad significa que los derechos humanos corresponden a todas las personas por igual, es decir, son de tal importancia que toda persona debe disfrutar de ellos por el simple hecho de su naturaleza humana. Todos los seres humanos somos esencialmente iguales y, por lo tanto, tenemos los mismos derechos²³¹. Al respecto, el autor Ovalle Favela considera que “la universalidad consiste, por un lado, en la naturaleza propia de los derechos humanos que pertenecen a todos los seres humanos; pero también significa que no pueden desconocerse, limitarse ni restringirse aduciendo diferencias de regímenes políticos, sociales y culturales”²³².

Nosotros entendemos el principio de universalidad en el sentido de que los derechos humanos pertenecen a todas las personas con independencia de la nación, época y/o situación en que se encuentren, por el simple hecho de su naturaleza humana. En otras palabras, todas las personas están dotadas de los mismos derechos humanos sin poderse realizar distinción discriminatoria de ningún tipo en su reconocimiento, garantía, observancia y/o aplicación.

b) El principio de interdependencia implica que los derechos humanos se encuentran ligados entre sí, de tal manera que todos tienen el mismo valor y, por tanto, no se puede dar una preferencia *per se* de uno sobre otro. Esto quiere decir que el Estado debe garantizar íntegramente el respeto y observancia de todos los derechos humanos en su integridad²³³. El autor José Francisco Cilia López, por su

²³¹ Comisión Nacional de los Derechos Humanos e Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, *Derechos humanos en el artículo 1° constitucional: obligaciones, principios y tratados*, México, Biblioteca Constitucional CNDH-INEHRM, 2015, p. 17.

²³² Ovalle Favela, José, “Derechos humanos y garantías constitucionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 49, núm. 146, mayo-agosto de 2016, p. 166.

²³³ Comisión Nacional de los Derechos Humanos e Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, *óp. cit.*, p. 18.

parte, simplifica este principio al mencionar que “los derechos humanos son interdependientes en tanto establecen relaciones recíprocas entre ellos”²³⁴.

c) El principio de indivisibilidad, que está estrechamente relacionado con el de interdependencia, se refiere a que todos los derechos humanos “poseen un carácter inseparable pues son parte del ser humano y derivan de su dignidad. Cuando se ejerce un derecho humano, la autoridad y las demás personas deben respetar no sólo ese derecho, sino todos aquellos que se le vinculen”²³⁵.

Nosotros entendemos la indivisibilidad de los derechos humanos como el hecho de que, al derivar todos y cada uno de ellos de la dignidad humana, se encuentran interconectados e interrelacionados entre sí, por lo que siempre deben considerarse e interpretarse en su conjunto, para de esta forma garantizar su debida aplicación, observancia y garantía. En otras palabras, el lesionar un determinado derecho humano implica necesariamente el menoscabo de todos los demás en cierta medida, y, a la inversa, el realizar un derecho humano específico necesariamente abona a la observancia de todos los demás, pues están indivisiblemente conectados.

Para una correcta diferenciación de los principios antes descritos –los de interdependencia e indivisibilidad-, nos apoyamos en los autores Luis Daniel Vázquez y Sandra Serrano, quienes consideran que “la palabra interdependencia expresa vinculación entre derechos, y la palabra indivisible, la negación de separación entre ellos. Es decir, los derechos humanos son interdependientes en tanto establecen relaciones recíprocas entre ellos, y son indivisibles en la medida en que no deben tomarse como elementos aislados o separados, sino como un conjunto”²³⁶.

²³⁴ Cilia López, José Francisco, *Los derechos humanos y su repercusión en el control de constitucionalidad y convencionalidad*, México, Editorial Porrúa, 2015, p. 20.

²³⁵ Comisión Nacional de los Derechos Humanos e Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, *óp. cit.*, p. 18.

²³⁶ Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <http://corteidh.or.cr/tablas/r29011.pdf> (consultado el 30 de septiembre de 2016), p. 152.

d) El principio de imprescriptibilidad, por su parte, deriva de la importancia de los derechos humanos, estableciendo su preeminencia al declararlos imprescriptibles, por lo que las relaciones jurídicas que se constituyen alrededor de los mismos no desaparecen por el mero transcurso del tiempo²³⁷. En este sentido, los derechos humanos son tan importantes que resisten el transcurso del tiempo.

e) El principio de inalienabilidad de los derechos humanos implica que, derivado de su trascendental importancia, no pueden ser enajenados. Es decir, las personas titulares no pueden disponer de un derecho humano, ni tampoco destruirlo total o parcialmente, de modo que el ejercicio de éste se torne imposible²³⁸. Los derechos humanos son tan importantes que inclusive están protegidos de las acciones dispositivas de sus propios titulares.

f) El principio de progresividad que caracteriza a los derechos humanos, en palabras del doctor Jorge Carpizo²³⁹, “implica que su concepción y protección nacional, regional e internacional se van ampliando irreversiblemente, tanto en lo que se refiere al número y contenido de ellos como a la eficacia de su control”; agregando que es este principio el que

permite que se incorporen nuevos derechos humanos a la Constitución, que se precisen y amplíen los ya reconocidos, que se eliminen o atemperen limitaciones, que se establezcan nuevas prohibiciones o límites al legislador, que se creen nuevas garantías procesales para su protección o se perfeccionen las existentes, que se ratifiquen instrumentos internacionales que amplían la defensa de los derechos, pero una vez reconocidos, tal acción es irreversible porque, como con toda precisión se ha asentado, sería un contrasentido, un absurdo que lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental.

²³⁷ Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro de Jesús, *óp. cit.*, pp. 68 y 69.

²³⁸ *Ibidem*, pp. 69-72.

²³⁹ Carpizo, Jorge, *Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n25/n25a1.pdf> (consultado el 01 de octubre de 2016), pp. 21 y 22.

El principio de progresividad es precisamente el pilar que sostiene una de las propuestas periféricas de nuestra investigación, ya que es la característica que nos permite sugerir el reconocimiento expreso del derecho humano a la libertad de empresa como un derecho fundamental en el seno del Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos. De esta manera, estaremos ampliando progresivamente el catálogo de derechos humanos tutelados y garantizados en prácticamente la totalidad de la región latinoamericana y, a su vez, estaremos dotando de una mayor fuerza a esta libertad fundamental en el sistema jurídico mexicano, derivado de la eficacia directa, de las garantías y de los medios de control previstos en los instrumentos que integran el sistema interamericano de referencia.

g) La eficacia directa implica que los derechos humanos reconocidos en la Constitución y/o en los instrumentos internacionales ratificados por un Estado determinado, vinculan de manera obligatoria a todos y cada uno de los poderes públicos, autoridades, grupos y personas que lo integran, y para ello no es necesario que una ley secundaria desarrolle los alcances del derecho humano de que se trate²⁴⁰. En otras palabras, los derechos humanos, dada su relevancia, tienen eficacia directa y *erga omnes* frente a todos los poderes públicos, las autoridades y la sociedad, estando todos ellos obligados a observarlos y respetarlos.

En este sentido, los derechos humanos poseen fuerza vinculante *erga omnes*, siendo plenamente aplicables no sólo en las relaciones que se dan entre los particulares y el Estado, sino que también despliegan sus efectos en las relaciones entre particulares, concepción que se materializa en nuestra Constitución, por ejemplo, a través del juicio de amparo²⁴¹.

²⁴⁰ Nogueira Alcalá, Humberto, *Las características de los derechos esenciales o derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1094/6.pdf> (consultado el 01 de octubre de 2016), p. 76.

²⁴¹ Cilia López, José Francisco, *óp. cit.*, p. 24.

h) El principio pro persona, también denominado *pro homine*, es un principio interpretativo de los derechos humanos que significa “en favor de la persona”, e implica que, cuando un Juez o cualquier otra autoridad tenga que elegir entre varias normas para aplicar a un caso concreto o cuando a una misma norma se le puedan dar diversas interpretaciones, deberá elegir aquella que sea más benéfica para la persona, no importando si está contemplada en la Constitución, en un tratado internacional o en una ley, porque en todo momento se debe elegir aquella alternativa que sea más benéfica para el ser humano²⁴²: “expansivamente cuando se trate de normas que confieran derechos, y limitadamente cuando se refieran a normas que establecen restricciones a los derechos”²⁴³.

i) Consecuencia de todos los principios reseñados anteriormente, los derechos humanos, con independencia de la fuente de la que deriven, son norma suprema del ordenamiento jurídico mexicano²⁴⁴. Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación²⁴⁵ determina que, en materia de derechos humanos, “el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano”, lo que implica que “los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación”.

²⁴² Comisión Nacional de los Derechos Humanos e Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, *óp. cit.*, p. 16.

²⁴³ Carreón Gallegos, Ramón Gil, *óp. cit.*, p. 176.

²⁴⁴ Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

²⁴⁵ Tesis 1a./J. 107/2012 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, octubre de 2012, p. 799. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE”.

Ahora bien, para el caso de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico mexicano –la Constitución y los tratados internacionales–, la Primera Sala de la Corte, con base en la misma jurisprudencia antes citada, ha establecido que,

la elección de la norma que será aplicable –en materia de derechos humanos–, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1º constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano²⁴⁶.

Todas las características y/o principios anteriormente descritos son inherentes a todos los derechos humanos y operan aun cuando éstos no estén reconocidos en ningún ordenamiento jurídico nacional o internacional, ya que, derivado de la dignidad humana que les sirve de fundamento, son válidos con independencia de su reconocimiento expreso por parte de los Estados y/o de los organismos internacionales (principio de universalidad).

Reiterando nuestra postura respecto de la dicotomía que analizamos anteriormente²⁴⁷, consideramos que, no obstante la validez *per se* de los derechos humanos y la consecuente operatividad de sus rasgos característicos con independencia de su reconocimiento positivo, por cuestiones prácticas y en

²⁴⁶ Este criterio interpretativo en el que, en materia de derechos humanos, se sitúa en el mismo plano a la Constitución Mexicana y a los tratados internacionales, constituye una excepción a la regla general de que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal. *Cfr.* Tesis P. LXXVII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, noviembre de 1999, p. 46. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.

²⁴⁷ *Supra*, 1.3.4. Dicotomía: Derechos humanos y derechos fundamentales.

beneficio de las personas, consideramos oportuno y deseable que estas prerrogativas se reconozcan e incorporen en las constituciones y en los tratados internacionales –constituyéndose así en derechos fundamentales–, para que, de esta forma, acompañados de las garantías adecuadas, se fortalezcan los efectos derivados de sus rasgos esenciales, haciendo más eficaz y eficiente su promoción, respeto, protección y garantía. En este orden de ideas, en el siguiente epígrafe desarrollamos el tema referente a las garantías, entendidas como las técnicas de defensa y justiciabilidad de los derechos humanos tendientes a lograr su plena efectividad.

1.3.8. Las garantías de los derechos humanos.

Como bien lo apunta el doctor Santiago Sastre, si acudimos a los textos jurídicos con ánimo de indagar el lenguaje con el que se expresan tanto el legislador como los operadores jurídicos, no resulta complicado reconocer que uno de los términos más empleados, sobre todo si nos situamos en los niveles más altos del sistema jurídico, es el de garantía y con él, el verbo garantizar²⁴⁸. En este sentido, es de suma importancia entender el concepto de las llamadas garantías y, sobre todo, distinguirlas conceptualmente de los derechos humanos, para así comprender a cabalidad la relación que existe entre estos dos términos. El presente epígrafe lo desarrollamos siguiendo el pensamiento de Luigi Ferrajoli plasmado en su obra titulada “Derechos y garantías. La ley del más débil”²⁴⁹.

En términos generales, “las garantías son las técnicas empleadas para asegurar y dotar de eficacia algo que es considerado especialmente valioso”²⁵⁰. Trasladando lo anterior al plano de los derechos humanos, partiendo del primer párrafo del artículo 1º de la Constitución Mexicana y de conformidad con la Primera

²⁴⁸ Sastre Ariza, Santiago, *Derecho y garantías*, visible en el sitio de internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174824.pdf> (consultado el 14 de agosto de 2017), p. 47.

²⁴⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4ª ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, España, Editorial Trotta, 2004, pp. 43 y 59-65.

²⁵⁰ Sastre Ariza, Santiago, *óp. cit.*, p. 47.

Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación²⁵¹, “las garantías de protección de los derechos humanos son técnicas y medios que permiten lograr la eficacia de los mismos [...], (sin las cuales) el goce de los derechos que reconoce nuestro orden constitucional no puede materializarse en las personas”.

Por su parte, para Luigi Ferrajoli²⁵² “los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas positivas o negativas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión)”; y, en este sentido, denomina a) garantías primarias a dichas obligaciones y prohibiciones y b) garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias. En seguimiento de lo anterior, el autor en cita considera que las garantías son “las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”; técnicas de defensa y justiciabilidad que deben ser predicables de la totalidad de los derechos humanos y no únicamente de los llamados civiles y políticos.

La distinción entre derechos humanos y garantías, de conformidad con el pensamiento Ferrajoliano²⁵³, es de enorme importancia no sólo desde el punto de vista teórico sino también en el plano metateórico:

- a) En el plano teórico, implica que la relación entre expectativas (derechos humanos) y garantías (primarias y secundarias) no es de naturaleza empírica sino normativa, por lo que puede ser contradicha por la existencia de lagunas y/o antinomias. Es decir, la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos tienen la obligación de colmar, del mismo modo que las violaciones de derechos cometidas por los

²⁵¹ Tesis 1ª CCLXXXVII/2014 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, agosto de 2014, p. 529. Esta tesis tiene el rubro siguiente: DERECHOS HUMANOS. NATURALEZA DEL CONCEPTO “GARANTÍAS DE PROTECCIÓN”, INCORPORADO AL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, VIGENTE DESDE EL 11 DE JUNIO DE 2011. Los paréntesis son nuestros.

²⁵² Ferrajoli, Luigi, *Derechos... cit.*, pp. 43 y 59-65.

²⁵³ *Ibidem*, p. 63.

poderes públicos contra sus ciudadanos deben ser concebidas como antinomias indebidas, que es obligatorio sancionar como actos ilícitos o anular como actos inválidos.

- b) En el plano metateórico, la distinción entre derechos humanos y garantías desempeña un doble papel: es crítica y normativa de la ciencia jurídica en relación con su objeto: es crítica en relación con las lagunas y antinomias que tiene el deber de poner de relieve, y normativa respecto de la legislación y la jurisdicción a las que impone cubrir las primeras y reparar las segundas.

Hablando ahora de los derechos económicos sociales y culturales (de ahora en adelante DESC) –dentro de los que, en nuestra opinión, se encuentra la libertad de empresa como un derecho económico–, no existe razón válida para considerar que éstos no sean garantizables del mismo modo que los demás derechos humanos²⁵⁴. Si bien es cierto, la enunciación constitucional de estos derechos no se ha visto acompañada de las garantías adecuadas –que, por otro lado, sí arropan a la mayoría de los derechos civiles y políticos–, existen dos hechos fundamentales que hacen evidente la posibilidad de una verdadera defensa y justiciabilidad de los DESC: en primer lugar, la tesis de la no susceptibilidad de tutela judicial de estos derechos resulta desmentida por la experiencia jurídica más reciente, que, por distintas vías, ha visto ampliar sus formas de protección jurisdiccional²⁵⁵; y, en segundo lugar, más allá de su defensa y justiciabilidad, los DESC tienen el carácter de principios informadores del sistema jurídico en su integridad (dimensión objetiva), por lo que son ampliamente utilizados en la solución de controversias principalmente por los tribunales constitucionales²⁵⁶.

²⁵⁴ Ríos Pimentel, Óscar Fernando, “La reforma constitucional en derechos humanos y amparo, una luz para los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 30, enero-junio de 2014, p. 286.

²⁵⁵ Bilchitz, David, *Pobreza y derechos fundamentales. La justificación y efectivización de los derechos socioeconómicos*, trad. de Jorge A. Portocarrero Quispe, España, Marcial Pons, 2017, pp. 190 y 191. De conformidad con el autor en cita, las Cortes no son criticadas por ordenar se otorgue representación legal a los no representados, o por ordenar que todos los ciudadanos cuenten con derecho al voto en una sociedad: ¿Por qué entonces deben ser criticados por ordenar a un Estado el asegurar que las personas se vean provistas con suficiente alimentación a fin de evitar la malnutrición, o bien, que cuenten con los elementos necesarios para desempeñar la actividad económica lícita de su preferencia?

²⁵⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derechos... cit.*, p. 64.

En vista de lo anterior, queda evidenciado que los obstáculos para la efectividad de los DESC son de naturaleza política, por lo que el desafío lanzado a las fuerzas democráticas es, precisamente por ello, político, y consiste, hoy más que nunca, en la lucha por el reconocimiento de los derechos y, sobre todo, por una debida configuración de sus garantías²⁵⁷. En este sentido, con el presente trabajo de investigación proponemos una teoría completa sobre el derecho humano a la libertad de empresa, para que, de esta forma, acompañado de las garantías adecuadas, deje de ser un “derecho de papel” y adquiera una verdadera efectividad dentro del sistema jurídico mexicano, especialmente en relación con el papel crucial que juegan los micro, pequeños y medianos empresarios en nuestra economía.

Es por ello que, a pesar de los beneficios que trae consigo el reconocimiento expreso de los derechos fundamentales, ya sea en una constitución nacional o en algún instrumento internacional, resulta particularmente complicado lograr un verdadero cumplimiento y respeto de los DESC, ya que, en el sistema jurídico mexicano, no se cuenta con una teoría constitucional completa al respecto. Por esta razón, dedicamos los siguientes tópicos al análisis de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de los cuales ubicamos a la libertad de empresa como un derecho económico. Sin embargo, por cuestiones metodológicas y para mantener el hilo conductor que da coherencia al presente capítulo, antes de entrar de lleno al estudio específico de los derechos económicos, sociales y culturales, formulamos una crítica a la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, por considerar que la misma es defectuosa e insuficiente.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 65.

1.3.9. Crítica a la reforma constitucional en materia de derechos humanos: Un nuevo paradigma insuficiente e incompleto.

Sin perjuicio de todo lo anterior y no obstante que la reforma constitucional de 2011 constituye un cambio de paradigma en materia de protección de derechos humanos en nuestro país, consideramos que esta reforma es incompleta, ya que, tal como lo sostiene el autor Anzures Gurría²⁵⁸, el Constituyente Permanente no incluyó la doctrina constitucional más avanzada sobre la teoría general de los derechos fundamentales, ya que en ninguna de las modificaciones se hace referencia ni se establecen las bases para determinar sus elementos esenciales: su significado; su naturaleza jurídica; su contenido esencial; sus dimensiones subjetiva y objetiva; su objeto; sus límites; entre otros. Por el contrario, esta enmienda constitucional únicamente adoptó los conceptos básicos y genéricos del derecho internacional de los derechos humanos; en este sentido, la reforma se denominó en “derechos humanos” y no en “derechos fundamentales”.

Por estas razones es que, a pesar del gran calado de la reforma que nos ocupa, opinamos firmemente que el cambio de paradigma producido en materia de derechos humanos en México es incompleto e insuficiente, ya que, en nuestra opinión, los principios del derecho internacional de los derechos humanos, por sí solos, no alcanzan para lograr una verdadera vigencia y operatividad de estas prerrogativas en la realidad social, económica y jurídica de nuestro país. Para construir una verdadera cultura de los derechos humanos es necesaria una teoría constitucional vanguardista debidamente estructurada (teoría general de los derechos fundamentales), en la que, como mínimo, se establezcan las bases para determinar los elementos básicos de estas prerrogativas, pues constituyen un presupuesto indispensable para lograr su verdadera efectividad: su significado; su naturaleza jurídica; su contenido esencial; sus dimensiones subjetiva y objetiva; su objeto; su titularidad; los sujetos obligados; sus límites; y medios de garantía.

²⁵⁸ Anzures Gurría, José Juan, “La dimensión objetiva de los derechos fundamentales en México”, *Dikaion*, vol. 26, núm. 1, 2017, p. 58.

En la actualidad, a pesar de que en el sistema jurídico mexicano existen criterios jurisprudenciales que, de manera aislada y desarticulada, hacen referencia a estos elementos básicos de los derechos humanos, consideramos que en nuestro país no existe una teoría general de los derechos fundamentales debidamente estructurada, lo que se traduce en múltiples deficiencias a la hora de la interpretación y aplicación de todos estos derechos (no únicamente de la libertad de empresa), por lo que, como consecuencia lógica necesaria, se ven mermadas su vigencia, efectividad y operatividad.

Es por estas deficiencias que, en el estudio crítico-propositivo que en la presente investigación realizamos sobre la libertad de empresa en el sistema jurídico mexicano, partimos de la teoría general de los derechos fundamentales más avanzada, y, de esta manera, desentrañamos el significado y el contenido de la fórmula en la que esta libertad económica está reconocida en el artículo 5° constitucional, proponiendo los principios hermenéuticos que sirvan para determinar los elementos básicos de este derecho fundamental, a partir de los cuales se logre su plena efectividad y operatividad en la realidad social, económica y jurídica de nuestro país: su significado; su naturaleza jurídica; su contenido esencial; sus dimensiones subjetiva y objetiva; su objeto; su titularidad; los sujetos obligados; sus límites; sus medios de garantía; entre otros²⁵⁹.

²⁵⁹ *Infra*, CAPÍTULO CUARTO: EL DERECHO HUMANO A LA LIBERTAD DE EMPRESA.

1.4. Los derechos económicos, sociales y culturales²⁶⁰.

No obstante que, de manera general, el papel de la globalización en el desarrollo de los derechos humanos es positivo²⁶¹, su difusión, evolución y consolidación –tanto en la legislación, como en la jurisprudencia y en la doctrina–, no han alcanzado por igual a todos esos derechos en nuestro país; esto a pesar de que todos ellos, de manera interdependiente e indivisible, son igualmente importantes para consolidar la dignidad humana de las personas. En ese sentido, los DESC no están hoy generalmente reconocidos –ni en la doctrina ni en las legislaciones positivas– al mismo nivel que los derechos civiles y políticos²⁶². En pocas palabras, los DESC están rezagados en comparación con los de carácter civil y político.

Lastimosamente, el evidente confinamiento de los DESC en diversos instrumentos internacionales sobre protección de derechos humanos ha dado lugar a numerosos equívocos e ideas erróneas en torno suyo²⁶³, como, por ejemplo, el

²⁶⁰ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, visible en el sitio de internet: http://www.cndh.org.mx/Cuales_son_Derechos_Humanos (consultado el 12 de mayo de 2017). Partiendo del catálogo de derechos humanos divulgado por la CNDH en su página de internet, dentro del rubro de DESC suelen incluirse las siguientes prerrogativas: libertad de trabajo, profesión, industria o comercio (dentro de los cuales tenemos a la libertad de empresa); derecho a la propiedad; derecho a la educación; derecho a la salud; derecho a la vivienda; derecho al agua y saneamiento; derecho a la alimentación; derecho a un medio ambiente sano; derechos de los pueblos y comunidades indígenas; derechos agrarios; derecho de acceso a la cultura; derecho a la cultura física y al deporte; derecho al trabajo; derechos en el trabajo; derecho a la seguridad social; derechos de las niñas, niños y adolescentes; derechos de las personas con discapacidad; derechos de las personas adultas mayores; derechos de las personas migrantes.

²⁶¹ Morales, Gladys, *óp. cit.*, p. 37. De conformidad con la autora en cita podemos decir que, sin duda alguna, muchos de los avances en las últimas décadas en materia de protección de los derechos humanos, tanto, en sede nacional como internacional, han sido favorecidos –y de alguna forma se explican- por la globalización. Sin las oportunidades que proporciona la globalización, no podríamos hablar de los múltiples instrumentos que en esta materia se han adoptado en el seno de las Naciones Unidas; estaríamos imposibilitados para citar el Convenio y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; tampoco se nos permitiría hacer referencia a la Convención Americana ni a la Comisión ni a la Corte Interamericanas sobre Derechos Humanos; así como a las importantes reformas constitucionales sobre la materia que se dieron en nuestro país en el mes de junio de 2011.

²⁶² Peces-Barba Martínez, Gregorio, *La constitución... cit.*, p. 154.

²⁶³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, visible en el sitio de internet: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/ESCR/FAQ%20on%20ESCR-sp.pdf> (consultado el 08 de mayo de 2017), p. 1.

solitario e insuficiente artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que, además de ser el único precepto de este instrumento internacional que hace referencia a los DESC, no reconoce ni tutela ninguno de esos importantes derechos de manera particular y específica:

CAPÍTULO III

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 26. Desarrollo progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Sin embargo, de manera atinada, aproximadamente en los últimos quince años ha aumentado el interés por promover y proteger los DESC. El gobierno, la doctrina y diversas ONGs vienen prestando cada vez mayor atención a la protección de estos importantes derechos en sus programas, políticas y jurisprudencia, al mismo tiempo que destacan la imperiosa necesidad de observarlos y respetarlos, al ser una pieza clave para garantizar un mayor disfrute de los derechos humanos en su integridad²⁶⁴.

En este sentido y en sintonía con la doctrina mayoritaria, consideramos esencial la extirpación de los mitos (inequívocos e ideas erróneas) que existen en torno a los DESC dentro de la teoría de los derechos humanos²⁶⁵. Esto resulta imprescindible para que se ponga fin a la fragmentación artificial de los derechos

²⁶⁴ *Ídem*.

²⁶⁵ Rosetti, Andrés, “¿Los derechos sociales como derechos de segunda? Sobre las generaciones de derechos y las diferencias con los derechos de primera”, en Espinoza de los Monteros, Javier y Ordóñez, Jorge (coords.), *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 326 y 327.

humanos, por un lado en civiles y políticos, y por el otro en económicos, sociales y culturales²⁶⁶. El objetivo central al que apuntamos con lo anterior, es avanzar hacia programas de derechos humanos que consideren que los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales son verdaderamente universales, indivisibles, interdependientes y que, por lo tanto, están todos ellos interrelacionados entre sí²⁶⁷; reflexiones a las que destinamos los tópicos siguientes.

1.4.1. Razones de la división entre los derechos civiles y políticos y los DESC: Una clasificación artificial y estéril.

En el presente apartado abordamos las razones que históricamente nos han llevado a hablar de derechos civiles y políticos por un lado y de DESC por el otro, a efecto de determinar si dicha clasificación es real y objetiva, o si, por el contrario, resulta inútil e inoperante dentro de la teoría de los derechos fundamentales. Respondemos a esta interrogante de conformidad con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos²⁶⁸, en la que se identifican tres razones fundamentales:

a) La primera razón invocada es de corte netamente histórico. Si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) no hacía ninguna distinción entre derechos, esta división empezó a gestarse a partir del aumento de las tensiones de la Guerra Fría entre los bloques capitalista y comunista. Por un lado, las economías de libre mercado ponían mayor énfasis en los derechos civiles y políticos, mientras que las economías de planificación centralizada resaltaban la importancia de los DESC. Esto llevó a que la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año de 1996, adoptara dos instrumentos distintos: el Pacto

²⁶⁶ Díez-Picazo Giménez, Luis María, *óp. cit.*, p. 36. De conformidad con el autor en cita, conviene tener presente que las clasificaciones de los derechos fundamentales poseen un valor más académico que práctico, porque al final hay que estar al régimen de cada concreto derecho.

²⁶⁷ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *óp. cit.*, pp. 1 y 2.

²⁶⁸ *Ibidem*, pp. 11 y 12.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En nuestra opinión, esta razón es insuficiente para sostener una división entre los derechos civiles y políticos y los DESC. En primer lugar, porque con el término de la Guerra Fría, la caída del Muro de Berlín y la disolución de la Unión Soviética (finales de la década de los años ochenta y principios de los noventa), se puso punto final al conflicto entre occidente (Estados Unidos de América, abanderando la economía de mercado) y oriente (la Unión Soviética, defendiendo el comunismo), dentro del que empezó a germinar la semilla de la discordia en los derechos humanos.

Y, en segundo lugar, porque hemos sido testigos de que hoy en día prácticamente la totalidad de los Estados occidentales, con México incluido, han evolucionado a Estados sociales de derecho, al menos teóricamente, en oposición a la antigua y obsoleta forma de Estado legal de derecho²⁶⁹. En este sentido, y no obstante que el capitalismo de mercado continúa siendo el sistema económico hegemónico en occidente, éste no se da nunca en la práctica en estado puro, sino que, por el contrario, es compatible con cierto porcentaje de propiedad pública de los medios de producción y, sobre todo, con cierto grado de dirección e intervención del Estado en la economía²⁷⁰.

Lo anterior, en palabras del doctor Ginebra Serrabou²⁷¹, significa que el Estado no puede mantenerse al margen del funcionamiento del mercado, principalmente “por la injusticia que conlleva la competencia llevada hasta el extremo, la asignación de los recursos que el mercado hace (que produce que el dinero se vaya a los sectores más redituables, no a los más prioritarios) y porque la sociedad, en ocasiones, no llega a lograr todos los bienes necesarios para el bien común, en cuyo caso la intervención del Estado es prioritaria”. Por ello, el Estado

²⁶⁹ Bustos Bottai, Rodrigo Guillermo, *Derechos sociales: exigibilidad y justicia constitucional*, Chile, Editorial Librotecnia, 2014, p. 43.

²⁷⁰ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad de empresa*, España, Thomson Civitas, 2006, p. 68.

²⁷¹ Ginebra Serrabou, Xavier, *Alianzas estratégicas o joint ventures*, 2ª ed., México, Editorial Themis, 2006, p. XIV.

Mexicano –y cualquier otro Estado que se jacte de ser social– no puede limitarse a respetar los derechos civiles y políticos (*laissez faire, laissez passer*), sino que también deben promover los DESC (*fair*), porque sólo de esta forma nos acercaremos como sociedad a una verdadera consolidación de la dignidad humana en nuestro país²⁷².

b) La segunda razón que ha propiciado la división entre los derechos civiles y políticos y los DESC, es que se considera que estos últimos requieren un mayor grado de inversión, en tanto que los civiles y políticos requieren únicamente que el Estado se abstenga de interferir en las libertades individuales de las personas.

En nuestra opinión, este razonamiento es erróneo y, por lo tanto, resulta insuficiente para sostener la fragmentación de los derechos humanos, porque, no obstante que varios DESC requieren que el Estado destine diversos recursos –tanto financieros como de capital humano– para garantizar su plena observancia, también exigen que el mismo Estado se abstenga de interferir o limitar (obligación de respetar) el disfrute de estos derechos, como, por ejemplo, el derecho a un medio ambiente adecuado y saludable, la libertad de trabajo e incluso la propia libertad de empresa.

Por otro lado, los derechos civiles y políticos, a pesar de que están constituidos fundamentalmente por libertades individuales, en muchas ocasiones también requieren que se destinen cuantiosos recursos para lograr su plena efectividad, verbigracia, el derecho que toda persona privada de la libertad tiene a ser tratada humanamente exige cuantiosas inversiones financieras y humanas para dar vida al sistema penitenciario que resulta indispensable para lograr su debido cumplimiento²⁷³.

²⁷² Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, Ecuador, Editora Jurídica, 2014, p. 9.

²⁷³ Gavara de Cara, Juan Carlos, *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, España, Bosch Editor, 2010, p. 21. De conformidad con el autor en cita, algunos derechos de defensa o de libertad poseen una dimensión social expresa o implícitamente prevista por la regulación constitucional del correspondiente derecho fundamental, que eventualmente puede implicar acciones de protección y de intervención del poder público que tienda a anular la dimensión defensiva.

c) El tercer criterio que se utiliza para diferenciar a los derechos civiles y políticos de los DESC, es la idea de que estos últimos, en ocasiones, son vagos y poco claros en comparación con los primeros; idea que, de igual forma que las dos anteriores, es equivocada e insuficiente para sostener la distinción fuerte que se hace de los derechos humanos, los que, de manera indivisible e interdependiente, emanan de la dignidad humana de las personas.

Consideramos que la aparente vaguedad y opacidad de algunos derechos humanos no es privativa de los que se conocen como DESC, sino que también está presente en los llamados derechos civiles y políticos. Máxime lo anterior, sostenemos que el hecho de que resulte más complicado definir y delimitar el contenido esencial de un determinado derecho humano no lo priva de su fundamentalidad, por la simple y sencilla razón de que ésta deriva de su interrelación con la dignidad humana y no de la claridad de sus términos.

A manera de ejemplo mencionamos que, el hecho de que resulte complicado determinar el contenido esencial del derecho a un medio ambiente adecuado (que es parte de los DESC) o del derecho a la integridad personal (que es parte de los derechos civiles y políticos), no significa que los mismos estén privados de su fundamentalidad y, por lo tanto, excluidos del género *derechos humanos*. Lo único que sucede es que, para delimitar su contenido esencial y demás elementos característicos, resulta necesaria una mayor actividad interpretativa y argumentativa de los actores y operadores jurídicos involucrados en el supuesto de que se trate.

Concluimos el presente apartado con la idea de que no ha existido –ni mucho menos existe– razón alguna que nos permita distinguir válidamente entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, clasificación que, en nuestra opinión, es a todas luces artificial y estéril²⁷⁴. No obstante lo anterior, hoy día el rezago de los DESC, producto de las (sin) razones antes apuntadas, tiene su

²⁷⁴ Nogueira Alcalá, Humberto, “Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución Chilena vigente”, *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Brasil, vol. 16, núm. 16, julio-diciembre de 2014, p. 7.

origen en un debate más profundo que se encuentra enraizado en la propia esencia de estos derechos, es decir, en su naturaleza jurídica.

1.4.2. El debate central sobre la naturaleza jurídica de los DESC: ¿Son derechos humanos de clase premier o de segunda categoría?

Producto de los mitos antes reseñados, el debate central de los DESC es respecto a su naturaleza jurídica, dentro del que encontramos básicamente dos posturas contrapuestas: la primera, que asume que los DESC no son derechos humanos propiamente dichos, sino que se trata de simples mandatos de optimización dirigidos al Estado para la adopción de políticas que busquen la satisfacción del interés general (derechos de segunda categoría); y la segunda, que los reconoce como derechos humanos plenos, con sus respectivas dimensiones subjetiva y objetiva, asimilables a los derechos civiles y políticos (derechos de clase premier)²⁷⁵.

En palabras de la autora María del Pilar Suárez²⁷⁶,

(la primera postura) corresponde a la perspectiva neoliberal que les quita su condición de derechos y los redefine como normas programáticas cuyo cumplimiento está condicionado por el crecimiento económico, lo que no les permite a las personas su exigencia inmediata. [...] (Mientras que) la segunda postura los define como verdaderos derechos humanos, necesarios para que los individuos tengan la garantía de que podrán disfrutar de sus libertades civiles y políticas, y de que sus proyectos de vida se realizarán en las mejores condiciones gracias al acompañamiento y cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones en esta materia.

²⁷⁵ Estrada Vélez, Sergio, "Algunos apuntes desde la teoría de los principios jurídicos a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Naturaleza y función del principio de no regresividad", en Espinoza de los Monteros, Javier y Ordoñez, Jorge (coords.), *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 250.

²⁷⁶ Suárez Sebastián, María del Pilar, "Aspectos fundamentales de los DESC", en González Monguí, Pablo Elías (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales*, Colombia, Universidad Libre de Colombia, 2009, p. 62. Los paréntesis son nuestros.

Este debate surge fundamentalmente por la manera particular en que se regulan los DESC en los principales instrumentos internacionales sobre la materia, que, en conjunto, constituyen uno de los pilares que sostienen la teoría de los derechos humanos²⁷⁷. Para ejemplificar lo anterior, citamos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

Parte II

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. [...].

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

Capítulo III

Derechos económicos, sociales y culturales

Artículo 26. Desarrollo Progresivo.

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

²⁷⁷ Villán Durán, Carlos, "Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales", en González Monguí, Pablo Elías (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales*, Colombia, Universidad Libre de Colombia, 2009, p, 23.

En ese orden de ideas, derivado de la forma en que están redactados los preceptos anteriormente transcritos, se desprende que las obligaciones de los Estados en materia de DESC son las siguientes²⁷⁸:

- a) La de respetar, obligación que se refiere a que los Estados deben abstenerse de tomar medidas que obstaculicen o impidan el goce de los derechos humanos. Esta exigencia implica obligaciones negativas o de no hacer.
- b) La obligación de proteger exige a los Estados medidas positivas de actuación que impidan que terceros interfieran el goce y disfrute de los derechos humanos de las personas titulares.
- c) La de realización progresiva –nota distintiva de los DESC que, en nuestra opinión, es la fuente principal de la marginación en su interpretación y aplicación²⁷⁹–, que se traduce en adoptar las medidas apropiadas (ya sea de carácter legislativo, administrativo, presupuestal, judicial, social, entre otras) hasta el máximo de recursos que se disponga, con miras a lograr la plena efectividad de estos derechos.

En este punto, entonces, surge la interrogante de ¿por qué el término de “realización progresiva” es la base que ha servido para considerar a los DESC como derechos de segunda categoría? Esta fórmula –que vemos constantemente reproducida en varios instrumentos internacionales sobre la materia– se ha interpretado de manera errónea por parte de los Estados en su propio beneficio y en detrimento de la dignidad humana. En muchas ocasiones, los órganos estatales interpretan la realización progresiva como si no tuvieran que proteger los DESC de manera inmediata, sino hasta que cuenten con los recursos suficientes, lo que los lleva a considerar, de manera equivocada, que dichos derechos no pueden ser totalmente exigibles y justiciables ante los órganos jurisdiccionales. En otras palabras, ven la falta de recursos como una justificación válida del aplazamiento indefinido de la adopción de medidas para poner en práctica estos derechos²⁸⁰.

²⁷⁸ Suárez Sebastián, María del Pilar, *óp. cit.*, p. 77.

²⁷⁹ Villán Durán, Carlos, *óp. cit.*, p. 23.

²⁸⁰ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *óp. cit.*, pp. 14-18.

Frente a la interpretación anterior, argumentando a favor de la postura que considera a los DESC como derechos de *clase premier*, debemos decir que éstos son indispensables para que las personas logren una vida realmente digna²⁸¹, porque estamos hablando de derechos tan estrechamente relacionados con la dignidad humana, que se traducen en bienes y libertades tan básicos y elementales como la alimentación, la seguridad social, la salud física y mental, la vivienda, la obtención de medios de subsistencia (como las libertades de empresa y de trabajo), la propiedad, la educación, el medio ambiente, entre muchos otros²⁸². Los DESC, al igual que los demás derechos humanos, “tienen que ver, por tanto, también con la libertad y el libre desarrollo de la personalidad y con la democracia (no sólo con la igualdad)”²⁸³.

En ese tenor, los DESC de ninguna manera pueden ser concebidos como simples normas programáticas (mandatos de optimización), sino que, por el contrario, deben ser entendidos como derechos de clase premier, investidos con todos los principios y características que, al igual que todos los derechos humanos, los hacen aplicables, exigibles y justiciables de manera directa e inmediata²⁸⁴. De conformidad con los principios de indivisibilidad e interdependencia²⁸⁵, podemos afirmar que “todos los derechos son igualmente valiosos (independientemente de que sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales) y no se pueden establecer jerarquías entre derechos. De igual forma, todos los derechos implican acciones y omisiones a cargo del Estado y todos, a su vez, requieren procesos de planeación y de presupuestación”²⁸⁶.

²⁸¹ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Cartilla básica sobre derechos económicos, sociales y culturales*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010, p. 7.

²⁸² Villán Durán, Carlos, *óp. cit.*, p. 5.

²⁸³ Rey Martínez, Fernando, *La dignidad humana en serio. Desafíos actuales de los derechos fundamentales*, México, Editorial Porrúa, 2013, p. 115.

²⁸⁴ Courtis, Christian, “El aporte de los sistemas internacionales de derechos humanos a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)”, en Cervantes Alcayde, Magdalena *et al.* (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p. 42.

²⁸⁵ *Supra*, 1.3.6. Rasgos esenciales de los derechos humanos.

²⁸⁶ Vázquez, Daniel y Serrano, Sandra, *óp. cit.*, p. 192. Los paréntesis son nuestros.

Concluimos el presente apartado afirmando categóricamente que los DESC, al igual que los demás derechos humanos, son –y deben ser– derechos de clase premier. Absolutamente todos los derechos humanos constituyen un complejo integral, único e indivisible, en el que todos ellos se encuentran necesariamente interrelacionados y, por lo tanto, son interdependientes entre sí²⁸⁷. Por lo anterior, no existe argumento alguno que nos impida descartar absolutamente la recurrente afirmación de que los DESC no son verdaderos derechos²⁸⁸. Por el contrario, reiteramos la idea de que no ha existido, ni mucho menos existe en la actualidad, razón alguna que nos permita distinguir válidamente entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, clasificación que, por lo tanto, es a todas luces artificial y estéril²⁸⁹.

Afortunadamente, en la actualidad los DESC constituyen un foco de atención e interés progresivos dentro de la teoría de los derechos humanos, lo que ha contribuido a que, de manera paulatina, se vayan dejando de lado los debates políticos y las objeciones estériles que se formulan en torno a estas importantes prerrogativas²⁹⁰. Esta evolución positiva se encuentra plasmada en la jurisprudencia de los órganos que integran el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que es obligatoria para el Estado Mexicano, citando como ejemplo claro e ilustrativo el caso *Acevedo Buen día contra Perú*²⁹¹:

²⁸⁷ García Toma, Víctor, *óp. cit.*, p. 552.

²⁸⁸ Steward, Rebecca, “Los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho internacional: Breve recuento de las lecciones aprendidas”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Chile, Editorial Librotecnia, 2012, p. 20.

²⁸⁹ Nogueira Alcalá, Humberto, “Los derechos...” *cit.*, p. 11. De conformidad con el autor en cita, no es efectivo que exista una diferencia estructural básica de los derechos sociales respecto de los derechos individuales, todos los derechos tienen dimensiones prestacionales para el Estado. Todos los derechos son complejos y tienen dimensiones individuales y colectivas, negativas y positivas, de abstención y de prestación. Todos los derechos sin excepción implican bienes públicos y costos públicos.

²⁹⁰ Steward, Rebecca, *óp. cit.*, p. 30.

²⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acevedo Buendía Vs. Perú, Sentencia de 1 de julio de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, visible en el sitio de internet: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf (consultado el 11 de mayo de 2017).

101. En este sentido, la Corte considera pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello [...].

De igual forma, encontramos criterios similares en el derecho mexicano, siendo ejemplo ilustrativo el sostenido por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito²⁹², que resalta el carácter progresivo de los DESC:

Acorde con los artículos 1º, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de la interpretación que de este precepto realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) contra Perú, la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos, con los económicos, sociales y culturales, conduce a concluir que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. [...].

1.4.3. La inexistencia de un pensamiento estructurado y continuado sobre la libertad de empresa.

Tal como lo apuntamos con anterioridad²⁹³, consideramos que la pobreza tiene un carácter multidimensional que, por lo tanto, rebasa la perspectiva monetaria al tratarse de una privación de libertades básicas que están asociadas no solamente con las deficiencias en el ingreso económico, sino también con privaciones sistemáticas en el acceso a derechos humanos y a servicios básicos²⁹⁴.

²⁹² Tesis (V Región) 5º 19 K (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, agosto de 2014, p. 1731. Esta tesis tiene el rubro siguiente: "DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. SON JUSTICIABLES ANTE LOS TRIBUNALES, A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO".

²⁹³ *Supra*, INTRODUCCIÓN y 1.1.3. Los efectos de la globalización: ¿Bondades o perjuicios?

²⁹⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe... cit.*, pp. 35-37.

En este sentido, consideramos que la pobreza es “un problema estructural que se traduce en afectaciones al goce y ejercicio de los derechos humanos y que, en ocasiones, implica violaciones que suponen la responsabilidad internacional del Estado”²⁹⁵. Dado que la pobreza es un problema multidimensional con diversas ramificaciones –lo que deriva en la imposibilidad de abordarla en su totalidad en un único trabajo de investigación–, nosotros enfocamos nuestros esfuerzos en una sola de sus vertientes que, a su vez, separamos metodológicamente en dos dimensiones: a) una de carácter social, que desarrollamos en apartados anteriores²⁹⁶, y que, al mismo tiempo, b) se refleja como una problemática jurídica en perspectiva de derechos humanos, que abordamos en el presente apartado.

No obstante que, de manera general, el papel de la globalización en el desarrollo de los derechos humanos es positivo²⁹⁷, consideramos que una de las consecuencias que, a su vez, es un reflejo del descuido de los sectores internos de nuestro país –específicamente de los micro, pequeños y medianos empresarios–, es que la difusión, desarrollo y consolidación de los derechos humanos, tanto en la legislación como en la jurisprudencia y en la doctrina, no han alcanzado por igual a la totalidad de estas prerrogativas en México, a pesar de que todos ellos, de manera interdependiente e indivisible, son igualmente importantes para la dignidad humana. En este sentido, los derechos económicos, sociales y culturales (de ahora en adelante DESC) están rezagados en comparación con los derechos civiles y políticos, observando que, de manera particular, el derecho a la libertad de empresa²⁹⁸ adolece de un atraso alarmante y acentuado.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 44.

²⁹⁶ *Supra*, 1.2.3. El sacrificio de las micro, pequeñas y medianas empresas en la era de la globalización.

²⁹⁷ Morales, Gladys, *óp. cit.*, p. 37. Sin duda alguna, muchos de los avances en las últimas décadas en materia de protección de los derechos humanos, tanto, en sede nacional como internacional, han sido favorecidos –y de alguna forma se explican– por la globalización. Sin las oportunidades que proporciona la globalización, no podríamos hablar de los múltiples instrumentos que en esta materia se han adoptado en el seno de las Naciones Unidas; estaríamos imposibilitados para citar el Convenio y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; tampoco se nos permitiría hacer referencia a la Convención Americana ni a la Comisión ni a la Corte Interamericanas sobre Derechos Humanos; así como a las importantes reformas constitucionales que se dieron en nuestro país en junio de 2011.

²⁹⁸ Derecho humano que, bajo el nombre de libertad de comercio e industria, se encuentra reconocido en el artículo 5° de la Constitución Mexicana.

Así, la dimensión jurídica del problema que planteamos es el hecho de que, en nuestro país, la libertad de empresa es un derecho humano incomprendido que, incluso, se mira con bastante temor y desconfianza. La falta de estudio y análisis de esta libertad fundamental, tanto en la legislación como en la jurisprudencia y en la doctrina, genera una situación de desconocimiento generalizado que, a su vez, repercute negativamente en las actividades económicas que realizan los micro, pequeños y medianos empresarios, por no contar con una base axiológica sólida que ampare el desarrollo de su actividad económica.

En otras palabras, consideramos que en el derecho mexicano no existe un pensamiento estructurado y continuado (una teoría) sobre la libertad de empresa²⁹⁹, ya que, fuera del reconocimiento expreso que se hace de esta libertad fundamental en el artículo 5° constitucional, no encontramos legislación ni criterios interpretativos uniformes que precisen y desarrollen los elementos esenciales que todo derecho fundamental tiene y debe tener para adquirir vigencia y funcionalidad en nuestro sistema jurídico: su significado; su naturaleza jurídica; su contenido esencial; sus dimensiones subjetiva y objetiva; su objeto; su titularidad; los sujetos obligados; sus límites; y medios de garantía³⁰⁰.

²⁹⁹ Cossío, José Ramón, *óp. cit.*, pp. 82 y 83.

³⁰⁰ Hablando de la libertad de empresa, únicamente encontramos criterios interpretativos aislados y fragmentados relativos a sus límites; los que, al carecer de todo sentido de orden, continuidad y organización, de ninguna manera constituyen una teoría sobre esta libertad fundamental. Cfr. a) Tesis aislada (administrativa) con registro número 251053, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vol. 145-150, sexta parte, p. 285. Esta tesis tiene el rubro siguiente: "TRANSPORTES, LIBERTAD DE COMERCIO. SUSPENSIÓN"; b) Tesis I.4o.C.240 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, enero de 2010, p. 2171. Esta tesis tiene el rubro siguiente: "PACTOS DE NO COMPETENCIA EN LA ENAJENACIÓN O TRASPASO DE EMPRESAS. NO VIOLAN LA LIBERTAD DE OCUPACIÓN"; c) Tesis PC.I.A. J/41 A (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, agosto de 2015, p. 1416. Esta tesis tiene el rubro siguiente: "DEPÓSITO FISCAL. LA REGLA 4.5.8. DE LAS DE CARÁCTER GENERAL EN MATERIA DE COMERCIO EXTERIOR PARA 2012 Y 2014, AL EXCLUIR DE AQUEL RÉGIMEN ADUANERO A LAS MERCANCÍAS CLASIFICADAS EN LOS CAPÍTULOS 50 A 64 DE LA TARIFA DE LA LEY DE LOS IMPUESTOS GENERALES DE LA IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN (TIGIE), NO RESTRINGE INJUSTIFICADAMENTE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE COMERCIO"; d) Tesis 2a. XL/2014 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 1011. Esta tesis tiene el rubro siguiente: "TABLA RESUMEN DE DISTANCIAS MÍNIMAS ENTRE CENTROS DE ALMACENAMIENTO Y DISTRIBUCIÓN DE MATERIALES DE COMBUSTIBLES (ESTACIONES DE SERVICIOS, ESTACIONES DE CARBURACIÓN Y PLANTAS DE ALMACENAMIENTO DE GAS L.P.) CON CUALQUIER OTRO USO DE SUELO, PUBLICADA EN EL PERIÓDICO OFICIAL DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES EL 18 DE ABRIL DE 2011. NO VIOLA EL DERECHO DE LIBERTAD DE COMERCIO Y/O TRABAJO"; e) Tesis 2a. LVIII/2013 (10ª),

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 1, julio de 2013, p. 1121. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “PODER SUSTANCIAL EN EL MERCADO. LOS ARTÍCULOS 12 Y 13 DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA NO VIOLAN EL DERECHO A LA LIBERTAD DE TRABAJO Y DE COMERCIO”; f) Tesis 1a. XVIII/2013 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, enero de 2013, p. 624. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “CONCURSOS MERCANTILES. EL ARTÍCULO 89 DE LA LEY RELATIVA, AL PREVER LA OBLIGACIÓN DE CONVERTIR EN UNIDADES DE INVERSIÓN (JDIS) LOS CRÉDITOS CONTRATADOS EN MONEDA NACIONAL O EXTRANJERA, CON O SIN GARANTÍA, NO VIOLA EL DERECHO A LA LIBERTAD DE COMERCIO”; g) Tesis 2a. CLX/2017 (10ª), *gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, octubre de 2017, p. 1219. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “COMISIÓN REGULADORA DE ENERGÍA. DETERMINACIÓN DE LAS CONTRAPRESTACIONES, PRECIOS Y TARIFAS EN MATERIA DE HIDROCARBUROS Y SU RELACIÓN CON EL DESARROLLO ECONÓMICO”; h) Tesis 2a. CXI/2017 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, junio de 2017, p. 1455. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “TURISMO. LOS ARTÍCULOS 46 A 52, 69 Y DEMÁS RELATIVOS DE LA LEY GENERAL RESPECTIVA, CONSIDERADOS COMO PARTE DEL SISTEMA NORMATIVO QUE REGULA AL REGISTRO NACIONAL DE TURISMO, NO VIOLAN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE COMERCIO”; i) Tesis I.lo.A.E. 139 A (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. IV, mayo de 2016, p. 2826. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “PLAN TÉCNICO FUNDAMENTAL DE INTERCONEXIÓN E INTEROPERABILIDAD, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE FEBRERO DE 2009. NO VIOLA EL PRINCIPIO DE LIBERTAD TARIFARIA”; j) Tesis 2ª./J. 106/2015 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, agosto de 2015, p. 862. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “PREVENCIÓN E IDENTIFICACIÓN DE OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA. LA LEY FEDERAL RELATIVA NO VIOLA EL DERECHO A LA LIBERTAD DE TRABAJO Y DE COMERCIO”; k) Tesis 2ª. LXXV/2015 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, agosto de 2015, p. 1191. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “COMPETENCIA ECONÓMICA. LOS ARTÍCULOS 2º, 8º, 9º, FRACCIÓN IV, 23, 24, FRACCIONES I, IV Y XIX, 25, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35 Y 36 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, VIGENTE HASTA EL 6 DE JULIO DE 2014, NO CONTRAVIENEN LA LIBERTAD DE COMERCIO POR OTORGAR ATRIBUCIONES A LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA PARA INVESTIGAR, REQUERIR A LOS PARTICULARES Y AGENTES ECONÓMICOS LA INFORMACIÓN O DOCUMENTACIÓN QUE ESTIME RELEVANTE Y PERTINENTE, CITAR A DECLARAR A QUIENES TENGAN RELACIÓN CON LOS HECHOS DE QUE SE TRATE, ASÍ COMO DE REALIZAR VISITAS DE VERIFICACIÓN EN EL DOMICILIO DEL INVESTIGADO, EN QUE SE PRESUMA QUE EXISTEN ELEMENTOS NECESARIOS PARA LA EXISTENCIA DE MONOPOLIOS, PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, ESTANCOS Y CONCENTRACIONES”; l) Tesis I.lo.A.E. 138 A (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. IV, mayo de 2016, p. 2827. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “PLAN TÉCNICO FUNDAMENTAL DE INTERCONEXIÓN E INOPERABILIDAD, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE FEBRERO DE 2009. NO VIOLA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LIBERTAD DE TRABAJO Y DE EMPRESA, PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 5º DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”; m) Tesis 1a. LXXXVIII/2012 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, mayo de 2012, p. 1105. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “JUEGOS CON APUESTAS Y SORTEOS. EL ARTÍCULO 20 DE LA LEY DEL IMPUESTO ESPECIAL SOBRE PRODUCCIÓN Y SERVICIOS NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE COMERCIO”; n) Tesis 2aa. CXXVII/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 283. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “SOCIEDADES DE INFORMACIÓN CREDITICIA. EL ARTÍCULO 29, TERCER PÁRRAFO, DE LA LEY PARA REGULARLAS, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE COMERCIO (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 1º DE FEBRERO DE 2008)”; o) Tesis 654, *Apéndice de 1995*, Séptima Época, t. III, parte TCC, p. 476. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “COMERCIO, LIBERTAD DE. INTERÉS JURÍDICO”; p) Tesis 653, *Apéndice de 1995*, Séptima Época, t. III, parte TCC, p. 475. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “COMERCIO, LIBERTAD DE. FALTA DE CONTESTACIÓN A LAS SOLICITUDES DE LICENCIA. DERECHO DE PETICIÓN Y CLAUSURAS (BARES)”; q) Tesis 147, *Apéndice de 1995*, Cuarta Época, t. III, parte SCJN, p. 100. Esta tesis tiene el rubro siguiente:

En ese tenor, pensamos que, en nuestro país, los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia para verdaderamente desarrollar los derechos fundamentales aún son insuficientes³⁰¹, observando que, de manera particular, el derecho a la libertad de empresa adolece de un atraso alarmante y acentuado, sobre todo cuando hablamos de micro, pequeños y medianos empresarios. La vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, particularmente las de la libertad de empresa, se ven mermadas y se vuelven prácticamente nulas si el Estado Mexicano, a través de los órganos jurisdiccionales competentes, no desarrolla una labor hermenéutica uniforme y estructurada que les otorgue un significado sustancial en la totalidad del sistema constitucional³⁰².

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que el precario desarrollo de la dogmática y de la jurisprudencia tutelar de los derechos fundamentales en nuestro país, también encuentra explicación en la cultura legal positivista, pues ésta se caracteriza por una supervaloración normativa en detrimento de la realidad de los derechos humanos y de una subordinación del derecho al poder político y económico de *iure* o de facto; corriente iusfilosófica que, si bien es cierto se encuentra superada en nuestro país con la reforma constitucional del mes de junio de 2011 en materia de derechos humanos (teóricamente hablando), aún continúa vigente en la cabeza de muchos operadores jurídicos y, como consecuencia

“PULQUE, LICENCIA PARA EXPENDIOS DE”; r) Tesis 23, *Apéndice de 1995*, Quinta Época, t. III, parte SCJN, p. 18. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “BEBIDAS EMBRIAGANTES, EXPENDIOS DE”; s) Tesis 384, *Apéndice de 1995*, Séptima Época, t. I, parte HO, p. 356. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “IMPUESTOS, EL COBRO DE LOS, AJUSTADOS A LA CONSTITUCIÓN, NO VIOLA EL ARTÍCULO 4° CONSTITUCIONAL”; t) Tesis 234, *Apéndice de 1995*, Octava Época, t. I, parte SCJN, p. 221. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “MÁQUINAS REGISTRADORAS DE COMPROBACIÓN FISCAL. SU IMPLANTACIÓN OBLIGATORIA PARA LOS CONTRIBUYENTES CON LOCAL FIJO NO VIOLA LA LIBERTAD DE COMERCIO”; u) Tesis 105, *Apéndice de 1995*, Séptima Época, t. I, parte SCJN, p. 114. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “DISTANCIA, REQUISITO DE. LAS LEYES QUE LO FIJAN SON VIOLATORIAS DE LOS ARTÍCULOS 4° Y 28 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (REGLAMENTO DE EXPENDIOS DE LECHE EN EL MUNICIPIO DE TORREÓN, COAHUILA)”; v) Tesis 85, *Apéndice de 1995*, Séptima Época, t. I, parte SCJN, p. 98. “BEBIDAS EMBRIAGANTES, EXPENDIOS DE. PROHIBICIÓN TEMPORAL PARA ESTABLECER NUEVOS. EL ARTÍCULO 250 DEL CÓDIGO SANITARIO QUE LA ESTATUYE NO ES INCONSTITUCIONAL”.

³⁰¹ *Supra*, 1.3.9. Crítica a la reforma constitucional en materia de derechos humanos: Un nuevo paradigma insuficiente e incompleto.

³⁰² Landa, César, *Teorías de los derechos fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5638/7359> (consultado el 21 de marzo de 2018).

necesaria, en muchas ocasiones sigue guiando la interpretación, la aplicación y la enseñanza del derecho mexicano. Así, cuando se ha intentado juridificar y judicializar la política, se ha terminado politizando el derecho y la justicia³⁰³.

En este entendido, la realidad constitucional de nuestro país se caracteriza por la necesidad de desarrollar o de ajustar la dogmática de los derechos fundamentales a las demandas y desafíos contemporáneos. Frente a esta problemática, la dogmática y la justicia constitucionales tienen como desafío pendiente revisar sus propias fuentes doctrinarias, para así poder otorgarle a los derechos fundamentales, por medio de la interpretación jurídica, un rol protagónico en la configuración y en el desarrollo del Estado social y constitucional mexicano³⁰⁴.

Al efecto, la interpretación jurídica siempre ha sido una cuestión clave en la teoría general del derecho, que adquiere una mayor importancia cuando se trata de disposiciones de la Constitución, y, dentro de éstas, cuando se trata de la interpretación de los derechos fundamentales (principios), pues éstos no responden al esquema condicional y teóricamente cerrado de los enunciados jurídicos clásicos (reglas): “si se dan determinados supuestos de hecho deberán aplicarse específicas consecuencias legales”. Por el contrario, los derechos fundamentales son normas que tienen una estructura abierta de programación finalista, que, en consecuencia, los convierte en un marco jurídico susceptible de diversas concreciones. No se trata de un problema de enunciados confusos que haya que esclarecer, la interpretación de las normas iusfundamentales debe ser una labor mayormente creadora, de determinación de lo abstractamente formulado en el enunciado constitucional³⁰⁵.

En vista de todo lo anterior y derivado de que los micro, pequeños y medianos empresarios tienen –y deben tener– un carácter prioritario en la economía mexicana, es que son los principales destinatarios de la propuesta que abanderamos: aprovechando las posibilidades que nos brinda la globalización en

³⁰³ *Ídem.*

³⁰⁴ *Ídem.*

³⁰⁵ Bastida, Francisco J. *et al*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, España, Universidad de Oviedo, visible en el sitio de internet: <https://www.unioviado.es/constitucional/miemb/alaez/librodf.PDF> (consultado el 21 de marzo de 2018), pp. 48 y 49.

materia de protección de derechos humanos, proponemos y realizamos un estudio crítico-propositivo de la libertad de empresa en el sistema jurídico mexicano, que desentrañe el significado y el contenido de la fórmula en la que este derecho está reconocido en el artículo 5° constitucional. En pocas palabras, proponemos una manera de interpretar la libertad de empresa en el derecho mexicano, a efecto de que, acompañado de las garantías adecuadas, se consolide en los ámbitos legislativo, jurisprudencial y doctrinario, especialmente en relación con los micro, pequeños y medianos empresarios, para que, de esta forma, esta libertad fundamental se configure como una disposición jurídica vinculante y como un verdadero principio orientador e interpretativo de todo nuestro sistema jurídico, robusteciendo así las diversas actividades y funciones que desempeñan dichos empresarios, especialmente en el desarrollo económico y en la generación de empleo.

CAPÍTULO SEGUNDO

BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA

A LA ESENCIA DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 2.1. LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LAS PRIMERAS CONSTITUCIONES EN SENTIDO MODERNO. 2.1.1. EN LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA DE 1787. 2.1.2. EN LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO DE 1789. 2.1.3. EN LA CONSTITUCIÓN FRANCESA DE 1791. 2.1.4. EN LA CONSTITUCIÓN FRANCESA DEL AÑO I (24 DE JUNIO DE 1793). 2.2. LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO. 2.2.1. EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ. 2.2.2. EN LA CONSTITUCIÓN DE APATZINGÁN. 2.2.3. EN LAS NORMAS CONSTITUCIONALES DE 1824 A 1856. 2.2.4. EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1857. 2.2.5. EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917. 2.3. LOS RASGOS ESENCIALES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. 2.3.1. DEFINICIÓN. 2.3.2. NATURALEZA JURÍDICA: ¿LA LIBERTAD DE EMPRESA ES UN DERECHO HUMANO? 2.3.2.1. LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN DIVERSOS SISTEMAS JURÍDICOS. 2.3.2.2. ¿QUÉ IMPLICA QUE LA LIBERTAD DE EMPRESA SEA UN DERECHO FUNDAMENTAL? 2.3.2.3. MAYOR INTENSIDAD TRATÁNDOSE DE MICRO, PEQUEÑOS Y MEDIANOS EMPRESARIOS. 2.3.3. MULTIPLICIDAD TERMINOLÓGICA EN SU DENOMINACIÓN. 2.3.4. EL MARCO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA: ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO. 2.3.4.1. LIBRE COMPETENCIA. 2.3.4.2. ESTADO SOCIAL Y CONSTITUCIONAL DE DERECHO. 2.3.4.3. LA RECTORÍA ECONÓMICA DEL ESTADO MEXICANO. 2.3.5. CONTENIDO ESENCIAL. CONCLUSIONES.

Preámbulo.

Toda investigación jurídica que se jacte de ser científica, en nuestra opinión, necesita echar mano del método histórico para analizar debidamente su objeto de estudio, y así, de esta forma, estar en condiciones de desentrañar su naturaleza, sus aspectos esenciales, las tendencias de su evolución, las etapas de su desenvolvimiento y, sobre todo, el estado y la situación que guarda en la actualidad. En palabras más sencillas, la historia es indispensable para entender, explicar y analizar la fisionomía actual de toda institución jurídica³⁰⁶.

³⁰⁶ Villabella Armengol, Carlos Manuel, *Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/46.pdf> (consultado el 20 de junio de 2017), pp. 936 y 937.

En nuestro caso, el derecho a la libertad de empresa es el objeto de estudio en torno al que gira la presente investigación, por lo que empleamos el método histórico para analizar y desentrañar sus aspectos más esenciales: su definición, el marco dentro del cual se reconoce (la llamada economía social de mercado) y, sobre todo, su naturaleza jurídica. El análisis histórico que proponemos lo dividimos metodológicamente en tres apartados.

En palabras de Ignacio García Vitoria³⁰⁷, determinar con precisión el punto de partida del análisis histórico de una institución jurídica es una tarea delicada y harto difícil. En el caso particular que nos ocupa, hay autores que ubican el germen de la libertad de empresa en algunos fueros y leyes medievales pronunciadas durante la Baja Edad Media, y, al efecto, se cita un pasaje de las Partidas en el que se prohíben “*los cotos e las posturas que ponen los mercaderes entressi facindo juras e cofradias*” (Partida V, Título VII, Ley II). Sin embargo, como bien lo apunta el propio García Vitoria, realmente “es muy difícil saber si el propósito del legislador fue oponer la libertad al monopolio o castigar la usurpación de la facultad exclusiva del Rey de regular el precio de todos los artículos”³⁰⁸.

Como consecuencia de este embrollo, nosotros decidimos empezar nuestro breve recorrido histórico en el constitucionalismo moderno, el cual inició en los Estados Unidos de América y en Francia a finales del siglo XVIII. En ese tenor, el primer apartado de este capítulo está destinado a reseñar la libertad de empresa en los primeros textos constitucionales en sentido moderno: la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, promulgada a partir de la famosa Declaración de Independencia del año de 1776, así como las Constituciones francesas de 1791 y 1793, que surgieron a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente en el año de 1789.

³⁰⁷ García Vitoria, Ignacio, *óp. cit.*, pp. 19 y 20.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 20.

Por su parte, en el segundo apartado analizamos la libertad de empresa a la luz del constitucionalismo mexicano, repasando los textos fundamentales siguientes: la Constitución Política de la Monarquía Española, mejor conocida como la Constitución de Cádiz; la Constitución de Apatzingán de 1814; la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824; las Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana de 1836; las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843; el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847; la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857; y, finalmente, nuestra Constitución vigente, que entró en vigor el 5 de febrero de 1917.

Para finalizar, en el tercer apartado cosechamos los frutos del estudio histórico antes reseñado, pues abordamos los rasgos esenciales que actualmente tiene la libertad de empresa en el sistema jurídico mexicano: precisamos el concepto de esta libertad fundamental; analizamos la economía social de mercado como el marco dentro del que se reconoce este derecho; y, para concluir, desentrañamos su naturaleza jurídica, a efecto de determinar si en verdad nos encontramos ante un derecho humano que deriva de la dignidad de las personas. Sin más preámbulo, damos paso al desarrollo del segundo capítulo de nuestra tesis en los términos aquí propuestos.

2.1. La libertad de empresa en las primeras Constituciones en sentido moderno.

Las constituciones de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, proclamadas por filósofos y juristas del siglo del iluminismo, se caracterizan por ser ordenamientos jurídicos de la democracia individualista y liberal que están al servicio de los valores supremos de igualdad y libertad; o lo que es igual, se trata de normas fundamentales al servicio del hombre como origen, centro y finalidad, a su vez, de toda la vida social³⁰⁹. Lo anterior nos lleva a afirmar, siguiendo al autor Gamas Torruco³¹⁰, que las constituciones modernas nacieron liberales, puesto que constitucionalismo y liberalismo son fenómenos simultáneos que difícilmente pueden analizarse de manera separada; sinonimia que da surgimiento a un derecho natural que busca preservar la igualdad, la libertad y la propiedad como derechos fundamentales de las personas.

En ese orden de ideas y siguiendo a Francisco Javier Díaz Revorio³¹¹, afirmamos que “el constitucionalismo surge, con algún antecedente (como el *Bill of Rights* de 1689) a finales del siglo XVIII, con la finalidad de limitar al poder, estableciendo la separación de poderes y la garantía de los derechos”, por lo que, de manera estricta, “no puede hablarse de constitución anteriormente a los textos norteamericano y francés de finales del siglo XVIII”. En ese tenor, la vertiente que nos interesa de las constituciones modernas es precisamente el apartado del reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, pues uno de nuestros principales objetivos es realizar un estudio epistémico de la libertad de empresa, mismo debe iniciar por el principio del principio, que, en el caso de los derechos humanos, es la constitución como norma fundamental.

³⁰⁹ De la Cueva, Mario, “La Constitución del 5 de febrero de 1857”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Guerrero Galván, Luis René, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, Cámara de Diputados, 2016, t. IV, p. 217.

³¹⁰ Gamas Torruco, José, “Artículo 25”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Guerrero Galván, Luis René, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, Cámara de Diputados, 2016, t. VII, pp. 432 y 433.

³¹¹ Díaz Revorio, Francisco Javier, *Estado, constitución, democracia. Tres conceptos que hay que actualizar*, Perú, Palestra Editores, 2017, pp. 67 y 68.

Los ordenamientos precursores del que hemos llamado “constitucionalismo moderno” son la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 y las Constituciones Francesas de 1791 y 1793; textos que, ya sea de manera explícita o implícita, reconocen un catálogo de derechos fundamentales, o bien, parten de una declaración que así lo hace, con el objeto de garantizar a las personas los valores superiores de igualdad y libertad. En este orden de ideas, pasamos a revisar el papel que la libertad de empresa ha tenido –y continúa teniendo– en la consolidación de la dignidad humana de las personas, a partir de la promulgación de las normas fundamentales antes citadas.

2.1.1. En la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787.

El día 17 de septiembre de 1787, George Washington y William Jackson, en su carácter respectivo de presidente y secretario de la Convención de Filadelfia, en conjunto con los delegados de los diferentes Estados integrantes de la Unión, firmaron la Constitución de los Estados Unidos de América. Este suceso histórico dio nacimiento a la primera constitución en sentido moderno³¹², misma que, a 230 años de su promulgación, continúa vigente.

La Constitución de los Estados Unidos de América³¹³ parte de la famosa Declaración de Independencia de 1776³¹⁴, siendo el objetivo principal de ambos documentos consumir la independencia del pueblo norteamericano de la Gran Bretaña y, de esta manera, constituir y dar forma a una nueva nación, los Estados Unidos de América.

³¹² Martínez Val, José María, *Reflexiones sobre la Constitución de los Estados Unidos de América*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2104/11.pdf> (consultado el 06 de julio de 2017), p. 229.

³¹³ Para consultar el contenido completo de la Constitución de los Estados Unidos de América, véase: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_eua.pdf (consultado el 17 de julio de 2017).

³¹⁴ Para consultar el contenido completo de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, véase: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/decla_1776.pdf (consultado el 17 de julio de 2017).

Es por ello que en el texto original de dicha Constitución no encontramos un catálogo expreso de derechos que se reconozcan a las personas, sino que los siete artículos que originariamente la componen se dedican única y exclusivamente a regular y estructurar los órganos del nuevo gobierno del país naciente, estableciendo sus competencias, atribuciones y procedimientos. A saber, el artículo I está destinado al Poder Legislativo, abordando la Cámara de Representantes y el Senado; el artículo II se refiere al Poder Ejecutivo; en el artículo III se regula el Poder Judicial; el artículo IV hace referencia a la relación que existe entre los Estados y el Gobierno Federal; el artículo V regula el procedimiento de enmienda; en el artículo VI se hace referencia a la ley suprema del país; y, finalmente, el artículo VII norma el procedimiento de ratificación de la Constitución³¹⁵.

No obstante, en el segundo párrafo de la Declaración de Independencia que sirve de antesala a esta Constitución, de manera clara y contundente se realiza el reconocimiento expreso de “la existencia de unos derechos naturales previos a las relaciones sociales, políticas y jurídicas, inherentes a todo hombre”³¹⁶:

[...] Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad. [...].

³¹⁵ Martínez Val, José María, *óp. cit.*, p. 247.

³¹⁶ Aparisi Miralles, M. A., *La Declaración de Independencia Americana de 1776 y los derechos del hombre*, visible en el sitio de internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/27087.pdf> (consultado el 17 de julio de 2017), p. 212.

En vista de lo aquí transcrito tenemos que, si bien es cierto que en el texto original de la Constitución de los Estados Unidos de América no se realiza un reconocimiento expreso de los derechos fundamentales de las personas, en la Declaración de Independencia que le sirve de antesala se considera como una premisa evidente en sí misma que todos los hombres son creados iguales, correspondiéndoles, en consecuencia, una serie de derechos inherentes a su naturaleza humana, entre los que destacan la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad³¹⁷.

Máxime lo anterior, años más tarde, el 15 de diciembre de 1791 se promulgaron las primeras diez enmiendas a la Constitución Norteamericana —el llamado *Bill of Rights*—³¹⁸, dentro de las cuales se reconocen, de manera enunciativa y no limitativa, algunos derechos y garantías que tiene el pueblo estadounidense: la libertad de culto, de expresión, de imprenta, de reunión y de petición; el derecho a poseer y portar armas; la inviolabilidad del domicilio, papeles y efectos; el debido proceso; las garantías del acusado; prohibición de fianzas y multas excesivas.

De este cúmulo de enmiendas es de nuestro particular interés la novena, en la que se dispone que, “No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo”, ya que en este punto se reconoce con claridad que los derechos del pueblo estadounidense, siendo naturales, no están limitados por el texto de su Constitución, sino que, por el contrario, son más y van más allá de los que ahí se contemplan de manera expresa. Por ello, se entiende que muchos otros derechos pueden desprenderse y estar reconocidos implícitamente en el sistema jurídico norteamericano.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 217.

³¹⁸ Para consultar el contenido completo de las diez primeras enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, véase: [http://www.unav.edu/departamento/constitucional/files/file/Derecho%20constitucional/Las%20diez%20primeras%20enmiendas%20%20\(1791\).pdf](http://www.unav.edu/departamento/constitucional/files/file/Derecho%20constitucional/Las%20diez%20primeras%20enmiendas%20%20(1791).pdf) (consultado el 17 de julio de 2017).

Finalmente, para llegar al total de veintisiete enmiendas con las que actualmente cuenta la Constitución de los Estados Unidos de América, se reconocieron, entre otras cuestiones, los siguientes derechos de las personas: abolición de la esclavitud (decimotercera enmienda del 6 de diciembre de 1865); igualdad de las personas y garantía de legalidad (decimocuarta enmienda del 9 de julio de 1868); sufragio racial (decimoquinta enmienda del 3 de febrero de 1870); sufragio femenino (decimonovena enmienda del 18 de agosto de 1920); y, por último, el derecho al sufragio sin estar limitado por el pago de impuestos (vigésimocuarta enmienda del 23 de enero de 1964).

Entrando en la materia que nos ocupa, después de reseñar brevemente los derechos de las personas positivizados en el texto de la Norma Fundamental Estadounidense, podemos afirmar que la libertad de empresa no se encuentra reconocida expresamente en la Constitución de los Estados Unidos de América, sin que esto signifique que dicha libertad fundamental esté fuera del cúmulo de derechos humanos con que cuentan las personas al amparo del sistema jurídico norteamericano.

En ese tenor, consideramos que la libertad de empresa es un derecho humano que se encuentra reconocido implícitamente en la Constitución Estadounidense, el cual deriva y a su vez forma parte del derecho a la libertad y a la búsqueda de la felicidad que tiene todo integrante del pueblo norteamericano, prerrogativas que se encuentran consagradas de manera explícita en la Declaración de Independencia que le sirve de antecedente y soporte ideológico.

Esto es así porque, al ser la Constitución de los Estados Unidos de América la primera Constitución en sentido moderno, se trata de una norma netamente liberal que está inspirada en las ideas del liberalismo político y económico del siglo del iluminismo. En este contexto, las libertades económicas no aparecen expresamente proclamadas en la norma fundamental norteamericana, sino que están presupuestas dentro del derecho a la libertad y a la búsqueda de la felicidad (reconocidos fundamentalmente en la Declaración de Independencia y en el *Bill of*

Rights) y, sobre todo, como corolario necesario de la propiedad privada (también reconocida en el *Bill of Rights* y, además, en la Enmienda XIV)³¹⁹.

En otras palabras, se trata de una constitución “ajena” que aparentemente se desentiende de la economía, en coherencia con el tipo de Estado de la época: un Estado liberal que proclama implícitamente un sistema económico, el de economía de libre mercado (modelo económico en el que resulta fundamental la libertad económica), que desaconseja la regulación pública de la economía y que, por el contrario, sugiere la autorregulación privada (la llamada “mano invisible del mercado”). Como se puede observar, esta desregulación económica es una decisión consciente, producto del sistema económico imperante en esa época³²⁰.

Así, la Constitución de los Estados Unidos de América realiza una “regulación económica negativa”, dentro de la que se reconocen implícitamente las libertades económicas, que

se pone al servicio del orden económico capitalista desde una doble vertiente: una material, el reconocimiento de los derechos fundamentales inviolables a la libertad y la propiedad (de los cuales se desprende, de manera implícita, la libertad económica); otra formal, la afirmación de la ley como norma general igual para todos, idea que es opuesta a las normas particulares –los privilegios– del Antiguo Régimen, bajo cuyo manto protector pueda desarrollarse la competencia en condiciones de igualdad³²¹.

Dicho todo lo anterior, podemos concluir que la independencia estadounidense tiene sus raíces en John Locke, pues sus principales postulados señalan que el propósito del gobierno es asegurar los derechos naturales de las personas (derecho a la vida, la libertad y obtención de la felicidad), para que de esta forma puedan desarrollarse de manera libre³²². Para cerrar con broche de oro el

³¹⁹ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, p. 28.

³²⁰ *Ibidem*, pp. 27 y 28.

³²¹ *Ibidem*, p. 28.

³²² Barandas, César R., *Historia del liberalismo*, México, Universidad Veracruzana, visible en el sitio de internet: <https://www.uv.mx/personal/cebarradas/files/2012/09/LIBERALISMO.pdf> (consultado el 18 de julio de 2017), p. 7.

presente t3pico, citamos dos p3rrafos de la obra de John Locke, titulada “Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil”³²³, en los que de mejor manera se concreta su ideario pol3tico y econ3mico que sirvi3 de molde a la Declaraci3n de Independencia y a la propia Constituci3n de los Estados Unidos de Am3rica:

123. Si en el estado de naturaleza la libertad de un hombre es tan grande como hemos dicho; si 3l es se1or absoluto de su propia persona y de sus posesiones en igual medida que pueda serlo el m3s poderoso; y si no es s3bdito de nadie, 3por qu3 decide mermar su libertad? 3Por qu3 renuncia a su imperio y se somete al Domicio y control de otro poder? La respuesta a estas preguntas es obvia. Contesto diciendo que, aunque en el estado de naturaleza tiene el hombre todos esos derechos, est3, sin embargo, expuesto constantemente a la incertidumbre y a la amenaza de ser invadido por otros. Pues como en el estado de naturaleza todos son reyes lo mismo que 3l, cada hombre es igual a los dem3s; y como la mayor parte de ellos no observa estrictamente la equidad y la justicia, el disfrute de la propiedad que un hombre tiene en un estado as3 es sumamente inseguro. Esto lo lleva a querer abandonar una condici3n en la que, aunque 3l es libre, tienen lugar miedos y peligros constantes; por lo tanto, no sin raz3n est3 deseoso de unirse en sociedad con otros que ya est3n unidos o que tienen intenci3n de estarlo con el fin de preservar sus vidas, sus libertades y sus posesiones, es decir, todo eso a lo que doy el nombre gen3rico de propiedad.

124. Por consiguiente, el grande y principal fin que lleva a los hombres a unirse en Estados y a ponerse bajo un gobierno es la preservaci3n de su propiedad, cosa que no pod3an hacer en el estado de naturaleza, [...].

En resumen y de conformidad con el pensamiento de Arag3n Reyes³²⁴, podemos afirmar que la Constituci3n Norteamericana, al ser una Constituci3n liberal, no “regulaba” un modelo econ3mico, pero s3 que lo establec3a. “La opci3n por la libertad y la privacidad de lo econ3mico es, pues, la opci3n por un determinado modelo, que consist3a justamente en el que resultaba del juego de las reglas del

³²³ Locke, John, *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*, trad. de Carlos Mellizo, 2ª ed., Espa1a, Tecnos, 2010, pp. 123 y 124.

³²⁴ Arag3n Reyes, Manuel, “Constituci3n econ3mica y libertad de empresa”, en Iglesias Prada, Juan Luis (coord.), *Estudios jur3dicos en homenaje al profesor Aurelio Men3ndez, t. I: Introducci3n y t3tulos valor*, Espa1a, Editorial Civitas, 1996, p. 165.

mercado, cuyo cumplimiento aseguraba el Estado con su no intervención”. En otras palabras, “se trataba de un modelo económico jurídicamente establecido pero no jurídicamente regulado, pues lo propio del modelo consistía, precisamente, en su capacidad de autorregulación”.

2.1.2. En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

La Revolución Francesa, en un primer momento, no pudo alumbrar una Constitución en sentido estricto, pero en su lugar, y sin ser poca cosa, aportó el que ha sido calificado por muchos como el texto jurídico más importante del mundo moderno: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada el 26 de agosto de 1789 por la Asamblea Nacional³²⁵, documento que sirvió de preámbulo y antesala a las Constituciones Francesas de los años de 1791 y 1793 que también analizamos. Este documento representa la plasmación jurídica de los ideales del movimiento revolucionario más importante del mundo moderno, cuya influencia se extiende hasta nuestros días³²⁶.

A diferencia de lo que ocurrió con la Declaración de Independencia y la Constitución de los Estados Unidos de América, en la Revolución Francesa no se pretendía la independencia respecto de una potencia extranjera, sino establecer un sistema que acabara, o bien, limitara la monarquía absolutista; es decir, se buscaba proclamar la ruptura de la Revolución con el Antiguo Régimen. No obstante, la Revolución Francesa no solamente fue un intento por derrocar al Antiguo Régimen, sino que se trata, sobre todo, de una consecuencia social y política de la filosofía

³²⁵ Para consultar el contenido completo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, véase: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf (consultado el 19 de julio de 2017).

³²⁶ Carbonell, Miguel, *Historia constitucional y derecho comparado: Notas sobre el futuro del constitucionalismo en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/5.pdf> (consultado el 06 de junio de 2017), pp. 45-47.

racionalista del siglo XVIII, por lo que las pretensiones de los revolucionarios iban más allá de un simple cambio de régimen³²⁷.

Este documento recibe su espíritu y contenido de las ideas del iusnaturalismo racionalista; de Locke; del humanismo laico desde los libertinos a Voltaire; de la Enciclopedia y de su entorno ilustrado; de Montesquieu; de los fisiócratas; y de Rousseau³²⁸. Más que una simple declaración, constituye la proclamación de una serie de principios de organización de los poderes públicos y del funcionamiento del sistema jurídico: los principios de libertad, de igualdad, de mayorías, de sometimiento de los gobernantes a la ley, de separación de poderes y de legalidad tributaria³²⁹.

Para nuestros efectos, la parte de la Declaración Francesa que nos resulta de especial interés es la correspondiente al reconocimiento de los derechos del hombre y del ciudadano. En palabras de Monique Lions³³⁰, su “preámbulo expresa su adhesión a la doctrina del derecho natural, como fundamento del orden social, <<bajo los auspicios del Ser Supremo>>”; lo que significa que “los individuos tienen derechos que les pertenecen de manera autónoma, pues son atributos inherentes al hombre”, prerrogativas que se denominan y caracterizan como naturales, “pues no han sido creados ni otorgados por las autoridades sociales o políticas, sino que son preexistentes, por lo que la Asamblea Nacional Francesa se limita a reconocer su existencia y a declararlos solemnemente”.

³²⁷ Carbonell, Miguel, *Los orígenes del Estado constitucional y de la filosofía del constitucionalismo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4038/6.pdf> (consultado el 18 de julio de 2017), pp. 68 y 69.

³²⁸ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Los derechos del hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa*, visible en el sitio de internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1985289.pdf> (consultado el 18 de julio de 2017), pp. 70-99.

³²⁹ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Los derechos del hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa*, visible en el sitio de internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1985289.pdf> (consultado el 18 de julio de 2017), pp. 124 y 125.

³³⁰ Lions, Monique, *Los grandes principios de 1789 en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/410/9.pdf> (consultado el 18 de julio de 2017), p. 151.

A lo largo de diez artículos, la Asamblea Nacional Francesa reconoce los derechos que el hombre de aquel tiempo consideraba fundamentales (1º, 2º, 4º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 13 y 17), de entre los que destacan el principio genérico de igualdad, la igualdad judicial, la igualdad fiscal, la igualdad ante la ley y ante los cargos públicos; la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión; la libertad individual, la libertad de conciencia, la libertad de expresión; y, finalmente, la propiedad, que “aparece como la garantía más segura de la libertad”³³¹.

Hablando propiamente de nuestro objeto de estudio, la libertad de empresa tampoco se encuentra consagrada expresamente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, sin que esto signifique, al igual que lo afirmamos respecto de la Declaración de Independencia y de la Constitución de los Estados Unidos de América, que dicha libertad fundamental esté excluida del conjunto de derechos naturales con que cuentan los franceses bajo el sistema jurídico de la Francia de aquella época.

Al igual que los textos norteamericanos antes citados, la Declaración Francesa es producto y forma parte de la modernidad, por lo que los derechos que se consagran en dicha declaración son representativos de los valores del liberalismo³³², teniendo como pilares centrales, de conformidad con su propio artículo 2º, los derechos naturales e imprescriptibles de libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión. Dicho lo anterior, podemos afirmar con total certeza que el derecho humano a la libertad de empresa se encuentra reconocido implícitamente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el cual deriva del reconocimiento expreso que se hace de los derechos fundamentales antes referidos³³³, principalmente de la estrecha relación y dependencia que existe entre la libertad y la propiedad³³⁴.

³³¹ *Ibidem*, p. 155.

³³² Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Los derechos... cit.*, p. 124-128.

³³³ Aragón Reyes, Manuel, “Constitución...” *cit.*, p. 165. De conformidad con el autor en cita, el liberalismo económico es un modelo jurídicamente “establecido” pero no jurídicamente “regulado”, pues lo propio del modelo consistía, precisamente, en su capacidad de autorregulación.

³³⁴ Garrorena Morales, Ángel, *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, 2ª ed., España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, p. 51. De conformidad con este autor, las constituciones liberales reconocen, entre otros, los derechos siguientes: a) los

En el mismo sentido que los documentos norteamericanos antes referidos, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de manera voluntaria e intencional, realiza una “regulación negativa” de las libertades económicas –dentro de las que encontramos a la entonces llamada libertad de comercio–³³⁵, ya que se inspira y al mismo tiempo está al servicio del sistema económico capitalista, al proclamar como valores supremos a la igualdad, la libertad³³⁶ y la propiedad privada, que necesariamente implican y requieren de aquellas libertades.

En otras palabras, la Declaración Francesa presupone implícitamente un sistema económico determinado, que es la economía de mercado³³⁷, en el que las libertades económicas –entre ellas la entonces libertad de industria y comercio– son parte fundamental del proceso de emancipación del individuo característico de la Ilustración³³⁸. En este sentido, Immanuel Kant define la Ilustración como “el abandono por parte del hombre de una minoría de edad cuyo responsable es él mismo”³³⁹, y nosotros estamos convencidos de que las libertades económicas – como son la de trabajo, la de industria y la de comercio, por citar algunos ejemplos– son indispensables para que las personas adquieran la metafórica mayoría de edad.

Finalmente, reiteramos que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano es la base de las constituciones francesas que se promulgaron en los años siguientes y que son consecuencia directa de la Revolución; por lo que ahora pasamos a hacer una breve referencia a las normas fundamentales de los años

derechos relativos a la autonomía de la vida privada, entre los que se encuentran los referidos a la intimidad, al honor, a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad de pensamiento y de creencias o a la imposibilidad de ser detenido sin garantías; b) el derecho de propiedad, imprescindible para la burguesía que lo consideró siempre la condición misma de la libertad y del disfrute de los demás derechos; y c) las libertades de empresa y de mercado, traslación a las declaraciones de derechos del espacio reservado por el liberalismo económico a la libre iniciativa privada.

³³⁵ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, p. 28.

³³⁶ Libertad que, de conformidad con el artículo 4° de la propia Declaración, “consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás”; y que, en consecuencia, abarca de manera implícita las libertades económicas como son la de trabajo y la de comercio.

³³⁷ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, pp. 27 y 28.

³³⁸ García Vitoria, Ignacio, *óp. cit.*, p. 33.

³³⁹ Kant, Immanuel, *¿Qué es la Ilustración?*, trad. de Roberto Aramayo, España, Alianza, 2004, p. 83.

1791 y 1793, por considerarlas las más representativas de la Francia de aquella época y las más relevantes a los efectos de nuestra investigación.

2.1.3. En la Constitución Francesa de 1791.

El 3 de septiembre de 1791, la Asamblea Nacional promulgó la primera constitución francesa en sentido formal –que es, a su vez, la segunda que se pronuncia en el mundo moderno–, “regulando extensamente una Monarquía Constitucional en cerca de 210 artículos, e incorporando al texto la Declaración de Derechos. El mismo esquema se siguió en las Constituciones Republicanas de 1793 (124 artículos) y 1795 (377 artículos)”³⁴⁰.

En nuestra opinión, la aportación más importante de la Revolución Francesa al constitucionalismo moderno es que las normas fundamentales de los años de 1791 y 1793 se configuran como verdaderas constituciones, ya que están dotadas no solamente de una parte orgánica sino también de la llamada parte dogmática³⁴¹; lo que significa que dichas normas fundamentales incorporan en su texto, entre otras cuestiones, una declaración de derechos que no contenía, por ejemplo, la Constitución de los Estados Unidos de América y que se incorporaron a la misma hasta el año de 1791 con la ratificación de las diez primeras enmiendas conocidas como *Bill of Rights*³⁴².

³⁴⁰ Brewer-Carías, Allan R., *Los aportes de la Revolución Francesa al constitucionalismo moderno y su repercusión en Hispanoamérica a comienzos del siglo XIX*, visible en el sitio de internet: <http://historicodigital.com/wordpress/wp-content/uploads/2008/12/constitucin%20francesa%20de%201791.pdf> (consultado el 19 de julio de 2017), p. 118.

³⁴¹ De la Cueva, Mario, *óp. cit.*, pp. 223 y 224. De conformidad con el autor en cita, la parte orgánica de la constitución se refiere a la naturaleza y número de los órganos estatales, a su estructura y a la forma y límites de su actividad; mientras que la parte dogmática comprende los principios que señalan la forma y las finalidades del Estado, la posición del hombre en la vida social, sus derechos y deberes y su esfera de libertad.

³⁴² Brewer-Carías, Allan R., *óp. cit.*, p. 118.

A efecto de nuestra investigación, estamos interesados en la parte dogmática de la Constitución Francesa de 1791³⁴³, que está contenida en el Título Primero denominado “Disposiciones Fundamentales Garantizadas por la Constitución”. En este apartado se enuncian algunos de los derechos naturales y civiles que se reconocen y garantizan al pueblo francés, dentro de los cuales no encontramos mención expresa de la libertad de empresa. Sin embargo, consideramos que ésta, las demás libertades económicas y el propio sistema de libre mercado, se encuentran reconocidos de manera implícita en el texto constitucional de referencia³⁴⁴.

Esta Constitución define la libertad como la facultad de “poder hacer todo aquello que no perjudique ni a los derechos de los demás, ni a la seguridad pública”, y, en dicho contexto liberal, reconoce como derechos naturales y civiles, de manera enunciativa y no limitativa, a la igualdad en los puestos y empleos; la igualdad fiscal; la igualdad penal; la libertad individual; la libertad de expresión y de imprenta; la libertad de reunión; el derecho de petición; el derecho de propiedad y su inviolabilidad.

En este sentido, dentro de la Constitución Francesa de 1791 no encontramos más cláusulas económicas que las relativas a la propiedad privada, a los impuestos, a la Hacienda Pública y la extensión de la protección de la industria a los extranjeros; por lo que, partiendo de una interpretación sistemática de estas cláusulas en relación con los principios de libertad e igualdad, concluimos que las libertades económicas –como las de trabajo, de industria y de comercio– se dan y se reconocen de manera tan natural que se hace referencia a ellas de una manera indirecta³⁴⁵. Como ejemplo ilustrativo tenemos el contenido del Título VI de dicha Constitución, titulado “De las Relaciones de la Nación Francesa con las Naciones Extranjeras”, que textualmente se refiere a la industria de los extranjeros:

³⁴³ Para consultar el contenido completo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, véase: <http://aajc.com.ar/home/wp-content/uploads/2016/07/Constituci%C3%B3n-Francesa-de-1791.pdf> (consultado el 19 de julio de 2017).

³⁴⁴ Aragón Reyes, Manuel, “Constitución...” *cit.*, p. 165.

³⁴⁵ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad...* *cit.*, pp. 29 y 30.

TÍTULO VI

DE LAS RELACIONES DE LA NACIÓN FRANCESA CON LAS NACIONES EXTRANJERAS.

(200) [...] Los extranjeros que se encuentren en Francia estarán sometidos a las mismas leyes penales y de policía que los ciudadanos franceses, sin perjuicio de los convenios acordados con potencias extranjeras; su persona, sus bienes, su industria y su culto estarán igualmente protegidos por la ley.

Por todo lo anterior, y no obstante que la libertad de comercio e industria no se encuentra enunciada expresamente en la parte dogmática de la Constitución Francesa de 1791, podemos concluir que esta libertad fundamental se encuentra reconocida de manera implícita en dicha Constitución, derivado de una interpretación sistemática de las someras cláusulas económicas (la propiedad privada, los impuestos, la Hacienda Pública y la extensión de la protección de la industria a los extranjeros) en relación con los principios de libertad e igualdad. Prueba de ello es la mención expresa que se hace de la protección de la industria de los extranjeros que se encuentren en Francia, la que, por mayoría de razón, también resulta aplicable a los propios franceses.

2.1.4. En la Constitución Francesa del Año I (24 de junio de 1793).

Bajo la vigencia de la Constitución de 1791, Francia funcionó como una Monarquía Constitucional en la que el Rey tenía que compartir el poder con la Asamblea Legislativa, manteniendo el derecho de veto y la facultad de nombrar a sus ministros. Producto de varios desacuerdos entre el Rey y la Asamblea, el modelo monárquico se tornó inviable a pocos meses de su instauración³⁴⁶.

³⁴⁶ Ferrer Muñoz, Manuel y Luna Carrasco, Juan Roberto, *Presencia de doctrinas constitucionales extranjeras en el primer liberalismo mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet:

Así las cosas, el 10 de agosto de 1792, la Asamblea suspendió provisionalmente al Rey y convocó una Convención Nacional que, poco después de entrar en funciones, decretó la abolición de la monarquía y encargó a un comité compuesto por girondinos que preparara un proyecto de nueva constitución, mismo que se presentó ante la Asamblea Legislativa los días 15 y 16 de febrero del año de 1793³⁴⁷.

No obstante, dicho proyecto fue rechazado y, en consecuencia, el llamado Comité de Salvación Pública³⁴⁸ inició la elaboración de un nuevo texto que, el día 24 de junio de 1793, se convertiría en el Acta Constitucional de la República, también conocida como Constitución Francesa del Año I, debido a que se creó un nuevo calendario según el cual el año de 1792 correspondía al primer año de su nueva era³⁴⁹.

La Constitución del Año I³⁵⁰ es la primera constitución francesa de corte republicano y, aunque nunca llegó a entrar en vigor por la guerra en que se encontraba sumergida la Francia de aquella época³⁵¹, “fue el principal vehículo transmisor de ideas políticas al antiguo Virreinato de la Nueva España, en la medida en que llevó a cabo un corte radical con las instituciones del Antiguo Régimen, algunas de las cuales –parcialmente metamorfoseadas– habían encontrado acomodo en su predecesora de 1791”³⁵².

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/804/4.pdf> (consultado el 19 de julio de 2017), pp. 52 y 53.

³⁴⁷ Vovelle, Michel, *Introducción a la historia de la Revolución francesa*, trad. de Marco Aurelio Galmarini, España, Biblioteca de Bolsillo, 2000, pp. 40 y 41.

³⁴⁸ *Ibidem*, pp. 50 y 51.

³⁴⁹ Ferrer Muñoz, Manuel y Luna Carrasco, Juan Roberto, *óp. cit.*, p. 53.

³⁵⁰ Para consultar el contenido completo de la Constitución Francesa de 21 de junio de 1793, véase: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_fra.pdf (consultado el 19 de julio de 2017).

³⁵¹ Bello, Eduardo, *¿Utopía o fracaso de la democracia social en 1793?*, visible en el sitio de internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2153086.pdf> (consultado el 20 de julio de 2017), p. 111. De conformidad con el autor en cita, podemos decir que “con todo, pese a sus virtualidades, pese a ser la Constitución más progresista de las cuatro que produce la Revolución francesa, pese a ser aprobada por una Convención con dominio *montagnard*, la Constitución de 1793 nunca fue aplicada”.

³⁵² Ferrer Muñoz, Manuel y Luna Carrasco, Juan Roberto, *óp. cit.*, p. 58.

Este texto constitucional es de suma importancia porque no se limita a proclamar la República, sino que, además, establece mecanismos innovadores como el sufragio universal para la elección del cuerpo legislativo (artículos 8° y 32), los referendos municipales previo a la aprobación de las leyes (artículos 58 y 59) y, sobre todo, una declaración de derechos mucho más amplia y completa, donde por primera vez se reconocen de manera expresa las libertades de trabajo, de industria y de comercio (artículos 17 y 18), en los siguientes términos:

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE

[...]

17. Para favorecer la industria de los ciudadanos, no puede prohibirse ningún género de trabajo, cultivo o comercio.

18. Todo hombre puede comprometer sus servicios y su tiempo, pero no venderse ni ser vendido; su persona no es una propiedad transmisible. La ley no reconoce domesticidad: sólo puede haber compromisos de ciudadanos y de reconocimientos entre el hombre que trabaja y el que lo ocupa.

El reconocimiento expreso que hace esta Constitución de las libertades de comercio e industria implica que, de conformidad con el preámbulo de su propia Declaración de los Derechos del Hombre, se les considera como derechos sagrados e inalienables que tienen todos los hombres por el solo hecho de su naturaleza; libertades que, en conjunto con los demás derechos ahí reconocidos, forman las bases de los valores supremos de libertad e igualdad. En consecuencia, consideramos que con esta norma constitucional se disipa cualquier tipo de duda que pudiera existir respecto a la fundamentalidad de las libertades económicas y, además, se reafirma el papel esencial que éstas desempeñan para que las personas estén verdaderamente en condiciones de alcanzar el libre desarrollo de su personalidad.

Sin duda alguna podemos concluir el presente tópico afirmando que, a pesar de que la Constitución Francesa de 1793 nunca estuvo vigente, constituye el antecedente constitucional más serio y contundente de las libertades de industria y comercio³⁵³ que hoy sugerimos se regulen, apliquen e interpreten bajo la idea y denominación de libertad de empresa. Es gracias a esta norma fundamental que el germen de estas libertades económicas se traslada a los textos constitucionales españoles, para después, por razones obvias, germinar en el constitucionalismo mexicano, al que están dedicados los siguientes tópicos.

2.2. La libertad de empresa en el constitucionalismo mexicano.

Siguiendo en sintonía con el análisis que realizamos de la libertad de empresa en las primeras constituciones de la modernidad, en el presente apartado también nos situamos en esta época, exactamente a principios del siglo XVIII, que es cuando inicia la vida del México independiente, cuyas normas fundamentales se ven fuertemente influenciadas por las ideas filosóficas, políticas y económicas de la Ilustración, así como por las declaraciones de derechos y los primeros textos constitucionales de los Estados Unidos de América y de Francia.

Ubicados temporalmente y parafraseando al autor Daniel Cosío Villegas, debemos decir que la historia constitucional mexicana ha sido larga y penosa, debido a que, hasta antes del año de 1857, no se había logrado un consenso general sobre la forma de mejor constituir al país; esto porque las ideas políticas imperantes de la época –liberalismo y conservadurismo–, antagónicas entre sí, se defendían con una pasión tan acalorada que se tornaban irreconciliables e, incluso,

³⁵³ Aquí debemos reiterar que nuestro análisis histórico de la libertad de empresa se sitúa estrictamente en los orígenes del constitucionalismo moderno; por lo que, de manera intencional y atendiendo a la metodología propuesta, excluimos de nuestro estudio todos los antecedentes que sean anteriores a dicha época.

en la mayoría de las ocasiones dichos conflictos se llevaban al terreno de las armas como la forma más efectiva de imponer las ideas que se profesaban³⁵⁴.

Lo anterior llevó a que, durante los primeros 35 años de vida independiente en México, se produjeran al menos cincuenta planes revolucionarios a los que se sumaron cuatro constituciones (las de 1824, 1836, 1843 y 1857), una constitución restaurada (la de 1824 en 1847), un documento de bases constitucionales (1822), y un acta constitutiva (1824). En síntesis, durante estos siete lustros, con diferentes denominaciones y fuentes de legitimidad, la estructura jurídica, política y económica de nuestro país estuvo regida por al menos diez instrumentos distintos³⁵⁵.

Derivado de la amplia y pintoresca gama de textos fundamentales que han regido la vida del México independiente, y a efecto de no exceder la extensión de nuestro breve análisis histórico, en el presente tópico analizamos de manera somera las normas constitucionales que consideramos más ilustrativas del ideario político y económico mexicano, que, por lo tanto, resultan de mayor interés para los efectos de nuestra investigación; a saber, la Constitución Política de la Monarquía Española, mejor conocida como la Constitución de Cádiz; la Constitución de Apatzingán de 1814; la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824; las Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana de 1836; las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843; el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847; la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857; y, finalmente, nuestra Constitución aún vigente, promulgada el 5 de febrero de 1917.

³⁵⁴ Cosío Villegas, Daniel, *La Constitución de 1857 y sus críticos*, 4ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 16.

³⁵⁵ Valadés, Diego, "De la Constitución de 1857 a la de 1917", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Guerrero Galván, Luis René (coords.), *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, Cámara de Diputados, 2016, t. IV, pp. 323 y 324.

2.2.1. En la Constitución de Cádiz.

La Constitución Política de la Monarquía Española³⁵⁶, mejor conocida como la Constitución de Cádiz, fue promulgada el 19 de marzo de 1812 por las Cortes de Cádiz en la provincia homónima de la entonces Monarquía Española. Esta norma consta de 384 artículos distribuidos en 10 títulos, cuya principal característica fue la intención de reorganizar profundamente al Estado Español con base en los principios liberales de la modernidad³⁵⁷. Esta norma constitucional es de nuestro especial interés por dos razones: por un lado, se trata de la primera constitución moderna del mundo hispano³⁵⁸ y, en segundo lugar, porque estuvo vigente en nuestro país durante el periodo independentista³⁵⁹. Respecto a este último punto, el doctor Serna de la Garza³⁶⁰ menciona que

La Constitución de Cádiz de 1812 fue la primera norma de ese tipo y naturaleza que estuvo vigente en el territorio de lo que ahora llamamos México. Su vigencia en la Nueva España, interrumpida en 1814, continuó por un tiempo desde su restablecimiento en 1820 hasta el 27 de septiembre de 1821, fecha en que se declaró la independencia de México respecto de España.

El rubro que más nos interesa de la Constitución de Cádiz es que, sin estar contenidos dentro de un mismo título o capítulo, puede apreciarse en su texto el reconocimiento expreso de algunos derechos fundamentales, verbigracia, la libertad

³⁵⁶ Para consultar el contenido completo de la Constitución Política de la Monarquía Española, véase: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1812A.pdf> (consultado el 24 de julio de 2017).

³⁵⁷ Gamas Torruco, José, *Introducción a la historia constitucional de México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México y Museo de las Constituciones de México, 2013, p. 8.

³⁵⁸ Paoli Bolio, Francisco José, *La Constitución de Cádiz en Iberoamérica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, pp. 69 y 70.

³⁵⁹ Mendiola Vega, J. José Bernardo A. y García-López, Eric, "Los Sentimientos de la Nación en el centenario de la Constitución", en Esquivel, Gerardo *et al.* (coords.), *Cien ensayos para el centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, t. 1, p. 290.

³⁶⁰ Serna de la Garza, José Ma., *Influencia de la Constitución de Cádiz en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3525/21.pdf> (consultado el 24 de julio de 2017), p. 321.

civil y la propiedad privada (artículo 4º), el derecho de notificación de responsabilidades y de audiencia (artículos 287 y 290), la prohibición del tormento (artículo 303), la inviolabilidad del domicilio (artículo 306), la libertad de prensa y de publicación (artículo 371)³⁶¹.

A simple vista puede parecer bastante pobre el reconocimiento de derechos que se hace en la Constitución Gaditana en comparación con el contenido de las declaraciones estadounidense y francesa de la época, no obstante, esta norma fundamental representa un gran avance con relación a la situación precaria que guardaban los derechos humanos en España bajo el régimen de la Monarquía Absoluta. En consecuencia, estas prerrogativas pueden ser vistas como “pies de cría” de otros derechos humanos que, en el futuro y de manera progresiva, se irían incorporando a los textos constitucionales subsecuentes, tanto en España como en el Continente Americano³⁶².

Hablando ahora sobre nuestro objeto de estudio, debemos decir que la libertad de comercio e industria (hoy libertad de empresa) no se incorpora expresamente en la Constitución de Cádiz, sin embargo, consideramos que esta libertad se encuentra reconocida implícitamente como un derecho fundamental. En este sentido, su artículo 131 establece que una de las facultades de las Cortes es el “promover y fomentar toda especie de industria y remover los obstáculos que la entorpezcan”; mientras que, por su parte, en el artículo 321 se establece como una de las obligaciones de los Ayuntamientos el “promover la agricultura, la industria y el comercio según la localidad y circunstancias de los pueblos, y cuanto les sea útil y beneficioso”; y finalmente, de manera semejante, en el artículo 335 se establece que las Diputaciones estarán a cargo de “fomentar la agricultura, la industria y el comercio, protegiendo a los inventores de nuevos descubrimientos en cualquiera de estos ramos”³⁶³.

³⁶¹ Paoli Bolio, Francisco José, *óp. cit.*, p. 59.

³⁶² *Ibidem*, pp. 59, 60 y 70.

³⁶³ Garrorena Morales, Ángel, *óp. cit.*, p. 51.

De una interpretación sistemática de lo anterior, tenemos que, al ser la Constitución de Cádiz el primer texto jurídico moderno del mundo hispanohablante, en ella se abanderan los ideales políticos y económicos de la Ilustración, por lo que, como consecuencia necesaria, la libertad civil y la propiedad se consagran como los valores supremos de los individuos para lograr una verdadera emancipación de la sociedad respecto del Antiguo Régimen³⁶⁴. Y precisamente las libertades económicas, dentro de las cuales se encuentran las libertades de trabajo, comercio e industria, son una parte fundamental del halo de libertad con que deben contar las personas, ya que resultan indispensables para obtener los satisfactores que les permitan alcanzar el libre desarrollo de su personalidad.

Como ya se anticipaba, la vigencia de la Constitución de Cádiz en nuestro país fue sumamente corta, derivado de que, con la guerra de independencia y posteriormente con el inicio de la vida independiente como tal, su aplicabilidad se vio constantemente interrumpida. No obstante, de una u otra forma, esta norma fundamental influyó los subsecuentes textos constitucionales de nuestro país³⁶⁵, por lo que válidamente puede considerarse como el punto de partida del constitucionalismo mexicano.

2.2.2. En la Constitución de Apatzingán.

Ya iniciado el movimiento independentista de nuestro país, el 14 de septiembre de 1813 en la Asamblea de Chilpancingo –mejor conocida como “Congreso de Anáhuac”–, el general José María Morelos y Pavón formuló un documento escrito de su puño y letra titulado “Los Sentimientos de la Nación”³⁶⁶, en el que se declaraba la independencia respecto de España y, además, se enunciaban los criterios básicos que servirían de soporte e inspiración a la norma

³⁶⁴ Artículo 4º.- La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen.

³⁶⁵ Cfr. Serna de la Garza, José Ma., *óp. cit.*

³⁶⁶ Para consultar el contenido completo de los Sentimientos de la Nación, véase: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1813.pdf> (consultado el 25 de julio de 2017).

constitucional que estaba llamada a promulgar la citada Convención³⁶⁷, los que, dicho sea de paso, se adscribían a la corriente liberal dominante de aquella época, ya que estaban inspirados fundamentalmente en la ideología de la Guerra de Independencia de los Estados Unidos de América y de la Revolución Francesa.

Partiendo de “Los Sentimientos de la Nación”, el Congreso de Anáhuac, que se reunió en el pueblo de Apatzingán en lo que hoy es el Estado de Guerrero, promulgó la primera constitución ciento por ciento mexicana el 22 de octubre de 1814, llamada formalmente Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana³⁶⁸, y que es conocida como la Constitución de Apatzingán³⁶⁹. Esta norma constitucional consta de 242 artículos distribuidos en dos títulos, I. Principios o elementos constitucionales y II. Forma de Gobierno, que corresponden a sus partes dogmática y orgánica respectivamente. En relación con lo anterior, el autor Mario de la Cueva³⁷⁰ considera que

Los autores de la Constitución de Apatzingán se anticiparon a la doctrina contemporánea, en la generalizada división del contenido de las constituciones, en parte dogmática y en parte orgánica: la primera comprende los principios que señalan la forma y las finalidades del Estado, la posición del hombre en la vida social, sus derechos y deberes y su esfera de libertad; la segunda se refiere a la naturaleza y número de los órganos estatales, a su estructura y a la forma y límites de su actividad.

Para los efectos de nuestra investigación, estamos interesados en la parte dogmática de la Constitución de Apatzingán, que está contenida principalmente en el capítulo V de su Título I, titulado “De la igualdad, seguridad, propiedad y libertad de los ciudadanos”; porque es precisamente ahí donde se enuncian la mayoría de

³⁶⁷ Paoli Bolio, Francisco José, *óp. cit.*, pp. 41 y 42.

³⁶⁸ Para consultar el contenido completo del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, véase: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const-apat.pdf (consultado el 25 de julio de 2017).

³⁶⁹ Villareal Sandoval, Eduardo, *Análisis a través de la historia de las constituciones mexicanas*, visible en el sitio de internet: <https://eduardovillareal.files.wordpress.com/2010/08/las-constituciones-mexicanas.pdf> (consultado el 22 de julio de 2017), p. 2.

³⁷⁰ De la Cueva, Mario, *óp. cit.*, pp. 223 y 224.

los derechos que se reconocen al hombre, catálogo que es mucho más extenso que el incorporado en la Constitución de Cádiz. Al ser una Constitución netamente liberal, coloca en su núcleo los valores supremos de igualdad, seguridad, propiedad y libertad, al declarar en su artículo 24 que “La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad”, agregando que “La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas”.

En este sentido, la Constitución de Apatzingán es bastante clara y contundente respecto al importante papel que tienen las libertades económicas para alcanzar la felicidad del pueblo, así como para garantizar los valores supremos de igualdad, seguridad, propiedad y libertad, ya que, a diferencia de la mayoría de las normas constitucionales que hemos analizado con anterioridad y al igual que la Constitución Francesa del Año I, realiza un reconocimiento expreso y textual de las mismas:

Artículo 34.- Todos los individuos de la sociedad tienen derecho á adquirir propiedades y disponer de ellas á su arbitrio con tal que no contravengan á la ley.

Artículo 35.- Ninguno debe ser privado de la menor porción de las que posea, sino cuando lo exija la pública necesidad; pero en este caso tiene derecho á la justa compensación.

Artículo 38.- Ningún género de cultura, industria ó comercio puede ser prohibido á los ciudadanos, excepto los que forman la subsistencia pública.

El reconocimiento expreso que hace esta Constitución de las libertades económicas implica que, de conformidad con su ya citado artículo 24, se les considera como libertades fundamentales que tienen todos los hombres por el simple hecho de su naturaleza humana, las cuales, en conjunto con los demás derechos y garantías ahí reconocidos, forman las bases de los valores supremos de igualdad, seguridad, propiedad y libertad. Con estas disposiciones constitucionales, en nuestra opinión, se disipa cualquier tipo de duda que pudiera existir respecto a la fundamentalidad de las libertades económicas en los

antecedentes del sistema constitucional mexicano, y, además, se reafirma el papel crucial que éstas desempeñan para que las personas estén en condiciones de alcanzar esa felicidad que se traduce en el libre desarrollo de su personalidad.

Para concluir, debemos decir que esta Constitución, a pesar de que no llegó a tener vigencia y aplicabilidad en la totalidad del país debido a la Guerra de Insurgencia, es considerada invariablemente como punto de partida para el estudio de las constituciones netamente mexicanas, debido a que muchos de sus principios fueron recogidos por su sucesora, la Constitución de 1824, y por conducto de ésta se han trasladado a las subsiguientes normas fundamentales que han regido la vida de nuestro país³⁷¹.

2.2.3. En las normas constitucionales de 1824 a 1856.

La semblanza de México durante este lapso es la historia interna y profunda de las fuerzas sociales, económicas y políticas, pues, al igual que durante la Guerra de Independencia, la historia de México desde la Constitución de 1824 hasta el Acta Constitucional y de Reformas de 1847, abrogada con la promulgación de la Constitución de 1857, es la crónica de la lucha de clases representada por la larga rivalidad entre liberales y conservadores³⁷². El vaivén que se vivió durante este periodo de tiempo se manifestó, de entre otras formas, como inestabilidad de las normas constitucionales que rigieron la vida de nuestro país, cuya vigencia fue corta y, en la mayoría de las ocasiones, violentamente interrumpida.

Con el propósito de no extralimitar la extensión de nuestro breve análisis histórico, en el presente tópico revisamos la libertad de empresa –en ese entonces libertad de comercio e industria– en el periodo antes apuntado, haciendo referencia a la parte dogmática de las normas constitucionales siguientes: la Constitución

³⁷¹ Dávalos, José, “Artículo 5º”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Guerrero Galván, Luis René (coords.), *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, Cámara de Diputados, 2016, t. VI, p. 444.

³⁷² De la Cueva, Mario, *óp. cit.*, p. 236.

Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824; las Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana de 1836; las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843; y el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847.

No obstante que se trata de normas fundamentales genéticamente distintas, al ser algunas liberales y otras conservadoras, abordamos estas cuatro constituciones de manera conjunta porque en todas ellas se reproduce, de manera lamentable, la falta de reconocimiento expreso de las libertades económicas de comercio e industria, en los términos siguientes:

1) La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos (1824)³⁷³, sancionada por el Congreso General Constituyente el 4 de octubre de 1824, consta de 171 artículos distribuidos en siete títulos, y cuenta con las características generales siguientes: establece la forma de gobierno republicano, representativo y federal; la división de poderes; el nombramiento del Presidente de la República mediante elección indirecta; no contiene una enumeración de los derechos del hombre; y estuvo en vigor hasta 1836, siendo después reestablecida el 22 de agosto de 1846 hasta el 5 de febrero de 1857³⁷⁴.

A pesar de la suntuosidad de esta Norma Fundamental, cuyos méritos son sobresalientes, no contiene un apartado dedicado específicamente al reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo, es decir, no cuenta con una parte dogmática propiamente dicha. Si bien es cierto que en la Sección Séptima (“Reglas generales a que se sujetará en todos los Estados y territorios de la Federación de la administración de justicia”) del Título V (“Del Poder Judicial de la Federación”) se protege al gobernado en varias de sus libertades (se prohíbe el tormento, la detención sin pruebas o por más de 60 horas, los cateos arbitrarios, entre otros), dicha tutela se realiza principalmente en el ámbito del derecho penal,

³⁷³ Para consultar el contenido completo de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, véase: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1824.pdf (consultado el 28 de julio de 2017).

³⁷⁴ García González, Vicente, *Constituciones que ha tenido México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3436/7.pdf> (consultado el 22 de julio de 2017), p. 1.

omitiendo los demás aspectos que derivan de la dignidad humana. En ese tenor, no encontramos referencia expresa a las libertades económicas, dentro de las que se encuentran las libertades de trabajo, de comercio y de industria, a pesar de que las mismas forman parte del halo de libertad con que cuenta –y debe contar– todo individuo³⁷⁵.

2) La siguiente norma fundamental que analizamos son las Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana (1836)³⁷⁶, preparadas por el Partido Conservador y decretadas por el Congreso General de la Nación en el año de 1836, mismas que, al publicarse en textos aislados, conformaron una Constitución dispersa. Se trataba de siete leyes, cada una referente a una institución específica³⁷⁷, cuyas características generales son las siguientes: cambiaron el sistema federal de 1824 por un régimen centralista³⁷⁸; los Estados reciben el nombre de Departamentos; se establece la división de poderes; el nombramiento del Presidente de la República y de los Magistrados de la Corte se realiza mediante elección indirecta; se crea el Supremo Poder Conservador con finalidades políticas; y estuvo en vigor hasta el 12 de junio de 1843³⁷⁹.

Entrando al rubro que nos ocupa y siguiendo al autor José Dávalos³⁸⁰, tenemos que en la Ley Primera, bajo el rubro “Derechos y obligaciones de los mexicanos y habitantes de la República”, se reconocen expresamente diversas prerrogativas como el no apresamiento sin mandamiento de autoridad competente, el derecho a la propiedad, los requisitos del cateo domiciliario, la libertad de imprenta, el derecho al sufragio activo y pasivo, entre otros; dentro de las cuales no encontramos referencia expresa a las libertades de trabajo, comercio e industria, a pesar de que las mismas derivan directamente de la dignidad humana.

³⁷⁵ Dávalos, José, *óp. cit.*, p. 445.

³⁷⁶ Para consultar el contenido completo de las Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana de 1836, véase: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1836.pdf> (consultado el 28 de julio de 2017).

³⁷⁷ Gamás Torruco, José, *Introducción... cit.*, p. 16.

³⁷⁸ Dávalos, José, *óp. cit.*, p. 445.

³⁷⁹ García González, Vicente, *óp. cit.*, p. 1.

³⁸⁰ Dávalos, José, *óp. cit.*, p. 445.

3) En tercer lugar tenemos las Bases de Organización Política de la República Mexicana de 12 de junio de 1843³⁸¹, que vinieron a sustituir al texto constitucional de 1836, aunque ratificando el régimen centralista instaurado por este último³⁸². Esta norma fundamental consta de 202 artículos distribuidos en 11 títulos, y sus principales características son las siguientes: refleja el pensamiento autocrático de Santa Anna; fortalecía la Presidencia de la República; concentraba el poder en el gobierno central y establecía de nuevo el derecho al voto restringido por la posición económica; y estuvo en vigor hasta el 22 de agosto de 1846, fecha en que fue restablecida la Constitución de 1824³⁸³.

En el artículo 9° del Título II, intitulado “De los Habitantes de la República”, se incorpora un catálogo de derechos fundamentales mucho más completo y detallado que el de los textos constitucionales a los que hemos hecho referencia en el presente tópico³⁸⁴; sin embargo, a pesar de su mayor contenido, volvemos a encontrarnos con la constante de que no se hace referencia expresa a las libertades económicas de trabajo, comercio e industria, a pesar de la importancia que tienen para el libre desarrollo de la personalidad de los individuos³⁸⁵.

4) Con posterioridad, una revuelta encabezada por Mariano Salas acabó con la vigencia de las Bases Orgánicas de 1843 y reinstauró la del texto constitucional de 1824, lo que representó un significativo triunfo liberal³⁸⁶. El 18 de mayo de 1847, el Congreso Extraordinario Constituyente de los Estados Unidos Mexicanos ratificó la vigencia de la Constitución de 1824 y emitió el Acta Constitutiva y de Reformas³⁸⁷, documento que contiene una declaración de principios del más alto valor y un conjunto de instituciones jurídicas que, de conformidad con su artículo 5°, están

³⁸¹ Para consultar el contenido completo de las Bases de Organización Política de la República Mexicana de 1843, véase: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1843.pdf> (consultado el 28 de julio de 2017).

³⁸² Dávalos, José, *óp. cit.*, p. 445.

³⁸³ Gamas Torruco, José, *Introducción... cit.*, p. 17.

³⁸⁴ Se reconocen, entre otros, la prohibición de la esclavitud; las libertades de expresión e imprenta; la garantía de legalidad; las garantías en las detenciones y los cateos; el principio de legalidad tributaria; el derecho a la propiedad; entre otros.

³⁸⁵ Dávalos, José, *óp. cit.*, p. 445.

³⁸⁶ Gamas Torruco, José, *Introducción... cit.*, p. 18.

³⁸⁷ Para consultar el contenido completo del Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, véase: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1847.pdf> (consultado el 28 de julio de 2017).

destinadas a asegurar los valores supremos de libertad, seguridad, propiedad e igualdad de que gozan todos los habitantes de la República³⁸⁸.

De conformidad con el sitio oficial del Museo de las Constituciones en México³⁸⁹, esta norma fundamental es considerada como uno de los documentos más notables en la historia constitucional de nuestro país y su texto revela el talento y visión de Mariano Otero, su principal autor. Además de restablecer la vigencia de la Constitución de 1824 incluye diversas reformas, siendo las más importantes: la introducción del juicio de amparo como un sistema completo de control de constitucionalidad de leyes o actos de autoridad violatorios de derechos protegidos por la Constitución (artículo 25); el sufragio universal sin los requisitos censitarios (artículo 2°); un sistema de control del régimen federal de competencias (artículos 20 al 24); inició el largo camino del otorgamiento de derechos políticos y participación a los habitantes del entonces Distrito Federal (artículo 6°); y la supresión de la vicepresidencia de la República (artículo 15).

No obstante que las reformas introducidas al texto constitucional de 1824 son bastante loables, persistió la exclusión de las libertades económicas de trabajo, comercio e industria del catálogo de derechos que se reconocen expresamente a los individuos, a pesar del importante papel que éstas juegan en la garantía y aseguramiento de los valores supremos de libertad, seguridad, propiedad e igualdad.

Consideramos que el hecho de que la libertad de comercio e industria no se encuentre reconocida expresamente en las cuatro normas constitucionales a que hemos hecho referencia, no significa que, durante el periodo en que éstas rigieron la vida de nuestro país, la libertad de empresa haya estado excluida del cúmulo de derechos de que gozaban los habitantes de la República Mexicana. Lo anterior es así porque, en primer lugar, el reconocimiento de derechos que se hace en dichas

³⁸⁸ De la Cueva, Mario, *óp. cit.*, p. 242.

³⁸⁹ Museo de las Constituciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <http://www.museodelasconstituciones.unam.mx/Exposiciones/page14/page6/page6.html> (consultado el 28 de julio de 2017).

constituciones es enunciativo y no limitativo, además de que, en segundo lugar, dichas libertades económicas pueden deducirse de una interpretación sistemática de dichas normas constitucionales, ya que todas consagran como valores supremos de los individuos la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad, los que necesariamente implican y requieren de todas las libertades económicas, dentro de las que encontramos, entre otras, el derecho a la propiedad y las libertades de trabajo, comercio e industria³⁹⁰.

En el mismo sentido se pronuncia el doctor Antonio Cidoncha³⁹¹ –cuyos postulados son perfectamente aplicables a los textos constitucionales que analizamos en el presente apartado–, quien considera que las constituciones del siglo XIX no eran ajenas a la economía, sino que,

en todas ellas aparecen cláusulas económicas, aunque referidas a la organización del Estado (economía pública): las dedicadas a la Hacienda Pública. Pero, además, como ha puesto de relieve Aragón Reyes, las Constituciones decimonónicas también se ocupaban de la economía privada, bien que de forma implícita: al consagrarse en ellas no sólo la libertad política, sino también la libertad individual en su entendimiento más amplio (incluyendo, claro está, la libertad económica) y al garantizarse como uno de los derechos más fundamentales el de la propiedad privada, la norma constitucional no “regulaba” exactamente un “sistema” social y económico, pero lo “proclamaba”: el de libre iniciativa o, en otras palabras, el de autonomía individual, esto es, y en términos económicos, el de la economía de mercado. Las Constituciones del siglo XIX se desentendían de la regulación de la economía porque proclamaban implícitamente un sistema económico, el de economía de mercado libre (o economía de mercado pura), que desaconsejaba la regulación pública y que, por el contrario, demandaba la autorregulación privada. La no regulación constitucional era una opción consciente, consecuencia del sistema económico implícitamente proclamado, que forzosamente dejaba lo económico fuera de la Constitución.

³⁹⁰ Aragón Reyes, Manuel, “Constitución...” *cit.*, p. 165.

³⁹¹ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad...* *cit.*, pp. 27 y 28.

2.2.4. En la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857.

En palabras del autor Daniel Cosío Villegas³⁹², la Constitución de 1857 marca un punto culminante en la larga y agitada historia constitucional mexicana a la que nos hemos referido. Primero, porque representa el edificio constitucional más elaborado y ambicioso que hasta ese momento había intentado levantar México. Segundo, porque consiguió reunir los pareceres de los liberales puros y de los moderados, si bien no el de los conservadores. Tercero, porque fue el fruto de debates interminables hechos a plena luz del día. Y, finalmente, porque en su elaboración intervinieron los hombres más ilustrados, inteligentes y patriotas con que el país contaba en ese entonces.

En ese tenor, como resultado de la Revolución de Ayutla³⁹³ y de conformidad con lo previsto en el homónimo Plan de Ayutla, el Congreso Constituyente fue convocado el 16 de octubre de 1855, iniciando sus trabajos el 14 de febrero de 1856, con el fin de “constituir la Nación bajo la forma de República democrática, representativa y popular”³⁹⁴. La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos³⁹⁵ fue promulgada el 5 de febrero de 1857, está compuesta de 128 artículos distribuidos en 8 títulos, y sus principales características, de conformidad con Mario de la Cueva³⁹⁶, son las siguientes:

³⁹² Cosío Villegas, Daniel, *op. cit.*, p. 16.

³⁹³ Gamas Torruco, José, *op. cit.*, p. 1. De conformidad con el autor en cita, la Revolución de Ayutla fue un movimiento insurgente originado en el Estado de Guerrero en 1854. La razón principal del levantamiento fue la inconformidad con la dictadura de Antonio López de Santa Anna, quien, aprovechando la abolición de la Constitución de 1824, gobernaba dictatorialmente con el título de *su alteza serenísima*.

³⁹⁴ Museo de las Constituciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <http://www.museodelasconstituciones.unam.mx/Exposiciones/page14/page8/page8.html> (consultado el 31 de julio de 2017).

³⁹⁵ Para consultar el contenido completo de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, véase: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1857.pdf> (consultado el 31 de julio de 2017).

³⁹⁶ De la Cueva, Mario, De la Cueva, Mario, “La Constitución del 5 de febrero de 1857”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Guerrero Galván, Luis René (coords.), *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, Cámara de Diputados, 2016, t. IV, pp. 248 y 249.

Los liberales, en nombre de la soberanía del pueblo y con apoyo en ella, reclamaron el principio del sufragio universal, negaron la legitimidad de los dictadores, condenaron los privilegios y los fueros eclesiásticos y militares, origen de la existencia de las castas superpuestas al pueblo y establecieron que el poder público es un servicio para la comunidad. Sostuvieron la idea de los derechos del hombre en toda su grandeza y en armonía con ella, postularon los principios de igualdad y libertad humanas como la base inmovible de la vida social. En aplicación de esta idea de los derechos del hombre exigieron la separación de la iglesia y el Estado y las libertades de conciencia, de cultos, de enseñanza, de pensamiento y de imprenta. En el terreno de la economía se inclinaron por las doctrinas de la escuela económica liberal, pero mostraron un amplio conocimiento de las corrientes socialistas que honradamente había asimilado Mariano Otero y muchos de los liberales, con aquel sentido humanista de lo jurídico que venía de los años de la Guerra de Independencia, anunciaron una justicia social que algún día tendría que imponerse. Pugnaron por la desamortización y nacionalización de los bienes de la iglesia, porque eran un patrimonio nacional y porque la riqueza debía ponerse al servicio del pueblo en lugar de servir a los intereses de las castas privilegiadas. Defendieron la propiedad privada, reputada en aquella época y en virtud de las ideas individualistas y liberales, como una prolongación de la persona humana.

Ahora bien, para los efectos de nuestra investigación estamos interesados en la parte dogmática de esta Constitución, contenida principalmente en la Sección I del Título I intitulada “De los derechos del hombre”, porque es precisamente ahí donde se enuncia prácticamente la totalidad de los derechos fundamentales que se reconocen expresamente a las personas; catálogo que, dicho sea de paso, es mucho más completo y extenso que el incorporado en todas sus predecesoras. Al ser una Constitución de corte liberal, los derechos del hombre se ubican en una posición central, destacando en su artículo 1º que “El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente constitución”.

En ese tenor, la Constitución de 1857 es bastante clara y contundente respecto al importante papel que tienen las libertades económicas para garantizar los valores supremos de igualdad, seguridad, propiedad y libertad (derechos esenciales del hombre). Por ello, se considera que el liberalismo económico de esta norma fundamental fue un grito de rebeldía del hombre mexicano que buscaba en él una parte de su libertad, por lo que el Congreso Constituyente consignó los principios de la escuela económica liberal, pero también dejó constancias magníficas de su pensamiento social³⁹⁷.

En este sentido, la Asamblea Constituyente aprobó los artículos 4º, 27 y 28 de esta norma fundamental, en los que se encuentran expresiones purísimas del liberalismo económico y de sus consecuencias; a saber, las libertades de profesión, de industria y de trabajo, la no intervención del Estado en los fenómenos económicos y la defensa de la propiedad privada como la institución que afirma la personalidad individual³⁹⁸:

Artículo 4º.- Todo hombre es libre para abrazar la profesión, industria o trabajo que le acomode, siendo útil y honesto, y para aprovecharse de sus productos. Ni uno, ni otro se le podrá impedir, sino por sentencia judicial cuando ataque los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando ofenda los de la sociedad.

Artículo 27.- La propiedad de las personas no puede ser ocupada sin su consentimiento, sino por causa de utilidad pública y previa indemnización. La ley determinará la autoridad que deba hacer la expropiación y los requisitos con que ésta haya de verificarse.

Ninguna corporación civil o eclesiástica, cualquiera que sea su carácter, denominación u objeto, tendrá capacidad legal para adquirir en propiedad o administrar por sí bienes raíces, con la única excepción de los edificios destinados inmediata y directamente al servicio u objeto de la institución.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 272.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 273.

Artículo 28.- No habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria. Exceptúanse únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos y a los privilegios que, por tiempo limitado, conceda la ley a los inventores o perfeccionadores de alguna mejora.

El reconocimiento expreso que hace esta Constitución de las citadas libertades económicas implica que, de conformidad con su ya citado artículo 1º, se les considera como prerrogativas que tienen todos los hombres por el simple hecho de su naturaleza humana, las cuales, en conjunto con los demás derechos y garantías que en su texto se reconocen, constituyen la base y el objeto de todas las instituciones sociales. Con lo anterior se disipa cualquier duda que pudiera existir respecto a la fundamentalidad que tienen las libertades económicas en el sistema jurídico mexicano y, además, se reafirma el papel crucial que éstas desempeñan para que los individuos puedan alcanzar el libre desarrollo de su personalidad.

Para concluir debemos decir que, además de que esta Constitución rigió la vida jurídica, política y económica de nuestro país durante casi seis décadas, su espíritu liberal –y con él el reconocimiento expreso de las referidas libertades económicas–, de manera acertada, se trasladó a nuestra norma fundamental vigente de 1917, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma a la de 5 de febrero de 1857, texto que revisamos a continuación

En palabras de Cosío Villegas³⁹⁹, la Constitución de 1857 marca un punto culminante en la larga y agitada historia constitucional mexicana. Primero, porque representa el edificio constitucional más elaborado y ambicioso que hasta ese momento había intentado levantar México. Segundo, porque consiguió reunir los pareceres de los liberales puros y de los moderados, si bien no el de los conservadores. Tercero, porque fue el fruto de debates interminables hechos a plena luz del día. Y, finalmente, porque en su elaboración intervinieron los hombres más ilustrados, inteligentes y patriotas con que el país contaba en ese entonces.

³⁹⁹ Cosío Villegas, Daniel, *óp. cit.*, p. 16.

Así, como resultado de la Revolución⁴⁰⁰ y del Plan de Ayutla, el Congreso Constituyente fue convocado el 16 de octubre de 1855, iniciando sus trabajos el 14 de febrero de 1856, con el fin de “constituir la Nación bajo la forma de República democrática, representativa y popular”⁴⁰¹. La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos⁴⁰² fue promulgada el 5 de febrero de 1857, está compuesta de 128 artículos distribuidos en 8 títulos, y tiene las siguientes características⁴⁰³:

Los liberales, en nombre de la soberanía del pueblo y con apoyo en ella, reclamaron el principio del sufragio universal, negaron la legitimidad de los dictadores, condenaron los privilegios y los fueros eclesiásticos y militares, origen de la existencia de las castas superpuestas al pueblo y establecieron que el poder público es un servicio para la comunidad. Sostuvieron la idea de los derechos del hombre en toda su grandeza y en armonía con ella, postularon los principios de igualdad y libertad humanas como la base inmovible de la vida social. En aplicación de esta idea de los derechos del hombre exigieron la separación de la iglesia y el Estado y las libertades de conciencia, de cultos, de enseñanza, de pensamiento y de imprenta. En el terreno de la economía se inclinaron por las doctrinas de la escuela económica liberal, pero mostraron un amplio conocimiento de las corrientes socialistas que honradamente había asimilado Mariano Otero y muchos de los liberales, con aquel sentido humanista de lo jurídico que venía de los años de la Guerra de Independencia, anunciaron una justicia social que algún día tendría que imponerse. Pugnaron por la desamortización y nacionalización de los bienes de la iglesia, porque eran un patrimonio nacional y porque la riqueza debía ponerse al servicio del pueblo en lugar de servir a los intereses de las castas privilegiadas. Defendieron la propiedad privada, reputada en aquella época y en virtud de las ideas individualistas y liberales, como una prolongación de la persona humana.

⁴⁰⁰ Gamas Torruco, José, *Introducción... cit.*, p. 1. De conformidad con este autor, la Revolución de Ayutla fue un movimiento insurgente originado en el Estado de Guerrero en 1854. La razón principal del levantamiento fue la inconformidad con la dictadura de Antonio López de Santa Anna, quien, aprovechando la abolición de la Constitución de 1824, gobernaba dictatorialmente con el título de *su alteza serenísima*.

⁴⁰¹ Museo de las Constituciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de <http://www.museodelasconstituciones.unam.mx/Exposiciones/page14/page8/page8.html> internet: (consultado el 31 de julio de 2017).

⁴⁰² Para consultar el contenido completo de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, véase: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1857.pdf> (consultado el 31 de julio de 2017).

⁴⁰³ De la Cueva, Mario, *óp. cit.*, pp. 248 y 249.

Ahora bien, para los efectos de nuestra investigación estamos interesados en la parte dogmática de esta Constitución, contenida principalmente en la Sección I del Título I intitulada “De los derechos del hombre”, porque es precisamente ahí donde se enuncia prácticamente la totalidad de los derechos fundamentales que se reconocen expresamente a las personas; catálogo que, dicho sea de paso, es mucho más completo y extenso que el incorporado en todas sus predecesoras. Al ser una Constitución de corte liberal, los derechos del hombre se ubican en una posición central, destacando en su artículo 1° que “El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente constitución”.

En ese tenor, la Constitución de 1857 es bastante clara y contundente respecto al importante papel que tienen las libertades económicas para garantizar los valores supremos de igualdad, seguridad, propiedad y libertad (derechos esenciales del hombre). Por ello, se considera que el liberalismo económico de esta norma fundamental fue un grito de rebeldía del hombre mexicano que buscaba en él una parte de su libertad, por lo que el Congreso Constituyente consignó los principios de la escuela económica liberal, pero también dejó constancias magníficas de su pensamiento social⁴⁰⁴.

En este sentido, la Asamblea Constituyente aprobó los artículos 4°, 27 y 28 de esta norma fundamental, en los que se encuentran expresiones purísimas del liberalismo económico y de sus consecuencias; a saber, las libertades de profesión, de industria y de trabajo, la no intervención del Estado en los fenómenos económicos y la defensa de la propiedad privada como la institución que afirma la personalidad individual⁴⁰⁵:

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 272.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 273.

Artículo 4°.- Todo hombre es libre para abrazar la profesión, industria o trabajo que le acomode, siendo útil y honesto, y para aprovecharse de sus productos. Ni uno, ni otro se le podrá impedir, sino por sentencia judicial cuando ataque los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando ofenda los de la sociedad.

Artículo 27.- La propiedad de las personas no puede ser ocupada sin su consentimiento, sino por causa de utilidad pública y previa indemnización. La ley determinará la autoridad que deba hacer la expropiación y los requisitos con que ésta haya de verificarse.

Ninguna corporación civil o eclesiástica, cualquiera que sea su carácter, denominación u objeto, tendrá capacidad legal para adquirir en propiedad o administrar por sí bienes raíces, con la única excepción de los edificios destinados inmediata y directamente al servicio u objeto de la institución.

Artículo 28.- No habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria. Exceptúanse únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos y a los privilegios que, por tiempo limitado, conceda la ley a los inventores o perfeccionadores de alguna mejora.

El reconocimiento expreso que hace esta Constitución de las citadas libertades económicas implica que, de conformidad con su ya citado artículo 1°, se les considera como prerrogativas que tienen todos los hombres por el simple hecho de su naturaleza humana, las cuales, en conjunto con los demás derechos y garantías que en su texto se reconocen, constituyen la base y el objeto de todas las instituciones sociales. Consideramos que con lo anterior se disipa cualquier duda que pudiera existir respecto a la fundamentalidad que tienen las libertades económicas en el sistema jurídico mexicano y, además, se reafirma el papel crucial que éstas desempeñan para que los individuos puedan alcanzar el libre desarrollo de su personalidad.

Para concluir debemos decir que, además de que esta Constitución rigió la vida jurídica, política y económica de nuestro país durante casi seis décadas, su espíritu liberal –y con él el reconocimiento expreso de las libertades económicas a que nos hemos referido–, de manera por demás acertada se trasladó a nuestra norma fundamental vigente de 1917, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma a la de 5 de febrero de 1857, texto que revisamos a continuación.

2.2.5. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

En este apartado es importante recordar que la integración de nuestra sociedad se llevó a cabo en tres importantes lapsos históricos: de los años 1810 a 1821, la independencia; de 1854 a 1867, la afirmación como República emancipada; y de 1908 a 1917, la estructuración de un orden social reivindicador de las clases populares (trabajadores y campesinos, principalmente). Estas etapas de la historia mexicana tuvieron como expresión propia algunos de los textos fundamentales que analizamos en tópicos anteriores: la Constitución de Apatzingán de 1814 para la Independencia; la Constitución de 1857 para la Reforma; y la Constitución de 1917 para la Revolución Social⁴⁰⁶.

A esta última etapa correspondió la unión de dos conceptos inseparables, Revolución y Constitución, ya que la *Carta Magna* de 1917 fue resultado del momento histórico que en ese entonces vivía nuestro país, caracterizado por innumerables angustias y amarguras, pasiones y flaquezas, así como luchas por satisfactores y aspiraciones del más alto nivel del pueblo mexicano. Por ello podemos decir que la Constitución de 1917 es la Revolución institucionalizada, ya

⁴⁰⁶ González, Enrique Jorge, *Los antecedentes de la Constitución de 1917*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/649/7.pdf> (consultado el 31 de julio de 2017), p. 21.

que, de otra manera, la Revolución Mexicana hubiera quedado marcada en nuestra historia únicamente como un simple hecho de sangre⁴⁰⁷.

En este contexto, el domingo 22 de octubre de 1916 se celebraron las elecciones para diputados al Congreso Constituyente, el que se reunió el 21 de noviembre de ese año y se declaró legítimamente instalado el día 30 del mismo mes. Esta Asamblea Constituyente celebró su primera sesión el 1° de diciembre de 1916 y se clausuró el 31 de enero de 1917, periodo en el que se celebraron seis sesiones preliminares y se dedicaron otras sesenta a la elaboración del texto de la Constitución⁴⁰⁸. En palabras del autor Enrique Jorge González⁴⁰⁹, “los debates se caracterizaron por la amplia libertad de que gozaron los diputados, de todas las tendencias o intereses, pero con la conciencia de sostener los principios de participación política, libertades y reivindicaciones sociales”.

El producto de estas excelsas deliberaciones es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la de 5 de febrero de 1857⁴¹⁰ aún vigente –que, a pesar del nombre, se trata de una nueva Constitución–, que se compone de 136 artículos distribuidos en nueve títulos, cuyas características principales son: es la primera constitución en la historia del mundo en incluir los derechos sociales; en materia social da un paso marcadamente revolucionario pues protege ampliamente a la clase trabajadora por medio de la legislación agraria y obrera; transforma radicalmente los conceptos de propiedad privada, libertad de contratación e individualismo; protege la riqueza pública contra el acaparamiento del capitalismo; da a la educación un carácter democrático, poniéndola al alcance de las grandes masas populares; antepone el interés colectivo al individual; tiene un carácter semi-individualista con tendencia liberal burguesa; y ha estado en vigor desde el 5 de febrero de 1917 hasta la actualidad⁴¹¹.

⁴⁰⁷ *Ibíd.*, pp. 21 y 22.

⁴⁰⁸ Gamás Torruco, José, *Introducción... cit.*, p. 31.

⁴⁰⁹ González, Enrique Jorge, *óp. cit.*, p. 32.

⁴¹⁰ Para consultar el contenido original y completo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, véase: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm> (consultado el 31 de julio de 2017).

⁴¹¹ García González, Vicente, *óp. cit.*, pp. 1 y 2.

Entrando de lleno a la materia que nos ocupa, la parte dogmática de la Constitución de 1917, en su versión original, se encuentra contenida principalmente en el Capítulo I del Título Primero, intitulado “De las garantías individuales”; y, al igual que su predecesora, reconoce expresamente las libertades económicas de trabajo, comercio e industria como parte de las garantías individuales que dicha norma fundamental otorga a todos los individuos:

Artículo 4°.- 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.

La ley deerminará (*sic*) en cada Estado cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo, y las autoridades que han de expedirlo.

Más de cincuenta años después, mediante reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974, el contenido del artículo 4° se trasladó completa y textualmente al artículo 5°, quedando de esta manera integradas en una misma unidad las libertades económicas de trabajo, comercio e industria. Por otro lado, el espacio dejado por el texto del hasta entonces artículo 4° se aprovechó para dar cabida a garantías tutelares de la familia⁴¹²:

Artículo 5°.- 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.

⁴¹² Dávalos, José, *óp. cit.*, p. 449.

La Ley determinará en cada Estado, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.

Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.

En cuanto a los servicios públicos sólo podrán ser obligatorios en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los de jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta.

Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito. Los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale.

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, ya sea por causa de trabajo, de educación o de voto religioso. La ley, en consecuencia, no permite el establecimiento de órdenes monásticas, cualquiera que sea la denominación u objeto con que pretendan erigirse.

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.

El contrato de trabajo sólo obliga a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles.

La falta de cumplimiento de dicho contrato, por lo que respecta al trabajador, sólo obligará a éste a la correspondiente responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona.

Con posterioridad y hasta el día de hoy, el artículo 5° fue objeto de tres reformas adicionales, las que se publicaron en el Diario Oficial de la Federación el 06 de abril de 1990, el 28 de enero de 1992 y el 29 de enero de 2016⁴¹³, ninguna de las cuales alteró los párrafos primero y sexto, que es donde se contienen la esencia y fundamento de la libertad de empresa, ahí llamada libertad de comercio e industria. En ese tenor, la libertad de empresa se encuentra consagrada en el artículo 5° de nuestra Constitución, que es parte integrante del Capítulo I del Título Primero intitulado “De los derechos humanos y sus garantías”⁴¹⁴, reconociéndose que, de conformidad con el artículo 1° constitucional, se trata de una libertad fundamental de que gozan todas las personas por el simple hecho de su naturaleza humana, que, por lo tanto, está investida con las características de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, así como con los demás principios y cualidades con que cuentan todos los derechos humanos⁴¹⁵.

Artículo 5°.- 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.

[...]

[...]

[...]

[...]

⁴¹³ Para consultar el contenido completo de las reformas al artículo 5° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, véase: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm (consultado el 01 de agosto de 2017).

⁴¹⁴ Denominación que fue modificada mediante la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011. Para consultar el contenido completo de la referida reforma, véase: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_194_10jun11.pdf (consultado el 01 de agosto de 2017).

⁴¹⁵ *Supra*, 2.3.2. Naturaleza jurídica: ¿La libertad de empresa es un derecho humano?

Tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en que se renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio.

[...]

[...]

Con el desarrollo de nuestro breve recorrido histórico hemos podido apreciar la gestación y evolución de la libertad de comercio e industria a partir del constitucionalismo moderno, por lo que, partiendo del estudio de sus antecedentes, estamos facultados para comprender y, a su vez, explicar de mejor manera las características actuales que tiene esta libertad fundamental. Es por ello que, estando mejor equipados, damos paso al análisis de los rasgos esenciales que en la actualidad tiene la libertad de empresa dentro del sistema jurídico mexicano: definimos con precisión esta libertad fundamental; determinamos cuál es su contenido esencial; analizamos la economía social de mercado (economía mixta) como el marco dentro del que se reconoce este derecho; y, para concluir, desentrañamos su naturaleza jurídica, a efecto de determinar si en verdad nos encontramos ante un derecho humano que deriva de la dignidad de las personas.

2.3. Los rasgos esenciales de la libertad de empresa en el sistema jurídico mexicano.

2.3.1. Definición.

Finalmente nos situamos en el punto central de nuestra investigación, por lo que llegó la hora de resolver la interrogante más elemental a nuestros efectos: ¿Qué debemos entender por libertad de empresa? Para estar en condiciones de proponer nuestra propia definición, realizamos un interesantísimo recorrido conceptual por los autores más destacados que han escrito sobre nuestro objeto de estudio.

Empezamos nuestra travesía con la definición que nos brinda el autor español Manuel Aragón Reyes⁴¹⁶, quien se refiere a la libertad de empresa como “una libertad que se reconoce a todas las personas para acometer y desarrollar actividades económicas, sea cual sea la forma jurídica (individual o societaria) que se emplee y sea cual sea el modelo patrimonial o laboral que se adopte”. El aspecto que destacamos de este concepto es que el autor acertadamente se refiere a la libertad de empresa como una prerrogativa con la que cuentan la totalidad de las personas, por lo que empieza a hacerse patente la fundamentalidad de este importante derecho.

Por su parte, Christian Alberto Cao⁴¹⁷ entiende la libertad de empresa como “una libertad que reconoce a las personas la potestad de idear, iniciar, desarrollar y concluir actividades de carácter económico-productivo en sus múltiples variantes”, agregando que el contenido de este derecho incluye una multiplicidad de facultades, de entre las que destacan “la facultad de crear empresas, actuar en el mercado, establecer los propios objetivos de la empresa, dirigir y planificar la actividad en atención a los recursos y a las condiciones del mercado e, incluso, la decisión de cesar en la actividad”.

Antonio Cidoncha, quien elaboró su excelsa tesis doctoral sobre la libertad de empresa, entiende este derecho simple y sencillamente como “la libertad de ejercer actividades económicas organizadas bajo la forma de empresa”⁴¹⁸. A pesar de que la definición parece ser bastante corta, en nuestra opinión dice bastante. Al conceptualizarla de esta forma, nos deja ver que la libertad de empresa se trata de un derecho concebido en términos amplios y generales, con una estructura de principio en oposición a las reglas⁴¹⁹.

⁴¹⁶ Aragón Reyes, Manuel, “El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”, en Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco (dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, España, Instituto de Estudios Económicos, 2005, p. 40.

⁴¹⁷ Alberto Cao, Christian, *Constitución socioeconómica y derechos fundamentales. Estudio comparado entre los casos de España y Argentina*, Argentina, Ediar, 2015, pp. 564 y 565.

⁴¹⁸ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, pp. 207 y 208.

⁴¹⁹ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Sobre principios y reglas*, visible en el sitio de internet: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10763/1/doxa10_04.pdf (consultado el 11 de enero de 2017), pp. 103-105. De conformidad con los autores en cita, principio se entiende en el sentido de norma muy general; redactada en términos particularmente vagos; norma programática o directriz;

En la concepción de Alfredo Montoya Melgar, uno de los aspectos más importantes de la libertad de empresa es la competencia económica, al mencionar que se trata del “derecho a la creación, organización, modificación y en su caso disolución de empresas, así como la constitución de grupos de empresas y la igualdad y la competencia entre los agentes económicos en el mercado”⁴²⁰. En este mismo sentido se pronuncia José Barba de Vega, quien considera que “el derecho de libertad de empresa conlleva el derecho a acceder al mercado como empresario y el derecho a competir en el mismo ofreciendo bienes y servicios en las condiciones y de la manera que cada empresario estime más conveniente para atraer a los consumidores. La competencia constituye así la forma más importante en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa”⁴²¹.

Finalmente, cerramos nuestro recorrido conceptual con la definición formulada por el jurista peruano Víctor García Toma⁴²², quien señala que “la libertad de empresa se configura como la facultad de poder elegir y obrar, según la propia determinación, en la organización y desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios”, agregando que, entre los atributos que comprenden este derecho, pueden mencionarse los siguientes:

- a) La facultad de toda persona a emprender una actividad económica.
- b) La facultad de crear una empresa.
- c) La facultad de organizarla de una determinada manera. Para tal efecto, selecciona sus objetivos empresariales.

norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico; norma de elevada jerarquía; en el sentido de *regula iuris*, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo.

⁴²⁰ Montoya Melgar, Alfredo, “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, en Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco (dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, España, Instituto de Estudios Económicos, 2005, p. 28.

⁴²¹ Barba de Vega, José *et al.*, *Introducción al derecho mercantil (ADE)*, España, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 267.

⁴²² García Toma, Víctor, *óp. cit.*, pp. 927 y 928.

- d) La facultad de gestionar de una determinada manera una empresa. Para tal efecto, determina la forma de conducción.
- e) La facultad de competir empresarialmente en el mercado.
- f) La facultad de transformar la organización empresarial.
- g) La facultad de cerrar la empresa.

En vista de todo lo anterior y después de reflexionar bastante al respecto, nosotros entendemos el derecho a la libertad de empresa sencillamente como la libertad inherente a todas las personas sin distinción alguna, que las faculta para realizar actividades económicas adoptando la forma de empresa, participando y/o compitiendo dentro del mercado. Como se puede observar, se trata de una definición genérica de la libertad de empresa estructurada de conformidad con su naturaleza de principio, por lo que, a efecto de concretar su contenido y estructura, en el presente capítulo desarrollamos los rasgos esenciales que tiene esta libertad fundamental en el sistema jurídico mexicano.

2.3.2. Naturaleza jurídica: ¿La libertad de empresa es un derecho humano?

Para desarrollar el presente apartado es oportuno recordar nuestra postura respecto a la dicotomía entre derechos humanos y derechos fundamentales⁴²³. En este sentido, reiteramos que, en nuestra concepción, el término derechos humanos hace hincapié en que existen libertades y derechos que le corresponden a todo ser humano por el simple hecho de serlo, en cualquier época y territorio, con independencia de si los mismos están reconocidos expresamente en algún cuerpo normativo, prerrogativas que derivan y protegen la dignidad que acompaña a todos los individuos de la especie humana. Por otro lado, el concepto de derechos fundamentales subraya el reconocimiento que una Constitución o un tratado

⁴²³ *Supra*, 1.3.4. Dicotomía: Derechos humanos y derechos fundamentales.

internacional hacen de un derecho humano, constituyéndose dicho reconocimiento positivo en la fuente de su garantía, protección y aplicación efectiva (juridicidad).

En seguimiento de lo anterior, ratificamos nuestra opinión de que es en la dignidad de la persona donde los derechos humanos encuentran su origen y valor fundamental, entendiendo la dignidad humana como el hecho (mandato) de considerar a la persona siempre como sujeto de derecho (un fin en sí mismo) y nunca como un instrumento o medio para un fin diverso. La dignidad humana, en nuestra concepción, es inherente y por lo tanto deriva de la propia naturaleza del ser humano, teniendo, en consecuencia, una existencia *per se*. En este sentido, podemos afirmar que se deben proteger de una manera especial los derechos humanos, porque están conectados con determinados valores –dignidad y libre desarrollo de la persona– y, además, constituyen un presupuesto esencial del sistema constitucional, social y democrático de derecho en que se desenvuelve la sociedad occidental⁴²⁴.

Es precisamente de la dignidad humana de dónde se desprenden las características de interdependencia e indivisibilidad con que están investidos todos los derechos humanos⁴²⁵, las que resultan piezas fundamentales para el desarrollo de nuestra investigación. La interdependencia implica que los derechos humanos se encuentran ligados entre sí, de tal manera que todos tienen el mismo valor y, por lo tanto, no se puede dar una preferencia *per se* de uno sobre otro; es decir, el Estado debe garantizar integralmente el respeto y observancia de todos los derechos humanos, sin sacrificar ninguno de ellos en nombre de otro. La indivisibilidad, por su parte, se refiere a que todos esos derechos humanos poseen un carácter inseparable, pues son parte del ser humano y derivan de su dignidad; es decir, cuando se ejerce un determinado derecho humano, la autoridad y todas las demás personas deben respetar no sólo ese derecho en particular sino todos ellos en su conjunto, ya que se encuentran indisolublemente vinculados.

⁴²⁴ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Lecciones de derechos fundamentales*, España, Editorial Dykinson, 2004, p. 107.

⁴²⁵ *Supra*, 1.3.7. Rasgos esenciales de los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano.

Partiendo de esta breve introducción, es momento de plantear y responder la interrogante que le sirve de título al presente tópico: ¿Es la libertad de empresa un derecho humano? Y, como consecuencia de lo anterior, ¿existen buenas razones para reconocer expresamente dicha libertad como un derecho fundamental en el seno del Sistema Americano de Derechos Humanos? Estamos convencidos de que las respuestas a ambas interrogantes son afirmativas, afirmación que demostramos a continuación.

Los derechos humanos implican que existe algo que es debido al ser humano simplemente porque es ser humano, en virtud de su dignidad. Y este “algo debido” conlleva, inseparable e indisolublemente, la posibilidad de bien vivir y participar activamente en el bien común de la humanidad⁴²⁶. Como efecto necesario de lo anterior, es un hecho indiscutible que “las libertades económicas (no sólo las civiles y políticas) son inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, contribuyen a la autorrealización de la persona y al libre desarrollo de su personalidad (todo esto como consecuencia, principalmente, de las características de indivisibilidad e interdependencia)”⁴²⁷.

El autor Gregorio Peces-Barba, toda una institución en materia de derechos humanos, considera que los derechos económicos, sociales y culturales, catálogo dentro del cual ubicamos a la libertad de empresa,

protegen determinadas dimensiones en el ámbito privado con contenido económico o cultural, o permiten crear condiciones en esas dimensiones, en ambos casos para favorecer y hacer posible el libre desarrollo de la personalidad, a través de la elección de vida (moralidad privada). Protegen los beneficios de los que se goza (propiedad), o pretenden crear nuevos beneficios (educación, sanidad, seguridad social, vivienda)⁴²⁸.

⁴²⁶ Ginebra Serrabou, Xavier y Castrillón y Luna, Víctor Manuel, *La nueva Ley Federal de Competencia Económica*, México, Editorial Bosch, 2014, p. 16.

⁴²⁷ García Vitoria, Ignacio, *óp. cit.*, p. 273. Los paréntesis son nuestros.

⁴²⁸ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Lecciones... cit.*, p. 287.

Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica⁴²⁹. Fundamentalmente son los derechos económicos –entre ellos la libertad de empresa– los que, al estar en estrecha relación con la dignidad humana, permiten a las personas y a la sociedad en general alcanzar la libertad, la democracia y la procura existencial en el marco de su accesibilidad⁴³⁰. Los derechos económicos no sólo están íntimamente ligados a la libertad y al Estado de derecho, sino que también están conectados al principio democrático, porque constituyen un presupuesto indispensable para que impere el pluralismo político⁴³¹.

El doctor Víctor García Toma⁴³² considera que,

todo ser humano tiene la potestad de alcanzar una vida libre y digna dentro de la comunidad. Por ende, puede (y debe) pretender una existencia cualitativa y cuantitativamente mejor. En suma, esto implica que tanto el Estado como los particulares tienen la responsabilidad conjunta de crear las condiciones para que el ser humano mejore su condición económica, social, cultural, etc. Ergo, tiene el derecho de alcanzar un nivel de vida adecuado en lo material y espiritual. [...] (Se busca alcanzar) plenitud de vida, ya que ésta no sólo consiste en el mero existir, sino en el de una persona armónica en relación al acceso a bienes y servicios indispensables para ser cabalmente dignos; así como a un entorno de paz y sosiego interior.

Precisamente nosotros consideramos que, tanto el emprendimiento⁴³³ como la iniciativa económica privada, que generalmente se materializan en el ejercicio de una actividad económica bajo la forma de empresa, constituyen una opción digna y válida que tienen todos los seres humanos –al igual que lo es el trabajo

⁴²⁹ Hernández, Armando, *Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el nuevo modelo constitucional de derechos humanos en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p. 52.

⁴³⁰ Alberto Cao, Christian, *óp. cit.*, p. 280.

⁴³¹ Rey Martínez, Fernando, *óp. cit.*, p. 433.

⁴³² García Toma, Víctor, *óp. cit.*, p.161. Los paréntesis son nuestros.

⁴³³ En el diccionario de la Real Academia Española, se define emprendimiento como 1. m. Acción y efecto de emprender (acometer una obra). 2. m. Cualidad de emprendedor. *Esta persona destaca por su emprendimiento y capacidad*. Visible en el sitio de internet: <http://dle.rae.es/?id=Esj9hsT> (consultado el 13 de febrero de 2017).

subordinado— para abonar, perseguir y alcanzar una existencia cualitativa y cuantitativamente mejor, que les permita una vida verdaderamente libre y digna dentro de la comunidad. En ese tenor, nosotros pensamos en la actividad empresarial, que es el bien jurídico tutelado por la libertad de empresa, como una ocupación que permite el libre desarrollo de la personalidad mediante el reconocimiento a cada individuo de “la posibilidad de hacer uso de todas sus potencias físicas, intelectuales y morales en su propio beneficio”⁴³⁴. Mediante el reconocimiento de este derecho, se les facilita a los individuos “la realización del plan de vida libremente escogido, en donde el desarrollo de la persona es expresión de sus aptitudes, intereses, convicciones y deseos mediante su actuación o verificación en el seno de la sociedad”⁴³⁵.

Consideramos que el emprendimiento y la iniciativa económica privada —al igual que el trabajo subordinado—, constituye una opción digna y válida que tienen todas las personas para alcanzar los altos fines de su conservación, desarrollo y perfeccionamiento. La actividad empresarial es resultado de la combinación de la inteligencia y de las facultades físicas de las personas, que les ayuda a proveer sus necesidades y las de sus dependientes económicos, además de que les permite desempeñar los principales deberes que tienen para con la sociedad y, al igual que todos los demás bienes protegidos por los derechos humanos, importa una condición indispensable de su naturaleza humana⁴³⁶.

La necesidad e importancia de reconocer expresamente las libertades de empresa y de trabajo como derechos fundamentales, surgen bajo el reconocimiento de que las actividades empresarial y laboral le permiten al hombre, según sus conocimientos, aptitudes y habilidades, emplear toda su capacidad en pro de sí mismo, de terceras personas y de la sociedad en general. En este sentido, la actividad empresarial permite la construcción del hombre a nivel social, pues le ayuda a suplir sus necesidades de carácter general, dignifica su existencia y

⁴³⁴ García Toma, Víctor, *óp. cit.*, p. 162.

⁴³⁵ *Ídem*.

⁴³⁶ Lozano, José María, *Tratado de los derechos del hombre*, México, Senado de la República, 2016, p. 175.

contribuye a su desarrollo intelectual, físico y productivo⁴³⁷. Por ello, la actividad empresarial es y debe tenerse como un principio fundamental en todos los países del mundo occidental, y, en ese tenor, se le debe asignar una posición primordial en su organización política, económica y social, debiendo incorporarse, en consecuencia, como derecho, deber y objetivo del modelo de Estado social y constitucional de derecho⁴³⁸.

Con base en lo anterior, concluimos que la libertad de empresa es un derecho humano y, por lo tanto, es acertado su reconocimiento como un derecho fundamental en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sin embargo, consideramos que debe reformarse el texto del artículo 5° en que se consagra, a efecto de actualizar su denominación y adoptar el término de *libertad de empresa* en sustitución de las oxidadas *libertades de comercio e industria*⁴³⁹. De igual forma, proponemos que la libertad de empresa se reconozca expresamente como un derecho fundamental en el seno del Sistema Americano de Derechos Humanos, con el objeto de reforzar la tutela, protección y garantía del ejercicio de la actividad empresarial en los distintos países que integran esta zona.

Pero, ¿por qué resulta trascendental la actividad empresarial para la sociedad? Precisamente porque el emprendimiento, que generalmente se materializa como una actividad empresarial, es uno de los principales motores que 1) genera autoempleo y beneficio económico para el propio empresario; 2) genera puestos de trabajo para las demás personas; 3) contribuye a satisfacer las necesidades de la sociedad mediante el ofrecimiento de diversos productos y/o servicios; 3) fomenta la innovación y generación de tecnología; todo lo que, en conjunto, 4) contribuye al desarrollo y crecimiento económicos de todo un país o de una región económica.

⁴³⁷ Centro de Investigaciones Laborales de la Universidad Externado de Colombia, *Protección del derecho al trabajo: jurisprudencia constitucional*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 13.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 18.

⁴³⁹ *Infra*, 2.3.3. Multiplicidad terminológica en su denominación.

Finalmente, ¿qué tipo de derecho humano es la libertad de empresa? Al ser una de las múltiples vertientes de la libertad, ¿es un derecho civil y político o es un derecho económico, social y cultural? Con base en el análisis que hicimos sobre la inutilidad y la consecuente inoperancia de la división entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales⁴⁴⁰, consideramos que la libertad de empresa es, simple y sencillamente, un derecho humano con la misma genética y naturaleza que tienen todos los demás. Todos los derechos fundamentales, se trate del que se trate, ya sea considerado como civil y político o como económico, social y cultural, consisten en expectativas positivas o negativas a las que corresponden obligaciones de prestación o prohibiciones de lesión, por lo que todos se encuentran igualmente garantizados por el Estado: en este sentido, se denomina a) garantías primarias a dichas obligaciones y prohibiciones y b) garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos.

2.3.2.1. La libertad de empresa como derecho fundamental en diversos sistemas jurídicos.

Sin perjuicio de las razones sustanciales o de fondo a que hemos hecho referencia, consideramos que otro argumento que respalda la fundamentalidad de la libertad de empresa consiste en hacer un breve recuento de los principales sistemas jurídicos de nuestro entorno que ubican esta libertad dentro de su privilegiado catálogo de derechos fundamentales.

Empezamos nuestra breve reseña haciendo referencia a nuestro propio país, en donde, dentro del artículo 5° de la *Carta Magna*, se reconoce expresamente a la libertad de empresa como un derecho fundamental, bajo la denominación de libertad de industria y de comercio:

⁴⁴⁰ *Supra*, 1.4. Los derechos económicos, sociales y culturales.

Artículo 5°. 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. [...].

Por su parte, la Constitución Peruana vigente⁴⁴¹, que data del año de 1993, ubica a la libertad de empresa dentro de su catálogo de derechos fundamentales en los siguientes términos:

Artículo 59.- Rol Económico del Estado.

El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

En la Argentina, también bajo la denominación de libertad de industria y de comercio, se reconoce la fundamentalidad de la libertad de empresa, específicamente en el artículo 14 de su Constitución sancionada en 1853⁴⁴²:

Artículo 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

⁴⁴¹ Para consultar el contenido completo de la Constitución Política del Perú, véase: <http://portal.jne.gob.pe/informacionlegal/Constitucion%20y%20Leyes1/CONSTITUCION%20POLITICA%20DEL%20PERU.pdf> (consultado el 13 de febrero de 2017).

⁴⁴² Para consultar el contenido completo de la Constitución de la Nación Argentina –Ley N° 24.430-, véase: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> (consultado el 13 de febrero de 2017).

En la Constitución Política de la República de Chile de 1980⁴⁴³, artículo 19, numeral 21°, se reconoce expresamente la libertad de empresa como un derecho esencial que se asegura a todas las personas:

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

[...]

21° El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justos establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.

En la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia del año 2009⁴⁴⁴, específicamente en su artículo 47, se reconoce la libertad de empresa como un derecho fundamental:

Artículo 47.

I. Toda persona tiene derecho a dedicarse al comercio, la industria o a cualquier actividad económica lícita, en condiciones que no perjudiquen al bien colectivo. [...].

La libertad de empresa, bajo la denominación de libertad de industria y de comercio, también se encuentra reconocida expresamente en la Constitución de la República Oriental del Uruguay del año de 1967⁴⁴⁵, en los siguientes términos:

⁴⁴³ Para consultar el contenido completo de la Constitución Política de la República de Chile –Decreto Supremo N° 100 de 17 de septiembre de 2005-, véase: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf (consultado el 13 de febrero de 2017).

⁴⁴⁴ Para consultar el contenido completo de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, véase: http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf (consultado el 13 de febrero de 2017).

⁴⁴⁵ Para consultar el contenido completo de la Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967, véase: <http://www.rau.edu.uy/uruguay/const97-1.6.htm#2> (consultado el 13 de febrero de 2017).

Artículo 36.

Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes.

La Constitución Nacional de Paraguay del año 1992⁴⁴⁶, en su artículo 107, reconoce expresamente que la libertad de empresa es un derecho fundamental que le corresponde a todas las personas:

Artículo 107.- DE LA LIBERTAD DE CONCURRENCIA.

Toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades.

Se garantiza la competencia en el mercado. No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o la baja artificiales de precios que traben la libre concurrencia. La usura y el comercio no autorizado de artículos nocivos serán sancionados por la Ley Penal.

Por último, concluimos nuestra breve reseña haciendo referencia a España, ya que, en nuestra opinión, se trata del país europeo que ejerce una mayor influencia jurídica en México y en los demás países latinoamericanos de habla hispana. Debido a lo anterior, es imprescindible citar la Constitución Española de 1978⁴⁴⁷ que, en su artículo 38, reconoce expresamente la libertad de empresa como un derecho fundamental:

Artículo 38.

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

⁴⁴⁶ Para consultar el contenido completo de la Constitución Nacional de Paraguay de 1992, véase: http://www.oas.org/juridico/spanish/par_res3.htm (consultado el 13 de febrero de 2017).

⁴⁴⁷ Para consultar el contenido completo de la Constitución española de 1978, véase: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=38&tipo=2> (consultado el 13 de febrero de 2017).

Con lo anterior podemos constatar que, en la mayoría de los Estados pertenecientes al mundo occidental existe la tendencia a reconocer la libertad de empresa como un derecho fundamental. Este reconocimiento expreso tiene como base nuestro argumento central de que la libertad de empresa constituye una prerrogativa que emana y está indisolublemente vinculada con la dignidad humana, lo que queda evidenciado en el análisis histórico-constitucional aquí realizado. Con todo lo hasta aquí dicho, dejamos en claro y fuera de toda discusión –lo que a su vez es uno de los pilares fundamentales de nuestra investigación– el hecho de que la libertad de empresa es un auténtico derecho humano con la misma naturaleza y la misma importancia que tienen todos los demás.

2.3.2.2. ¿Qué implica que la libertad de empresa sea un derecho fundamental?

De conformidad con el autor Javier Jiménez Campo, el concepto de *derechos fundamentales* hace alusión a aquellos derechos subjetivos que, por su trascendencia y su reconocimiento expreso en la norma primera del ordenamiento (la Constitución), se imponen incluso al legislador; idea que debe ser integrada y complementada por aquellos atributos de estos derechos, que son a) su aplicabilidad o eficacia inmediatas y b) su virtualidad para ser hechos valer, a partir de la sola Constitución, ante los tribunales de justicia⁴⁴⁸.

En palabras más sencillas, la fundamentalidad de la libertad de empresa (y de los demás derechos fundamentales) significa que ésta es una prerrogativa preexistente a las leyes secundarias de desarrollo (lógica, aunque no siempre cronológicamente), por lo que, en consecuencia, esta libertad fundamental puede ser alegada ante los tribunales no sólo de acuerdo con lo que dispongan dichas leyes, sino también en contra de esa legalidad e incluso ante su total ausencia. En este sentido, los derechos fundamentales son de aplicación directa: “son, sencillamente, derechos constitucionales y, por esa condición, preexisten a la

⁴⁴⁸ Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, España, Editorial Trotta, 1999, pp. 17 y 21.

acción legislativa o, lo que es lo mismo, deben ser reconocidos por el juez como realidad jurídica desde la vigencia de la Constitución”⁴⁴⁹.

Concretando lo anterior y de conformidad con la doctrina más avanzada en esta materia, el autor García Alcorta considera que el reconocimiento de la libertad de empresa como un derecho fundamental implica, “por una parte, la exigencia de que la legalidad ordinaria sea interpretada de la forma más favorable para la efectividad de este derecho. Y, por otra parte, como todo derecho fundamental, [...] disfruta de aplicabilidad directa”⁴⁵⁰; características de las que derivan dos consecuencias principales:

- a) Por un lado, que el derecho, preexistente a la ley, no puede ser desfigurado por ésta sin incurrir en inconstitucionalidad; que declara de esta forma que el derecho es anterior –lógica, aunque no siempre cronológicamente– al momento de intervención legislativa.
- b) Y, por otro lado, que pueden ser alegados ante los tribunales no solo “de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”, sino también en contra de esas leyes e, incluso, en ausencia de las mismas⁴⁵¹.

No obstante la importancia de lo anterior, derivado de que la reforma constitucional de 2011 sobre derechos humanos no incorporó la doctrina más avanzada sobre derechos fundamentales⁴⁵², en ninguna parte de nuestra *Carta Magna* se reconoce expresamente la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales en el sistema jurídico mexicano. Sin embargo, consideramos que la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales, incluso frente al legislador, puede y debe desprenderse de una debida interpretación del artículo 1º constitucional, fundamentalmente de los párrafos primero, segundo y tercero, ya que la obligación que tienen todas las autoridades y particulares de observar, promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, no está condicionada a la existencia de leyes secundarias que los desarrollen:

⁴⁴⁹ *Ibídem*, p. 54.

⁴⁵⁰ García Alcorta, José, *La limitación de la libertad de empresa en la competencia*, España, Atelier, 2008, pp. 31 y 32.

⁴⁵¹ *Ídem*.

⁴⁵² *Supra*, 1.3.9. Crítica a la reforma constitucional en materia de derechos humanos: Un nuevo paradigma insuficiente e incompleto.

Artículo 1°.- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

“Una de las cuestiones más relevantes que ha traído consigo el constitucionalismo contemporáneo para la teoría y la práctica de la Constitución, ha sido precisamente la posibilidad de invocarla de forma directa en un caso concreto, lo cual se conoce como valor normativo, eficacia o aplicación directa de la propia Carta Magna”⁴⁵³. En este sentido, si pretendemos visualizar la Constitución Mexicana como la norma de mayor rango en nuestro sistema jurídico, debemos empezar por tomar en serio la fuerza normativa de sus disposiciones, que, en el caso que nos ocupa, tomar en serio los derechos humanos en ella reconocidos significa fundamentalmente aceptar su aplicabilidad directa, incluso frente al legislador, y, además, reconocer la posibilidad de invocarlos en juicio a partir de la sola Constitución y no sólo de conformidad con lo que dispongan las leyes secundarias que los desarrollan, sino también en contra de estas leyes e, inclusive, en ausencia de las mismas.

⁴⁵³ Montoya Zamora, Raúl y Arroyo Cisneros, Edgar Alán, *La aplicación directa de la Constitución Mexicana. Algunos casos relevantes en materia electoral*, visible en el sitio de internet: http://cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/articulos/revista_No1/ARTICULO-2-2016.pdf (consultado el 30 de julio de 2018), p. 22.

Así, para el sistema jurídico mexicano sugerimos una concepción de los derechos humanos que parta y que se ubique en la teoría más avanzada sobre esta materia, que es la llamada teoría general de los derechos fundamentales, para que, de esta forma, contemos con los elementos que nos permitan tomar en serio el derecho fundamental a la libertad de empresa que se encuentra positivizado en el artículo 5° de nuestra *Carta Magna*, así como los demás derechos humanos en ella reconocidos. De esta manera, tanto las autoridades como los particulares estaremos obligados a interpretar la libertad de empresa como un derecho fundamental preexistente a las leyes secundarias de desarrollo, con un contenido esencial reconocido plenamente en la Constitución que es oponible a todas las autoridades, inclusive frente al legislador, y que, como consecuencia, a partir de la sola Constitución puede ser invocada y debe ser aplicada por los tribunales de justicia no sólo de conformidad con las leyes secundarias que la desarrollan, sino también en contra de lo dispuesto por dichas leyes e, inclusive, ante la ausencia de éstas.

2.3.2.3. Mayor intensidad tratándose de micro, pequeños y medianos empresarios.

Tal como lo expusimos con anterioridad, debemos recordar que el centro gravitacional de nuestro trabajo de investigación no son las grandes empresas, sino que, por el contrario, nuestra principal preocupación es el sector integrado por los micro, pequeños y medianos empresarios. En nuestra opinión, cuando hablamos de este sector empresarial en particular, el derecho humano a la libertad de empresa está más próximo a la esfera de autorrealización de la persona, ya que se encuentra estrechamente vinculado con el libre desarrollo de la personalidad de los empresarios. Tratándose de este sector, “la libertad de empresa está muy relacionada [...] con la procura existencial, es decir, con la garantía de los recursos necesarios para subsistir dignamente”⁴⁵⁴.

⁴⁵⁴ García Vitoria, Ignacio, *óp. cit.*, p. 114.

A efecto de ilustrar lo anterior, utilizamos como ejemplo el derecho humano a la libertad de expresión, al que, sin duda alguna, estamos más habituados en el sistema jurídico mexicano. Si bien es cierto que todos los seres humanos y algunas personas jurídicas son titulares del derecho humano a la libertad de expresión –siempre que esta libertad fundamental no sea contraria a los intereses de estas últimas y, además, sea útil para alcanzar y realizar sus objetivos–, aquellos que son periodistas y/o comunicadores se encuentran en una situación especial y privilegiada respecto a dicha libertad fundamental.

Es decir, por la particular situación en que se encuentran los periodistas y/o comunicadores, así como por la especial naturaleza de las actividades que desempeñan, la promoción, respeto, protección y garantía de la libertad de expresión en este caso específico reclama un grado de tutela más intenso por parte del Estado, incluyendo todos sus órganos, agentes, autoridades y demás funcionarios públicos. Lo anterior significa que, dentro del contenido del derecho humano a la libertad de expresión –y de cualquier otro derecho, como lo es la libertad de empresa–, existen distintas situaciones en función de la titularidad del derecho, por lo que esta libertad reclama, en el caso especial de los periodistas y/o comunicadores, un grado de protección más intenso que sea acorde con sus especiales características en el ejercicio de esta libertad fundamental⁴⁵⁵.

Ahora bien, aplicando este razonamiento a nuestro objeto de estudio, consideramos que debe existir una tendencia a modular la eficacia de la libertad de empresa en función de su mayor o menor conexión con el libre desarrollo de la personalidad de su titular (una protección con mayor o menor intensidad), de lo que también va a depender el número y grado de las limitaciones que admita esta libertad fundamental en cada caso particular. Es decir, cuanto más evidente resulta que el derecho a la libertad de empresa sirve como instrumento al libre desarrollo de la personalidad (que, como apuntamos, es el caso específico de los micro, pequeños y medianos empresarios), mayor será su rigidez frente a posibles intervenciones de los poderes públicos y, además, mayores serán las acciones que implemente el Estado para promover este derecho. Esto es así porque las libertades

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 125.

económicas garantizan al individuo una serie de recursos que son necesarios para poder desarrollarse como persona⁴⁵⁶.

Parafraseando al doctor García Vitoria, podemos sostener que los argumentos de fondo que tradicionalmente se utilizan para incluir la libertad de empresa en las declaraciones de derechos –utilidad social y conexión con la personalidad del individuo–⁴⁵⁷, no se dan con igual intensidad en todos los casos que versan sobre el ejercicio de dicha libertad económica. Es razonable, por tanto, conferir a la libertad de empresa una protección variable en función de la presencia de una mayor o menor trascendencia para la dignidad de la persona⁴⁵⁸, insistiendo que, hablando de los micro, pequeños y medianos empresarios, la conexión de su libertad de empresa con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad es especialmente intensa y evidente, debido a que la actividad empresarial se convierte en su principal forma de subsistencia y, en muchos casos, también la de toda su familia y demás dependientes económicos.

Por el lado contrario, cuando la actividad empresarial es desarrollada por las grandes empresas existe una mayor penetración del interés público. El derecho, que en esta situación específica está destinado a lograr el equilibrio entre el interés público y los intereses empresariales, debe dar una mayor preponderancia al interés público en el caso de las grandes empresas, mientras que, por el contrario, los micro, pequeños y medianos empresarios deben recibir un trato más favorable de los poderes públicos⁴⁵⁹. Un ejemplo de lo anterior es el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, donde teóricamente se establece como una de las metas nacionales el lograr un *México Próspero* “que promueva el crecimiento sostenido de la productividad en un clima de estabilidad económica y mediante la generación igual de oportunidades”⁴⁶⁰, en los términos siguientes:

⁴⁵⁶ *Ibidem*, pp. 112 y 113.

⁴⁵⁷ *Supra*, 2.3.2. Naturaleza jurídica: ¿La libertad de empresa es un derecho humano?

⁴⁵⁸ García Vitoria, Ignacio, *óp. cit.*, p. 116.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, pp. 121 y 122.

⁴⁶⁰ Gobierno de la República Mexicana, *óp. cit.*, p. 22.

Hoy México requiere una política moderna de fomento económico en sectores estratégicos. No se puede ignorar el papel fundamental que juegan los gobiernos al facilitar y proveer las condiciones propicias para la vida económica de un país. Respetar y entender la delineación entre actividad privada y gobierno, no significa eludir el papel fundamental que el Estado debe desempeñar en crear las condiciones propicias para que florezcan la creatividad y la innovación en la economía, y se fortalezcan las libertades y los derechos de los mexicanos. Una nueva y moderna política de fomento económico debe enfocarse en aquellos sectores estratégicos que tienen una alta capacidad para generar empleo, competir exitosamente en el exterior, democratizar la productividad entre sectores económicos y regiones geográficas, y generar alto valor a través de su integración con cadenas productivas locales. Las actividades productivas de pequeñas y medianas empresas del campo, la vivienda y el turismo son ejemplos de estos sectores. [...]

Se propone una política de fomento económico con el fin de crear un mayor número de empleos, desarrollar los sectores estratégicos del país y generar más competencia y dinamismo en la economía. Se buscará incrementar la productividad de los sectores dinámicos de la economía mexicana de manera regional y sectorialmente equilibrada. Para ello, se fortalecerá el mercado interno, se impulsará a los emprendedores, se fortalecerán las micro, pequeñas y medianas empresas y se fomentará la economía social a través de un mejor acceso al financiamiento⁴⁶¹.

Anteriormente, durante la vigencia del llamado Estado liberal se forjó una visión unidimensional bastante limitada en la que únicamente se tomaban en cuenta los intereses de los propietarios de la empresa al momento de regular su estructura y funcionamiento. Sin embargo, hoy día en que está vigente el Estado social y constitucional de derecho⁴⁶², otros intereses ligados a la actividad empresarial deben ser igualmente satisfechos mediante la regulación de la empresa en el mercado. Ejemplos de lo anterior son los trabajadores, los consumidores y el medio ambiente, sectores que constituyen límites indirectos a la actividad empresarial⁴⁶³. En este sentido, la regulación de las grandes compañías es y debe ser un instrumento para hacer efectiva la función social de la libertad de empresa⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ *Ibidem*, pp. 80 y 87.

⁴⁶² *Infra* 2.3.4.2. Estado social y constitucional de derecho.

⁴⁶³ *Infra*, 4.5.2. Límites indirectos.

⁴⁶⁴ García Vitoria, Ignacio, *óp. cit.*, pp. 122 y 123.

En conclusión, podemos afirmar que, dentro del contenido de la libertad de empresa, es obligatorio diferenciar distintas situaciones en función de la titularidad del derecho, lo que exigirá, en el caso de los micro, pequeños y medianos empresarios, una protección con mayor intensidad:

Esta libertad reclama un grado de protección acorde con las características de las diferentes formas de ejercicio de la actividad empresarial. Por una parte, no resulta descabellado concluir que la conexión con el libre desarrollo de la personalidad es lejana y la probabilidad de afectar a los intereses de la comunidad es mayor cuando esta libertad es ejercida por grandes sociedades por acciones, lo que amplía el margen de configuración del legislador. Mientras, por el contrario, los límites que se establezcan para las pequeñas empresas pueden merecer un escrutinio de constitucionalidad más estrecho, en la medida en que la intervención tenga como efecto trasladar decisiones sobre la propia vida de los individuos al Estado⁴⁶⁵.

2.3.3. Multiplicidad terminológica en su denominación.

En el desarrollo de nuestra investigación hemos encontrado que, tanto en la doctrina como en el derecho comparado, se emplean diferentes términos para hacer referencia a la libertad fundamental que es nuestro objeto de estudio, siendo los más comunes los de libertad de comercio, libertad de industria, libertad para desarrollar una actividad económica, libertad de concurrencia y el de libertad de empresa, que nosotros consideramos como el más atinado. La elección del término adecuado para hacer referencia a esta libertad no es de menor importancia, sino que, por el contrario y tal como lo sostiene el doctor García Vitoria, “la existencia de diversas denominaciones puede incidir en el radio de acción del derecho”⁴⁶⁶.

Por ejemplo, los términos *libertad para desarrollar una actividad económica* y *libertad de concurrencia* son bastante amplios, por lo que, en nuestra opinión, propician que la libertad fundamental que analizamos se diluya bastante. Como consecuencia, estos conceptos pueden dar pie a incluir dentro del objeto de este derecho cualquier tipo de actividad de la que pudiera derivarse una ventaja

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 125.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, pp. 140 y 141.

económica, tal como el trabajo subordinado que realmente cumple una función diversa (se trata de libertad de trabajo y no de libertad de empresa), o bien, incluir a aquellas personas que, sin ser empresarios, de manera ocasional realizan una actividad económica aislada⁴⁶⁷.

Por otro lado, consideramos que los términos *libertad de comercio* y *libertad de industria*, que son los que utiliza la Constitución Mexicana, son bastante limitados y, por lo tanto, inadecuados e insuficientes para tutelar las actividades económicas que realizan los empresarios en la dinámica de negocios que impera en la sociedad de nuestro tiempo, por lo que su uso puede dejar sin protección y garantía actividades que, en nuestra opinión, deben estar tuteladas por el derecho humano que analizamos.

A efecto de ilustrar lo anterior, nos referimos, en primer lugar, al ejercicio de las profesiones liberales en las que se mezcla la libertad de empresa y la libertad de profesión, siendo la abogacía un ejemplo conocido por todo nuestro gremio, dentro de la cual existen grandes y prestigiosas firmas con presencia internacional (por mencionar alguna, pensamos en “Baker & McKenzie”⁴⁶⁸), respecto de las que nadie puede negar que se trata de verdaderas empresas, pero que, sin embargo, escapan de los límites proporcionados por los conceptos *comercio* e *industria*. Otro ejemplo importante es el llamado “tercer sector”, dentro del que se ubican las fundaciones, las que, sin ser propiamente comercio ni industria, están organizadas como verdaderas empresas que participan en el mercado (pensemos en la Fundación Carlos Slim⁴⁶⁹ o en Fundación Televisa⁴⁷⁰) y que, por lo tanto, deben ser objeto de tutela del derecho humano que analizamos.

Dicho lo anterior, nuestra postura es que el término más adecuado para referirnos a este derecho fundamental es el de libertad de empresa, cuyo objeto de tutela es simple y sencillamente la actividad empresarial,

⁴⁶⁷ *Ídem*.

⁴⁶⁸ Baker & McKenzie, visible en el sitio de internet: <http://www.bakermckenzie.com/en> (consultado el 19 de marzo de 2017).

⁴⁶⁹ Fundación Carlos Slim, visible en el sitio de internet: <http://fundacioncarlosslim.org/> (consultado el 19 de marzo de 2017).

⁴⁷⁰ Fundación Televisa, visible en el sitio de internet: <https://fundaciontelevisa.org/> (consultado el 19 de marzo de 2017).

entendida como una actividad del empresario (titular) que presenta los siguientes rasgos: es una actividad económica, profesional (lo que excluye de la titularidad a quien sólo ocasionalmente desempeña una actividad económica), organizada (lo que excluye de la titularidad a quienes desarrollan actividades profesionales sin un soporte organizativo), desarrollada en nombre propio (lo que la diferencia de la actividad asalariada) y dirigida a producir bienes y servicios para el mercado (lo que excluye de la titularidad a quienes producen para el consumo propio o de su familia) ⁴⁷¹.

No obstante que los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación en algunas ocasiones se refieren a este derecho fundamental como libertad de empresa (esto dentro de la escasa jurisprudencia que existe al respecto)⁴⁷², consideramos necesaria una actualización (reforma) del artículo 5° de nuestra Constitución, a efecto de que se adopte el término *libertad de empresa* para hacer referencia a la libertad inherente a todas las personas sin distinción alguna, que las faculta para realizar actividades económicas adoptando la forma de empresa, participando y/o compitiendo dentro del mercado, sin que el propósito de lucro se considere un elemento indispensable⁴⁷³. Este término, en nuestra opinión, es el más adecuado para referirnos a la libertad fundamental destinada a tutelar la actividad empresarial que se desarrolla en la sociedad de nuestros días, ya que, de esta forma, se evitan errores interpretativos que incluyan actividades que no son de carácter empresarial, o bien, que se dejen fuera auténticas actividades empresariales que, sin ser comercio ni industria, deben ser objeto de tutela de este derecho fundamental.

⁴⁷¹ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, pp. 254 y 255.

⁴⁷² Cfr. Tesis I.1° A.E.138 A (10º), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. IV, mayo de 2016, p. 2827. Esta tesis tiene el rubro siguiente: "PLAN TÉCNICO FUNDAMENTAL DE INTERCONEXIÓN E INTEROPERABILIDAD, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE FEBRERO DE 2009. NO VIOLA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LIBERTAD DE TRABAJO Y DE EMPRESA, PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 5° DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

⁴⁷³ Aragón Reyes, Manuel, "Constitución..." *cit.*, p. 172. De conformidad con el autor en cita, debe subrayarse que el "ánimo de lucro" no es una exigencia para la aplicación de la libertad de empresa. Como hoy reconoce la doctrina más autorizada, el ánimo de lucro no es determinante de la consideración o no como empresa o empresario de quien realiza actividades económicas en el mercado.

2.3.4. El marco de la libertad de empresa: Economía social de mercado.

En el estudio y desarrollo de las diversas implicaciones que tiene la libertad de empresa, se torna indispensable hacer referencia a la economía de mercado que constituye el sistema económico vigente en México, así como en prácticamente la totalidad de países que integran el Continente Americano y, en general, el mundo occidental. Este modelo económico es de nuestro especial interés porque, en el contexto del Estado social y constitucional de derecho, constituye el marco jurídico-institucional dentro del que se reconoce el derecho a la libertad de empresa en nuestro país.

¿Qué se entiende por sistema económico? En palabras de Antonio Cidoncha, se trata del “modo de organización de las actividades de producción, distribución y consumo de bienes y servicios en (un momento y en) una sociedad determinada”⁴⁷⁴. En el mismo sentido, para el economista Elías Moré Olivares, los sistemas económicos son de naturaleza político-económica, basados en el conjunto de instituciones y normas que traducen el carácter de la organización económica de una determinada sociedad, los cuales están determinados principalmente por la propiedad de los medios de producción y el modo de asignación de los recursos⁴⁷⁵.

No ha existido –ni mucho menos existe en la actualidad– un único y exclusivo sistema económico, sino que, a lo largo de la historia de la humanidad, las distintas sociedades que han poblado nuestro mundo se han organizado en modos de producción diferentes para hacer frente a los problemas imperantes en el momento histórico de que se trate. Como consecuencia necesaria, han existido –y de hecho existen– diversos sistemas económicos como formas de organizar las distintas actividades productivas: desde la comunidad primitiva, pasando por el esclavismo y el feudalismo, hasta llegar al comunismo y al capitalismo, por mencionar sólo los más importantes⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, p. 59. Los paréntesis son nuestros.

⁴⁷⁵ Moré Olivares, Elías, *Sistemas económicos y modelos de economía moderna*, Colombia, Universidad Autónoma de Colombia, 2014, p. 10.

⁴⁷⁶ Muñoz Fraga, Rafael, *óp. cit.*, p. 5.

En nuestros días, la llamada economía social de mercado –también conocida como capitalismo de mercado o simplemente capitalismo– es el sistema económico imperante en prácticamente la totalidad del mundo occidental contemporáneo, dentro del que se encuentran la mayoría de los países que integran el Continente Americano, en donde se sitúa México y los demás Estados que forman parte del Pacto de San José de Costa Rica y del Protocolo de San Salvador, ámbito territorial que es materia de nuestra investigación, objetivos y propuestas.

Fue tras el colapso económico del Bloque Soviético a finales del año de 1991⁴⁷⁷ que, en la sociedad occidental contemporánea, el capitalismo de mercado se ha quedado prácticamente solo como único sistema económico, con excepción de los poquísimos Estados que todavía se rigen bajo el comunismo dirigido. La mayoría de los países viven bajo la economía de mercado o, bien, avanzan inevitablemente hacia la misma arrastrados por la globalización⁴⁷⁸.

Es un hecho indiscutible que el capitalismo de mercado es el sistema económico hegemónico en el mundo occidental y, por lo tanto, en el ámbito espacial en que se sitúa la presente investigación: México y el Continente Americano. Por lo anterior, resulta imprescindible estudiar en qué consiste la economía social de mercado, ya que está necesaria e indisolublemente ligada con el derecho a la libertad de empresa, al constituir, en el contexto del Estado social y constitucional de derecho, el marco económico en que dicha libertad se reconoce y se debe reconocer. En otras palabras, la economía social de mercado es el grande panorama jurídico-institucional en el que se ubica la libertad de empresa, acompañada de los demás derechos de índole económica.

⁴⁷⁷ Sánchez Sánchez, José, *La caída de la URSS y la difícil recomposición del espacio exsoviético*, España, Universidad Nacional de Educación a Distancia, visible en el sitio de internet: <http://revistas.um.es/geografia/article/view/45231/43281> (consultado el 17 de enero de 2017), p. 284. De conformidad con el autor en cita, cuando en diciembre de 1991 se sustituyó en el Kremlin la bandera roja de la Unión Soviética por la tricolor de Rusia, se dio por terminada una experiencia política, económica y social de la más honda trascendencia para la humanidad. El fracaso del socialismo como sistema económico arrastró a toda la organización política hasta terminar con la desaparición del Estado soviético de la revolución de 1917.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, pp. 284-287.

El capitalismo, en palabras del doctor Antonio Cidoncha,

es un sistema económico, un modo singular de organizar las actividades de producción, distribución de bienes y servicios en una sociedad determinada, que se caracteriza por la propiedad privada de los medios de producción y por la coordinación de los múltiples planes económicos a través del mercado. Presupuesto indispensable para que funcione el mercado es que exista libre iniciativa económica privada, en el doble sentido de libertad de producción (libre iniciativa económica en sentido estricto) y de libertad de acceso al mercado. En consecuencia, un sistema económico es capitalista de mercado si se dan tres condiciones: propiedad privada, libre iniciativa económica privada y mercado⁴⁷⁹.

En el mismo sentido, el autor Elías Moré Olivares⁴⁸⁰ nos dice que “el capitalismo es un sistema regido por el mercado (oferta-demanda) a través del mecanismo de la competencia, por el cual cada individuo, buscando su mejoramiento propio, se enfrenta a una multitud de personas con motivaciones similares y tiene que adaptarse a los precios que ofrecen sus competidores”; y, con base en el pensamiento de Adam Smith, agrega que por conducto de la mano invisible del mercado, éste “se convierte en un mecanismo de distribución de recursos a lo deseado por la sociedad”.

Para el economista Jacques Gouverneur, el rasgo específico de la sociedad capitalista que la distingue de cualquier otra sociedad, es la existencia y el carácter dominante de la producción capitalista, cuyas características distintivas son a) que, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes o servicios producidos, la producción capitalista está destinada al mercado; b) la búsqueda de la ganancia –que, en nuestra opinión, no es un elemento indispensable de este sistema económico–; y c) la competencia⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, p. 67.

⁴⁸⁰ Moré Olivares, Elías, *óp. cit.*, p. 12.

⁴⁸¹ Gouverneur, Jacques, *Los fundamentos de la economía capitalista. Una introducción al análisis económico marxista del capitalismo contemporáneo*, trad. de Alejandro Ramos Martínez, visible en el sitio de internet: http://resistir.info/livros/gouverneur_esp_a5.pdf (consultado el 19 de enero de 2017), p. 36.

Finalmente, el autor español Alberto Bercovitz⁴⁸² considera que “un sistema económico es capitalista de mercado si se dan tres condiciones: propiedad privada, libre iniciativa económica y mercado”; concepción que nosotros compartimos ya que, de manera acertada, deja fuera la búsqueda de la ganancia señalada como requisito indispensable por el autor Jacques Gouverneur. Reiteramos que, no obstante que la búsqueda de la ganancia está, por lo general, presente en la economía de mercado, no se trata de uno de sus requisitos esenciales. La idea anterior queda ejemplificada con las empresas pertenecientes al llamado “tercer sector”⁴⁸³, conformado, entre otras entidades, por fundaciones y sociedades cooperativas.

El hecho de que la economía de mercado sea el sistema económico hegemónico en el mundo occidental, no quiere decir que se manifieste de manera idéntica en todos los países que la adoptan y regulan. Esto significa que, no obstante que sus características esenciales se mantienen como una constante (que, en nuestra opinión, son la propiedad privada de los medios de producción, la libre competencia –mercado- y la adopción de decisiones de forma descentralizada⁴⁸⁴), este modelo económico se regula y manifiesta de manera distinta en cada país: por ejemplo, el capitalismo mexicano no es igual al estadounidense, ni al colombiano, ni al español, ni a ningún otro, a pesar de las semejanzas que pudieran existir entre los distintos Estados-nación de que se trate.

Hablando específicamente de nuestro país y de conformidad con el autor Muñoz Fraga⁴⁸⁵, podemos decir que “la organización económica del Estado mexicano es el resultado evolutivo que tiene tres momentos culminantes, que surgen a partir del Consenso de Washington: el primero, las reformas

⁴⁸² Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto, *óp. cit.*, p. 314.

⁴⁸³ Tobar, Federico y Fernández Pardo, Carlos Alberto, *Organizaciones solidarias. Gestión e innovación en el tercer sector*, Argentina, Lugar Editorial, p. 43. De conformidad con los autores en cita, el tercer sector se manifiesta como un conjunto de iniciativas autónomas y organizadas para la gestión y promoción de valores y bienes sociales, que se definen como no gubernamentales y no lucrativas; tales como: sociedades de fomento, fundaciones, colectividades, clubes, sociedades cooperativas, sociedades de beneficencia o caridad, etcétera.

⁴⁸⁴ Bustos Gisbelt, Antonio, *Introducción a la economía*, España, Thomson Reuters, 2016, p. 55.

⁴⁸⁵ Muñoz Fraga, Rafael, *óp. cit.*, p. 153.

constitucionales de 1983; el segundo, el ingreso de México al GATT en 1986; y el tercero, la suscripción y entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (de ahora en adelante TLCAN) en el año de 1994”. De esta manera, “con las reformas constitucionales de 1983, se establecen las bases ideológicas, jurídicas y económicas que dan sustento a la intervención del Estado en la economía y establecen las bases para un desarrollo del derecho económico nacional”, mientras que el ingreso de México al GATT y la posterior entrada en vigor del TLCAN, marcaron “la decisión política de incorporarse a las nuevas corrientes del <<libre comercio>>”.

Esta armonización, en nuestra opinión, marcó el inicio de la apertura de puertas de México hacia el exterior, por lo que, a partir de la década de 1990, podemos considerar válidamente que nuestro país se incorpora al nuevo orden económico mundial con una política económica de flexibilidad y apertura, garantizada por un marco integrado por la libertad de empresa, la libertad de competencia, la libertad de competencia y la libertad de consumo⁴⁸⁶. Esta armonización jurídicamente se expresa, entre otras, con las siguientes modificaciones: se otorga autonomía al Banco de México; se promulga la Ley Federal de Competencia; se crea la Comisión Federal de Competencia Económica; surge la reprivatización de la banca; se reforma la regulación en materia de telecomunicaciones vía satélite, de las áreas estratégicas y de las áreas prioritarias; se crea la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF)⁴⁸⁷.

En este sentido, es a partir de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de febrero de 1983⁴⁸⁸, que la materia económica se regula de manera expresa en los artículos 25, 26, 27 y 28 de nuestra Constitución. Con la citada enmienda se regulan expresamente, entre otras cuestiones, los conceptos de economía mixta, de rectoría económica del Estado, de planeación

⁴⁸⁶ *Infra*, 2.3.4.3. La rectoría económica del Estado Mexicano.

⁴⁸⁷ Romero Michel, Jessica C., *Derecho económico*, México, Editorial Oxford, 2015, p. 27.

⁴⁸⁸ Para consultar el contenido completo de las reformas a los artículos 25, 26, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, véase: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm (consultado el 02 de agosto de 2017).

democrática y, además, se definen las actividades estratégicas que se encomiendan al Estado, sin que ello signifique la constitución de monopolios⁴⁸⁹. Éste es el llamado *capítulo económico* de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el que se regula la economía mixta, caracterizada por la propiedad privada, social y pública de los medios de producción⁴⁹⁰.

Romero Michel considera que en la esencia de dichas reformas encontramos “la ratificación de la economía mixta del Estado con la coexistencia de los sectores público, privado y social, se explicita el principio de la rectoría económica del Estado, se constitucionaliza el sistema de planeación democrática, la delimitación de las actividades estratégicas a cargo de la gestión directa y exclusiva del Estado, y la constitucionalidad del principio del desarrollo rural integral y la justicia agraria”⁴⁹¹; agregando que, de la citada reforma constitucional, se desprenden los principios económicos siguientes: la economía mixta; la rectoría económica del Estado; la planeación democrática; la libre concurrencia y principios antimonopólicos; y los postulados del nuevo sistema bancario y financiero⁴⁹².

En este orden de ideas, el modelo económico que se adopta y que rige en nuestro país es la llamada *economía mixta* (que es la versión mexicana de la economía social de mercado), la cual, siguiendo al autor J. Eduardo Andrade Sánchez⁴⁹³, tiene los siguientes rasgos característicos:

- a) Economía mixta (artículo 26). La economía mixta nos indica que la Constitución no establece un modelo unívoco de economía, sino que, por el contrario, no se adscribe a la visión de la economía centralmente planificada ni a la de una economía de libre de mercado sin restricción alguna; situación de la que se desprende el apellido *social* de la *economía “social” de mercado*.

⁴⁸⁹ Evia Loya, Romeo Arturo, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Editorial Porrúa, 2013, pp. 397 y 398.

⁴⁹⁰ Rojas Castro, Ma. Ovidia, *Derecho económico em México. Legislación y realidad*, México, Editorial Porrúa, 2016, p. 33.

⁴⁹¹ Romero Michel, Jessica C., *óp. cit.*, p. 33.

⁴⁹² *Ibíd.*, p. 27.

⁴⁹³ Andrade Sánchez, J. Eduardo, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 2ª ed., México, Oxford University Press, 2011, pp. 221-223 y 251.

La economía mixta (economía social de mercado) supone incorporar elementos de ambos modelos: establece la libre concurrencia de los particulares, pero requiere, a su vez, del papel regulador y suministrador del Estado. Los elementos de ambos modelos económicos, en teoría, deberían dar lugar a un sistema armónico donde las libertades de empresa y trabajo conviviesen con las necesidades de regulación por parte del Estado⁴⁹⁴.

- b) Rectoría económica del Estado (artículo 25). La Constitución no concibe que el Estado deba ser el que lleve a cabo toda la actividad económica en México: sí el que la rija y la dirija, pero no el que la planifique hasta el más mínimo detalle. De conformidad con el párrafo segundo del artículo 25 constitucional, la rectoría del Estado debe llevarse a cabo en el marco de las libertades que otorga la Constitución, entre las que figuran la libertad de empresa y de trabajo. Por lo anterior, las determinaciones del Estado deben respetar el contenido esencial de los derechos reconocidos constitucionalmente, por lo que su facultad de regir el proceso económico no puede imponerse sobre los derechos fundamentales, sino que debe respetarlos y promoverlos.
- c) Libre competencia (artículo 28). Ésta debe ser analizada a la luz de las libertades de empresa y de trabajo, puesto que la libre concurrencia viene a significar precisamente la posibilidad de que cualquier persona se dedique a la misma actividad económica que tiene otra, sin que pueda haber algún tipo de exclusividad. En este sentido, se regula la prohibición de monopolios; la prohibición de que se concentren artículos de consumo necesario; la posibilidad del Estado de imponer precios máximos para determinados productos; las funciones del Estado en áreas estratégicas y prioritarias; los

⁴⁹⁴ Barnes, Javier, “El sujeto privado en la Constitución económica: De la vertiente de defensa de los derechos y libertades a la dimensión activa de los actores privados en cuanto protagonistas y corresponsables de la vida económica”, en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *La Constitución económica*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 36. En la economía mixta, de conformidad con el autor en cita, el sujeto privado —en cuanto titular del derecho de propiedad, de la libertad de empresa, del derecho de asociación, del derecho al trabajo, a la libre circulación, a ejercer libremente una profesión u oficio, a la defensa como consumidor y usuario, a sindicarse o a la negociación colectiva, entre otros- no es ya sólo una persona que deba ser protegida frente a la injerencia del poder público, ni es tampoco sólo un sujeto acreedor a determinadas prestaciones e infraestructuras para asegurar que las condiciones de libertad e igualdad sean reales y efectivas, sino que es también un sujeto que ha asumido —en numerosos supuestos- relevantes cuotas de corresponsabilidad en la vida económica, y no un mero jugador..

derechos de los consumidores; el Banco Central; las asociaciones de trabajadores y las sociedades cooperativas; los derechos de autor y la propiedad intelectual; la concesión de servicios públicos; y la figura de los subsidios.

Finalmente, el autor José Gamas Torruco⁴⁹⁵ enuncia las bases jurídicas contenidas en nuestra Constitución que reconocen y garantizan las libertades básicas indispensables de la economía mixta (la versión mexicana de la economía social de mercado) en el sistema jurídico mexicano:

1. La propiedad privada de los medios de producción (se asegura en el primero y segundo párrafos del art. 27).
2. La libertad de industria, comercio y trabajo siendo lícitos y sólo puede vedarse por determinación judicial cuando se ataquen los derechos de tercero o por resolución gubernamental en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad (art. 5°).
3. La libertad de tránsito de personas (art. 11), de correspondencia (art. 16) y de mercancías (art. 117, fracciones IV, V, VI, VII).
4. La libertad de contratación, no limitada más que por la prohibición de pactos que restrinjan o nulifiquen la libertad (art. 5°).
5. Libertad de concurrencia al mercado y libre competencia en el mismo (art. 28), prohibiéndose monopolios, prácticas monopólicas, estancos, exenciones de impuestos, protecciones especiales y sujeción a regímenes de servicios públicos; todas estas prácticas son proscritas por la ley; la ley debe proteger a los consumidores y propiciar su organización; se crean dos órganos autónomos para crear y proteger la libre concurrencia y competencia: la Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones, este último además con responsabilidades para ocuparse del desarrollo eficiente del sector (arts. 26 y 28).

⁴⁹⁵ Gamas Torruco, José, *óp. cit.*, pp. 422 y 423.

Como se puede observar, los rasgos característicos de la economía social de mercado son la propiedad privada de los medios de producción, la toma de decisiones de forma descentralizada y, sobre todo, por la libre competencia (mercado), siendo esta última pilar fundamental de la economía mexicana, razón por la que, en el siguiente tópico, realizamos un estudio más detenido sobre este aspecto en concreto.

2.3.4.1. Libre competencia.

La apertura de los mercados de bienes y servicios a todos los que quieran participar en ellos de manera lícita es imprescindible para la economía de cualquier sociedad contemporánea, en virtud de que sólo así se dará una libre y verdadera competencia⁴⁹⁶, la cual, a su vez, constituye un presupuesto indispensable para el ejercicio de la libertad de empresa y de los demás derechos y libertades fundamentales, ya sean de corte económico o de cualquier otra índole⁴⁹⁷. En palabras del doctor Ginebra Serrabou, “tanto a nivel de naciones, como de relaciones internacionales, el libre mercado (que implica la libre competencia) es el instrumento más eficaz para colocar los recursos y responder eficazmente a las necesidades (de la sociedad)”⁴⁹⁸.

Para la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), la competencia económica es

una herramienta al servicio del crecimiento económico y, sobre todo, del bienestar social. Para empresarios y emprendedores, la competencia incrementa oportunidades de negocio, da acceso a insumos de producción de mayor calidad a menores precios, garantiza una

⁴⁹⁶ Sosa y Ávila Zabre, Marcela y Molina y González, Héctor, “La Ley Federal de Competencia Económica a veinte años de su entrada en vigor”, en Godínez Méndez, Wendy A. y García Peña, José Heriberto (coords.), *Derecho económico y comercio exterior*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 1164.

⁴⁹⁷ García Toma, Víctor, *óp. cit.*, p. 926.

⁴⁹⁸ Ginebra Serrabou, Xavier y Castrillón y Luna, Víctor Manuel, *óp. cit.*, p. 16. Los paréntesis son nuestros.

“cancha pareja” en el acceso y las condiciones de mercado, eleva la productividad y estimula la innovación. Del lado de los consumidores, la competencia garantiza bienes y servicios en mejores condiciones de oportunidad, variedad y calidad a los mejores precios posibles. Para los gobiernos la competencia implica un mejor uso de los recursos públicos en las adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios y obras que realizan.

En palabras del doctor Alberto Bercovitz⁴⁹⁹, un sistema de economía de mercado basado en la libre competencia,

implica en primer lugar el libre acceso al mercado de quienes quieran operar en él, es decir, que no debe haber barreras que impidan la aparición de nuevas empresas dedicadas a una actividad determinada. En segundo lugar, y supuesta la existencia de una pluralidad de operadores económicos en el mercado, la libre competencia exige que todos ellos estén sujetos a las mismas reglas y actúen independientemente entre sí, tratando de esforzarse en captar a la clientela por las ventajas inherentes a las prestaciones que ofrecen.

Tal cual se apuntó con anterioridad, la libre competencia en nuestro país está elevada a rango constitucional, ya que se encuentra regulada de manera expresa en el capítulo económico de nuestra *Carta Magna*, principalmente en el artículo 28, cuya ley reglamentaria, la Ley Federal de Competencia Económica⁵⁰⁰, la concibe como el “funcionamiento eficiente de los mercados”, al disponer en su artículo 2° que dicha ley “tiene por objeto promover, proteger y garantizar la libre concurrencia y la competencia económica, así como prevenir, investigar, combatir, perseguir con eficacia, castigar severamente y eliminar los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas, las barreras a la libre concurrencia y la competencia económica, y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados”.

⁴⁹⁹ Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto, *óp. cit.*, p. 314.

⁵⁰⁰ Para consultar el contenido completo de la Ley Federal de Competencia Económica, véase: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFCE_270117.pdf (consultado el 08 de agosto de 2017).

Partiendo de lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación nos brinda una definición más completa y detallada:

La libre competencia es el derecho que tienen los gobernados a realizar la actividad económica que deseen, ya sea en la producción, distribución, consumo o venta en el mercado regional o nacional, sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución; es también la participación, en el mercado, de un proveedor o grupo de proveedores en igualdad de circunstancias, para que por sí mismos establezcan las condiciones de producción y comercialización de bienes o servicios que pretendan ofrecer al público. Asimismo, es la posibilidad que tiene cualquier persona de participar en alguna actividad económica como vendedor o comprador, con plena libertad de decidir cuándo entrar y salir del mercado, y sin que alguien pueda imponer condiciones en las relaciones de intercambio⁵⁰¹.

Respecto de los beneficios que acarrea la competencia económica entre empresas, los autores Diego Loma-Osorio y Alfredo González-Panizo⁵⁰² consideran que la libre competencia define la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Asimismo, agregan que dicha eficiencia económica se traslada a los consumidores en forma de menores precios (nosotros diríamos mejores precios), así como en un aumento en la cantidad, variedad y calidad de los productos y servicios ofrecidos, todo lo que se traduce en el consiguiente incremento del bienestar conjunto de la sociedad.

En el mismo sentido se pronuncian nuestros queridos maestros, los doctores Xavier Ginebra y Víctor Castrillón y Luna⁵⁰³, quienes afirman que “la competencia económica es fundamental para que los consumidores tengan acceso a una gran

⁵⁰¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Invalidez de las reformas a las leyes federales de telecomunicaciones y de radio y televisión*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2763/1.pdf> (consultado el 19 de enero de 2017), p. 24.

⁵⁰² Loma-Osorio Lerena, Diego y González-Panizo Tamargo, Alfredo, “Marco normativo e institucional del derecho de la competencia”, en Loma-Osorio, Diego, *Tratado de derecho de la competencia*, España, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 39. Los paréntesis son nuestros.

⁵⁰³ Ginebra Serrabou, Xavier y Castrillón y Luna, Víctor Manuel, *óp. cit.*, p. 13.

variedad de bienes y servicios de calidad y a mejores precios, y los pequeños y medianos empresarios a insumos competitivos e innovadores”; agregando que todo ello, además, “redunda en un mayor crecimiento económico y en la generación de empleos bien remunerados”.

Podemos concluir el presente tópico afirmando que la libertad de empresa y, consecuentemente, la libertad de competencia, se reconocen en el marco de la economía de mercado, lo que significa que éstas se establecen no únicamente a favor de los empresarios sino también a favor de los consumidores, del mercado y de la sociedad en su conjunto. Es decir, son libertades fundamentales que “se establecen, en definitiva, en favor del interés general”⁵⁰⁴.

2.3.4.2. Estado social y constitucional de derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, hoy en día es una realidad que el capitalismo de mercado no se da nunca en la práctica en estado puro, sino que, por el contrario, es compatible con cierto porcentaje de propiedad pública de los medios de producción y, sobre todo, con cierto grado de dirección pública de la actividad económica⁵⁰⁵. En nuestra opinión, esto es propiciado porque prácticamente la totalidad de los Estados occidentales se encuentran constituidos y organizados bajo la forma de Estado social y constitucional de derecho en oposición al llamado Estado legal de derecho, o bien, están en un proceso de transición de éste hacia aquél. En este sentido, consideramos que para una debida comprensión de la economía mixta (la versión mexicana de la economía social de mercado), es indispensable el análisis del Estado social y constitucional de derecho que le sirve de marco referencial, ya que sus especiales características se ven reflejadas en el modelo económico adoptado y regulado en nuestro país.

⁵⁰⁴ Barba de Verga, José *et al.*, *óp. cit.*, p. 268.

⁵⁰⁵ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, p. 68.

“Tras la Segunda Guerra Mundial se puede decir en general que vivimos en el marco de un modelo de Estado, especialmente en el mundo occidental, que se define como social y democrático de derecho. Un modelo que, como se sabe, supone un estadio más en la evolución estatal desde su primera dimensión constitucional en forma de Estado liberal de derecho”⁵⁰⁶. En este sentido, Manuel Aragón Reyes considera que,

Por un conjunto de causas bien conocidas, el Estado liberal del siglo XIX se fue transformando poco a poco en el Estado social del siglo XX, con mayor o menor intensidad en unos u otros países, pero con una base común. Así se reconocerán los derechos sociales (educación y derechos laborales, sobre todo) en las legislaciones e incluso en determinadas Constituciones, el deber del Estado de proteger la salud y cuidar la enfermedad y, en general, de disminuir, con su intervención (entre otros aspectos, en la economía), la desigualdad social. Y esas transformaciones se consolidarán en Europa después de la Segunda Guerra Mundial⁵⁰⁷.

Así, el Estado social y constitucional de derecho es una consecuencia del proceso de democratización del Estado, por lo que, en este sentido, debe atender y dar respuesta a las necesidades de todos los sectores de la sociedad, incluyendo los sectores minoritarios, los vulnerables y los desprotegidos, y no únicamente responder a los intereses de los grupos mayoritarios y/o de los económica y políticamente poderosos⁵⁰⁸. En este contexto, Patricia Bastidas nos dice que cuando se habla de Estado social y constitucional de derecho, “se hace referencia a un sistema político y económico orientado hacia la realización de la justicia por

⁵⁰⁶ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “Dimensiones del Estado social y derechos fundamentales sociales”, *Revista de Investigações Constitucionais*, Brasil, vol. 2, núm. 2, mayo-agosto de 2015, p. 32.

⁵⁰⁷ Aragón Reyes, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, 3ª ed., España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, p. 471. Los paréntesis son nuestros.

⁵⁰⁸ Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho constitucional*, 15ª ed., España, Marcial Pons, 2016, p. 145.

medio de la libertad política y la igualdad económica, mediante la configuración democrática y pluralista del poder público”⁵⁰⁹.

Para Manuel Aragón Reyes⁵¹⁰, la cláusula “social” añadida al Estado de Derecho no afecta su estructura sino sus fines (se trata simplemente de una modalidad de la forma de Estado de derecho): “Lo que significa es la asunción por el Estado de nuevas tareas, que no vienen tampoco a sustituir las antiguas (seguridad, orden público, defensa, etc.), sino a complementarlas. Y estas nuevas tareas son las relativas a procurar una mayor igualdad social y, por ello, a proteger a los sectores sociales menos favorecidos”. Al respecto, el autor Torres del Moral considera que el Estado social y constitucional de derecho,

Representa un estadio en el que a la vieja aspiración de la limitación jurídica del poder (tesis) se le unió la de que, sin embargo, ese poder actuara e incidiera en la sociedad para remodelarla (antítesis), lo que sólo puede hacer lícitamente (síntesis) si está legitimado democráticamente, si respeta los procedimientos jurídicos, si garantiza los derechos y libertades, si es responsable de su actuación y si no bloquea los mecanismos de reversibilidad de sus opciones políticas.

Para el jurista español Antonio Cidoncha⁵¹¹, la dimensión social del Estado “supone la asunción de nuevas tareas que se añaden a las tradicionales (orden público, defensa, relaciones exteriores...), y que van desde la famosa <<procura existencial>> (la procura de servicios esenciales y prestaciones que garanticen a los ciudadanos un nivel mínimo de bienestar) a la intervención (y no sólo tutela) de la actividad económica privada, dentro del marco de una economía de mercado”. Parafraseando al autor en cita, podemos afirmar que el Estado social no es sólo un *Estado de prestaciones* en el terreno social, sino también un *Estado manager* en el

⁵⁰⁹ Bastidas Mora, Patricia, *El modelo constitucional del estado social y democrático de derecho, sus desafíos y la constitucionalización del proceso*, visible en el sitio de internet: <http://www.redalyc.org/pdf/2739/273920959005.pdf> (consultado el 24 de enero de 2017), p. 50.

⁵¹⁰ Aragón Reyes, Manuel, *Libertades económicas y Estado social*, España, Editorial McGraw-Hill, 1995, pp. 123 y 124.

⁵¹¹ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, pp. 89 y 90.

terreno económico; es decir, el “Estado social no es sólo el que interviene en las relaciones económicas y sociales, sino el que interviene guiado por algún criterio. [...] El Estado Social es un Estado intervencionista, pero que interviene en pro de un objetivo determinado, procurar una mayor igualdad social”⁵¹².

Tal como lo indica el doctor Ginebra, el Estado social no puede mantenerse al margen del funcionamiento del mercado, principalmente “por la injusticia que conlleva la competencia llevada hasta el extremo, la asignación de los recursos que el mercado hace (que produce que el dinero se vaya a los sectores más redituables, no a los más prioritarios) y porque la sociedad, en ocasiones, no llega a lograr todos los bienes necesarios para el bien común, en cuyo caso la intervención del Estado es prioritaria”⁵¹³.

De conformidad con Sergio Zarkín⁵¹⁴, no todos los mercados son perfectos y naturalmente competitivos, pudiéndose presentar fallas que tienen como resultado el que no se maximice el bienestar de todos los agentes involucrados en el mercado, y, por lo mismo, que el beneficio social sea menor al máximo posible. Por ello, estas fallas en la operación de los mercados son las que definen la política económica del Estado y, por lo tanto, justifican la intervención del gobierno en la economía.

En palabras de los autores Ginebra Serrabou y Castrillón y Luna, “ya no podemos confiar en las fuerzas ciegas y en la mano invisible del mercado. El crecimiento en equidad exige algo más que el crecimiento económico, [...] requiere decisiones, programas, mecanismos y procesos específicamente orientados a una mejor distribución del ingreso, a una creación de fuentes de trabajo, a una promoción integral de los pobres que supere el mero asistencialismo”⁵¹⁵. No hay duda alguna, es necesaria la intervención del Estado en la economía, razón por la cual reiteramos que es imposible concebir una sociedad en la que se presente el capitalismo de mercado en estado puro.

⁵¹² *Ídem*.

⁵¹³ Ginebra Serrabou, Xavier, *Alianzas... cit.*, p. XIV.

⁵¹⁴ Zarkín Cortés, Sergio Salomón, *Derecho corporativo*, México, Editorial Porrúa, 2015, p. 178.

⁵¹⁵ Ginebra Serrabou, Xavier y Castrillón y Luna, Víctor Manuel, *óp. cit.*, p. 19.

Lo dicho hasta este momento no se debe confundir ni malinterpretar. En la lucha contra el sistema capitalista en estado puro, no estamos proponiendo como modelo alternativo el sistema comunista –que, en nuestra opinión, si se analiza detenidamente, constituye un capitalismo del Estado–. Estamos pensando en una sociedad basada en la empresa, en el trabajo libre y en la participación, la cual tampoco esté peleada con el mercado, sino que exija que el mismo esté controlado debidamente por las fuerzas sociales y por el Estado, de manera que se garantice la satisfacción de las libertades y derechos fundamentales de toda la sociedad⁵¹⁶. “Ciertamente, la intervención del Estado moderno, sea cual sea su posición política o filosófica, no podrá desconocer la existencia de la planificación, que es en definitiva la naturaleza jurídica del derecho económico”⁵¹⁷.

En el mismo sentido se pronuncian los ya citados doctores Ginebra y Castrillón, quienes consideran que,

la economía, como la misma palabra indica, debería ser el arte de alcanzar una adecuada administración de la casa común, que es el mundo entero. Todo acto económico de envergadura realizado en una parte del planeta repercute en el todo; por ello ningún gobierno puede actuar al margen de una responsabilidad común. De hecho, cada vez se vuelve más difícil encontrar soluciones locales para las enormes contradicciones globales, por lo cual la política local se satura de problemas a resolver. Si realmente queremos alcanzar una sana economía mundial, hace falta en estos momentos de la historia un modo más eficiente de interacción que, dejando a salvo la soberanía de las naciones, asegure el bienestar económico de todos los países y no sólo de unos pocos⁵¹⁸.

⁵¹⁶ *Ibíd.*, p. 16.

⁵¹⁷ García Cuza, Juan Emigdio, “Derecho económico. Percepciones sobre los modelos sociales”, en Godínez Méndez, Wendy A. y García Peña, José Heriberto (coords.), *Derecho económico y comercio exterior*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 466.

⁵¹⁸ Ginebra Serrabou, Xavier y Castrillón y Luna, Víctor Manuel, *óp. cit.*, p. 20.

Ahora bien, ese Estado social de derecho al que nos hemos referido (Estado “social” y constitucional de derecho), que tiene, entre otros, el deber de intervenir en la economía para lograr la suficiencia de recursos y oportunidades de todas las personas, sobre todo hablando de los sectores desprotegidos y vulnerables, únicamente puede lograr esa adecuada administración de la casa común a través de los elementos jurídicos e institucionales que le proporciona la cláusula “constitucional” al referido Estado social de derecho (Estado social y “constitucional” de derecho), que, de conformidad con los autores Enrique Carpizo⁵¹⁹ y Luis Prieto Sanchís⁵²⁰, son los siguientes:

1. La Constitución como verdadera norma jurídica vinculante⁵²¹;
2. La rigidez constitucional;
3. La eficacia o aplicación directa de la Norma Suprema;
4. La idea de ser humano y su eficiente protección estatal;
5. Jueces proactivos en oposición a los jueces inanimados del Estado legal;
6. La consolidación de los derechos de la justicia social, dentro de los cuales nosotros situamos al derecho humano a la libertad de empresa;
7. Una concepción relativa de la soberanía⁵²²;
8. Una adecuada jerarquía de normas, poniendo en un lugar privilegiado las relativas a los derechos humanos;
9. Derechos humanos limitados, ya que ninguno es ni debe ser considerado en términos absolutos, sino que deben coexistir armónicamente sin afectar o reducir el contenido de los demás derechos;
10. Una administración pública laica y órganos constitucionales autónomos;
11. Contar con un verdadero control constitucional que sea difuso.

⁵¹⁹ Carpizo, Enrique, *óp. cit.*, pp. 34-67.

⁵²⁰ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, España, Editorial Trotta, 2003, pp. 116 y 117.

⁵²¹ Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación*, México, Editorial Ubijus, 2014, p. 17. De conformidad con el autor en cita, si la regulación de las formas caracteriza al Estado de Derecho en sentido débil, la regulación de sus significados mediante normas sustantivas caracteriza, en cambio, al *constitucionalismo* y al *Estado de Derecho en sentido fuerte*, que exige que todos los poderes, incluso el legislativo, se hallen sometidos a límites y vínculos de contenido.

⁵²² *Supra*, 1.1.5. La relativización de la soberanía en la era de la globalización.

Una vez que hemos analizado las dos caras del Estado “social” y “constitucional” de derecho, resulta imprescindible pronunciarnos sobre el espíritu que debe guiar la actuación del Estado. Siguiendo a García Amado, el Estado social y constitucional de derecho asume “el compromiso de que todos los ciudadanos tengan acceso a determinados bienes que dan satisfacción a necesidades cruciales de los individuos, bienes como sanidad, vivienda y educación, entre otros”⁵²³. Así, el criterio que debe regir la intervención del Estado en la economía y la consecuente distribución de bienes y oportunidades no es el de la igualdad como muchos creen, sino el de la suficiencia⁵²⁴. En la medida en que cada persona tenga suficiente de cada bien, no necesitamos reclamar igualdad en la distribución:

La igualdad no tiene valor moral intrínseco, no es, en sí y por sí, un valor con relevancia moral. La igualdad económica no tiene, como tal, particular importancia moral. Por lo mismo, la desigualdad económica no es en sí misma moralmente objetable. Desde el punto de vista de la moralidad no es importante que cada uno tenga lo mismo. Lo que es moralmente importante es que cada uno tenga suficiente. [...] En sentido moralmente relevante, una persona no es pobre por tener menos que otra, sino porque no tiene lo suficiente⁵²⁵.

En otras palabras, se trata de que a cada persona se le dé la posibilidad de vivir efectivamente su propia vida, de ser verdaderamente libres y así poder alcanzar el libre desarrollo de su personalidad. Esto sólo se puede conseguir a través de las funciones del Estado social y constitucional de derecho (que, entre otras, incluyen la intervención en la economía nacional), brindando a cada uno los medios que le permitan ser dueño de sí mismo y no estar a merced de cosas tales como la falta de alimento, la ausencia de educación, la enfermedad o la falta de oportunidades para desempeñar la actividad laboral o económica lícita que elija y que mejor le acomode⁵²⁶.

⁵²³ García Amado, Juan Antonio, “Justicia distributiva y Estado social. ¿Debe ser el Estado social un Estado igualitario?”, *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, España, núm. 9, 2017, p. 268.

⁵²⁴ *Ibídem*, pp. 277 y 278.

⁵²⁵ *Ibídem*, pp. 278 y 279.

⁵²⁶ *Ibídem*, p. 277.

En este contexto, la economía social de mercado (modelo económico que se adopta en el Estado social y constitucional de derecho mexicano), en palabras del doctor Ginebra Serrabou⁵²⁷, no busca imponer la igualdad sino crear cierta igualdad de oportunidades (suficiencia), garantizando así que las personas logren el objetivo de la superación personal. En ese orden de ideas, el autor en cita considera que la creación de igualdad de oportunidades se da fundamentalmente a través de dos grandes instrumentos: 1) el fomento de las MIPYMEs, facilitándoles infraestructura y crédito (importancia que deriva de que estas empresas tienen la mayor parte de los ocupados y de los jóvenes en proceso de capacitación, además de que, al estar más cerca del mercado y del consumidor, son causa de innovación y flexibilidad de los procesos de producción); y 2) garantizar una educación y una capacitación adecuada de los miembros de la sociedad.

Ahora bien, de conformidad con una jurisprudencia emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁵²⁸, el modelo de Estado social y constitucional de derecho es adoptado y regulado en el sistema constitucional mexicano, fundamentalmente en los artículos 25, 26, 27 y 28, bajo el nombre de “Estado Regulador”,

entendido como el modelo de diseño estatal insertado para atender necesidades muy específicas de la sociedad postindustrial (suscitadas por el funcionamiento de mercados complejos), mediante la creación de ciertas agencias independientes –de los órganos políticos y de los entes regulados- para depositar en éstas la regulación de ciertas cuestiones especializadas sobre la base de disciplinas o racionalidades técnicas. Este modelo de Estado Regulador, por regla general, exige la convivencia de dos fines: la existencia eficiente de mercados, al mismo tiempo que la consecución de condiciones equitativas que permitan el disfrute más amplio de todo el catálogo de derechos humanos con jerarquía constitucional.

⁵²⁷ Ginebra Serrabou, Xavier, *Alianzas... cit.*, pp. XV y XVI.

⁵²⁸ Tesis P./J. 46/2015 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, enero de 2016, p. 339. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “ESTADO REGULADOR. EL MODELO CONSTITUCIONAL LO ADOPTA AL CREAR ÓRGANOS AUTÓNOMOS EN EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”.

En el mismo tenor, la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal⁵²⁹ ha establecido que el Estado mexicano, en su papel de Estado Regulador (Estado social y constitucional de derecho), cuenta con la “facultad constitucional de planificación de actividades económicas, sociales y culturales, para la realización de ciertos fines, que no podrían cumplirse si se dejaran al libre intercambio de las personas, a quienes, por tanto, no se les concibe como sujetos pasivos de una potestad coactiva, sino como sujetos participantes y activos de un cierto sector o mercado regulado”; y agrega que es precisamente esta nota planificadora y reguladora la que marcó “el tránsito de un modelo de Estado de derecho, en donde el Estado tenía una función subsidiaria y secundaria para intervenir en caso de una ruptura del orden público, al Estado social de derecho, en donde el Estado tiene una función central de rectoría económica, cuyo fundamento se encuentra conjunta y principalmente en los artículos 25 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

Todas las razones vertidas con anterioridad han llevado a diversos autores a afirmar, como lo hace Luis F. Aguilar⁵³⁰, que “la creación política eminente del siglo XX ha sido el Estado social. Su constitución ofreció la respuesta institucional, democrática y civilizatoria a la cuestión social que había estremecido por más de un siglo a los países industrializados a causa de las condiciones inaceptables de vida y de trabajo del sector obrero”; agregando que el Estado social y constitucional de derecho pone fin a esa historia social de abusos y sufrimiento, pues “crea un nuevo orden social, estabiliza las relaciones económicas y políticas y, por ende, ha sido el cimiento de la prosperidad, la seguridad y el bienestar sostenido de aquellos países que mantuvieron la economía de mercado, pero decidieron su regulación para eliminar las injusticias irracionales y dar forma a una sociedad humana apreciable, integrada, segura y abierta a niveles más avanzados de calidad de vida”.

⁵²⁹ Tesis 1ª. CCCXVII/2014 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, septiembre de 2014, p. 574. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “ESTADO REGULADOR. PARÁMETRO CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR LA VALIDEZ DE SUS SANCIONES”.

⁵³⁰ Aguilar, Luis F., “Prólogo”, en Aguilar Villanueva, Luis F. y Alatorre, Jorge A. (coords.), *El futuro del Estado social*, México, Universidad de Guadalajara y Miguel Ángel Porrúa, 2014, p. 7.

A manera de conclusión, no debemos pasar por alto que el sistema de economía de mercado y el modelo de Estado social y constitucional de derecho del que parte, al igual que cualquier otra institución y/o creación del ser humano, no pueden ser mejor que la imperfecta humanidad que les sirve de soporte. Por esta razón, debemos partir de que el mercado ni es perfecto ni puede serlo, y, como cualquier jardín, puede verse invadido por distintas clases de maleza. En ese orden de ideas, dentro de un sistema de economía social de mercado, le compete al Estado la importante función activa de disipar cualquier fenómeno que pudiera amenazar o alterar el funcionamiento eficiente de los mercados⁵³¹. Esta función activa del Estado social y constitucional de derecho (intervención en la economía) se traduce en diversas limitaciones a la libertad de empresa, las cuales deben ser legítimas y proporcionadas, tema que analizamos y desarrollamos en capítulos posteriores⁵³².

2.3.4.3. La rectoría económica del Estado Mexicano.

La intervención del Estado Mexicano en la economía de nuestro país, derivada de la esencia del Estado social y constitucional de derecho, tiene su punto de partida y al mismo tiempo da lugar a la llamada rectoría económica del Estado (primer párrafo del artículo 25 constitucional⁵³³)⁵³⁴. Con la rectoría económica, la

⁵³¹ Pascual y Vicente, Julio, *Mercado, competencia y Estado*, España, Marcial Pons, 2013, p. 20.

⁵³² *Infra*, 4.5. Límites a la libertad de empresa.

⁵³³ Artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo. [...].

⁵³⁴ Garrorena Morales, Ángel, *óp. cit.*, p. 67. De conformidad con el autor en cita, el origen de la intervención del Estado en la economía se produjo, entre otras, por las siguientes circunstancias: 1) con el triunfo de la revolución proletaria en Rusia (1917), aviso rotundo de lo que podía suceder en el plano político si el modelo capitalista no se corregía a sí mismo; 2) la Gran Depresión de 1929, evidencia en el plano económico de que el sistema de libre mercado no podía seguir soportando, sin correctivos, sus muchas contradicciones.

Constitución afirma el fundamento jurídico para que el Estado Mexicano actúe como la mano visible en la consecución del bienestar social (suficiencia de bienes y oportunidades), sin que esto signifique negar al mercado como mecanismo de distribución de bienes escasos, pero formalizándolo como un espacio acotado y acotable⁵³⁵.

De conformidad con la autora Romero Michel⁵³⁶, la rectoría económica del Estado Mexicano se concibe como un principio consagrado en el artículo 25 constitucional, y, a partir de su incorporación en nuestra *Carta Magna*, el Estado se asume una posición integradora y programática dirigida a definir una estrategia de desarrollo, debiendo agregar que de este principio se desglosan los siguientes elementos: el desarrollo nacional integral y sustentable; fortalecimiento de la soberanía nacional y del régimen democrático mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el fomento del empleo; y el ejercicio de la libertad y la dignidad⁵³⁷.

El resultado de las acciones de planeación del Estado Mexicano tiene como conclusión un instrumento jurídico denominado “Plan Nacional de Desarrollo”, que, a su vez, es el punto de partida de las políticas y del ejercicio de las actividades de la Administración Pública Federal. Este documento representa el canal de comunicación del Gobierno Federal para transmitir a toda la sociedad, de manera clara, concisa y medible, la visión y las estrategias que serán implementadas en el Estado Mexicano. Se trata, pues, de un instrumento que no solamente define los objetivos, las metas y las líneas de acción del Estado, sino que también determina la programación y el presupuesto de toda la Administración Pública Federal⁵³⁸.

⁵³⁵ Roldán Xopa, José, *Constitución y mercado*, México, Editorial Porrúa, 2004, p. 200.

⁵³⁶ Romero Michel, Jessica C., *óp. cit.*, pp. 35-39.

⁵³⁷ Garrorena Morales, Ángel, *óp. cit.*, pp. 67 y 68. De conformidad con el autor en cita, los pasos fundamentales para consolidar este modelo económico, fueron: 1) la Constitución alemana de Weimar, de 1919, al incluir (sobre el precedente de la Constitución de México de 1917) un extenso catálogo de normas sobre relaciones sociales, enseñanza obligatoria, seguridad de los trabajadores o vivienda; y 2) años más tarde, en 1936, la publicación de la obra de J. M. Keynes, “Teoría general del empleo, el interés y el dinero”, en la que su autor escribió también por vez primera, los mecanismos que permiten que el Estado pueda intervenir en la economía.

⁵³⁸ Romero Michel, Jessica C., *óp. cit.*, p. 45.

De conformidad con la Ley de Planeación⁵³⁹, el Plan Nacional de Desarrollo es –y debe ser– el fundamento de todos los programas sectoriales, especiales, institucionales y regionales que definen las acciones del Estado Mexicano en su conjunto. Asimismo, La Ley de Planeación requiere que la iniciativa de la Ley de Ingresos de la Federación y el Proyecto de Decreto del Presupuesto de Egresos de la Federación, que anualmente son presentados ante el Congreso de la Unión, sean acordes con los programas anuales definidos en el citado Plan⁵⁴⁰. Este tema será ampliado en apartados posteriores, cuando abordemos los límites a la libertad de empresa⁵⁴¹.

⁵³⁹ Para consultar el contenido completo de la Ley de Planeación, véase: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/59_160218.pdf (consultado el 11 de abril de 2018).

⁵⁴⁰ Romero Michel, Jessica C., *óp. cit.*, p. 45.

⁵⁴¹ *Infra*, 4.5.1.2. Los “límites” derivados de la rectoría económica y la planeación del desarrollo nacional.

CAPÍTULO TERCERO

LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 3.1. LA GÉNESIS DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL Y REGIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. 3.2. EN EL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. 3.2.1. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. 3.2.2. LOS PACTOS INTERNACIONALES: EL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y EL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 3.2.3. COMENTARIOS FINALES SOBRE EL SISTEMA UNIVERSAL EN SU CONJUNTO. 3.3. EN LA REGIÓN AMERICANA. 3.3.1. EL SISTEMA AMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. 3.3.1.1. EL SUBSISTEMA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. 3.3.1.2. EL SUBSISTEMA DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y SU PROTOCOLO ADICIONAL EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 3.3.2. COLOMBIA. 3.4. EN LA REGIÓN EUROPEA. 3.4.1. EL CONSEJO DE EUROPA (CDE). 3.4.1.1. CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (CEDH). 3.4.1.2. LA CARTA SOCIAL EUROPEA. 3.4.2. LA UNIÓN EUROPEA (UE). 3.4.2.1. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE. 3.4.2.2. LA DIRECTIVA BOLKESTEIN. 3.4.3. ESPAÑA. 3.4.3.1. EL ATERRIZAJE DE LA FILOSOFÍA BOLKESTEIN EN EL DERECHO ESPAÑOL. CONCLUSIONES.

Preámbulo.

En las últimas décadas, a partir de que el fenómeno de la globalización empezó a invadir prácticamente todos los rincones de nuestra realidad, tanto a escala global como local⁵⁴², el derecho internacional y el derecho comparado han asumido un rol protagónico en los rubros social, económico y jurídico, por lo que, hoy en día, resulta imprescindible que toda investigación jurídica aborde su objeto de estudio en dichos ámbitos⁵⁴³. Como consecuencia necesaria, el estudio del

⁵⁴² Sassen, Saskia, *óp. cit.*, p. 3.

⁵⁴³ Tomuschat, Christian, "Efectividad y legitimidad del derecho internacional en el mundo contemporáneo", en Izquierdo Sans, Cristina y Rodríguez de Santiago, José María (coords.), *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, España, Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 2017, pp. 25 y 26. De conformidad con este autor, hace pocas décadas, el derecho internacional era considerado una materia interesante solamente para especialistas, embajadores y miembros del gobierno, tal vez unos profesores con conocimientos particulares en relaciones internacionales. Tenía un alcance bastante limitado. Esencialmente, sus disposiciones regulaban las relaciones internacionales entre los Estados como entidades soberanas, sobre todo acerca de cuestiones de paz y de guerra, problemas de delimitación territorial y relaciones diplomáticas y consulares. Sin embargo, esta situación cambió dramáticamente con la emergencia de las Naciones Unidas en 1945, después de la Segunda Guerra Mundial. Desde entonces, la comunidad internacional se ha lanzado en una marcha de extensión del derecho internacional que no cesa de avanzar. Hoy en día, estamos enfrentados a reglas de origen internacional en casi todos

derecho internacional y comparado se vuelve una exigencia mínima para la investigación jurídica y para la formación de la nueva tipología de jurista, dado que la globalización impacta tanto al derecho internacional como al nacional⁵⁴⁴.

En este sentido se pronuncia Alessandro Somma⁵⁴⁵, quien afirma que “ya son raros los casos en los que un sector del ordenamiento puede ser dominado sin tener en cuenta las fuentes de procedencia internacional, producidas en el ámbito de las numerosas organizaciones interestatales que operan a nivel planetario” (derecho internacional); y, de igual forma, “cada vez más a menudo se requiere también el conocimiento del derecho de los numerosos países, cercanos o lejanos, que animan la tupida red de relaciones entre las Naciones” (derecho comparado).

Máxime lo anterior, consideramos que la importancia del derecho internacional y comparado se potencializa cuando se habla de derechos humanos, como es el caso de nuestra investigación sobre la libertad de empresa. En México contamos con ejemplos recientes que son bastante claros e ilustrativos en este sentido: a) las reformas constitucionales en materia de amparo y de derechos humanos publicadas en el Diario Oficial de la Federación los días 06 y 10 de junio de 2011, así como b) las conclusiones del expediente varios 912/2010 que emitió la Suprema Corte con motivo del cumplimiento de la sentencia del Caso Radilla Pacheco contra México pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; los que, en su conjunto y provenientes del derecho internacional, contribuyeron determinadamente al cambio de paradigma en nuestro sistema jurídico en materia de protección de los derechos humanos⁵⁴⁶, aunque, reiteramos, se trata de un cambio de paradigma incompleto e insuficiente⁵⁴⁷.

los sectores de la vida social. El ciudadano, para quien el derecho internacional era un fenómeno muy lejano, casi invisible, lo encuentra en su vida cotidiana.

⁵⁴⁴ Ferrante, Alfredo, “Entre derecho comparado y derecho extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 43, núm. 2, agosto de 2016, pp. 601 y 603.

⁵⁴⁵ Somma, Alessandro, *Introducción al derecho comparado*, trad. de Esteban Conde Naranjo, España, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 11.

⁵⁴⁶ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción nacional*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012, p. 13.

⁵⁴⁷ *Supra*, 1.3.9. Crítica a la reforma constitucional en materia de derechos humanos: Un nuevo paradigma insuficiente e incompleto.

Utilizando una terminología procesalista y tal como se desprende de los ejemplos anteriores, es un hecho notorio⁵⁴⁸ que, en el sistema jurídico mexicano, el derecho internacional y el método comparado tienen una importancia fundamental en materia de protección de los derechos humanos, ya que fue a partir de fuentes internacionales que se verificó un giro de ciento ochenta grados en nuestro derecho (sin duda alguna un nuevo paradigma, a pesar de las limitantes con las que cuenta y que hemos señalado), con base en el cual, al menos teóricamente, hemos abandonado el oxidado modelo positivista y sus deterioradas garantías individuales, para, en su lugar, hablar de dignidad humana y de derechos humanos.

De esta obviedad deriva la necesidad de incluir un capítulo destinado a estudiar la libertad de empresa en los ámbitos internacional y comparado. Sin embargo, a pesar de estar estrechamente vinculados, estos dos rubros son sustancialmente distintos:

- a) Por un lado, el derecho internacional –que nace con el nombre de *jus Gentium* (derecho de gentes)– es sencillamente el conjunto de normas (reglas internacionales) que se aplican a los sujetos de la comunidad internacional, entendiéndose que estos últimos no son únicamente los Estados, sino que, a partir de la segunda mitad del siglo XX, se suman al escenario mundial las organizaciones internacionales y, en algunos casos, los individuos en particular⁵⁴⁹.
- b) Por otro lado, en palabras de Sirvent Gutiérrez⁵⁵⁰, el derecho comparado “es una disciplina que confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo con el propósito de comprender y

⁵⁴⁸ Tesis P./J. 74/2006 (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, junio de 2006, p. 963. Esta tesis tiene el rubro siguiente: HECHOS NOTORIOS. CONCEPTOS GENERAL Y JURÍDICO. De conformidad con la tesis en cita, por hechos notorios debe entenderse, en general, aquellos que por el conocimiento humano se consideran ciertos e indiscutibles, ya sea que pertenezcan a la historia, a la ciencia, a la naturaleza, a las vicisitudes de la vida pública actual o a circunstancias comúnmente conocidas en un determinado lugar, de modo que toda persona de ese medio esté en condiciones de saberlo.

⁵⁴⁹ Cattafi, Carmelo, *Derecho internacional público*, México, Editorial Digital Tecnológico de Monterrey, visible en el sitio de internet: <http://prod77ms.itesm.mx/podcast/EDTM/ID262.pdf> (consultado el 22 de diciembre de 2017), pp. 9 y 10.

⁵⁵⁰ Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 4ª ed., México, Editorial Porrúa, 2012, p. 1.

mejorar el sistema jurídico de un Estado determinado”, agregando que esta disciplina “obedece a que el ordenamiento jurídico difiere de un país a otro”, por lo que “su estudio es necesario para apreciar tanto las diferencias y las similitudes como los defectos y los aciertos de ese orden, [...] con el fin de perfeccionar las instituciones de un país y, por ende, su sistema jurídico”.

En ese orden de ideas y tomando en cuenta que nuestro estudio sobre la libertad de empresa se hace en clave de derechos humanos, el presente capítulo lo dividimos metodológicamente en tres grandes apartados que corresponden con los que, en nuestra opinión, son los tres sistemas internacionales más importantes en materia de protección de los derechos humanos: 1) el Sistema Universal (internacional en sentido estricto) y 2) el Sistema Americano (regional)⁵⁵¹, que para México son derecho internacional obligatorio; y 3) el Sistema Europeo⁵⁵² (regional), que, al no ser obligatorio para México, lo analizamos bajo la óptica del método comparado, con la finalidad de construir, con base en el estudio, sistematización y análisis comparado del derecho extranjero⁵⁵³, la mejor solución al problema que planteamos y así allegarnos de los elementos necesarios para proponer una teoría sólida sobre el derecho fundamental a la libertad de empresa que sea verdaderamente útil y funcional en el sistema jurídico mexicano.

A continuación, realizamos una breve exposición sobre el origen de la protección internacional y regional de los derechos humanos, con base en la cual precisamos detalladamente los aspectos específicos que abarca nuestro estudio sobre la libertad de empresa en los ámbitos internacional y comparado.

⁵⁵¹ *Infra*, 3.2. En el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos y 3.3. En la región americana. En el desarrollo de estos ítems se mencionan los sistemas e instrumentos internacionales que integran nuestro estudio, así como las pautas que tomamos en consideración para que su análisis sea lo más productivo posible para el derecho mexicano.

⁵⁵² *Infra*, 3.4. En la región europea. En el desarrollo de este ítem se mencionan los países y/o sistemas jurídicos extranjeros que integran nuestro estudio comparado, así como los criterios que tomamos en cuenta para su análisis sea lo más productivo posible para el sistema jurídico mexicano que sirve como marco de nuestra investigación.

⁵⁵³ Morán, Gloria M., *El derecho comparado como disciplina jurídica: La importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico*, visible en el sitio de internet: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2179/AD-6-25.pdf;jsessionid=E84C36B6308550CFD433BAF22E2D22AF?sequence=1> (consultado el 24 de noviembre de 2017), pp. 511 y 512.

3.1. La génesis de la protección internacional y regional de los derechos humanos.

Tal como lo expusimos en el capítulo anterior, las primeras manifestaciones concretas de declaraciones de derechos individuales jurídicamente vinculantes, fundadas sobre el reconocimiento de derechos inherentes al ser humano que se imponen al Estado como objeto de reconocimiento, respeto y protección, surgen de la Independencia de los Estados Unidos de América y de la Revolución Francesa a finales del siglo XVIII: la Declaración de Independencia de 1776 y la correspondiente Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, así como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y las respectivas Constituciones Francesas de los años de 1791 y 1793⁵⁵⁴.

Partiendo de estos sucesos históricos, las revoluciones de finales del siglo XVIII y principios del XIX aportaron la integración de los derechos fundamentales a las instituciones jurídicas y políticas del mundo occidental. Este primer paso en la protección de los derechos humanos representa también un capítulo muy importante del derecho constitucional, pues el reconocimiento de la intangibilidad de tales derechos y libertades implica limitaciones al poder público, las que delinean lo que se conoce como Estado de Derecho, el que se configura, en su noción clásica, por el reconocimiento y garantía de los derechos individuales y las libertades públicas, el principio de legalidad como marco de la actuación de los órganos del Estado y la separación e independencia de los poderes públicos⁵⁵⁵.

No obstante la importancia de lo anterior, la ingenua creencia de finales del siglo XVIII y principios del XIX de que era suficiente consagrar los derechos humanos en las Constituciones nacionales para que fuesen respetados por el propio Estado y los ciudadanos, fue derrumbándose poco a poco junto con el desbordamiento constante de los poderes públicos, desplomándose en su totalidad

⁵⁵⁴ Nikken, Pedro, *Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos: la perspectiva del acceso a la justicia y la pobreza*, visible en el sitio de internet: <http://www.odalc.org/documentos/1362509364.pdf> (consultado el 29 de septiembre de 2017), pp. 67 y 68.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, pp. 69 y 70.

con las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial⁵⁵⁶. En este sentido, Pedro Nikken, ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considera que:

Lo que finalmente condujo a una reacción tangible de la comunidad internacional para instaurar un sistema supranacional de protección de los derechos humanos fue la constatación de los crímenes de lesa humanidad cometidos en la era nazi y, como se verificaría más tarde, también en la estalinista. Podría decirse que la magnitud del genocidio puso en evidencia que el ejercicio del poder público representa un peligro para la dignidad humana, de modo que su control no debe ser prerrogativa excluyente de las instituciones domésticas, sino que deben constituirse instancias internacionales para su salvaguardia⁵⁵⁷.

Es a partir de esta problemática que, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, empezó la elaboración de tratados internacionales cuyo propósito principal ha sido y continúa siendo la protección de los derechos humanos⁵⁵⁸. En aquel momento, en el año de 1945, representantes de cincuenta países se reunieron en San Francisco, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, para redactar la Carta de las Naciones Unidas. Esta Carta fue firmada el 26 de junio de 1945 por los representantes de esos cincuenta países, y Polonia, que no estuvo representada en un primer momento, la firmó más tarde para convertirse en uno de los cincuenta y un Estados fundadores. Las Naciones Unidas empezaron a existir oficialmente el 24 de octubre de 1945, una vez que la Carta fue debidamente ratificada⁵⁵⁹, contando en la actualidad con ciento noventa y tres Estados Parte⁵⁶⁰.

⁵⁵⁶ Gómez Pérez, Mara, *La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084751.pdf> (consultado el 29 de septiembre de 2017), p. 229.

⁵⁵⁷ Nikken, Pedro, *Los sistemas... cit.*, p. 73.

⁵⁵⁸ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *México y el Sistema de los Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016, pp. 3 y 4.

⁵⁵⁹ Naciones Unidas, *Historia de las Naciones Unidas*, visible en el sitio de internet: <http://www.un.org/es/sections/history/history-united-nations/index.html> (consultado el 03 de octubre de 2017).

⁵⁶⁰ Para consultar la totalidad de los Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas, véase: <http://www.un.org/es/member-states/index.html> (consultado el 03 de octubre de 2017). Según la referida página web, México es uno de los cincuenta y un miembros fundadores de la Organización

La referida Carta⁵⁶¹ proclama la dignidad de la persona y el respeto a los derechos humanos, constituyéndose éstos en unos de los principales objetivos de la Organización de las Naciones Unidas (de ahora en adelante ONU o Naciones Unidas). En este sentido, se pueden encontrar disposiciones relativas a derechos humanos en el Preámbulo de la Carta, cuando, por ejemplo, se establece textualmente que los pueblos de las Naciones Unidas están resueltos “a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”, así como en los artículos 1.3, 13, 55, 56, 62, 68, 73 y 76 de la misma⁵⁶².

A efecto de materializar los principios derivados de la dignidad humana y el respeto a los derechos humanos, el 10 de diciembre de 1948, mediante Resolución de la Asamblea General de la ONU No. 217 (III)⁵⁶³, se adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos, trayendo consigo “la transformación del derecho internacional clásico, concebido por y para Estados, produciéndose una erosión y relativización del principio de soberanía. Así, por ser soberanos los Estados, van a asumir obligaciones internacionales en materia de derechos humanos respecto de la sociedad en su conjunto”⁵⁶⁴.

de las Naciones Unidas. La delegación mexicana estuvo representada por Ezequiel Padilla, Manuel Tello y Francisco Castillo Nájera, quienes firmaron la Carta de las Naciones Unidas el 26 de junio de 1945 y el 7 de noviembre de ese mismo año fue admitido a la ONU.

⁵⁶¹ Para consultar el contenido completo de la Carta de las Naciones Unidas, véase: <http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html> (consultado el 03 de octubre de 2017).

⁵⁶² Bergaglio, Renata, *Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos*, Perú, Pontificia Universidad Católica de Perú, visible en el sitio de internet: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/Cap3.pdf (consultado el 03 de octubre de 2017), p. 91.

⁵⁶³ Naciones Unidas, *Órganos principales*, visible en el sitio de internet: <http://www.un.org/es/sections/about-un/main-organs/index.html> (consultado el 03 de octubre de 2017). Según la referida página web, los principales órganos de la ONU son la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Administración Fiduciaria, la Corte Internacional de Justicia y a Secretaría de la ONU. Todos ellos se crearon en 1945 al fundarse la ONU.

⁵⁶⁴ Bergaglio, Renata, *óp. cit.*, pp. 91 y 92.

Sin embargo, el problema con el que se enfrenta la Declaración Universal es que fue aprobada mediante una resolución de la Asamblea General de la ONU que constituye una mera recomendación para los Estados Miembros, pero no genera obligaciones jurídicamente vinculantes⁵⁶⁵. Derivado de esta situación, la Comisión de los Derechos Humanos de la ONU⁵⁶⁶ emprendió la elaboración de un tratado jurídicamente vinculante que definiera los derechos y libertades fundamentales, y que, además, proveyera la organización requerida, así como los procedimientos necesarios para considerar las quejas por violaciones a dicho Pacto⁵⁶⁷.

En un primer momento, estaba planeada la creación de un único instrumento en materia de derechos humanos que recogiese todo el conjunto de los derechos y libertades fundamentales de las personas. Sin embargo, como consecuencia del conflicto entre el bloque occidental y el bloque socialista (Guerra Fría), se aprobaron dos pactos distintos: uno en materia de derechos civiles y políticos y otro en materia de derechos económicos, sociales y culturales⁵⁶⁸. En este sentido, de conformidad con Jaime Oraá⁵⁶⁹,

⁵⁶⁵ Gómez Isa, Felipe, “La protección internacional de los derechos humanos”, en Gómez Isa, Felipe (dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, España, Universidad de Deusto, 2004, p. 41.

⁵⁶⁶ Naciones Unidas, *Comisión de Derechos Humanos*, visible en el sitio de internet: <http://www.cinu.org.mx/temas/dh/cdh.htm> (consultado el 03 de octubre de 2017). Según la referida página web, la Comisión de Derechos Humanos es el principal órgano normativo intergubernamental en esa esfera. Fue establecida por el Consejo Económico y Social a través de la Resolución 9 (II) del 21 de mayo de 1946. Originalmente la Comisión centró sus esfuerzos en la creación de normas internacionales de derechos humanos, entre las que se encuentra la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El 15 de marzo de 2006, la Asamblea General adoptó la resolución A/RES/60/251 que establece el Consejo de Derechos Humanos –en sustitución de la Comisión– como un órgano intergubernamental del sistema de las Naciones Unidas compuesto por cuarenta y siete Estados, que es responsable de la promoción y protección de todos los derechos humanos en el mundo entero.

⁵⁶⁷ De Dienheim Barriguete, Cuauhtémoc Manuel, *La protección internacional de los derechos humanos*, visible en el sitio de internet: <http://www.poderjudicialmichoacan.gob.mx/instituto/material/Sexto%20Curso%20de%20Formaci%20F3n%20en%20Impartici%20F3n%20y%20Administraci%20de%20Justicia/Derechos%20Humanos/LA%20PROTECCION%20INTERNACIONAL%20DE%20LOS%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf> (consultado el 02 de octubre de 2017), p. 12.

⁵⁶⁸ Gómez Isa, Felipe, *óp. cit.*, pp. 41 y 42.

⁵⁶⁹ Oraá, Jaime, “La Declaración Universal de Derechos Humanos”, en Gómez Isa, Felipe (dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, España, Universidad de Deusto, 2004, pp. 126 y 127.

Para la Unión Soviética y los países del bloque socialista [...], la persona es, ante todo, un ser social y, por lo tanto, los derechos que hay que garantizar son los derechos de carácter económico, social y cultural, no otorgando tanta importancia a los derechos de naturaleza civil y política. [...], los países socialistas daban una enorme importancia al principio de la soberanía estatal. En este sentido, [...] las cuestiones relativas a los derechos humanos se consideraban un asunto esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados y, en consecuencia, la comunidad internacional no podía intervenir y criticar la situación de los derechos humanos en un determinado país. En cambio, la postura defendida por los países occidentales, en especial Francia, Estados Unidos y Gran Bretaña, se distinguía por una decidida defensa de los derechos de carácter civil y político, las libertades clásicas de las democracias occidentales. Asimismo, estos países eran partidarios de que los derechos humanos pasasen a ser un asunto que escapase de la jurisdicción interna de los Estados, es decir, que la comunidad internacional tuviese algo que decir en estas cuestiones.

Así las cosas, en 1954 la Comisión concluyó la redacción de dos proyectos de tratados internacionales que trataban por separado los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Después de largas discusiones, estos textos se transformaron en verdaderos tratados internacionales, puesto que, en el año de 1966, ambos fueron adoptados y abiertos a firma por la Asamblea General de la ONU: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por un lado, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el otro. Finalmente, tuvo que transcurrir una década para que treinta y cinco Estados ratificaran los referidos pactos y así entraran en vigor de manera simultánea en el año de 1976⁵⁷⁰.

Así, los tres instrumentos básicos de la ONU en materia de protección de derechos humanos son a) la Declaración Universal de Derechos Humanos, b) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y c) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los que, de manera conjunta,

⁵⁷⁰ De Dienheim Barriguete, Cuauhtémoc Manuel, *óp. cit.*, pp. 12 y 13.

constituyen la llamada Carta Internacional de los Derechos Humanos⁵⁷¹ e integran el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos⁵⁷².

Ahora bien, la internacionalización de los derechos humanos no se manifiesta única y exclusivamente a través del Sistema Universal de la ONU, sino que, en la actualidad, existen también sistemas regionales de protección de los derechos humanos que incluyen a las organizaciones internacionales asentadas en marcos geográficos determinados, las “que actúan bajo una estructura definida y cumplen funciones específicas dentro de un determinado sistema”⁵⁷³. En el derecho internacional contemporáneo, “queda afianzada la noción de regionalismo como un agrupamiento continental o geográfico de distintos Estados de la comunidad internacional, siempre que su unión tenga fines acordes a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”⁵⁷⁴, como es la protección de los derechos humanos.

En la actualidad, los sistemas regionales de protección de los derechos humanos son una auténtica realidad que se manifiesta no solamente con la creación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino también con la posterior adopción de la Carta Africana de Derechos Humanos en el año de 1986⁵⁷⁵. De igual forma, a pesar de que las regiones de Asia, el Medio Oriente y Oceanía todavía no cuentan con sistemas regionales formales para la protección de los derechos humanos con personalidad jurídica reconocida a nivel internacional⁵⁷⁶, actualmente existe una organización

⁵⁷¹ Gómez Isa, Felipe, *óp. cit.*, pp. 41 y 42.

⁵⁷² Naciones Unidas, *Examen ONU Venezuela*, visible en el sitio de internet: <http://www.examenonuvenezuela.com/sistemas-de-proteccion-de-ddhh/sistemas-de-proteccion> (consultado el 04 de octubre de 2017). Según esta página web, el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos es el conjunto de normas sustantivas y procesales, así como de organismos con alcance internacional, pertenecientes a la Organización de las Naciones Unidas, cuyo fin es la promoción y la protección de los derechos humanos.

⁵⁷³ Méndez Royo, Daniela, *Sistemas de protección internacional de los derechos fundamentales: ¿son los sistemas regionales más efectivos que los órganos de Naciones Unidas?*, visible en el sitio de internet: http://www.fbioyf.unr.edu.ar/evirtual/pluginfile.php/109002/mod_resource/content/1/Sistemas%20de%20Proteccion%20DDHH.pdf (consultado el 04 de octubre de 2017), p. 9.

⁵⁷⁴ *Ibídem*, p. 15.

⁵⁷⁵ *Ibídem*, p. 33.

⁵⁷⁶ Castañeda, Mireya, *óp. cit.*, p. 102.

árabe y una propuesta de creación de un sistema asiático, regional o subregional, que están aún en etapa de gestación⁵⁷⁷. No obstante, en nuestro análisis comparado no incluimos el sistema africano, ni el asiático ni el del medio oriente, porque, dado lo incipientes que son, consideramos que poco abonan a nuestra investigación.

En este punto es importante destacar que, el hecho de elevar los derechos humanos al carácter de normas jurídicas internacionales y crear organismos encargados de velar por su cumplimiento, responde a la idea de complementar y subsanar las fallas existentes en los sistemas jurídicos nacionales y no para sustituirlos, por lo que dicha protección internacional es adicional y subsidiaria a la prevista en los ordenamientos nacionales de los Estados en particular⁵⁷⁸.

Por ejemplo, en el caso específico de nuestro país, de conformidad con los artículos 1º, primer párrafo, y 133 constitucionales⁵⁷⁹, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado que los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales están ubicados en un mismo nivel, por lo que, al no estar relacionados en términos jerárquicos, constituyen, en su conjunto, “el parámetro de control de regularidad constitucional” (que es el mexicanismo que se utiliza para hacer referencia al llamado “bloque de constitucionalidad”)⁵⁸⁰:

⁵⁷⁷ Méndez Royo, Daniela, *óp. cit.*, p. 33.

⁵⁷⁸ De Dienheim Barriguete, Cuauhtémoc Manuel, *óp. cit.*, p. 6.

⁵⁷⁹ Artículo 1º constitucional. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta constitución establece. [...].

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

⁵⁸⁰ Tesis P./J. 20/2014 (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 202. Esta tesis tiene el rubro siguiente: DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El primer párrafo del artículo 1º constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, [...]. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.

Así, con base en esta breve exposición sobre el origen de la protección internacional de los derechos humanos y tomando en cuenta que nuestro estudio sobre la libertad de empresa se hace en clave de derechos humanos, hemos seleccionado los siguientes tratados internacionales y sistemas jurídicos extranjeros para el análisis de la libertad de empresa en el derecho internacional y comparado:

1) Por cuanto al derecho internacional, analizamos la libertad de empresa a la luz de los instrumentos internacionales que, en materia de protección de derechos humanos, consideramos más importantes para nuestro sistema jurídico: a) por un lado, los tres instrumentos básicos de la ONU que integran el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos –la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales–⁵⁸¹; y, por el otro, b) los dos niveles en que se integra la protección de los derechos humanos en la región americana⁵⁸², que son b.1) el del Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos –la Carta de la OEA, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales–, y b.2) el de los países americanos en particular, seleccionando a

⁵⁸¹ *Infra*, 3.2. En el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos.

⁵⁸² *Infra*, 3.3.1. El Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos.

Colombia como caso paradigmático para realizar un estudio comparado con el Estado Mexicano.

2) Por cuanto al derecho comparado, ¿qué sistemas jurídicos extranjeros utilizamos?, ¿cuáles son los más fructíferos?, ¿qué elementos debemos tomar en cuenta para su elección?, ¿cuáles son los más útiles a los efectos de nuestra investigación? Siguiendo a la autora María Salvador⁵⁸³, una decisión determinante para la aplicación del método comparado es precisamente la elección de los elementos que van a compararse, para lo cual es fundamental, valga la redundancia, optar por elementos que sean verdaderamente comparables. Al efecto, es necesario tomar en cuenta, como mínimo, las siguientes consideraciones: que los sistemas jurídicos no sean idénticos, pero tampoco que sean completamente diferentes, sino que sean similares; que, de igual forma, su contexto jurídico-político-económico sea parecido; que muestren suficientes características definitorias que permitan su comparación; y, sobre todo, que hagan posible la obtención de resultados útiles⁵⁸⁴.

Siguiendo estas pautas y reiterando que nuestro estudio sobre la libertad de empresa se hace en clave de derechos humanos, seleccionamos al Continente Europeo para nuestro análisis comparado, por considerar que es la región geográfica más avanzada en esta materia⁵⁸⁵. Al respecto, analizamos los tres niveles en los que se articula la protección de los derechos fundamentales en esta región: el Consejo de Europa, la Unión Europea y los países europeos en particular, seleccionando a España como caso paradigmático.

⁵⁸³ Salvador Martínez, María, *Derecho constitucional comparado en el contexto de la integración supranacional y la globalización*, visible en el sitio de internet: <https://academic.microsoft.com/#/detail/2154260815> (consultado el 27 de noviembre de 2017), p. 378.

⁵⁸⁴ Cfr. *Ídem*.

⁵⁸⁵ *Infra*, 3.4. En la región europea.

Aunado a los argumentos específicos que exponemos en los apartados correspondientes⁵⁸⁶, consideramos que los sistemas jurídicos europeos que seleccionamos son similares al sistema jurídico mexicano, y, por lo tanto, resultan perfectamente comparables al tenor de las siguientes consideraciones:

1. En primer lugar, los referidos sistemas pertenecen a la familia jurídica romano-germánica⁵⁸⁷, por lo que comparten las características siguientes: la comunidad ideológica sobre la que se apoyan y que intentan llevar a la realidad (por ejemplo, los derechos humanos); el común origen de tales sistemas, fundados en el derecho romano; la análoga estructura de los mismos, que lleva consigo la utilización de conceptos similares; la analogía existente en orden a la concepción general de las fuentes jurídicas admitidas en esos diversos sistemas; y el parentesco que existe en los métodos de trabajo y de investigación de sus juristas⁵⁸⁸.
2. En segundo lugar, con relación al contexto político-económico, los sistemas jurídicos seleccionados forman parte de regiones y países organizados bajo la forma de Estado social y constitucional de derecho –que es el marco de la libertad de empresa–⁵⁸⁹, donde el Estado no puede mantenerse al margen del funcionamiento del mercado a) por la injusticia que conlleva la competencia llevada hasta el extremo; b) por la asignación de recursos que hace el mercado (produce que el dinero se vaya a los sectores más reductibles y no a los más prioritarios); y c) porque la sociedad, en muchas ocasiones, no alcanza a obtener por sí misma los bienes necesarios para el libre desarrollo de su personalidad⁵⁹⁰.

⁵⁸⁶ *Infra*, 3.4.1. El Consejo de Europa (Cde), 3.4.2. La Unión Europea (UE) y 3.4.3. España.

⁵⁸⁷ González Martín, Nuria, *Sistemas jurídicos contemporáneos: Nociones introductorias y familia jurídica romano-germánica*, visible en el sitio de internet: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11424/10471> (consultado el 27 de noviembre de 2017), p. 632. De conformidad con la autora en cita, la *familia jurídica romano-germánica*, como fusión de las culturas roma y germana en el occidente de Europa a partir del siglo V d.C., se caracteriza porque la norma de derecho se elabora inicialmente y se aplica posteriormente a los problemas que la práctica presenta.

⁵⁸⁸ *Ídem*.

⁵⁸⁹ *Supra*, 2.3.4.2. Estado social y constitucional de derecho.

⁵⁹⁰ Ginebra Serrabou, Xavier, *Alianzas... cit.*, p. XIV.

Sin más preámbulo, damos paso al estudio de la libertad de empresa en los sistemas jurídicos internacionales y en las regiones geográficas más destacadas en materia de protección de los derechos humanos.

3.2. En el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos.

3.2.1. La Declaración Universal de Derechos Humanos.

Con el propósito de concretar los principios derivados de la dignidad humana y el respeto a los derechos humanos consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, mediante Resolución de la Asamblea General de la ONU No. 217 (III), se adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁹¹. Esta Declaración constituye un sano equilibrio entre las distintas concepciones sobre los derechos humanos existentes en aquella época –las ideologías capitalista y socialista–, puesto que se incluyen en el mismo instrumento internacional los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales⁵⁹², sin hacer ningún tipo de distinción artificial entre ellos.

En ese orden de ideas, el contenido sustantivo de la Declaración puede clasificarse de la siguiente manera: a) derechos y libertades de orden personal (artículos 3° a 11); b) derechos del individuo en sus relaciones con los grupos de los que forma parte (artículos 12 a 17); c) derechos y libertades de carácter político (artículos 18 a 21); d) derechos económicos, sociales y culturales (artículos 22 a 27); y e) derechos que señalan los vínculos entre el individuo y la sociedad (artículos 28 a 30).

⁵⁹¹ Para consultar el contenido completo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, véase: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf (consultado el 06 de noviembre de 2017).

⁵⁹² Oraá, Jaime, *óp. cit.*, pp. 129 y 130.

Por otro lado, hablando de su naturaleza jurídica, la Declaración no es un tratado jurídicamente vinculante para los Estados Partes, ya que este instrumento internacional fue adoptado por la Asamblea General de la ONU mediante una resolución y, por lo tanto, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, es una recomendación que no tiene *prima facie* obligatoriedad jurídica. Los Estados Parte no le dieron a la Declaración el carácter de un instrumento jurídicamente vinculante, pues no quisieron asumir obligaciones internacionales de tal envergadura. En tal sentido, de conformidad con su propio preámbulo, el objetivo primordial de la Declaración fue establecer “un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”, con lo que queda acentuado su valor moral y político, al mismo tiempo que se relativiza su carácter jurídico⁵⁹³. Como consecuencia de lo anterior, la Declaración no crea ningún órgano internacional encargado de su interpretación, promoción, aplicación, supervisión y control, por lo cual no contamos con “interpretaciones oficiales” de sus preceptos⁵⁹⁴.

Ahora bien, la libertad de empresa no se encuentra incorporada expresamente en la Declaración Universal, sino que, en nuestra opinión, se encuentra reconocida de manera parcial e indirecta en el artículo 23:

Artículo 23.

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

[...]

⁵⁹³ *Ibidem*, pp. 77 y 78.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, pp. 78 y 79. No obstante su naturaleza jurídica y de conformidad con los autores en cita, hoy en día pocos internacionalistas niegan que la Declaración se haya convertido en un instrumento normativo que crea obligaciones jurídicas para los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Hoy también se considera que muchas de sus cláusulas tienen el carácter de derecho internacional consuetudinario (*ius cogens*). El proceso por el cual la Declaración se convirtió en instrumento normativo se debió en parte a que la redacción, aprobación y entrada en vigor de los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos duró mucho tiempo (hasta 1976), y la comunidad internacional necesitaba un documento jurídico que definiese las obligaciones jurídicas de los estados en materia de derechos humanos. De esta manera, la Declaración se fue utilizando con gran frecuencia; cuando los gobiernos, las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales querían invocar las normas de derechos humanos, o querían condenar sus violaciones, se referían a la Declaración Universal como la norma básica.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. [...].

A pesar de que la Declaración no crea ningún órgano encargado de la interpretación formal de sus preceptos, nosotros consideramos que, de conformidad con el pensamiento de García Vitoria⁵⁹⁵, la libertad de empresa se encuentra reconocida de manera indirecta en el citado artículo 23, pues, si bien no se reconoce expresamente dicha libertad fundamental, el citado precepto protege y “engloba todo tipo de trabajos, ya sean autónomos o trabajos dependientes sujetos a un salario e incluye el derecho de todo ser humano a decidir libremente, aceptar o elegir trabajo”⁵⁹⁶. Nuestros comentarios los realizamos en un apartado posterior en relación con la totalidad del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos⁵⁹⁷.

3.2.2. Los Pactos Internacionales: el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Derivado de la problemática con la que se enfrentaba la Declaración Universal de Derechos Humanos –que, al haber sido aprobada mediante una resolución de la Asamblea General de la ONU, constituye una mera recomendación para los Estados sin fuerza jurídica obligatoria–, la Comisión de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas inició la elaboración de un tratado internacional jurídicamente vinculante en materia de protección de derechos humanos, que además proveyera la organización requerida y los procedimientos necesarios para considerar las quejas por las violaciones estatales a dicho Pacto⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ García Vitoria, Ignacio, *óp. cit.*, p. 11.

⁵⁹⁶ Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos (COPREDEH), *Declaración Universal. Versión comentada*, Guatemala, visible en el sitio de internet: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28141.pdf> (consultado el 06 de noviembre de 2017), pp. 35 y 36.

⁵⁹⁷ *Infra*, 3.2.3. Comentarios finales sobre el Sistema Universal en su conjunto.

⁵⁹⁸ De Dienheim Barriguete, Cuahtémoc Manuel, *óp. cit.*, p. 12.

No obstante que en un principio estaba planeada la creación de un único documento que recogiese todo el conjunto de los derechos y libertades fundamentales de las personas, el conflicto entre los bloques occidental y socialista –que se dio en todos los frentes, incluido el ideológico– trajo como consecuencia que finalmente se aprobaran dos instrumentos distintos en materia de protección de derechos humanos: uno sobre los derechos civiles y políticos y otro sobre los derechos económicos, sociales y culturales⁵⁹⁹.

Así las cosas, en 1954 la Comisión de los Derechos Humanos concluyó la redacción de dos proyectos de tratados internacionales que trataban por separado los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Después de largas discusiones, dichos textos se transformaron en verdaderos tratados internacionales, puesto que, en el año de 1966, ambos fueron adoptados y abiertos a firma por la Asamblea General de la ONU: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por un lado, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por el otro. Finalmente, tuvo que transcurrir una década para que treinta y cinco Estados ratificaran los citados Pactos Internacionales, que entraron en vigor de manera simultánea en el año de 1976⁶⁰⁰.

A diferencia de la Declaración Universal, estos Pactos tienen la naturaleza de verdaderos tratados internacionales con fuerza jurídica vinculante, por lo que crean obligaciones convencionales para los Estados Parte. Al efecto, ambos Pactos cuentan con mecanismos de promoción, protección y garantía de los derechos

⁵⁹⁹ Villán Durán, Carlos, “Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales”, en González Monguí, Pablo Elías (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales*, Colombia, Universidad Libre, 2009, p. 16. De conformidad con este autor, la Guerra Fría impuso una división artificial entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales, que se cristaliza en los pactos internacionales de derechos humanos. En 1966 la Declaración Universal de los Derechos Humanos se desarrolló en dos tratados que especifican y detallan más el contenido de los principios establecidos en la Declaración Universal, pero los relatores de estos pactos, inmersos en plena Guerra Fría, no fueron capaces de incluir los derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales en un solo tratado internacional, sino que abrieron el espectro de dos tratados, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, porque la Guerra Fría imponía esa lectura diferenciada de los derechos: para los capitalistas los únicos derechos humanos válidos eran los individuales, civiles y políticos, mientras que para el sector comunista los derechos humanos más importantes eran los de contenido económico, social y cultural.

⁶⁰⁰ De Dienheim Barriguete, Cuauhtémoc Manuel, *óp. cit.*, pp. 12 y 13.

humanos que ahí se reconocen, los que explicamos brevemente siguiendo a Soledad Villagra⁶⁰¹:

1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (de ahora en adelante PIDCP)⁶⁰². En su texto se establece un Comité de Derechos Humanos integrado por 18 miembros elegidos por los Estados Parte, pero que actúan en calidad de expertos independientes sin representación gubernamental, cuyo propósito es controlar las disposiciones del PIDCP.

La primera función del Comité, conocida como procedimiento de informes, consiste en examinar los informes que cada Estado Parte está obligado a remitir a) sobre las disposiciones y medidas que haya adoptado para darle efecto a los derechos reconocidos en el Pacto, y b) sobre el avance obtenido en el goce y disfrute de estos derechos.

De igual forma, el Pacto contempla el llamado procedimiento de quejas interestatales, que es opcional, y que consiste en la presentación de denuncias de un Estado contra otro por violaciones al Tratado.

Finalmente, también se contempla el procedimiento de quejas individuales, que implica la posibilidad de que las personas que aleguen ser víctimas de violaciones a sus derechos reconocidos en el Pacto puedan presentar peticiones individuales ante el Comité. Este sistema de peticiones ha sido establecido por separado en un protocolo facultativo que permite la competencia del Comité para recibir estas denuncias⁶⁰³. Evidentemente,

⁶⁰¹ Villagra de Biedermann, Soledad, *El Sistema Universal de Derechos Humanos: Los mecanismos convencionales y los mecanismos basados en la Carta*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2226/13.pdf> (consultado el 08 de noviembre de 2017), pp. 145 y 146.

⁶⁰² Para consultar el contenido completo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, véase: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> (consultado el 08 de noviembre de 2017). Este pacto fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; entrando en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con su artículo 49. México depositó el correspondiente instrumento de adhesión el 23 de marzo de 1981.

⁶⁰³ Para consultar el contenido completo del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, véase: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPCCPR1.aspx> (consultado el 13 de noviembre de 2017). Este protocolo fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; entrando en vigor el

estas peticiones sólo pueden ser presentadas contra los Estados que hayan ratificado dicho protocolo facultativo.

2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (de ahora en adelante PIDESC)⁶⁰⁴. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no fue creado en el texto del Pacto, sino que, con posterioridad, se crea en 1985 mediante una resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que establece su composición: 18 expertos elegidos por su capacidad personal para controlar las disposiciones del PIDESC.

En primer lugar, al amparo de este Pacto se contempla un procedimiento de informes, por medio del cual se requiere que los Estados Parte remitan al Comité informes periódicos sobre las medidas adoptadas y el progreso obtenido en el goce y disfrute de los derechos ahí reconocidos.

De igual forma, en un protocolo facultativo⁶⁰⁵ se establece el llamado procedimiento de quejas interestatales, que es opcional y que consiste en la presentación de denuncias de un Estado contra otro por violaciones al Tratado.

Y, finalmente, en el mismo protocolo facultativo se contempla el procedimiento de quejas individuales, mediante el cual las comunicaciones pueden ser presentadas por una persona o un grupo de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto de referencia.

23 de marzo de 1976, de conformidad con su artículo 9°. México depositó el correspondiente instrumento de adhesión el 15 de marzo de 2002.

⁶⁰⁴ Para consultar el contenido completo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, véase: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> (consultado el 08 de noviembre de 2017). Este pacto fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; entrando en vigor el 3 de enero de 1976, de conformidad con su artículo 27. México depositó el correspondiente instrumento de adhesión el 23 de marzo de 1981.

⁶⁰⁵ Para consultar el contenido completo del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, véase: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPCESCR.aspx> (consultado el 13 de noviembre de 2017). Este protocolo fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución A/RES/63/117, de 10 de diciembre de 2008; entrando en vigor el 5 de mayo de 2013, de conformidad con su artículo 18. Hasta el día de hoy y de manera lamentable, México no ha firmado, ratificado, ni se ha adherido a este protocolo.

Dicho lo anterior y entrando ahora a la materia que nos ocupa, debemos decir que la libertad de empresa no se encuentra reconocida expresamente en ninguno de los pactos internacionales aquí analizados. En palabras de García Vitoria⁶⁰⁶, “La libertad de empresa constituye prácticamente un derecho nuevo en el contexto de la protección internacional de los derechos humanos. Tan sólo encuentra un anclaje parcial en el art. 6 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que se protege el derecho de la persona a ganar su sustento mediante el trabajo que libremente elija”; disposición que textualmente establece:

Artículo 6.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación tecnicoprofesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

En el mismo sentido se pronuncia el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, que, en la Observación General número 18 aprobada el 24 de noviembre de 2005⁶⁰⁷, realiza una interpretación sobre el contenido normativo del derecho al trabajo reconocido en el artículo 6° del PIDESC, determinando que dicha libertad fundamental engloba todo tipo de trabajos, ya sean

⁶⁰⁶ García Vitoria, Ignacio, *óp. cit.*, p. 11.

⁶⁰⁷ Para consultar el contenido completo de la Observación General número 18 –aprobada el 24 de noviembre de 2005- del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, véase: <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/epcomm18s.html> (consultado el 13 de noviembre de 2017).

trabajos dependientes o trabajos autónomos (siendo estos últimos los que, en nuestra opinión, pueden equipararse con el ejercicio de una actividad empresarial):

II. CONTENIDO NORMATIVO DEL DERECHO AL TRABAJO.

- El derecho al trabajo es un derecho individual que pertenece a cada persona, y es a la vez un derecho colectivo. Engloba todo tipo de trabajos, ya sean autónomos o trabajos dependientes sujetos a un salario. El derecho al trabajo no debe entenderse como un derecho absoluto e incondicional a obtener empleo. El párrafo 1 del artículo 6 contiene una definición del derecho al trabajo y el párrafo 2 cita, a título de ilustración y con carácter no exhaustivo, ejemplos de las obligaciones que incumben a los Estados Partes. Ello incluye el derecho de todo ser humano a decidir libremente aceptar o elegir trabajo. También supone no ser obligado de alguna manera a ejercer o efectuar un trabajo y el derecho de acceso a un sistema de protección que garantice a cada trabajador su acceso a empleo. Además implica el derecho a no ser privado injustamente de empleo. [...].

Llegados a este punto, es momento de realizar nuestros comentarios finales sobre la totalidad del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, compuesto por los tres instrumentos que hemos analizado, en relación con la libertad de empresa.

3.2.3. Comentarios finales sobre el Sistema Universal en su conjunto.

No obstante el reconocimiento tácito de la libertad de empresa en el Sistema Universal de Derechos Humanos, nosotros consideramos que es de suma importancia que esta libertad se reconozca expresamente como un derecho fundamental en el referido sistema de protección de los derechos humanos, constituyéndose así en una obligación más clara y específica a cargo de los Estados Parte que, además, sea independiente y autónoma de la libertad de trabajo, cuya naturaleza jurídica es distinta.

El ejercicio de una actividad empresarial, que es el bien jurídico tutelado por la libertad de empresa, constituye una opción digna y válida que tienen todos los seres humanos para abonar, perseguir y alcanzar una existencia cualitativa y cuantitativamente mejor, que les permita una vida verdaderamente libre y digna dentro de la sociedad. En otras palabras, la actividad empresarial es una ocupación que permite a los seres humanos el libre desarrollo de su personalidad mediante el reconocimiento a cada individuo de “la posibilidad de hacer uso de todas sus potencias físicas, intelectuales y morales en su propio beneficio”⁶⁰⁸.

En el mismo sentido se pronuncia la Comisión para el Empoderamiento Legal de los Pobres, que, en un informe titulado “La Ley: La clave para el desarrollo sin exclusiones” publicado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo⁶⁰⁹, manifiesta que,

Mientras que los derechos laborales están relativamente bien plasmados en acuerdos y convenciones internacionales celebrados a través de la OIT, los derechos que atañen a la propiedad y los derechos comerciales (dentro de los cuales se ubica la libertad de empresa), al igual que los principios de acceso a la justicia, nunca fueron elaborados más allá de referencias o principios generales. La Comisión recomienda iniciar un diálogo sobre empoderamiento legal dentro de un marco de derechos humanos más integral.

La libertad de empresa no debe seguir excluida de las garantías contempladas en el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos. Al elevar esta libertad a la categoría de un derecho fundamental en este sistema, se estaría dotando a las personas de mecanismos jurídicos internacionales para combatir los abusos y actos violatorios que en este sentido realizan los diversos órganos y autoridades estatales, los que, en muchos casos, ya sea de manera directa o indirecta, ponen en riesgo la vida, la libertad, la propiedad y, en general, la

⁶⁰⁸ García Toma, Víctor, *óp. cit.*, p. 162.

⁶⁰⁹ Comisión para el Empoderamiento Legal de los Pobres, *La ley: La clave para el desarrollo sin exclusiones*, Estados Unidos de América, Comisión para el Empoderamiento Legal de los Pobres y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2008, vol. I, p. 99. Los paréntesis son nuestros.

dignidad de millones de seres humanos que, día con día, buscan como proveerse a ellos mismos y a su familia de manera digna y honrada, mediante el ejercicio de una actividad empresarial⁶¹⁰.

Al igual que se puede sancionar a los Estados por los actos de sus órganos y autoridades que impliquen una violación de los derechos humanos a la libertad, a la vida, a la libertad de trabajo o a la propiedad, por citar sólo algunos ejemplos, también debería ser posible analizar y, en su caso, sancionar aquellos actos que vulneren la libertad de empresa de las personas, que, de conformidad con los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, tiene su origen y está igualmente vinculada con la dignidad humana.

3.3. En la región americana.

Nosotros consideramos que, en la actualidad, la protección de los derechos fundamentales en el Continente Americano se realiza en dos niveles distintos: el del Sistema Americano, con las distintas profundidades que veremos más adelante, y el de cada uno de los países del continente en particular⁶¹¹. En este sentido, nuestro objetivo en el presente apartado es analizar, en clave de derechos humanos, la regulación que se hace de la libertad de empresa en ambos niveles, de los que forma parte México, a efecto de poder contrastarlos con la normatividad e interpretaciones existentes en el sistema jurídico de nuestro país.

Así, en el presente apartado estudiamos la regulación de la libertad de empresa que se hace en los dos niveles que integran la protección de los derechos humanos en América: 1) el Sistema Americano de Protección de los Derechos

⁶¹⁰ Tapia Rocha, José Luis, *La libre empresa como derecho humano*, Perú, Instituto de Libre Empresa, visible en el sitio de internet: <http://ile.pe/wp-content/uploads/2016/02/tapia-libre-empresa-derecho-humano.pdf> (consultado el 07 de noviembre de 2017), p. 6.

⁶¹¹ Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *El Sistema Europeo de Protección Internacional de los Derechos Humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1740/11.pdf> (consultado el 18 de septiembre de 2017), p. 129.

Humanos, integrado por 1.1) el subsistema de la Organización de los Estados Americanos y 1.2) el subsistema de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus protocolos adicionales; y 2) el de los países americanos en particular, de entre los que seleccionamos a Colombia como caso paradigmático para realizar un estudio comparado con el Estado Mexicano.

3.3.1. El Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos.

El Sistema Americano de Derechos Humanos (de ahora en adelante SADH) es el sistema regional que se compone por el conjunto de “mecanismos y procedimientos previstos tanto por la Carta de la Organización de los Estados Americanos y otros instrumentos conexos a ésta, así como aquellos contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos junto con sus protocolos adicionales, y demás tratados concernientes a la protección de los derechos humanos”⁶¹².

Así, en el Continente Americano contamos con la presencia de dos subsistemas normativos en materia de protección internacional (regional) de los derechos humanos, que son producto de la diversidad de fuentes jurídicas aplicables en esta materia y en esta región, así como del grado en que éstas resultan vinculantes para los diversos Estados Parte. Por ello, podemos afirmar que en el Continente Americano existen dos caminos diferentes para la tutela de los derechos humanos a nivel regional, los cuales son compatibles entre sí y además se refuerzan mutuamente⁶¹³.

⁶¹² Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed., Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 27.

⁶¹³ *Ibíd*em, p. 28.

El primero estos subsistemas comprende las competencias que en materia de derechos humanos tiene la Organización de los Estados Americanos (de ahora en adelante OEA) de manera genérica y respecto de todos sus miembros; mientras que el segundo subsistema está constituido por las instituciones y procedimientos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (de ahora en adelante CADH), también conocida como Pacto de San José, y demás instrumentos conexos, tal como el Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como Protocolo de San Salvador⁶¹⁴.

En palabras más sencillas, los países que pertenecen al primer subsistema son aquéllos que no han ratificado la CADH pero que sí forman parte de la OEA, respecto de los cuales la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante CIDH) únicamente ejerce funciones políticas y diplomáticas. Por otro lado, el segundo subsistema está conformado por los Estados Parte de la referida CADH y demás instrumentos conexos⁶¹⁵, en el que se contemplan medios más eficaces para la protección y garantía de los derechos humanos ahí reconocidos, los cuales describimos en tópicos siguientes⁶¹⁶. A su vez, dentro del segundo subsistema existen países que han reconocido expresamente la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante CrIDH) y otros que no.

A efecto de ilustrar lo anterior, siguiendo a Ramírez y Pallares⁶¹⁷, podemos decir que los Estados americanos pertenecen al SADH de tres formas distintas, en función de los documentos que hayan firmado, y precisamente de ello depende qué organismos y qué procedimientos resultan aplicables a cada Estado Parte en materia de protección de derechos humanos:

⁶¹⁴ *Ibidem*, pp. 28 y 29.

⁶¹⁵ *Ídem*.

⁶¹⁶ *Infra*, 3.3.1.2. El subsistema de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁶¹⁷ Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro de Jesús, *óp. cit.*, p. 349.

1. Los países que sólo han firmado la Carta de la OEA, como por ejemplo Canadá y Estados Unidos de América, son Estados que forman parte del primero de los subgrupos arriba descritos.
2. Los países que han firmado la Carta de la OEA y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como, por ejemplo, Jamaica, son Estados que forman parte del segundo de los subgrupos apuntados, con algunos matices.
3. Países que han firmado la Carta de la OEA, la CADH y además han reconocido la competencia de la CrIDH, como, por ejemplo, México y Colombia, son Estados que forman parte del segundo de los subgrupos indicados.

Los esfuerzos de nuestra investigación se centran en el segundo subsistema, pues nuestro objeto de estudio es la libertad de empresa en el sistema jurídico mexicano, y, en ese tenor, nuestro país ha firmado la Carta de la OEA, el Pacto de San José, el Protocolo de San Salvador y, además, ha ratificado la competencia de la CrIDH. Sin embargo, no debemos perder de vista que este subgrupo, del cual forma parte nuestro país –la CADH, sus instrumentos conexos y la competencia contenciosa de la CrIDH–, está integrado en un foro mayor que es la Organización de los Estados Americanos, el que le sirve de complemento y con el cual interactúa. Por estas razones, hacemos una breve reseña del subsistema de la OEA como preámbulo del subsistema integrado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus protocolos adicionales.

3.3.1.1. El subsistema de la Organización de los Estados Americanos.

El origen de la OEA se remonta a la Primera Conferencia Internacional Americana celebrada en Washington D.C., Estados Unidos de América, del mes de octubre de 1889 al mes de abril de 1890. Como resultado de este Congreso se acordó la creación de la Unión Internacional de Repúblicas Americanas y así se empezó a tejer una red de disposiciones e instituciones que en el futuro llegaría a conocerse como Sistema Interamericano. Esta Organización fue fundada con el

objetivo de lograr en sus Estados Miembros, como lo indica el artículo 1° de la Carta de la OEA, “un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia”⁶¹⁸.

La OEA, como en nuestros días la conocemos, fue creada en el año de 1948 cuando se suscribió, en Bogotá, Colombia, la Carta de la OEA que entró en vigor en el mes de diciembre de 1951⁶¹⁹. Posteriormente, esta Carta fue enmendada 1) por el Protocolo de Buenos Aires suscrito en 1967, que entró en vigor en febrero de 1970; 2) por el Protocolo de Cartagena de Indias suscrito en 1985, que entró en vigor en noviembre de 1988; 3) por el Protocolo de Washington suscrito en 1992, que entró en vigor en septiembre de 1997; y, finalmente, 4) por el Protocolo de Managua suscrito en 1993, que entró en vigor en enero de 1996⁶²⁰.

La OEA actualmente está compuesta por treinta y cinco Estados Miembros, de los cuales el Estado Cubano está suspendido de participar en las actividades de los órganos de la Organización desde 1962. Los veintiún países que se reunieron en Bogotá para la firma de la Carta de la OEA en 1948 fueron: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, la República Bolivariana de Venezuela y Uruguay. Por su parte, los catorce Estados que se volvieron miembros con posterioridad son Barbados, Trinidad y Tobago (1967), Jamaica (1969), Grenada (1975), Suriname (1977), Dominica, Santa Lucía (1979), Antigua y Barbuda, San Vicente y las Granadinas (1981), Bahamas (1982), St. Kitts y Nevis (1984), Canadá (1990), Belice y Guyana (1991)⁶²¹.

⁶¹⁸ Organización de los Estados Americanos, *¿Quiénes somos?*, visible en el sitio de internet: www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp (consultado el 20 de octubre de 2016).

⁶¹⁹ Para consultar el contenido completo de la Carta de la Organización de los Estados Americanos –texto refundido-, véase: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp (consultado el 13 de noviembre de 2017). México firmó la Carta de la OEA el 30 de abril de 1948, ratificándola y depositando el instrumento respectivo el 23 de noviembre de 1948.

⁶²⁰ Organización de los Estados Americanos, *óp. cit.*

⁶²¹ Organización de los Estados Americanos, *Miembros*, visible en el sitio de internet: www.oas.org/es/acerca/estados_miembros.asp (consultado el 20 de octubre de 2016).

Los treinta y cinco países americanos antes citados –Cuba con los matices que le corresponden al estar suspendida su participación– forman parte del primer subsistema de protección de los derechos humanos que hemos mencionado, ya que todos ellos han adoptado la Carta de la OEA. La CIDH, en relación con dichos Estados Miembros y en materia de protección de los derechos humanos –siendo éste uno de los muchos rubros en los que tiene competencia la Comisión–, únicamente puede realizar acciones políticas y/o diplomáticas.

En ese orden de ideas, la OEA es un organismo internacional de carácter intergubernamental y no supranacional, por lo que no existe, valga la redundancia, un órgano supranacional que pueda imponer sus decisiones a los Estados Miembros. Por el contrario, son los propios Estados Parte los que de común acuerdo adoptan las decisiones correspondientes en el seno de la Organización⁶²².

Entrando en la temática de los derechos humanos, la competencia de la OEA en esta materia viene dada por el artículo 3º, inciso I, de su Carta Fundamental⁶²³, que establece como uno de sus principios la proclamación de los derechos fundamentales de la persona humana, sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo. De igual forma, la propia Carta, en su artículo 53, inciso e)⁶²⁴, da vida a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, organismo que analizamos con más detalle en el siguiente apartado.

Derivado de la competencia que tiene la OEA en materia de derechos humanos, es que esta organización se erigió como el foro en el que los Estados Miembros adoptaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento que, en nuestra opinión, constituye el corazón del Sistema Americano de Derechos Humanos. Sin más preámbulo, pasamos a analizar el segundo subsistema americano en materia de protección de los derechos humanos,

⁶²² Negro, Dante M., *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: aspectos jurídicos y políticos*, Departamento de Derecho Internacional de la OEA, visible en el sitio de internet: www.oda-alc.org/documentos/1374530871.pdf (consultado el 20 de octubre de 2016), p. 3.

⁶²³ Artículo 3º. Los Estados americanos reafirman los siguientes principios: [...] I) Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo; [...].

⁶²⁴ Artículo 53. La Organización de los Estados Americanos realiza sus fines por medio de: [...] e) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos; [...].

conformado por la CADH y sus instrumentos conexos, tal como el Protocolo de San Salvador.

3.3.1.2. El subsistema de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶²⁵.

Casi cuatro décadas atrás, exactamente el día 21 de noviembre de 1969, en San José de Costa Rica se aprobó el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que, en reconocimiento a la hospitalidad del país anfitrión, se acordó denominarla también como el Pacto de San José. La finalidad de esta Convención, desde su creación hasta nuestros días, “es la defensa internacional de los derechos esenciales del hombre y que, por ende, debe ser interpretada en el sentido más favorable a su destinatario, el ser humano”⁶²⁶. Esta Convención entró en vigor el 18 de julio de 1978, después de que once Estados Miembros de la OEA ratificaron su contenido⁶²⁷.

⁶²⁵ Organización de los Estados Americanos, *Tratados multilaterales interamericanos*, visible en el sitio http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_texto_materia.asp#DEREHUM (consultado el 20 de noviembre de 2017). Actualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuenta con dos protocolos adicionales: 1) el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 2) el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. Para los efectos de nuestra investigación, nos interesan únicamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁶²⁶ Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Argentina, Editorial Ediar, 2012, t. II, p. 9.

⁶²⁷ Para consultar el contenido completo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, véase: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm (consultado el 14 de noviembre de 2017). Actualmente, veinticinco de los treinta y cinco países integrantes de la OEA han ratificado o se han adherido a la CADH, por lo cual ésta vincula obligatoriamente a dichos Estados Miembros. México depositó su instrumento de ratificación el 24 de marzo de 1981.

De manera errónea, al igual que acontece con la absurda división de los pactos internacionales que integran el Sistema Universal⁶²⁸, prácticamente la totalidad de los derechos humanos reconocidos en la CADH son los llamados civiles y políticos, consagrados en el “Capítulo II – Derechos Civiles y Políticos” que se integra por los artículos 4° al 25 (un total de veintidós artículos)⁶²⁹. Por otro lado, el capítulo destinado a los derechos económicos, sociales y culturales se conforma por un único artículo, que textualmente dispone:

CAPÍTULO III

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 26. Desarrollo Progresivo.

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Este artículo es la única disposición de la Convención que someramente hace referencia a los llamados derechos económicos, sociales y culturales (de ahora en adelante DESC)⁶³⁰, que, como se desprende de una simple lectura del mismo, no

⁶²⁸ *Supra*, 3.2.2. Los Pactos Internacionales: el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁶²⁹ Se reconocen, entre otros, el derecho a la vida; el derecho a la integridad personal; la prohibición de la esclavitud y servidumbre; la libertad personal; garantías judiciales; los principios de legalidad y de retroactividad; el derecho a indemnización; el derecho a la protección de la honra y de la dignidad; la libertad de conciencia y de religión; la libertad de pensamiento y de expresión; el derecho de rectificación o respuesta; el derecho de reunión; la libertad de asociación; el derecho a la protección de la familia; el derecho al nombre; los derechos del niño; el derecho a la nacionalidad; el derecho a la propiedad privada; el derecho de circulación y de residencia; los derechos políticos; el principio de igualdad ante la ley; y el derecho a la protección judicial.

⁶³⁰ Esto con la salvedad del reconocimiento expreso del derecho a la propiedad privada en el artículo 21, que es considerado como un derecho económico.

reconoce expresamente ningún derecho en particular. En palabras más sencillas, la CADH no reconoce expresamente ningún derecho económico, social ni cultural: en ninguna de sus disposiciones encontramos referencia expresa al derecho al trabajo, derechos sindicales y a la seguridad social; ni al derecho a la salud; ni al derecho a un medio ambiente sano; ni al derecho a una alimentación saludable; ni a la libertad de empresa; entre muchos otros que se omiten.

Las limitaciones de la CADH en este rubro obligaron a los Estados Parte a suscribir el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (de ahora en adelante PADESC)⁶³¹, el cual fue adoptado el 17 de noviembre de 1988 en la ciudad de San Salvador, el Salvador –también se le conoce como Protocolo de San Salvador, en reconocimiento al país anfitrión–, entrando en vigor el 16 de noviembre de 1999, luego de que once Estados Parte depositaron los respectivos instrumentos de ratificación o adhesión⁶³².

La CADH y el PADESC son tratados internacionales con fuerza jurídica vinculante, por lo que crean verdaderas obligaciones convencionales a cargo de los Estados Parte. Con este propósito, ambos instrumentos cuentan con mecanismos de promoción, protección y garantía de los derechos humanos que ahí se reconocen, los cuales se materializan en las funciones desempeñadas por la Comisión y por la Corte Interamericanas de Derechos Humanos⁶³³.

⁶³¹ Se reconocen, entre otros, el derecho al trabajo; el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo; los derechos sindicales; el derecho a la seguridad social; el derecho a la salud; el derecho a un medio ambiente sano; el derecho a la alimentación; el derecho a la educación; el derecho a los beneficios de la cultura; el derecho a la constitución y protección de la familia; el derecho de la niñez; la protección de los ancianos; y la protección de los minusválidos.

⁶³² Para consultar el contenido completo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, véase: <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html> (consultado el 14 de noviembre de 2017). Actualmente, dieciséis de los veinticinco países vinculados por la CADH han ratificado o se han adherido a este Protocolo, por lo cual éste vincula obligatoriamente a dichos Estados Miembros. México firmó el Protocolo el 17 de noviembre de 1988 y depositó el instrumento de ratificación el 16 de abril de 1996.

⁶³³ Lo anterior, sin perjuicio de las funciones que, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, desempeñan el Secretario General de la OEA, el Consejo Interamericano Económico y Social, y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, de conformidad con el artículo 19 del Protocolo de San Salvador.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante CIADH)⁶³⁴, siguiendo la metodología propuesta por los autores Ramírez y Pallares⁶³⁵, tiene funciones consultivo-promocionales, administrativas y cuasijurisdiccionales:

1. Dentro de las funciones consultivo-promocionales y administrativas, la CIADH tiene la facultad de presentar informes sobre la situación que guardan los derechos humanos en la región americana, lo que hace a través de su informe anual y de los informes especiales. Su informe anual versa sobre todas las actividades vinculadas con los derechos humanos auspiciados por la propia Comisión; mientras que sus informes especiales pueden tratar sobre la situación de algún país en concreto, o bien, sobre algún tema en específico sobre los derechos humanos.

Dentro de este tipo de funciones, la CIADH está facultada para presentar recomendaciones sobre situaciones generalizadas en relación con los derechos humanos en la región; para recibir y atender consultas de los Estados Parte; para realizar visitas a los países miembros; para establecer relatorías especializadas para dar seguimiento a asuntos concretos; y también para presentar asesorías a los Estado Partes y a la OEA en materia de derechos humanos.

Cualquiera de los derechos humanos reconocidos en la CADH y en el PADESC pueden ser objeto de las funciones consultivo-promocionales y administrativas de la Comisión aquí reseñadas.

⁶³⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *¿Qué es la CIDH?*, visible en el sitio de internet: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp> (consultado el 15 de noviembre de 2017). La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos, encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. Está integrada por siete miembros independientes que se desempeñan en forma personal y tiene su sede en Washington D.C., Estados Unidos de América. Fue creada por la OEA en 1959 y, en forma conjunta con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, instalada en 1979, es una institución del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Sus funciones se vieron sustancialmente reformadas e incrementadas con la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁶³⁵ Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro de Jesús, *óp. cit.*, pp. 351-356.

2. Por cuanto a las funciones cuasijurisdiccionales, en primer lugar debemos aclarar que hacen referencia a hechos (casos) concretos: a sujetos determinados, a una autoridad concreta señalada como responsable y a unas recomendaciones específicas que emite la propia Comisión. Estas funciones son realizadas por medio de las llamadas *comunicaciones*, las cuales pueden ser entre Estados, o bien, individuales. Estas últimas constituyen la antesala de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana y es preciso señalar que no constituyen una cuarta instancia en los procedimientos nacionales, sino que tienen por objeto revisar el cumplimiento de las obligaciones internacionales que tienen los Estados Parte derivadas de su pertenencia al SADH⁶³⁶.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante CriADH)⁶³⁷, recurriendo nuevamente a la metodología propuesta por los

⁶³⁶ *Ídem*. De conformidad con los autores en cita, la Comisión deberá seguir el procedimiento regulado en los artículos 48 al 51 de la Convención, que se estructura de la manera siguiente: 1) presentación de la comunicación individual; 2) análisis de admisibilidad; 3) si procediera, otorgamiento de medidas provisionales; 4) esclarecimiento de los hechos (la Comisión pide información al Estado de que se trate, que puede ser complementada por una visita al referido país, se valora la información presentada por los interesados, se establecen audiencias, etc.); 5) búsqueda de una solución amistosa que, de lograrse, se publica en un informe; 6) en caso de no llegar a una solución amistosa, la Comisión elabora un informe preliminar en el que se describirán los hechos, las conclusiones y las recomendaciones a las que llegó la citada comisión. Después de tres meses de emitido el informe preliminar, la Comisión evalúa si el asunto se solucionó conforme a lo dispuesto en éste y, en caso afirmativo, da seguimiento al cumplimiento por parte del Estado de que se trate. 7.1) sin embargo, si el caso no se ha resuelto, la Comisión puede someterlo a la jurisdicción contenciosa de la Corte IADH, siempre y cuando ésta tenga competencia y, además, se estime pertinente; o bien, 7.2) la Comisión elabora un informe definitivo que debe contener la descripción de los hechos, las opiniones, las conclusiones, las recomendaciones y los plazos que se estimen convenientes para remediar la situación examinada, y, finalmente, la Comisión decide si hace público o no dicho informe.

⁶³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Historia de la Corte IDH*, visible en el sitio de internet: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh> (consultado el 20 de noviembre de 2017). La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus protocolos adicionales. La Corte fue creada por la CADH, tiene su sede en San José de Costa Rica y está compuesta de siete jueces, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral y de reconocida competencia en materia de derechos humanos. Para que la Corte ejerza jurisdicción sobre y en los Estados Partes, éstos deben aceptar de manera expresa su competencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 62 de la citada CADH. Actualmente, veintidós de los veinticinco países vinculados por la CADH han reconocido expresamente la competencia de la Corte, dentro de los cuales se encuentra México.

autores Ramírez y Pallares⁶³⁸, tiene dos funciones principales, la emisión de opiniones consultivas y la competencia contenciosa:

1. La emisión de opiniones consultivas está regulada en el artículo 64 de la CADH, el cual dispone que los Estados Miembros de la OEA, e incluso esta última, podrán consultar a la CrIADH acerca de la interpretación del Pacto de San José, o bien, sobre la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas de los Estados y la referida Convención. En palabras más sencillas, los Estados Parte o alguno de los órganos de la OEA pueden solicitar la opinión de la Corte sobre el modo de interpretar el contenido y el alcance de cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos por la CADH.
2. Por otro lado, una vez que un determinado Estado ha aceptado la competencia contenciosa de la CrIADH, se compromete y está obligado a cumplir las decisiones que ésta emita en todos los casos en que sea parte. De esta manera, a diferencia de lo que ocurre con las opiniones consultivas, la finalidad del procedimiento contencioso es resolver una controversia sobre si existe o no una violación por parte de algún Estado Miembro a los derechos reconocidos por el Pacto de San José y sus protocolos adicionales, cuando quepa esta última posibilidad. La legitimación para intervenir en este procedimiento está reducida a la CIADH y a los Estados Parte, y la litis se limita a los hechos y al procedimiento cuasijurisdiccional que se hayan sometido previamente al conocimiento de la referida Comisión. Este procedimiento concluye con una sentencia que, en caso de determinar la existencia de una violación al Pacto de San José y/o a sus protocolos adicionales (cuando quepa esta última posibilidad), establece la responsabilidad internacional a cargo del Estado de que se trate y le ordena restituir el derecho conculcado, y en caso de que esto último no sea posible, busca reparar los daños ocasionados⁶³⁹.

⁶³⁸ Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro de Jesús, *óp. cit.*, pp. 357- 370.

⁶³⁹ *Ídem*. De conformidad con los autores en cita, el procedimiento contencioso ante la Corte está regulado principalmente por los artículos 61 al 69 de la CADH, y se tramita de manera similar a cualquier otro juicio que contemple una fase escrita: 1) la interposición de la demanda por parte de la CIADH, basada fundamentalmente en los hechos y las recomendaciones establecidas por ésta en

Dicho lo anterior, debemos señalar que, insistiendo con la absurda e insostenible diferenciación entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales⁶⁴⁰, no todos los derechos humanos reconocidos en el Sistema Americano pueden ser objeto de las *funciones cuasijurisdiccionales* de la Comisión y de la competencia contenciosa de la Corte. De conformidad con la interpretación hecha por la CriADH del artículo 26 de la CADH⁶⁴¹ y del artículo 19, párrafo sexto, del PADESC⁶⁴², únicamente pueden ser materia de estas funciones los derechos civiles y políticos reconocidos en la Convención y “los DESC que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA”⁶⁴³, así como los derechos sindicales y el derecho

su informe preliminar; 2) una vez admitida la demanda, las presuntas víctimas pueden presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas. Asimismo, la Corte puede otorgar, si lo considera necesario, medidas provisionales para evitar daños irreparables en sentencia; 3) hecho lo anterior, la Corte envía la demanda y la solicitud correspondiente al Estado Parte de que se trate, para que proceda a formular la contestación respectiva y haga valer las excepciones preliminares que tuviere al respecto; 4) una vez fijada la *litis*, la Corte abre la etapa oral del procedimiento, conformada por el desahogo de pruebas y los alegatos correspondientes; 5) desahogadas las pruebas y rendidos los alegatos, la Corte está en posición de dictar la sentencia que corresponda. Ésta, como cualquier otra sentencia, establece los hechos probados, los califica como violatorios o no de la Convención o de sus protocolos adicionales –en caso de que proceda–, y determina si existe responsabilidad o no a cargo del Estado señalado como responsable. Los efectos reparatorios de las sentencias emitidas por la Corte implican: a) restitución y/o rehabilitación del derecho violado, b) indemnización material y moral justa, y c) reparar el daño provocado por la violación. 6) finalmente, cabe señalar que la sentencia definitiva es inapelable y, para el cumplimiento de la misma, la Corte informa a la Secretaría de la OEA y da seguimiento a sus disposiciones.

⁶⁴⁰ *Supra*, 1.4.1. Razones de la división entre los derechos civiles y políticos y los DESC: Una clasificación artificial y estéril y 1.4.2. El debate central sobre la naturaleza jurídica de los DESC: ¿Son derechos humanos de clase premier o de segunda categoría?

⁶⁴¹ *Cfr.* Caso Lagos del Campo contra Perú, sentencia de 31 de agosto de 2017 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas); y Caso Acevedo Buendía (cesantes y jubilados de la contraloría) y otros contra Perú, sentencia de 1 de julio de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

⁶⁴² Por cuanto a la libertad sindical, *Cfr.* Caso Bahena Ricardo y otros contra Panamá, sentencia de 2 de febrero de 2001 (fondo, reparaciones y costas). Por cuanto al derecho a la educación, *Cfr.* Caso González Lluy y otros contra Ecuador, sentencia de 1 de septiembre de 2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

⁶⁴³ Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Colombia, año 9, núm. especial, abril de 2007, pp.46-49. De conformidad con los autores en cita, la Carta de la OEA dedica su capítulo VII a normas económicas, normas sociales y a normas sobre educación, ciencia y cultura. Sin embargo, estas disposiciones no consagran directamente derechos, sino principios en cuya formulación se refieren o puede inferirse la existencia de algunos derechos. Sin pretender agotar la tarea de describirlos, los autores señalan algunos ejemplos de derechos que con mayor grado de claridad podrían considerarse derivados de los principios establecidos en las normas de la Carta: libertad de trabajo, derecho a condiciones dignas de trabajo, derecho a un salario justo, derechos sindicales, derechos de huelga, derecho a la seguridad social, derecho a la educación.

a la educación, consagrados respectivamente en los artículos 8, inciso a), y 13 del Protocolo de San Salvador.

En nuestra opinión, resulta ilógico e insostenible que únicamente los derechos civiles y políticos y ciertos DESC tengan acceso pleno a la totalidad de los mecanismos de protección y garantía del SADH, porque estamos frente al absurdo de que un tratado internacional en materia de derechos humanos, que se encuentra en el más alto nivel de jerarquía normativa, está atentando directamente contra las características y principios que rodean –y que deben rodear– a todos los derechos humanos: particularmente vulnera y desconoce los principios de indivisibilidad e interdependencia.

En otras palabras, esta incongruencia implica que un tratado internacional en materia de derechos humanos –cuya función es y debe ser siempre buscar la protección más amplia de los derechos esenciales de las personas– es el primer sitio dónde se está desconociendo y haciendo pedazos la dignidad humana, ya que, al hacer tal distinción, está desconociendo todas y cada una de las características esenciales de los derechos económicos, sociales y culturales –que, como vimos, son universales, interdependientes, indivisibles, imprescriptibles, inalienables, progresivos, eficaces de manera directa y deben ser interpretados bajo el principio pro persona–, estableciendo diferencias injustificadas entre los DESC y los derechos civiles y políticos.

Por lo anterior, consideramos que no existen buenas razones para seguir manteniendo la vigencia del párrafo sexto del artículo 19 del Protocolo de San Salvador, por lo que éste, en aras de un verdadero reconocimiento y respeto de la dignidad de las personas, debe ser totalmente suprimido para que, de esta forma, la totalidad de los DESC ahí reconocidos tengan acceso pleno al conjunto de mecanismos de protección y garantía consagrados en el Sistema Americano de Derechos Humanos. Así, la violación de cualquiera de los derechos reconocidos en el SADH, incluyendo todos y cada uno de los DESC, podrá ser evaluada por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos mediante sus respectivas funciones cuasijurisdiccionales y contenciosas, que, en nuestra opinión,

son las más certeras, eficientes y eficaces. Por estas razones, proponemos un proyecto de enmienda en este sentido, como una de las propuestas periféricas y complementarias que abanderamos en la presente investigación.

De no hacerlo así, en nuestra opinión, el Sistema Americano seguirá estando rezagado en materia de DESC, en primer lugar, respecto del Sistema Universal que, mediante la adopción del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2008, finalmente estableció la posibilidad de que todos los DESC reconocidos en dicho pacto, al igual que los civiles y políticos, tengan acceso pleno a la totalidad de mecanismos de promoción, protección y garantía ahí consagrados⁶⁴⁴; y, en segundo lugar, respecto de la Unión Europea que, en la Carta de los Derechos Fundamentales, coloca en un mismo plano a los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales⁶⁴⁵.

Aunado a este grave defecto del SADH, debemos señalar que la libertad de empresa no se encuentra reconocida expresamente en la CADH ni en el PADESC, por lo que, en nuestra opinión, únicamente podemos deducirla mediante una interpretación amplia del derecho al trabajo, reconocido fundamentalmente en el primer párrafo del artículo 6° del Protocolo de San Salvador⁶⁴⁶, específicamente cuando se menciona que la actividad laboral se materializa en el desempeño de cualquier “actividad lícita libremente escogida o aceptada”, género dentro del cual podemos ubicar perfectamente las actividades empresariales, también llamadas trabajos autónomos o independientes, que constituyen el bien jurídico tutelado por la libertad de empresa. Esta postura-interpretación es nuestra, pues no encontramos ningún pronunciamiento formal en este sentido por parte de la Comisión o de la Corte.

⁶⁴⁴ *Supra*, 3.2. En el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos.

⁶⁴⁵ *Infra*, 3.4.2. La Unión Europea (UE).

⁶⁴⁶ Artículo 6°. Derecho al Trabajo. 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada. [...].

Como consecuencia de esta situación y desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, insistimos en dos puntos que consideramos fundamentales en relación con nuestro objeto de estudio, los que, en nuestra opinión, se traducirán en un más amplio y completo respeto de la dignidad humana: 1) en primer lugar, la libertad de empresa es un derecho autónomo, sustancialmente distinto y, por lo tanto, independiente de la libertad de trabajo, por lo que tiene su propio significado, características, naturaleza jurídica, contenido esencial, dimensión objetiva, dimensión subjetiva y límites; y 2) en segundo lugar, como consecuencia necesaria de lo anterior, la necesidad de su reconocimiento expreso en los instrumentos internacionales tuitivos de derechos humanos, de manera independiente al reconocimiento que se hace de la libertad de trabajo.

Ante la precaria situación económica y la escandalosa pobreza que imperan en nuestro país –que, de manera general, son el común denominador en toda la región latinoamericana–, consideramos que es urgente el reconocimiento expreso de la libertad de empresa en el SADH con acceso pleno a los mecanismos de protección y garantía desempeñados por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Al elevar esta libertad a la categoría de un derecho fundamental en este sistema regional, se estará dotando a las personas de mecanismos jurídicos de protección a nivel internacional (regional) para combatir los abusos y actos violatorios que en este sentido realizan, de manera constante y reiterada, los diversos órganos y autoridades estatales, los que, en muchos casos, ya sea de manera directa o indirecta, ponen en riesgo la vida, la libertad, la propiedad y, en general, la dignidad de millones de seres humanos que, día con día, buscan como proveerse a ellos mismos y a su familia de manera digna y honrada, mediante el ejercicio de una actividad empresarial lícita –que, insistimos, es sustancialmente distinta de las actividades laborales dependientes–⁶⁴⁷.

⁶⁴⁷ Tapia Rocha, José Luis, *óp. cit.*, p. 6.

En nuestra opinión, estos instrumentos regionales⁶⁴⁸, al igual que los documentos que integran el Sistema Universal, son una importante forma de globalización de los derechos humanos en toda la región latinoamericana, cuya función primordial es la unificación y el fortalecimiento del reconocimiento y tutela de los derechos humanos en la zona: establecen principios básicos y un catálogo mínimo de derechos fundamentales que se reconocen a las personas, así como los mecanismos para su protección y garantía, los cuales pasan a formar parte del derecho interno de los Estados Miembros. De esta manera, el SADH pone al alcance de los individuos un conjunto de mecanismos jurídicos de protección a nivel internacional (regional), para poder combatir los abusos y actos violatorios que en muchas ocasiones realizan los diversos órganos y autoridades estatales en materia de derechos humanos.

Por esta razón, los instrumentos internacionales deben reconocer todos los derechos humanos que sean indispensables para el pleno respeto y desarrollo de la dignidad humana de las personas, dentro de los cuales ubicamos a la libertad de empresa, al ser el ejercicio de una actividad empresarial –que es el bien jurídico tutelado por ésta– una opción digna y válida que tienen todos los seres humanos para abonar, perseguir y alcanzar una existencia cualitativa y cuantitativamente mejor, que les permita una vida verdaderamente libre y digna dentro de la sociedad⁶⁴⁹. En otras palabras, un sistema de protección de derechos humanos tan importante como lo es el interamericano, para ser funcional y estar a la vanguardia es indispensable que reconozca expresamente los derechos más importantes para la protección de la dignidad humana, y, en este sentido, estamos totalmente convencidos de que uno de estos derechos es la libertad de empresa, pues tutela el desempeño de actividades empresariales lícitas que le permiten a las personas, según sus conocimientos, aptitudes y habilidades, emplear toda su capacidad en pro de sí mismo, de terceras personas y de la sociedad en general⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ Tal cual lo establecimos en líneas más arriba, para los efectos de nuestra investigación nos referimos exclusivamente a la Comisión Americana de Derechos Humanos y a su Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁶⁴⁹ García Toma, Víctor, *óp. cit.*, p. 162.

⁶⁵⁰ Centro de Investigaciones Laborales de la Universidad Externado de Colombia, *óp. cit.*, p. 13.

En ese orden de ideas, aprovechando las posibilidades que la globalización nos brinda en materia de derechos humanos y a efecto de reforzar nuestra propuesta principal, sugerimos como una propuesta periférica el reconocer expresamente la libertad de empresa como un derecho fundamental en el SADH, específicamente mediante una adhesión (enmienda) al Protocolo de San Salvador, para que, con acceso a todos los medios de supervisión y garantía desplegados por la CIADH y por la CrIADH, se potencialicen las oportunidades y beneficios que esta libertad fundamental produce –y puede producir– en México y en el resto de los Estados Parte. De esta manera, también será posible analizar y, en su caso, sancionaren una instancia internacional (regional) los actos del Estado Mexicano que vulneren la libertad de empresa de las personas, que, de conformidad con los principios de indivisibilidad e interdependencia, tiene su origen y está vinculada con la dignidad humana, al igual que los demás derechos fundamentales que hoy en día se reconocen en este sistema.

3.3.2. Colombia.

En palabras de Jorge Carpizo, “el derecho constitucional comparado latinoamericano presenta el problema de la cantidad y la diversidad de países que integran la región; que los cambios en muchos Estados acontecen vertiginosamente, incluso con nuevas Constituciones cuya vigencia se reduce a periodos cortos; que la información, a veces, no es fácil de obtener, aunque en este aspecto mucho se ha avanzado”⁶⁵¹. No obstante, “América Latina posee rasgos comunes y diversidades, aspectos que unen e identifican a los Estados de la región, y aspectos que los distancian”⁶⁵², siendo, por fortuna, más los primeros que los segundos.

⁶⁵¹ Carpizo, Jorge, *Derecho constitucional latinoamericano y comparado*, visible en el sitio de internet: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3851/4816> (consultado el 12 de diciembre de 2017).

⁶⁵² *Ídem*. De conformidad con el autor en cita, de entre los elementos que aglutinan esta región, debemos distinguir 1) los que pueden denominarse tradicionales, en virtud de que se fueron forjando a través de los siglos, especialmente durante la época colonial y en los decenios posteriores a la

Derivado de lo anterior, el interés latinoamericano por conocer los documentos constitucionales de los otros países de la región es tan antiguo como el comienzo del constitucionalismo en América Latina. En ese tenor, el derecho comparado latinoamericano inició durante las distintas guerras de independencia, desarrollándose con mayor intensidad en los albores de los Estados ya liberados de la cadena colonial⁶⁵³. Sin embargo, es hasta la actualidad que dicho estudio adquiere una importancia sin precedentes, ya que nos desenvolvemos en un mundo globalizado que, en el plano del derecho, persigue la homologación jurídica en diversos sectores, siendo un ejemplo claro la protección de los derechos humanos en el ámbito latinoamericano⁶⁵⁴.

Con base en todo lo dicho hasta este momento y siguiendo nuevamente a Jorge Carpizo⁶⁵⁵,

se puede afirmar que existe un derecho constitucional comparado latinoamericano, basado en una idea y en una realidad, en la imperiosa necesidad de hacer frente común a problemas semejantes, a que la región cuenta con múltiples elementos que la cohesionan, a que la idea de la integración latinoamericana ha sido plasmada en muchas de las Constituciones del área, que desde el inicio de la vida independiente se ha manifestado interés por conocer el pensamiento y el desarrollo constitucional de los otros países de la región, y que este interés se ha plasmado en influencias constitucionales recíprocas entre los países latinoamericanos.

independencia, de 2) aquellos que son primordialmente resultado de la evolución alcanzada en el siglo XX. Los elementos aglutinadores tradicionales en América Latina son: 1.1) una historia con aspectos comunes; 1.2) una herencia cultural; 1.3) el idioma; 1.4) una idea de unidad o cohesión; 1.5) una tradición jurídica similar, que tiene como tronco común el derecho español y el portugués; 1.6) una tradición política similar, que se basa en la ilustración francesa, en la Constitución Estadounidense y el liberalismo español de la Constitución de Cádiz de 1812; 1.7) la raza mestiza. Por otro lado, los elementos aglutinadores de nuevo cuño son principalmente: 2.1) renovados problemas comunes, tales como la pobreza; 2.2) la fuerza de la unión; 2.3) intentos de flexibilización, colaboración, complementación o integración económica; 2.4) la creación de órganos jurisdiccionales supranacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁶⁵³ *Ídem*.

⁶⁵⁴ *Supra*, 1.3.1. Globalización de los derechos humanos.

⁶⁵⁵ Carpizo, Jorge, *Derecho... cit.*

Dicho esto y después de analizar la libertad de empresa a la luz de los sistemas jurídicos más representativos del ámbito latinoamericano⁶⁵⁶, llegamos a la conclusión de que Colombia es el país de la región que cuenta con la teoría más desarrollada sobre esta libertad fundamental, a pesar de que no se le reconoce, ni en la legislación ni en la jurisprudencia (pero sí en la doctrina), la naturaleza de derecho fundamental.

En ese tenor, nuestro objetivo en el presente apartado es desentrañar los aspectos más importantes que tiene la libertad de empresa en el derecho colombiano, poniendo énfasis en su jurisprudencia constitucional, para, de esta forma, estar en condiciones de contrastar su teoría sobre esta libertad fundamental con la regulación que al respecto se hace en el sistema jurídico mexicano (estado del arte nacional), y finalmente poder obtener conclusiones que nutran las propuestas que abanderamos en la presente investigación.

⁶⁵⁶ a) En relación con la Argentina (libertad de industria y comercio, art. 14 de su Constitución Nacional), ver: Bidart Campos, Germán J., *Manual de la constitución reformada*, Argentina, Editorial Ediar, 2008, t. II; y Bidart Campos, Germán J., *Constitución y derechos humanos*, Argentina, Editorial Ediar, 1991. b) En relación con Chile (derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, art. 19, numeral 21°, de su Constitución Política), ver: Alvear Téllez, Julio, "Hacia una concepción comprehensiva de la libertad económica. Un paradigma a desarrollar", *Estudios Constitucionales*, Chile, año 13, núm. 1, 2015; Irureta Uriarte, Pedro, "El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de empresa", *Estudios constitucionales*, Chile, año 11, núm. 2, 2013; y López Magnasco, Sebastián, *Libertad de empresa y no discriminación económica. Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Chile, Tribunal Constitucional, 2012. c) En relación con Brasil (libertad de oficio y profesión, arts. 1°, fracción IV y 5°, fracción XIII, de su Constitución Política), ver Stiefelmann Leal, Roger, *Atividades profissional e direitos fundamentais: breves considerações sobre o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão*, visible en el sitio de internet: <http://www.profpito.com/ativprofdirfund.html> (consultado el 11 de diciembre de 2017); Aranha de Castro, Aldo y Genovez, Simone, *A aplicabilidade dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência com vistas ao desenvolvimento econômico*, visible en el sitio de internet: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=48af87b587036693> (consultado el 11 de diciembre de 2017). d) En relación con Perú (libertad de empresa, art. 59 de su Constitución Política), ver: Echaiz Moreno, Daniel, *Derecho & empresa. Bases para la moderna concepción del derecho empresarial*, visible en el sitio de internet: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/libertad-jurisprudencia-constitucional-437650118> (consultado el 11 de diciembre de 2017); Rubio Correa, Marcial, *La libertad de industria y comercio en el régimen constitucional peruano*, visible en el sitio de internet: http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/49165/libertad_industria_marcial_rubio.pdf?sequence=1 (consultado el 11 de diciembre de 2017); sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de diciembre de 2010, exp. 01405-2010-PA/TC; y sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 2003, exp. 0008-2003-AI/TC.

En primer lugar, la libertad de empresa no se encuentra reconocida expresamente en la Constitución Colombiana⁶⁵⁷, sin embargo, su existencia se desprende fundamentalmente del artículo 333 constitucional, que se ubica dentro del Título XII dedicado al régimen económico y a la hacienda pública (por lo cual está fuera del catálogo de derechos fundamentales que se reconocen en el Título II), en donde se regula y organiza el Estado social⁶⁵⁸:

Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Derivado de lo anterior, ha sido la Corte Constitucional la que se ha encargado de modular los aspectos que integran la teoría sobre la libertad de empresa en el sistema jurídico colombiano. En este sentido, la Corte ha establecido su concepto, su naturaleza jurídica, su contenido esencial, ha delineado algunos de sus límites, ha establecido los requisitos que deben cumplirse para limitarla válidamente, así como las pautas para evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas que la limitan. A continuación, revisamos la jurisprudencia colombiana sobre la libertad de empresa que consideramos más relevante.

⁶⁵⁷ Para consultar el contenido completo de la Constitución Política de Colombia de 1991, véase: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf> (consultado el 18 de diciembre de 2017).

⁶⁵⁸ Sabogal Bernal, Luis Fernando, "Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia", *Mercatoria*, Colombia, vol. 4, núm. 1, 2005, p. 2.

En primer lugar, por cuanto al concepto,

La Corte Constitucional ha sostenido que la libertad de empresa consiste en la “libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios”. Así, la libertad de empresa implica “el derecho de ejercer y desarrollar una determinada actividad económica, de acuerdo con el modelo económico u organización institucional”, que para el caso colombiano se fundamenta en la libertad de competencia y en una “economía social de mercado”⁶⁵⁹.

De la definición anterior –que, por cierto, es bastante clara– se desprende que la libertad de empresa es un derecho que corresponde a todas las personas amparadas por el sistema jurídico colombiano. Sin embargo, nada se dice sobre su naturaleza jurídica: ¿estamos frente a un derecho fundamental? En este aspecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional no es tan contundente, ya que ha establecido que la libertad de empresa *per se* no es un derecho fundamental, sino que únicamente adquiere dicha *iustificabilidad* de manera indirecta, cuando su afectación implica la violación o amenaza de otro derecho que sí tenga esa naturaleza (los ubicados en el Título II de la Constitución, denominado “De los derechos, las garantías y los deberes”):

De este modo, la jurisprudencia constitucional ha advertido que la libertad de empresa no constituye un derecho fundamental, salvo si su afectación implica la violación o amenaza de un derecho que tenga esa naturaleza (Sentencia de la Corte Constitucional SU-157 de 1997). Asimismo, ha sostenido que la libertad de empresa involucra a la iniciativa privada y la libertad de competencia (Sentencia de la Corte Constitucional C-1040 de 2007), ámbitos igualmente protegidos por la Constitución y cuya restricción y regulación, según el modelo constitucional impuesto por la Carta de 1991, son ejercidas por el Estado (Sentencias de la Corte Constitucional C-386 de 2008 y C-243 de 2006)⁶⁶⁰.

⁶⁵⁹ Sentencia de la Corte Constitucional C-352 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

⁶⁶⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-352 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

No obstante que la *iusfundamentalidad* de la libertad de empresa es un tema sujeto a discusión, existe unanimidad en el sentido de considerarla como un derecho constitucional que corresponde a todas las personas. Y como cualquier otro derecho, para que sea verdaderamente funcional y eficaz, es indispensable desentrañar su contenido esencial para que, de esta forma, se establezcan con claridad todas las facultades que le corresponden a sus titulares. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido de manera categórica que,

La libertad de empresa comprende la facultad de las personas de “(...) afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia” (Sentencia C-524 de 1995). Esta libertad comprende, entre otras garantías, (i) la libertad contractual, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica, y (ii) la libre iniciativa privada (Sentencia C-228 de 2010). Su núcleo esencial comprende, entre otras prerrogativas, (i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable⁶⁶¹.

Como se puede observar, la Corte ha delineado el contenido de la libertad de empresa en múltiples sentencias, dotándola de las facultades esenciales necesarias para que las personas que elijan desempeñar una actividad empresarial como su principal fuente de subsistencia puedan verdaderamente alcanzar una existencia cuantitativa y cualitativamente mejor que, de esta manera, les permita una vida realmente libre y digna dentro de la comunidad.

⁶⁶¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-263 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaijub.

A pesar de lo importante que resulta la libertad de empresa para la dignidad humana, no podemos –ni debemos– entenderla en términos absolutos –ni esta libertad ni cualquier otro derecho fundamental-, sino que, por el contrario, está –y debe estar– sujeta a las limitaciones que derivan del interés social, del medio ambiente, del patrimonio cultural de la nación, entre otros. Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana ha establecido que,

La libertad de empresa, en sus diferentes ámbitos de expresión, no puede ser entendida como un derecho absoluto, pues por expreso mandato constitucional, el legislador puede delimitar su alcance cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación⁶⁶².

Empero, el Estado no puede limitar la libertad de empresa de manera discrecional (arbitraria) bajo el argumento de que lo hace en nombre del interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación, sino que, por el contrario, debe respetar criterios puntuales que han sido establecidos jurisprudencialmente por la Corte Constitucional:

Las limitaciones constitucionales de la libertad de empresa, para que sean legítimas, deben emanar o ser impuestas en virtud de una ley y no afectar el núcleo esencial de este derecho. La legitimidad de las intervenciones depende de la existencia de motivos adecuados y suficientes para limitar los procesos de creación y funcionamiento de las empresas. El derecho consagrado en el artículo 333 de la Carta Política no sólo entraña la libertad de iniciar una actividad económica sino la de mantenerla o proseguirla en condiciones de igualdad y libertad⁶⁶³.

La Corte ha considerado los siguientes criterios para establecer si una limitación a las libertades económicas se ajusta a los fines superiores dispuestos para el efecto en los artículos 333 y 334 de la C.P. (sentencias de la Corte Constitucional C-615 de 2002, C-385 de 2008 y C-697 de 2008): (1) La limitación debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; (2) No puede limitar el núcleo esencial del derecho; (3) Debe obedecer a finalidades o

⁶⁶² Sentencia de la Corte Constitucional C-352 de 2009, M.P. María Victoria, Calle Correa.

⁶⁶³ Sentencia de la Corte Constitucional T-291 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

motivos expresamente señalados en la Constitución; (4) Debe estar conforme con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. No será constitucionalmente admisible la limitación que anule completamente las libertades económicas o las haga nugatorias⁶⁶⁴.

Finalmente, en relación con el cuarto criterio antes referido –que, en nuestra opinión, es el más complejo de todos–, la Corte ha fijado con precisión las pautas que deben seguirse para evaluar las medidas que limitan las libertades económicas, a efecto de que las mismas sean verdaderamente razonables y proporcionadas:

Respecto de cómo evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de una medida que limita las libertades económicas, la Corte ha indicado que: en primer lugar, el legislador debe tener en cuenta el tipo de actividad que desarrollan las empresas a las que va dirigida la regulación, su estructura organizativa, el mercado en el que se insertan, el tipo de financiamiento al que apelan, el servicio que prestan o el bien que producen o distribuyen, etc.; y en segundo lugar, se apela al juicio de proporcionalidad, mediante el cual se examina la finalidad de la medida, la idoneidad del medio elegido y su proporcionalidad en sentido estricto⁶⁶⁵.

Después de revisar la jurisprudencia colombiana aquí citada, estamos totalmente convencidos de que el reconocimiento de un derecho en la Constitución es insuficiente para asegurar su plena efectividad y aplicabilidad (ésta es la problemática jurídica que identificamos en México, dónde la libertad de empresa se encuentra reconocida como un derecho fundamental, pero no existe ninguna teoría jurisprudencial al respecto), ya que, de no venir complementado este reconocimiento con un uniforme y consistente desarrollo jurisprudencial en el que se delinee todos sus rasgos esenciales, nos quedamos con un inerte derecho de papel. Como lo hemos podido constatar, una teoría jurisprudencial sobre la libertad de empresa (y sobre cualquier otro derecho fundamental) no es un capricho, sino que, por el contrario, es absolutamente necesaria e indispensable para dotarla de

⁶⁶⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-352 de 2009, M.P. María Victoria, Calle Correa.

⁶⁶⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C-263 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

vida, de contenido, de practicidad, de dinamismo, de funcionalidad y, en último término, de una auténtica aplicabilidad que resulte útil a la sociedad.

A diferencia de lo que ocurre en México⁶⁶⁶, Colombia sí cuenta con una teoría sobre la libertad de empresa que, sin ser perfecta, nos permite concluir que en el sistema jurídico colombiano sí se toma en serio esta importante libertad fundamental. Como consecuencia necesaria, la libertad de empresa es invocada de manera cotidiana y forma parte de los argumentos que se someten al conocimiento de los órganos jurisdiccionales en aquellos supuestos en los que los órganos del Estado o los propios particulares vulneran de manera injustificada la libertad que tienen las personas para ejercer una actividad empresarial lícita. En ese tenor, nosotros buscamos y proponemos que México cuente con su propia teoría sobre el derecho fundamental a la libertad de empresa, que sea desarrollada conforme a las particularidades sociales, económicas y jurídicas de nuestro país, y que, de esta forma, esté al alcance de todas las personas que consideren vulnerada dicha libertad fundamental, especialmente los micro, pequeños y medianos empresarios.

3.4. En la región europea.

En la actualidad, la protección de los derechos fundamentales en Europa se manifiesta en tres dimensiones distintas: la del Consejo de Europa, la de la Unión Europea y la de cada uno de los países europeos en particular⁶⁶⁷. En este sentido, nuestro objetivo en el presente apartado es analizar, en clave de derechos humanos, la regulación que se hace de la libertad de empresa en estos tres órdenes, a efecto de poder contrastarlos con la normatividad e interpretaciones existentes en la región americana y en el sistema jurídico mexicano. En concreto, revisamos si en los referidos sistemas jurídicos existe una verdadera teoría sobre el

⁶⁶⁶ *Supra*, 1.4.3. La inexistencia de un pensamiento estructurado y continuado sobre la libertad de empresa.

⁶⁶⁷ Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *óp. cit.*, p. 129.

derecho fundamental a la libertad de empresa, en la que se encuentren determinados, cuando menos, los siguientes elementos esenciales: su significado; su naturaleza jurídica; sus dimensiones objetiva y subjetiva; su contenido esencial; su titularidad; los sujetos obligados; sus límites; y sus medios de garantía.

En el seno del Consejo de Europa, los principales instrumentos tuitivos de derechos humanos son el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea, así como la labor jurisdiccional (competencia contenciosa) desempeñada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es fundamental analizar este sistema jurídico porque es indiscutible que el Tribunal Europeo, a través de su jurisprudencia, ejerce una considerable y constante influencia sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁶⁸, y, por conducto de ésta, sobre los diversos países que integran el Continente Americano. En el mismo sentido se pronuncia la doctora Garro Vargas⁶⁶⁹, quien sostiene que,

La influencia del TEDH trasciende las fronteras del sistema regional europeo, a tal grado que se puede decir que su jurisprudencia constituye una fuente material de destacada relevancia en el ámbito americano, pues al incorporarse a la jurisprudencia de la Corte IDH, configura formalmente los ordenamientos jurídicos de este continente. Se está entonces ante un fenómeno de la globalización jurídica (positiva) que, probablemente, será cada vez más acusado, también porque es de esperar que la Corte IDH comience a conocer un número mayor de temas que ya han sido tratados en el TEDH.

⁶⁶⁸ Cfr. Caso Liakat Ali Alibux contra Surinam, sentencia de 30 de enero de 2014 (fondo, reparaciones y costas); Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) contra Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014, Serie C, No. 279 (fondo, reparaciones y costas); Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A, No. 21; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas contra República Dominicana, sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C, No. 282 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas); Caso Espinoza González contra Perú, sentencia de 20 de noviembre de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Esta jurisprudencia fue seleccionada y analizada en Consejo de Europa *et al.*, *Diálogo transatlántico: Selección de jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Países Bajos, Wolf Legal Publishers, 2015, pp. 327-598.

⁶⁶⁹ Garro Vargas, Anamari, *La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, visible en el sitio de internet: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31244.pdf> (consultado el 29 de noviembre de 2017), p. 1178. Los paréntesis son nuestros.

En el derecho comunitario, por su parte, el documento más importante en materia de protección de derechos humanos es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como la función jurisdiccional (competencia contenciosa) realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Las razones principales por las que elegimos este sistema jurídico para nuestro análisis comparado es que, en primer lugar, la Carta deja de lado la insostenible división entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, por lo que todos éstos se reconocen en un mismo texto; y, en segundo lugar, la Carta es el primer instrumento internacional que reconoce expresamente a la libertad de empresa como un derecho fundamental, lo que, en nuestra opinión, representa una interesantísima novedad en la regulación de nuestro objeto de estudio en el entorno internacional-regional.

Finalmente, seleccionamos a España como caso paradigmático y representativo de los países europeos en particular, ya que, utilizando una terminología procesalista, es un hecho notorio que se trata del sistema jurídico que más ha influenciado el derecho mexicano, y, además, porque el doctor Antonio Cidoncha nos brindó la oportunidad de realizar una estancia de investigación en el Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, España, para profundizar en el análisis de la libertad de empresa.

En palabras del autor Castán Vázquez⁶⁷⁰, esta influencia que el derecho español ha ejercido de manera profunda y persistente en México, así como en el resto de Iberoamérica, ha tenido lugar a través de tres sucesivas recepciones:

La primera se operó por la aplicación directa de nuestro Derecho (derecho español) en la América Española desde el siglo XVI al XVIII; la segunda se produjo a través de la acogida del Derecho civil español en las codificaciones civiles de las Repúblicas americanas durante el siglo XIX; y la tercera, más reciente y limitada pero no desdeñable, es la que viene produciéndose a lo largo del siglo XX por la persistente difusión de la literatura jurídica

⁶⁷⁰ Castán Vázquez, José Ma., *El derecho español en América*, visible en el sitio de internet: <http://www.fundacionspeiro.org/verbo/1993/V-319-320-P-1081-1094.pdf> (consultado el 29 de noviembre de 2017), pp. 1081 y 1082. Los paréntesis son nuestros.

española en los Estados americanos, así como por la presencia de juristas españoles en América y de estudiantes americanos en España.

Así, damos paso a nuestro análisis comparado de la regulación que en clave de derechos humanos se hace de la libertad de empresa en el Continente Europeo, para lo cual, dejando de lado el debate sobre su naturaleza jurídica⁶⁷¹, utilizamos el derecho comparado como método, con la finalidad de construir, con base en el estudio, sistematización y análisis comparado del derecho extranjero⁶⁷², la mejor solución al problema que planteamos, y así allegarnos de los elementos necesarios para proponer una teoría sólida sobre el derecho fundamental a la libertad de empresa que sea verdaderamente útil y funcional en el sistema jurídico mexicano.

Tal como lo afirma Pablo Lerner⁶⁷³, “la etapa actual en la que hay una mayor comunicación entre los sistemas jurídicos, y en la que la idea de unificación del derecho cobra cada vez más vitalidad, debería ser la mejor hora del derecho comparado”. En este sentido, se debe tener presente que los sistemas jurídicos evolucionan, entre otras cuestiones, sobre la base de imitaciones o transferencias de un sistema a otro, es decir, el derecho doméstico va evolucionando con apoyo en elementos tomados o trasladados de otras latitudes: las instituciones, las soluciones e incluso las ideas son muchas veces trasladadas de un sistema jurídico

⁶⁷¹ Salvador Martínez, María, *óp. cit.*, p. 376. Siguiendo a la autora en cita, nos referimos al debate sobre el carácter autónomo o dependiente del derecho comparado, sobre si éste debe considerarse una ciencia independiente o un método auxiliar. En este sentido, de una parte, hay quien considera que el derecho comparado es esencialmente un método de investigación, de estudio, que desempeña una labor auxiliar en diversas disciplinas científicas, pero que no posee una entidad propia, sino que sirve al objetivo de la disciplina a la que auxilia, de tal modo que los resultados que se obtienen del análisis comparado se suman a los argumentos que aporta dicha disciplina. De otra parte, sin embargo, hay quien entiende que el derecho comparado no es un simple método auxiliar sino una ciencia autónoma, con suficientes características específicas y principios metodológicos propios que permiten diferenciarla de las restantes disciplinas jurídicas y que persigue ciertas finalidades también propias que especifican en cada investigación concreta.

⁶⁷² Morán, Gloria M., *óp. cit.*, pp. 511 y 512.

⁶⁷³ Lerner, Pablo, *Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos*, visible en el sitio de internet: <https://academic.microsoft.com/#/detail/2121387199> (consultado el 24 de noviembre de 2017), p. 920.

a otro⁶⁷⁴. Así, en palabras del autor Rudolph Jhering⁶⁷⁵, “la recepción de las instituciones legales extranjeras no es cuestión de nacionalidad, sino de utilidad y necesidad. Nadie se molestaría en adquirir una cosa del exterior cuando, en casa, tiene una igual o de mejor calidad; sin embargo, sólo un necio se negará a que le administren quinina sólo porque ésta no se produjo en el jardín de su casa”.

3.4.1. El Consejo de Europa (CdE).

El Consejo de Europa (de ahora en adelante CdE) es una organización internacional que nació de los escombros de la Segunda Guerra Mundial⁶⁷⁶ y tiene como objetivo principal la defensa y protección de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos, particularmente los civiles y políticos. Se trata de la institución de este tipo más antigua en el continente europeo y engloba a la totalidad de los países europeos, con excepción de Bielorrusia, Kazajistán y la Ciudad del Vaticano⁶⁷⁷. Tiene su sede en la ciudad francesa de Estrasburgo y su órgano más activo es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁷⁸.

El CdE nace tras la Segunda Guerra Mundial, el 5 de mayo de 1949, con el objetivo de erigirse como guardián de los valores democráticos en el Continente Europeo, tras la firma de su Carta Fundacional –el Tratado de Londres– por parte

⁶⁷⁴ *Ibidem*, pp. 953 y 954.

⁶⁷⁵ Citado por Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *Introducción al derecho comparado*, México, Oxford University Press, 2002, p. 18.

⁶⁷⁶ Morte Gómez, Carmen, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos: primeros pasos para una nueva reforma*, visible en el sitio de internet: <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/index> (consultado el 18 de septiembre de 2017), p. 757.

⁶⁷⁷ Los cuarenta y siete países miembros son Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República de Macedonia, Rumania, Rusia, San Marino, Serbia, Suecia, Suiza, Turquía y Ucrania.

⁶⁷⁸ Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación del Gobierno de España, *Consejo de Europa*, visible en el sitio de internet: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/Paginas/Inicio.aspx> (consultado el 18 de septiembre de 2017).

de Bélgica, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Reino Unido⁶⁷⁹. Poco después se adhirieron Irlanda, Italia, Dinamarca, Noruega y Suecia. Uno de sus máximos promotores fue el entonces Primer Ministro Británico, Winston Churchill. Hoy en día continúa desarrollando su importante labor y se ha convertido en la máxima autoridad de Europa en materia de derechos fundamentales⁶⁸⁰.

Hablando específicamente de los derechos humanos, que es la óptica bajo la cual estudiamos la libertad de empresa, una de las primeras medidas que tomó el CdE fue la firma, el 4 de noviembre de 1950, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales –mejor conocido como el Convenio Europeo de Derechos Humanos–⁶⁸¹, mismo que entró en vigor en el año de 1953. Con posterioridad, el 18 de octubre de 1961, se firmó la Carta Social Europea con el objetivo de garantizar a las personas sus derechos sociales, con miras a mejorar su nivel de vida y promover su bienestar social⁶⁸².

En el ámbito del CdE, los referidos instrumentos son los tratados más importantes para la protección, tutela y garantía de los derechos humanos, por lo que, en ese orden de ideas, pasamos a analizar la libertad de empresa dentro del marco jurídico que ambos nos proporcionan.

⁶⁷⁹ Para consultar el contenido completo del Estatuto del Consejo de Europa (Tratado de Londres), véase:

<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/Documents/Estatuto%20Consejo%20Europa.pdf> (consultado el 18 de septiembre de 2017).

⁶⁸⁰ Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación del Gobierno de España, *Historia y actividad del Consejo de Europa*, visible en el sitio de internet: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/Paginas/HistoriaActividadConsejoEuropa.aspx> (consultado el 18 de septiembre de 2017).

⁶⁸¹ García Roca, Javier, “El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: Un instrumento constitucional del orden público europeo”, en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3ª ed., España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 19. De conformidad con el autor en cita, el preámbulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos pone de manifiesto la voluntad de los Estados Miembros del Consejo de Europa de construir, poco después de la Declaración Universal, un sistema regional de protección de los derechos humanos que, asegurara el reconocimiento normativo de esos derechos, reforzara su garantía colectiva y efectividad real y fuera, al mismo tiempo, un medio que contribuyera a realizar una unión más estrecha de los europeos.

⁶⁸² Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación del Gobierno de España, *óp. cit.*.

3.4.1.1. Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (de ahora en adelante CEDH)⁶⁸³ entró en vigor en el año de 1953 y desde ese entonces ha sido “modificado parcialmente en varias ocasiones, tanto en cuanto a nuevos derechos protegidos que se han ido incorporando mediante Protocolos Adicionales, como por lo que se refiere al procedimiento y examen de las demandas por parte de sus órganos de control”⁶⁸⁴.

El CEDH y sus Protocolos Adicionales contienen casi de manera exclusiva derechos civiles y políticos, debido a que los DESC están reconocidos fundamentalmente en la Carta Social Europea⁶⁸⁵. Ahora bien, de las diversas actividades que se realizan en el seno del CdE para la tutela de los derechos humanos, sólo la protección de los derechos civiles y políticos tiene carácter jurisdiccional: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de ahora en adelante TEDH)⁶⁸⁶ examina las demandas individuales e interestatales que se someten a su conocimiento, pronunciándose sobre las vulneraciones de los derechos protegidos por el Convenio y sus Protocolos Adicionales mediante resoluciones que adoptan la forma de sentencias y que son jurídicamente obligatorias para los Estados⁶⁸⁷. En este sentido, las demandas forzosamente deben versar sobre uno de los derechos

⁶⁸³ Para consultar el contenido completo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, modificado por los Protocolos nos. 11 y 14, completado por el Protocolo Adicional, y los Protocolos nos. 4, 6, 7, 12 y 13, véase: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf (consultado el 18 de septiembre de 2017).

⁶⁸⁴ Morte Gómez, Carmen, *óp. cit.*, p. 758.

⁶⁸⁵ *Infra*, 3.4.1.2. La Carta Social Europea.

⁶⁸⁶ Consejo de Europa, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Preguntas y Respuestas*, visible en el sitio de internet: http://www.echr.coe.int/Documents/Questions_Answers_SPA.pdf (consultado el 18 de septiembre de 2017), pp. 3-6. De conformidad con la obra en cita, el TEDH es una jurisdicción internacional con sede en Estrasburgo. Está compuesto por un número de jueces igual al de los Estados miembros del Consejo de Europa que han ratificado el CEDH. Actualmente, su número asciende a cuarenta y siete. La misión del Tribunal consiste en verificar que los derechos y garantías previstos por el Convenio sean respetados por los Estados. Para ello, es necesario que los particulares o, en ocasiones, los Estados, dirijan una queja (“demanda”) al Tribunal. Cuando el Tribunal constata la infracción por parte de un Estado miembro de uno o varios de los derechos y garantías amparados por el Convenio, dicta una sentencia. Esta sentencia es obligatoria, el país afectado tiene la obligación de ejecutarla. Antes de acudir al Tribunal deben haberse utilizado, en el Estado en cuestión, todos los recursos que hubiesen podido remediar la situación denunciada.

⁶⁸⁷ Morte Gómez, Carmen, *óp. cit.*, pp. 760 y 761.

amparados por el CEDH y sus Protocolos Adicionales, sin que pueda alegarse violación de un instrumento jurídico distinto⁶⁸⁸.

Siguiendo a la autora Carmen Morte Gómez⁶⁸⁹, el catálogo de los derechos garantizados en el CEDH corresponde a los derechos civiles y políticos clásicos, complementados con algunos otros que se han ido añadiendo en los Protocolos Adicionales:

Derecho a la vida; derechos a la libertad y a la seguridad; derecho a un juicio justo; principio de legalidad; derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia; libertad ideológica, de conciencia y de religión; libertad de expresión e información; libertad de reunión y de asociación; derecho a contraer matrimonio; derecho a un recurso efectivo.

El Convenio contiene, además, algunas prohibiciones: prohibición de la tortura; prohibición de la esclavitud y el trabajo forzoso; prohibición de la discriminación.

En cuanto a los derechos y prohibiciones contenidos en los Protocolos Adicionales que son de carácter facultativo, por ser de obligado cumplimiento sólo para los Estados que los hayan ratificado y a partir de su entrada en vigor, los incluidos en los Protocolos no. 1, no. 4 y no. 6 son: protección de la propiedad privada; derecho a la educación y a la instrucción; derecho a elecciones libres; abolición de la pena de muerte; prohibición de la prisión por deudas; libertad de circulación; prohibición de la expulsión de nacionales; prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros; garantías procesales en caso de expulsiones de extranjeros; derecho al doble grado de jurisdicción en materia penal; derecho a indemnización por error judicial; derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por los mismos hechos; derecho a la igualdad entre los esposos.

⁶⁸⁸ Consejo de Europa, *óp. cit.*, p. 7.

⁶⁸⁹ Morte Gómez, Carmen, *óp. cit.*, pp. 761 y 762.

De lo anterior se desprende que la libertad de empresa no se encuentra incorporada expresamente en el CEDH y sus Protocolos Adicionales; sin embargo, el TEDH ha ampliado el contenido de algunos de los derechos reconocidos para amparar bienes jurídicos relacionados con la libertad de empresa⁶⁹⁰, como, por ejemplo, el derecho de propiedad y el derecho a la vida privada y familiar.

Como muestra de lo anterior, citamos la sentencia del TEDH de 27 de julio de 2004, pronunciada en el asunto Sidabras y Dziautas contra Lituania, en relación con el derecho a la vida privada y familiar:

Este país báltico había promulgado una ley en la que se prohibía a quienes hubieran sido miembros del KGB desempeñar, durante 10 años, cualquier empleo en la función pública, así como un importante conjunto de profesiones privadas en sectores económicos estratégicos como la banca, las comunicaciones o la seguridad.

El Tribunal consideró, con razón, que una prohibición de este tipo afectaba “en un grado significativo” a la vida privada porque obstaculizaba “la posibilidad de los recurrentes de relacionarse con el mundo exterior, y les crea serias dificultades para ganarse la vida”. Que se considerara vulnerado el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), demuestra la incidencia que ciertas regulaciones del ejercicio de la actividad económica pueden tener en la esfera más próxima a la persona⁶⁹¹.

Esta sentencia, en la parte que nos interesa⁶⁹², textualmente dispone:

B. Applicability of Article 14.

[...]

⁶⁹⁰ García Vitoria, Ignacio, *óp. cit.*, p. 11

⁶⁹¹ *Ibidem*, p. 112.

⁶⁹² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Sidabras and Dziauta S v. Lithuania, sentencia de 27 de julio de 2004*, visible en el sitio de internet: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-61942%22%5D%7D> (consultado el 22 de septiembre de 2017).

42. It remains to be examined whether the applicants' inability to apply for various jobs in the private sector as a result of section 2 of the KGB Act has impinged on their "private life" as protected by Article 8 of the Convention.

50. In the light of the above, the Court considers that the impugned ban affected, to a significant degree, the applicant's ability to pursue various professional activities and that there were consequential effects on the enjoyment of their right to respect for their "private life" within the meaning of Article 8. It follows that Article 14 of the Convention is applicable in the circumstances of this taken in conjunction with Article 8.

C. Compliance with Article 14.

[...]

61. In view of the above, the Court concludes that the ban on the applicants seeking employment in various branches of the private sector, in application of section 2 of the KGB Act, constituted a disproportionate measure, even having regard to the legitimacy of the aims pursued by that ban.

62. There has therefore been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

De igual forma, el análisis de algunas sentencias sobre el derecho de propiedad expone la existencia de varios casos relacionados con el ejercicio de actividades económicas, al incluirse dentro del concepto "bienes" ciertos intereses económicos que se encuentran ligados con el despliegue de dichas actividades. De la jurisprudencia que revisamos⁶⁹³, citamos la sentencia del TEDH de 7 de julio de 1989, pronunciada en el asunto *Tre Traktörer AB contra Suecia*⁶⁹⁴, como ejemplo paradigmático:

⁶⁹³ STEDH de 26 de junio de 1986 (asunto *van Merle*); STEDH de 7 de julio de 1989 (asunto *Tre Traktörer*); STEDH de 18 de febrero de 1991 (asunto *Fredin*); STEDH de 24 de septiembre de 2002 (asunto *Posti y Rahko*).

⁶⁹⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden, sentencia de 7 de julio de 1989*, visible en el sitio de internet: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-57586%22%5D%7D> (consultado el 22 de septiembre de 2017).

III. La violación alegada del artículo 1 del Protocolo número 1.

52. TTA alega además que se violó el artículo 1 del Protocolo núm. 1 (<<el Protocolo>>), redactado en los siguientes términos:

“Toda persona natural o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. No se puede privar a nadie de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho de los Estados a promulgar las leyes que juzguen necesarias para la regulación del uso de los bienes, de acuerdo con el interés general, o para asegurar el pago de los impuestos, de otros tributos o de las multas”.

A. La posible aplicación del artículo 1 del Protocolo.

53. Según el Gobierno, una licencia para servir bebidas alcohólicas no se puede considerar como un <<bien>> en el sentido del artículo 1 del Protocolo. Por consiguiente, el precepto invocado no es aplicable al caso de autos.

El Tribunal, como la Comisión, opina lo contrario: los intereses económicos relacionados con la explotación de <<Le Cardinal>> (un restaurante) eran <<bienes>> a los efectos del artículo 1 del Protocolo. Por otra parte, ya dijo que la conservación de la licencia era una de las principales condiciones para continuar las actividades de la sociedad demandante y su revocación afectó desfavorablemente al crédito, a la clientela y al valor del restaurante (véase el apartado 43).

En las circunstancias del caso, la revocación supone, por tanto, una injerencia en el derecho de TTA al <<respeto de sus bienes>>.

A pesar de que no existe un reconocimiento expreso de la libertad de empresa en el CEDH y sus Protocolos Adicionales, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo destaca la trascendencia que tiene este derecho humano para el respeto de la dignidad de las personas y el libre desarrollo de su personalidad, así como la estrecha relación que guarda con los demás derechos fundamentales, como es el caso de los derechos a la propiedad y a la vida privada y familiar. Sin embargo, no es posible identificar una verdadera teoría sobre el derecho humano a la libertad de empresa, ya que ni en el CEDH ni en la jurisprudencia del TEDH podemos ubicar los elementos que hemos señalado como mínimos indispensables al efecto: su significado; su naturaleza jurídica; sus dimensiones objetiva y subjetiva; su contenido esencial; su titularidad; los sujetos obligados; sus límites; y sus medios de garantía.

Para concluir, consideramos que el hecho de que el TEDH amplíe el contenido de algunos de los derechos reconocidos por el CEDH para amparar bienes jurídicos relacionados con la libertad de empresa⁶⁹⁵, no hace más que demostrar la necesidad del reconocimiento expreso y la elaboración de una verdadera teoría sobre esta libertad como un derecho fundamental en los instrumentos internacionales y/o regionales tuitivos de derechos humanos; como, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus protocolos adicionales, idea que forma parte de nuestras propuestas periféricas.

⁶⁹⁵ Martínez Herrera, Karla Georgina, *Límites al ejercicio de la libertad de empresa*, col. Tesis doctorales, Universidad de Alicante, visible en el sitio de internet: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/54467/1/tesis_karla_georgia_martinez_herrera.pdf (consultado el 11 de septiembre de 2017), p. 180.

3.4.1.2. La Carta Social Europea.

La Carta Social Europea (de ahora en adelante CSE) es un tratado del Consejo de Europa (CdE) que tutela y garantiza los derechos económicos, sociales y culturales de las personas (DESC), funcionando de esta manera como complemento del CEDH que se refiere casi de manera exclusiva a los derechos civiles y políticos. La CSE reconoce y garantiza una amplia gama de derechos humanos relacionados con el empleo, la vivienda, la salud, la educación, la protección y el bienestar social. La CSE hace hincapié en la protección de las personas más vulnerables, como los ancianos, los niños, las personas con discapacidad y los migrantes, exigiendo que los derechos ahí reconocidos se garanticen sin discriminación alguna⁶⁹⁶.

Ningún otro instrumento europeo proporciona una protección tan amplia y completa de los DESC como la que ofrece la CSE, que a su vez, tal como lo analizamos más adelante⁶⁹⁷, sirve como referencia en el derecho de la Unión Europea, pues la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales que se reconocen en la Carta de los Derechos Fundamentales se basan en los artículos correspondientes de la CSE. Es por todo lo anterior que la Carta Social Europea es considerada como “la Constitución Social de Europa” y representa un componente esencial del sistema europeo de protección de los derechos humanos⁶⁹⁸.

En el proceso de elaboración de la CSE, desde 1953 hasta 1961, podemos identificar dos etapas en las que intervinieron sucesivamente los dos órganos más importantes del CdE: la Asamblea Parlamentaria y el Comité de Ministros de Relaciones Exteriores. El texto definitivo fue firmado en Turín el 18 de octubre de 1961 y entró en vigor el 26 de febrero de 1965⁶⁹⁹, por lo que “es históricamente el

⁶⁹⁶ Consejo de Europa, *La Carta Social Europea*, visible en el sitio de internet: <http://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter/about-the-charter> (consultado el 25 de septiembre de 2017).

⁶⁹⁷ *Infra*, 3.4.2.1. La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

⁶⁹⁸ Consejo de Europa, *La Carta... cit.*

⁶⁹⁹ Belorgey, Jean-Michel, *La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales*, visible en el sitio de internet: <http://e->

primer tratado internacional específicamente destinado a regular derechos económicos y sociales. Recién más tarde se elaboró a nivel universal un tratado en la materia, el Pacto Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que entraría en vigor diez años más tarde”⁷⁰⁰.

En la actualidad, existe una versión revisada de la Carta Social Europea⁷⁰¹, firmada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 y que entró en vigor en el año de 1999, que se compone “de un preámbulo, 31 puntos (parte I) y 48 artículos (31 artículos numerados del 1 al 31, y 14 numerados de la A a la O) que constituyen sus partes II a V, así como de un anexo que precisa el alcance de los diversos artículos”⁷⁰². Los derechos garantizados por la CSE conciernen a todas las personas en su vida cotidiana y son los siguientes⁷⁰³:

a) Vivienda, que incluye los siguientes rubros: acceso a una vivienda adecuada y asequible; reducción del número de personas sin hogar; política de vivienda orientada a todas las categorías desfavorecidas; procedimientos para evitar el desalojo forzoso; igualdad de acceso para los no nacionales a la vivienda social y a subvenciones para el pago de la vivienda; y construcción de viviendas y subvenciones para el pago de la vivienda en función de las necesidades familiares.

b) Salud, que incluye los siguientes aspectos: centros de atención de salud accesibles y eficaces para toda la población; política para la prevención de enfermedades, que incluya, en particular, la garantía de un entorno saludable; eliminación de riesgos profesionales para asegurar la protección de la seguridad y la salud en el trabajo; y la protección de la maternidad.

spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:Derechopolitico-2007-70-5FEF2A71&dsID=carta_social.pdf (consultado el 25 de septiembre de 2017), pp. 349 y 350.

⁷⁰⁰ Peirano Basso, Jorge, *La Carta Social Europea*, visible en el sitio de internet: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/6/dtr/dtr3.pdf> (consultado el 25 de septiembre de 2017), p. 48-50.

⁷⁰¹ Para consultar el contenido completo de la versión revisada de la Carta Social Europea, véase: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/la-carta-social-europea-revisada.pdf> (consultado el 25 de septiembre de 2017).

⁷⁰² Belorgey, Jean-Michel, *óp. cit.*, p. 350.

⁷⁰³ Parlamento de Europa, *La Carta Social en resumen*, visible en el sitio de internet: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/chartesocialedepliant-/CharteSocialedepliant-es.pdf (consultado el 25 de septiembre de 2017), pp. 5-7. Los paréntesis son nuestros.

c) Educación, que incluye los siguientes rubros: educación primaria y secundaria gratuita; servicios de orientación profesional gratuitos y eficaces; acceso a la formación inicial (educación secundaria general y profesional), a la educación universitaria y la educación superior no universitaria, y a la formación profesional, incluida la formación continua; medidas especiales para residentes extranjeros; integración de los niños con discapacidades en la vida escolar general; y acceso a la educación y a la formación profesional para las personas con discapacidades.

d) Empleo, que incluye los siguientes aspectos: prohibición del trabajo forzoso; prohibición del empleo de niños menores de 15 años; condiciones de trabajo especiales entre los 15 y los 18 años; derecho a ganarse la vida en una ocupación elegida libremente (rubro en el que entra la libertad de empresa); una política económica y social concebida para asegurar el pleno empleo (rubro en el que entra la libertad de empresa); condiciones de trabajo equitativas en lo que respecta a la remuneración y las horas de trabajo; protección contra el acoso sexual y psicológico; libertad para crear sindicatos y organizaciones de empleadores con miras a defender los intereses económicos y sociales, así como la libertad para decidir si se quiere formar parte o no de los mismos; promoción de la consulta colectiva, la negociación colectiva, la conciliación y el arbitraje voluntario; protección en caso de despido; el derecho a la huelga; y el acceso al trabajo para las personas con discapacidades.

e) Protección jurídica y social, que incluye los siguientes rubros: situación jurídica del menor; el trato de los delincuentes juveniles; protección contra el abuso y los malos tratos; prohibición de todas las formas de explotación (sexual o de otro tipo); protección jurídica de la familia; el derecho de la seguridad social, el bienestar social y los servicios sociales; el derecho a ser protegido contra la pobreza y la exclusión social; cuidado de los niños; y medidas especiales para atender las necesidades de los ancianos.

f) Movimiento de las personas, que incluye los siguientes aspectos: el derecho a la reagrupación familiar; el derecho de los nacionales a abandonar el país; garantías procesales en caso de expulsión; y simplificación de las formalidades de inmigración.

g) No discriminación, que incluye los siguientes rubros: el derecho de hombres y mujeres a la igualdad de trato y de oportunidades en el empleo; la garantía para todos los nacionales y extranjeros con residencia y/o trabajando legalmente de que todos los derechos estipulados en la Carta se aplican con independencia de la raza, el sexo, la edad, el color, la lengua, la religión, las opiniones, el origen nacional, el origen social, el estado de salud o la vinculación con una minoría nacional; prohibición de la discriminación sobre la base de responsabilidades familiares; y el derecho de las personas con discapacidades a la integración social y a la participación en la vida comunitaria.

Si bien es cierto la libertad de empresa no se encuentra reconocida expresa y textualmente en la CSE, consideramos que tiene cabida dentro del derecho genérico al trabajo reconocido expresamente en su artículo 1º, respecto del que se reconoce, entre otras cuestiones, “el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido”⁷⁰⁴, así como el compromiso de los Estados Parte “a reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo”⁷⁰⁵. No obstante, la falta de su reconocimiento expreso torna imposible identificar una verdadera teoría sobre este derecho humano, pues no se encuentran determinados los elementos que hemos considerado como mínimos indispensables al efecto.

Por todo lo anterior, consideramos necesario y sugerimos el reconocimiento expreso y la elaboración de una teoría sobre la libertad de empresa como un derecho fundamental en los instrumentos internacionales y/o regionales tuitivos de derechos humanos –y con mayor razón en los que se refieren particularmente a los DESC–, como, por ejemplo, el Protocolo de San Salvador adicional al Pacto de San José de Costa Rica, idea que forma parte de nuestras propuestas periféricas.

Como lo hemos expresado en apartados anteriores, nosotros concebimos la actividad empresarial, que es el bien jurídico tutelado por la libertad de empresa, como una ocupación lícita que permite el libre desarrollo de la personalidad mediante el reconocimiento a cada individuo de “la posibilidad de hacer uso de todas sus potencias físicas, intelectuales y morales en su propio beneficio”⁷⁰⁶; por lo que, mediante el reconocimiento y la elaboración de una teoría sobre la libertad de empresa, se les facilitaría a los individuos “la realización del plan de vida libremente escogido, en donde el desarrollo de la persona es expresión de sus aptitudes, intereses, convicciones y deseos mediante su actuación o verificación en el seno de la sociedad”⁷⁰⁷.

⁷⁰⁴ Artículo 1º, numeral 2, de la Carta Social Europea.

⁷⁰⁵ Artículo 1º, numeral 1, de la Carta Social Europea.

⁷⁰⁶ García Toma, Víctor, *óp. cit.*, p. 162.

⁷⁰⁷ *Ídem*.

Adicionalmente a que el reconocimiento de la libertad de empresa en la CSE es parcial (no expreso), existe una diferencia fundamental entre ésta y el CEDH y sus Protocolos Adicionales, pues la protección de los DESC reconocidos en la Carta no tiene un carácter jurisdiccional por conducto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino que el órgano encargado de su supervisión y control es el Comité Europeo de Derechos Sociales (de ahora en adelante CEDS)⁷⁰⁸, compuesto actualmente de quince miembros, que realiza su actividad a través de los siguientes mecanismos, cuyas conclusiones y decisiones no son directamente ejecutables en los ordenamientos jurídicos nacionales⁷⁰⁹:

1. El sistema de informes nacionales elaborados por los Estados Parte, establecido en la Parte IV de la Carta de 1961 y enmendada por el Protocolo de Turín de 1991. En el marco de este sistema, a) los Estados Parte presentan periódicamente un informe sobre la aplicación de la Carta en la legislación y en la práctica nacionales, b) los cuales son examinados por el CEDS, que decide si las situaciones nacionales descritas cumplen o no con el contenido de la Carta, y, finalmente, c) el Comité elabora conclusiones al respecto, las cuales se publican anualmente y pueden ser consultadas en su base de datos⁷¹⁰.
2. El procedimiento de reclamaciones colectivas, introducido por el Protocolo Adicional que prevé un sistema de reclamaciones colectivas adoptado en 1995. A diferencia de lo que ocurre con las demandas presentadas ante el TEDH, el CEDS no puede examinar solicitudes individuales (las personas no tienen derecho a presentar reclamaciones individuales), sino que únicamente ciertas organizaciones y/u ONG's tienen derecho a presentar reclamaciones colectivas en relación con los derechos reconocidos en la

⁷⁰⁸ Consejo de Europa, *Comité Europeo de Derechos Sociales*, visible en el sitio de internet: <http://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter/european-committee-of-social-rights> (consultado el 25 de septiembre de 2017).

⁷⁰⁹ Díez-Picazo Giménez, Luis María, *óp. cit.*, p. 159. De conformidad con este autor, la Carta Social Europea es un tratado internacional de corte mucho más tradicional que el Convenio Europeo: a diferencia de éste, no prevé medios jurisdiccionales para hacer valer los derechos ni, por ello, recurso individual de las personas afectadas. Sus mecanismos de salvaguardia son de naturaleza diplomática y política.

⁷¹⁰ Consejo de Europa, *Carta... cit.*

Carta. Debido a su naturaleza colectiva, las denuncias sólo pueden plantear cuestiones relativas al incumplimiento de la Carta por la legislación y/o la práctica de un Estado Parte, y, al concluir el procedimiento, el CEDS emitirá una decisión (resolución) al respecto. En este sentido, las denuncias pueden presentarse sin agotar los recursos internos y sin que la organización demandante sea necesariamente víctima de la violación señalada⁷¹¹.

En la medida en que ambos procedimientos se refieren a disposiciones jurídicas vinculantes de derechos fundamentales que están estrechamente relacionadas con la dignidad humana de las personas (DESC) y además son resueltos por el órgano de control de la CSE, consideramos que las conclusiones y decisiones (resoluciones) adoptadas por el Comité Europeo de Derechos Sociales deben ser respetadas por los Estados Parte, aun cuando no son directamente ejecutables en los ordenamientos jurídicos nacionales. Esto debido a que, en primer lugar, interpretan un tratado internacional que, además de ser jurídicamente vinculante, es tuitivo de derechos humanos (la CSE); y, en segundo lugar y como consecuencia necesaria de lo anterior, contribuyen al desarrollo progresivo de los DESC en sede nacional, regional e internacional⁷¹².

Para concluir, nosotros sostenemos que todos y cada uno de los DESC, dentro de los que ubicamos a la libertad de empresa, son derechos humanos de *clase premier*⁷¹³, por lo que están –y deberían estar– investidos con todos los principios y características que, al igual que a los derechos civiles y políticos, los hacen exigibles y justiciables de manera directa e inmediata⁷¹⁴. En este sentido y no obstante el significativo avance que representa la CSE en esta materia, consideramos que este instrumento, de manera insostenible, relega los DESC a un nivel inferior respecto de los derechos civiles y políticos reconocidos en el CEDH, caracterizándolos, en consecuencia, como *derechos de segunda categoría*.

⁷¹¹ *Ídem*.

⁷¹² Consejo de Europa, *Comité... cit.*

⁷¹³ *Supra*, 1.4.2. El debate central sobre la naturaleza jurídica de los DES: ¿Son derechos humanos de clase premier o de segunda categoría?

⁷¹⁴ Courtis, Christian, *óp. cit.*, p. 42.

En este sentido, nosotros sostenemos que en la actualidad no existen buenas razones que impidan que la totalidad de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el seno del Consejo de Europa –y en cualquier otro instrumento nacional e internacional– tengan acceso pleno a la totalidad de garantías y medios de protección que regula el Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos Adicionales, especialmente a la jurisdicción contenciosa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un ejemplo sobre la viabilidad de lo anterior lo constituyen los Pactos Internacionales de la ONU que analizamos con anterioridad, donde todos los derechos humanos ahí reconocidos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales, tienen igual acceso a la totalidad de los mecanismos de protección y garantía que ahí se regulan⁷¹⁵.

3.4.2. La Unión Europea (UE).

La Unión Europea es una asociación económica y política compuesta por veintiocho países europeos que abarcan una gran parte del continente⁷¹⁶. Su origen lo encontramos en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial y sus primeros pasos consistieron en impulsar la cooperación económica con la idea de que, a medida que aumentara la interdependencia económica entre países, disminuirían las posibilidades de conflicto entre éstos. Así las cosas, en 1958 se creó la Comunidad Económica Europea (CEE), que en un principio establecía una cooperación económica cada vez más estrecha entre seis países: Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos. Con posterioridad se creó

⁷¹⁵ *Supra*, 3.2.2. Los Pactos Internacionales: el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁷¹⁶ Los veintiocho países miembros son Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía y Suecia.

un gran mercado único que en la actualidad continúa avanzando hacia el logro de todo su potencial⁷¹⁷.

Lo que comenzó como una unión meramente económica, ha evolucionado hasta convertirse en una organización activa en todos los frentes políticos, desde el clima hasta el medio ambiente y desde la salud hasta las relaciones exteriores y la seguridad, pasando por la justicia y la migración. Dicha transformación se vio reflejada en el cambio de nombre de Comunidad Económica Europea (CEE) a Unión Europea (UE) realizado en el año de 1993⁷¹⁸.

La Unión Europea (de ahora en adelante UE) se basa en el Estado de derecho, ya que todas sus actividades se fundamentan en los tratados que son acordados voluntaria y democráticamente por los países miembros. Además, la UE se rige por el principio de democracia representativa, pues los ciudadanos están directamente representados en el Parlamento Europeo, mientras que los países miembros tienen su representación en el Consejo Europeo y el Consejo de la UE. Máxime lo anterior, la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad y el respeto de los derechos humanos son valores fundamentales consagrados en todos los Tratados de la Unión⁷¹⁹.

Hablando propiamente de los derechos fundamentales, que es la óptica bajo la cual estudiamos el derecho a la libertad de empresa, el instrumento comunitario más importante es la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, la que, con fundamento en el Tratado de Lisboa, es jurídicamente vinculante para los órganos de la Unión y para los Estados miembros, con excepción de Polonia y el Reino Unido. En este orden de ideas, pasamos a analizar la libertad de empresa en la referida Carta de Derechos Fundamentales.

⁷¹⁷ Unión Europea, visible en el sitio de internet: https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_es#28members (consultado el 22 de agosto de 2017).

⁷¹⁸ *Ídem.*

⁷¹⁹ *Ídem.*

3.4.2.1. La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (de ahora en adelante la “Carta”)⁷²⁰ es una declaración clara y firme de los derechos de los ciudadanos de la Unión, ya que recoge en un único texto, por primera vez en la historia de la UE, el conjunto de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los ciudadanos europeos. Siguiendo a la autora Teresa Freixes⁷²¹, la finalidad de esta Carta es formular un texto fácilmente accesible a los ciudadanos europeos, que contenga un catálogo inteligible de derechos básicos que pueda ser asimilado por todas las personas, de tal forma que sean capaces de entender el conjunto de sus derechos y libertades fundamentales.

La Carta está dividida en seis capítulos: dignidad, libertad, solidaridad, igualdad, ciudadanía y justicia, cuya base, de conformidad con su preámbulo, son los derechos y libertades reconocidos en 1) el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, 2) las tradiciones constitucionales de los países miembros, 3) la Carta Social Europea del Consejo de Europa y 4) la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, así como otros convenios internacionales a los que se han adherido la UE o sus Estados miembros⁷²².

La Carta fue proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre del año 2000 en Niza, sin embargo, no tuvo fuerza vinculante en ese momento inicial⁷²³. Con posterioridad,

⁷²⁰ Para consultar el contenido completo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, véase: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf (consultado el 22 de agosto de 2017).

⁷²¹ Fernández Tomás, Antonio, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Estructura, ámbito de aplicación, invocabilidad y contenido*, visible en el sitio de internet: http://institucional.us.es/revistas/derecho/2/art_8.pdf (consultado el 03 de septiembre de 2017), p. 138.

⁷²² Parlamento Europeo, visible en el sitio de internet: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+IM-PRESS+20071211IPR14801+0+DOC+XML+V0//ES> (consultado el 22 de agosto de 2017).

⁷²³ Muñoz Machado, Santiago, “Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: Problemas de articulación”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, España, núm. 50, enero-abril de 2015, p. 205.

una versión revisada de la Carta fue proclamada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, antes de la firma del Tratado de Lisboa⁷²⁴, el que, una vez que entró en vigor a finales del año 2009 y de conformidad con el artículo 6° de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea⁷²⁵, hace jurídicamente vinculante la Carta para todos los países miembros, con excepción de Polonia y el Reino Unido⁷²⁶:

Tratado de la Unión Europea

Artículo 6°

(Antiguo artículo 6 TUE)

1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán de modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

⁷²⁴ Parlamento Europeo, *El Tratado de Lisboa*, visible en el sitio de internet: <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/es/20150201PVL00008/El-Tratado-de-Lisboa> (consultado el 13 de septiembre de 2017). Según la referida página web, el Tratado de Lisboa fue firmado en el seno de la Unión Europea el 13 de diciembre de 2007, el cual, una vez ratificado, entró en vigor el 1° de diciembre del año 2009. Este tratado modifica el Tratado de la Unión Europea (Maastricht) y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Roma); y, dentro de las importantes reformas que introduce, hace que la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE sea jurídicamente vinculante.

⁷²⁵ Para consultar el contenido completo de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, véase: <http://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf> (consultado el 03 de septiembre de 2017).

⁷²⁶ Parlamento Europeo, *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, visible en el sitio de internet: http://www.europarl.europa.eu/charter/default_es.htm (consultado el 22 de agosto de 2017).

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

No obstante que con anterioridad, dentro de la normativa de la UE encontramos regulado el derecho de establecimiento en el Tratado de Roma (CEE)⁷²⁷, específicamente en su Título III denominado “Libre circulación de personas, servicios y capitales”, donde el artículo 52 establece que “la libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades [...]”, es hasta la adopción de la Carta que se reconoce y se regula expresamente la libertad de empresa como un derecho fundamental en el ámbito comunitario⁷²⁸:

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

TÍTULO II

LIBERTADES

[...]

Artículo 16

Libertad de empresa

Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.

⁷²⁷ Para consultar el contenido completo del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), también conocido como el Tratado de Roma, véase: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Axy0023> (consultado el 13 de septiembre de 2017).

⁷²⁸ Martínez Herrera, Karla Georgina, *óp. cit.*, pp. 175 y 176.

El reconocimiento expreso de la libertad de empresa como un derecho fundamental en la normativa comunitaria, en nuestra opinión, representa una interesantísima novedad en la materia, pues, con anterioridad, esta prerrogativa no figuraba explícitamente en el catálogo de derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales y/o regionales, como, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta Social Europea, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷²⁹.

Ahora bien, con base en el citado artículo 6° de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea⁷³⁰ en relación con el preámbulo de la propia Carta⁷³¹, las disposiciones de esta última, incluyendo el artículo 16 relativo a la libertad de empresa, deben interpretarse de conformidad con las “Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales” (2007/C 303/02), elaboradas inicialmente bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea⁷³². Estas explicaciones, en relación con el artículo 16 que reconoce la libertad de empresa, establecen lo siguiente:

⁷²⁹ Mercado Pacheco, Pedro, *Libertades económicas y derechos fundamentales. La libertad de empresa en el ordenamiento multinivel europeo*, visible en el sitio de internet: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/viewFile/1990/3046> (consultado el 15 de septiembre de 2017), p. 344.

⁷³⁰ Artículo 6°.- 1. [...] Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

⁷³¹ Preámbulo: [...] En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea.

⁷³² Para consultar el contenido completo de las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, véase: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214\(01\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214(01)&from=ES) (consultado el 13 de septiembre de 2017).

Explicación relativa al artículo 16 – Libertad de empresa

Este artículo se basa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia por la que se ha reconocido la libertad de ejercer una actividad económica o mercantil (véanse las sentencias de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73, Nold, Rec. 1974, p. 491, apartado 14; y de 27 de septiembre de 1979, asunto 230/78, SpA Eridania y otros, Rec. 1979, p. 2749, apartados 20 y 31) y la libertad contractual (véanse, entre otras, las sentencias Sukkerfabriken Nykoebing, asunto 151/78, Rec. 1979, p. 1, apartado 19; y la de 5 de octubre de 1999, España c. Comisión, C-240/97, Rec. 1999, p. I-6571, apartado 99), así como en los apartados 1 y 3 del artículo 119 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que reconoce la libre competencia. Este derecho se ejercerá, naturalmente, dentro del respeto del Derecho de la Unión y de las legislaciones nacionales. Podrá someterse a las limitaciones previstas en el apartado 1 del artículo 52 de la Carta.

De lo hasta aquí dicho se desprende que la Carta garantiza los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos a escala de la UE, por lo que todas las instituciones de la Unión tienen un papel que desempeñar en la tutela y protección de los referidos derechos. En ese tenor, la Carta establece los derechos fundamentales que son vinculantes para las instituciones y organismos de la UE y para los gobiernos nacionales cuando estén aplicando la legislación de la Unión⁷³³. En consecuencia, los particulares que deseen interponer recursos en esta materia deben dirigirse primeramente a los tribunales de su propio país, y, en última instancia, pueden acudir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (de ahora en adelante TJUE)⁷³⁴.

⁷³³ Unión Europea, *Derechos Humanos*, visible en el sitio de internet: https://europa.eu/european-union/topics/human-rights_es (consultado el 18 de septiembre de 2017).

⁷³⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, visible en el sitio de internet: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/es/ (consultado el 18 de septiembre de 2017). Según la referida página web, el TJUE, desde su creación en 1952, tiene por misión garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados. En el marco de esta misión, el Tribunal a) controla la legalidad de los actos de las instituciones de la UE; b) vela porque los Estados miembros respeten las obligaciones establecidas en los Tratados; y c) interpreta el Derecho de la Unión a solicitud de los jueces nacionales. Constituye así la autoridad judicial de la UE y, en colaboración con los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, vela por la aplicación y la interpretación uniforme del Derecho de la Unión. EL TJUE tiene su sede en Luxemburgo y, hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en el año 2009, se le denominaba Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Siguiendo al doctor García Vitoria, podemos afirmar que la libertad de empresa en el ámbito de la UE tiene un origen jurisprudencial⁷³⁵, que además, dado el carácter escueto con que dicha libertad fundamental se encuentra regulada en el multicitado artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales, necesita ser complementada y desarrollada mediante una ardua labor interpretativa⁷³⁶. En el caso de la UE, consideramos que sí existe una cierta teoría sobre la libertad de empresa que, sin estar totalmente acabada ni perfectamente determinada, el TJUE ha venido delimitando mediante su labor interpretativa: su significado; su naturaleza jurídica; sus dimensiones objetiva y subjetiva; su contenido esencial; su titularidad; los sujetos obligados; sus límites; y sus medios de garantía.

Previo a la adopción de la Carta, la primera ocasión en que se reconoce que el libre ejercicio de una actividad económica es un principio general del derecho comunitario, es en la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de mayo de 1974, pronunciada en el asunto *J. Nold Kohlen und Baustoffhgrosshandlung contra la Comisión de las Comunidades Europeas* (asunto 4/73)⁷³⁷, que, en relación con la naturaleza jurídica y los límites de la libertad de empresa, dispone lo siguiente:

2. Sobre el motivo fundado en una pretendida violación de derechos fundamentales.

14. Considerando que, si bien es cierto que el régimen constitucional de todos los Estados miembros asegura la protección del derecho de propiedad y existen garantías similares del libre ejercicio del comercio, del trabajo y de otras actividades profesionales, la protección de tales derechos, lejos de convertirlos en prerrogativas absolutas, significa que hay que considerarlos a la luz de la función social de los bienes y actividades protegidos;

⁷³⁵ García Vitoria, Ignacio, *óp. cit.*, p. 8.

⁷³⁶ Viera Álvarez, Christian, *La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado social*, visible en el sitio de internet: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/viewFile/6021/6484> (consultado el 15 de septiembre de 2017), p. 208.

⁷³⁷ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Asunto 4/73, J. Nold, Kohlen und Baustoffhgrosshandlung contra Comisión de las Comunidades Europeas, sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de mayo de 1974*, visible en el sitio de internet: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61973CJ0004&from=ES> (consultado el 04 de septiembre de 2017).

Que, por tal razón, esta categoría de derechos sólo se garantiza por regla general a reserva de las limitaciones establecidas en aras del interés público;

Que, en el ordenamiento jurídico comunitario, también parece legítimo mantener, respecto a tales derechos, determinados límites justificados por los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad, siempre y cuando no se atente contra la esencia de dichos derechos;

Que, por lo que se refiere a las garantías concedidas a la empresa en particular, aquellas no pueden extenderse en ningún caso a la protección de meros intereses o expectativas de índole comercial, cuyo carácter aleatorio es inherente a la esencia misma de la actividad económica.

Este principio es reiterado en la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 1979, pronunciada en el asunto SpA Eridania y otros contra Ministro per l'agricoltura e le foreste y otros (asunto 230/78)⁷³⁸, que, en relación con la naturaleza jurídica, el contenido esencial y los límites a la libertad de empresa, establece lo siguiente:

Sobre la cuarta cuestión (derechos fundamentales).

20. La cuarta cuestión se basa en el presupuesto de que el ejercicio de la actividad económica debe estar garantizado, por figurar entre los derechos fundamentales en cuya defensa se inspira también el Derecho comunitario. Según este enfoque, esta garantía se extiende también al derecho de las empresas a producir las cantidades de azúcar correspondientes a sus cuotas base, porque es inseparable del ejercicio de la actividad económica. Basándose en estas consideraciones, el *Tribunale amministrativo* plantea el problema de si la facultad de modificar las cuotas base, como la contempla el apartado 2 del artículo 2 del Reglamento n° 3331/74, pone en cuestión el ejercicio de la actividad económica de las empresas interesadas y vulnera por ello uno de sus derechos fundamentales.

⁷³⁸ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Asunto 230/78, SpA Eridania y otros contra Ministro per l'agricoltura e le foreste y otros, sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 1979*, visible en el sitio de internet: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61978CJ0230&qid=1504484327427&from=ES> (consultado el 04 de septiembre de 2017).

21. Para resolver esta cuestión es preciso tener en cuenta la naturaleza de las cuotas de base establecidas por la normativa comunitaria. Las cuotas designan las cantidades de azúcar respecto a las que las empresas disfrutaban de las garantías de precio y de comercialización atribuidas a los productores en el ámbito de la organización común de mercados. No limitan la actividad económica de las empresas interesadas, sino que fijan las cantidades de producción cuya comercialización disfrutaba el régimen particular que la organización común de mercados en el sector del azúcar creó para proteger y favorecer la producción del azúcar en la Comunidad. Dicha organización común es sustancialmente variable en función de los factores económicos que influyen en la marcha de los mercados, así como de la orientación general de la Política Agrícola Común.

22. De ahí se sigue que una empresa no puede invocar un derecho adquirido a conservar una ventaja que se derivó en su favor del establecimiento de la organización común de mercados y de la que disfrutó en un momento determinado. Por lo tanto, la mengua de tal ventaja no puede considerarse una vulneración de un derecho fundamental.

Ulteriormente, pero de manera previa a la entrada en vigor de la Carta, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy Tribunal de Justicia de la UE) siguió invocando la libertad de empresa en relación con diversas áreas de actuación de los órganos de la Unión⁷³⁹, como, por ejemplo, en la organización común de los mercados agrícolas, en la fijación de los límites al uso de sustancias peligrosas para la salud, en normas laborales, en la concesión de derechos de explotación exclusiva en el ámbito de la propiedad intelectual, entre otros⁷⁴⁰.

Una vez que la Carta se hizo jurídicamente vinculante para los países miembros de la Unión, el TJUE ha continuado con su labor interpretativa de la libertad de empresa, contando actualmente con una vasta jurisprudencia sobre este derecho específico⁷⁴¹. Consideramos que en la sentencia del Tribunal de Justicia

⁷³⁹ García Vitoria, Ignacio, *óp. cit.*, pp. 8 y 9.

⁷⁴⁰ Véase la siguiente jurisprudencia: STJCE de 5 de octubre de 1994, Alemania/Consejo (asunto C-280/93); STJCE de 13 de noviembre de 1990, Fedesa (asunto C-331/88); STJCE de 12 de noviembre de 1996, Reino Unido contra el Consejo de la Unión Europea (asunto C-84/94); STJCE de 9 de septiembre de 2004, Finlandia y España contra el Parlamento y el Consejo Europeo (asuntos acumulados C-184/02 y C-223/02); STJCE de 28 de abril de 1998, Metronome (asunto C-200/96).

⁷⁴¹ Por sólo mencionar la más relevante, véase la siguiente jurisprudencia: STJUE de 6 de septiembre de 2012, Deutsches Weintor (asunto C-544/10); STJUE de 22 de enero de 2013, Sky Österreich (asunto C-283/11); STJUE de 18 de julio de 2013, Alemo-Herron y otros (asunto C-426/11); STJUE de 30 de abril de 2014, Robert Pflieger y otros (asunto C-390/12).

de 21 de diciembre de 2016, pronunciada en el asunto *Anonymi geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) y otros (asunto C-201/15)*⁷⁴², se concentran gran parte de los principios generales de la teoría jurisprudencial sobre la libertad de empresa reconocida en el artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales⁷⁴³:

70. A este respecto, ha de recordarse, no obstante, que el artículo 52, apartado 1, de la Carta reconoce que pueden introducirse limitaciones al ejercicio de derechos consagrados por ella, siempre que tales limitaciones estén establecidas por la ley, respeten el contenido esencial de dichos derechos y libertades y, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

[...]

82. Por otra parte, como se ha recordado en el apartado 70 de la presente sentencia, las limitaciones introducidas al libre ejercicio de los derechos y libertades fundamentales garantizados por la Carta, y en este caso la libertad consagrada en el artículo 16 de ésta, deben respetar también el contenido esencial de dichos derechos y libertades.

85. [...], según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, la libertad de empresa no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad.

Con base en toda la jurisprudencia antes expuesta, podemos afirmar que el TJUE, desde sus primeras resoluciones en la materia, ha venido construyendo una teoría sobre la libertad de empresa como un derecho fundamental igual a todos los demás, derivado de los principios de indivisibilidad e interdependencia que los caracterizan. En este sentido, la libertad de empresa se regula como un derecho

⁷⁴² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Asunto C-201/15, Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) y otros, sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016*, visible en el sitio de internet: http://eur-lex.europa.eu/search.html?textScope=ti-te&qid=1505487200302&CASE_LAW_SUMMARY=false&DTS_DOM=EU_LAW&type=advanced&lang=es&andText0=libertad%20de%20empresa&SUBDOM_INIT=EU_CASE_LAW&DTS_SUBDOM=EU_CASE_LAW (consultado el 15 de septiembre de 2017).

⁷⁴³ Principalmente relacionados con la naturaleza jurídica, el contenido esencial y los límites de la libertad de empresa.

fundamental que, lejos de constituir una prerrogativa absoluta, ha de ser considerado a la luz de la función social de los bienes y actividades protegidos, y se garantiza, por regla general, a reserva de las limitaciones establecidas en aras del interés público. En consecuencia, es legítimo mantener, respecto de esta libertad, determinados límites justificados por los objetivos de interés general perseguidos por la comunidad, siempre y cuando no se atente contra su contenido esencial⁷⁴⁴.

En ese orden de ideas, consideramos que el TJUE adopta una posición relativa –y no absoluta–⁷⁴⁵ sobre el contenido esencial de la libertad de empresa. En otras palabras, el Tribunal adopta una concepción del caso concreto en la que sus esfuerzos se centran en controlar si, en el caso específico de que se trate, la libertad de empresa ha sido limitada proporcionalmente por alguna norma o acto determinados. De esta forma, toda norma o acto que limite la libertad de empresa serán válidos y legítimos únicamente si superan el test de proporcionalidad⁷⁴⁶.

No obstante que la teoría sobre la libertad de empresa en la UE no está totalmente acabada ni perfectamente delimitada, ha sido bastante útil estudiar los avances que se han logrado en esta región, que, como pudimos observar, es punta de lanza en el reconocimiento y desarrollo internacional-regional de este derecho humano. Lo anterior refuerza 1) nuestra propuesta principal de proponer, partiendo de un análisis crítico-propositivo del sistema jurídico mexicano, una teoría completa sobre el significado, interpretación y aplicación de la libertad de empresa en nuestro país, así como 2) nuestra propuesta periférica del reconocimiento expreso de la libertad de empresa como un derecho fundamental en el seno de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mediante una adhesión –enmienda– al Protocolo de San Salvador.

⁷⁴⁴ Mercado Pacheco, Pedro, *óp. cit.*, p. 346.

⁷⁴⁵ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, p. 280. De conformidad con el autor en cita, básicamente, la diferencia entre la posición absoluta y la relativa estriba en cómo se define la barrera que para el legislador supone la garantía del contenido esencial. Para los absolutistas es una barrera infranqueable, un muro que no puede saltar el legislador. Para los relativistas, por el contrario, es una barrera franqueable por el legislador, pero con condiciones, las del principio de proporcionalidad; es –si se quiere– una barrera de intensidad de limitación: ésta no puede traspasar un determinado umbral de intensidad, que se sabe sólo en el caso concreto cuando se aplican –también en concreto– los subprincipios de la proporcionalidad.

⁷⁴⁶ *Ibidem*, pp. 280-288.

3.4.2.2. La Directiva Bolkestein.

La Unión Europea, tal como apuntamos anteriormente, se fundamenta en el Estado de derecho: todas las acciones que emprende se basan en los tratados que han sido aprobados voluntaria y democráticamente por todos los países miembros. Un tratado es, entonces, un acuerdo vinculante entre los países miembros de la UE que, entre otras cuestiones, establece los objetivos de la Unión, las normas aplicables a sus instituciones, la manera en que se toman las decisiones y la relación existente entre la UE y sus países miembros⁷⁴⁷.

En este sentido, los tratados constitutivos, la Carta de los Derechos Fundamentales y, en general, los valores de la Unión Europea son muy abstractos, por lo que requieren una mayor concreción por parte del Derecho de la Unión⁷⁴⁸, que, en consecuencia, es la base del sistema institucional:

Establece los procedimientos para la adopción de decisiones de las instituciones de la Unión y regula las relaciones entre ellas. Pone en sus manos una serie de instrumentos jurídicos en forma de reglamentos, directivas y decisiones que permiten adoptar actos jurídicos con efectos vinculantes para los Estados miembros y sus ciudadanos. [...] El Derecho de la Unión determina igualmente la relación entre la UE y los Estados miembros; estos últimos deben adoptar todas las medidas apropiadas para cumplir las obligaciones derivadas de los Tratados o de los actos de las instituciones de la Unión⁷⁴⁹.

⁷⁴⁷ Unión Europea, *Tratados de la UE*, visible en el sitio de internet: https://europa.eu/european-union/law/treaties_es (consultado el 06 de agosto de 2018). De conformidad con la página web en cita, los principales tratados de la Unión Europea son los siguientes: a) Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (1951); b) Tratados de Roma –Tratados CEE y Euratom- (1957); c) Tratado de Fusión –Tratado de Bruselas- (1965); d) Acta Única Europea (1986); e) Tratado sobre la Unión Europea –Tratado de Maastricht- (1992); e) Tratado de Ámsterdam (1997); f) Tratado de Niza (2001); y g) Tratado de Lisboa (2007).

⁷⁴⁸ Borchardt, Klaus-Dieter, *El ABC del Derecho de la Unión Europea*, Bélgica, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016, p. 93. De conformidad con el autor en cita, la UE es, desde dos puntos de vista, un fenómeno del Derecho: es una creación del Derecho y una Unión basada en el Derecho. La novedad que caracteriza a la UE respecto a los intentos anteriores de lograr la unidad de Europa es que los medios utilizados no son la violencia y la sumisión, sino la fuerza del Derecho, ya que sólo una unidad que repose en una decisión libre tiene posibilidades de perdurar: una Unión que se base en los valores fundamentales, como la libertad y la igualdad, y que sea preservada y realizada a través del Derecho. En este sentido, la UE no es tan solo una creación del Derecho, sino que también persigue sus objetivos utilizando exclusivamente el Derecho.

⁷⁴⁹ *Ibidem*, pp. 93 y 94.

Ahora bien, los objetivos de los Tratados de la UE se alcanzan por medio de distintos tipos de actos legislativos, unos vinculantes y otros no, algunos de los cuales se aplican a todos los Estados miembros y otros sólo a unos pocos; siendo los más importantes:

- a) Los reglamentos, que son actos legislativos vinculantes que deben aplicarse en su integridad en toda la UE.
- b) Las directivas, que son actos legislativos en los cuales se establecen objetivos que todos los Estados Miembros de la UE deben cumplir; sin embargo, corresponde a cada país elaborar sus propias leyes sobre como alcanzar esos objetivos.
- c) Las recomendaciones permiten a las instituciones dar a conocer sus puntos de vista y sugerir una línea de actuación sin imponer obligaciones legales a sus destinatarios, por lo que no son jurídicamente vinculantes.
- d) Los dictámenes son instrumentos que permiten a las principales instituciones de la UE (Comisión, Consejo y Parlamento) hacer declaraciones de manera no vinculante, es decir, sin imponer obligaciones legales a quienes se dirigen. Por ejemplo, mientras se elabora la legislación de la UE, los comités emiten dictámenes desde su propio punto de vista, regional o económico y social⁷⁵⁰.

De estos actos legislativos, los que resultan de nuestro particular interés son las Directivas, ya que en la UE encontramos la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (popularmente conocida como *Directiva Bolkestein*)⁷⁵¹; la cual, en nuestra opinión y tal como exponemos en los siguientes párrafos, tiene un efecto maximizador de la libertad de empresa. En el mismo sentido se pronuncia el doctor Antonio Cidoncha⁷⁵², quien considera que,

⁷⁵⁰ Unión Europea, *Reglamentos, directivas y otros actos legislativos*, visible en el sitio de internet: https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_es (consultado el 06 de agosto de 2018).

⁷⁵¹ Para consultar el contenido completo de la Directiva Bolkestein, véase: <https://www.boe.es/doue/2006/376/L00036-00068.pdf> (consultado el 06 de agosto de 2018).

⁷⁵² Cidoncha Martín, Antonio, "El impacto de la Directiva Bolkestein sobre la libertad de empresa", en Vicente Blanco, Dámaso-Javier y Rivero Ortega, Ricardo (dirs.), *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, España, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Castilla y León, 2010, p. 247.

La Directiva no trata sólo de evitar el proteccionismo estatal, sino de hacer más fácil la libertad de circulación y de servicios para los prestadores de servicios en la Unión Europea. Esto es, trata de maximizar el derecho de establecimiento y la libertad de prestación de servicios, lo que, como efecto reflejo, lleva a una optimización de la libertad de empresa en los sectores incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva.

La Directiva Bolkestein, de conformidad con su artículo 1º, tiene por objeto el “facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios”, sin que esto incluya “la liberalización de servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas o privadas ni la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios”. En este sentido, de conformidad con su artículo 2º, las disposiciones de esta Directiva se aplican “a los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro”⁷⁵³, únicamente respecto de los requisitos que afecten al acceso y/o al ejercicio de actividad de servicios, con excepción de las actividades señaladas en los incisos a) al l) del segundo párrafo del referido artículo 2º.

A efecto de cumplir con estos objetivos, la Directiva Bolkestein establece, entre otros, los siguientes instrumentos jurídicos que de manera obligatoria deben ser incorporados por los Estados Parte en sus legislaciones nacionales⁷⁵⁴:

1. Simplificación administrativa. Los Estados Miembros verificarán los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio, y cuando no sean lo suficientemente sencillos, llevarán a cabo las modificaciones necesarias para simplificarlos (art. 5º).

⁷⁵³ De conformidad con el artículo 4º, inciso 3), de la Directiva Bolkestein, por “destinatario” se entiende cualquier persona física con la nacionalidad de un Estado miembro o que se beneficie de los derechos concedidos a éstas por los actos comunitarios, o cualquier persona jurídica de las contempladas en el artículo 48 del Tratado y establecida en un Estado miembro, que utilice o desee utilizar un servicio con fines profesionales o de otro tipo.

⁷⁵⁴ Sin embargo, tal como lo expusimos en párrafos más arriba, no se debe olvidar que las Directivas de la UE únicamente establecen lineamientos generales que los Estados Parte deben adoptar en sus legislaciones nacionales. En este sentido, cada país tiene libertad para elaborar sus propias leyes y así alcanzar los objetivos declarados en la Directiva de que se trate, de la forma que consideren más conveniente.

2. Ventanilla única. Los Estados Miembros garantizarán que los prestadores de servicios puedan llevar a cabo, en una ventanilla única, las solicitudes de autorización necesarias para el ejercicio de sus actividades de servicios y, en general, todos los procedimientos y trámites necesarios para acceder a sus actividades de servicios, en especial las declaraciones, notificaciones o solicitudes necesarias para la autorización por parte de las autoridades competentes, incluidas las solicitudes de inscripción en registros oficiales, bases de datos o colegios o asociaciones profesionales (art. 6°).
3. Derecho de información. Los Estados Miembros facilitarán que prestadores y destinatarios de servicios, por medio de ventanillas únicas, puedan acceder fácilmente a la siguiente información: los requisitos aplicables a los prestadores de servicios establecidos en su territorio; los datos de las autoridades competentes que permitan ponerse directamente en contacto con ellas; los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a los prestadores y a los servicios; las vías de recurso disponibles en caso de litigio; los datos de las asociaciones u organizaciones distintas de las autoridades competentes a las que los prestadores o destinatarios puedan dirigirse para obtener ayuda práctica (art. 7°).
4. Procedimientos por vía electrónica. Los Estados Miembros harán lo necesario para que todos los procedimientos y trámites relativos al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio se puedan realizar fácilmente, a distancia y por vía electrónica, a través de una ventanilla única (art. 8°).

Adicionalmente y sin perjuicio de lo anterior, la novedad y el punto central de la Directiva Bolkestein, que es el aspecto que tiene mayor injerencia en la libertad de empresa de los prestadores de servicios, es la prohibición de intervenciones autorizatorias de carácter previo como regla general. En este sentido, para facilitar la libertad de establecimiento, “la Directiva diseña un cambio sustancial en el régimen de las autorizaciones administrativas⁷⁵⁵. El hilo conductor de esta

⁷⁵⁵ De conformidad con el artículo 4°, inciso 6), de la Directiva Bolkestein, por “régimen de autorización” se entiende cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio.

regulación es la prohibición de intervenciones autorizatorias de carácter previo como regla general y su admisión como excepción, pero a condición de superar el mismo *test* que rige para la libre prestación de servicios: no discriminación, necesidad y proporcionalidad”⁷⁵⁶.

Al respecto, el artículo 9º, párrafo 1, de la Directiva Bolkestein textualmente dispone:

Artículo 9º. Regímenes de autorización.

1. Los Estados miembros sólo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones:

- a) el régimen de autorización no es discriminatorio para el prestador de que se trata;
- b) la necesidad de un régimen de autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general;
- c) el objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control *a posteriori* se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.

Con base en lo anteriormente dicho, el aspecto de la Directiva que más incide en el contenido esencial de la libertad de empresa es, sin duda alguna, el cambio de sentido en el régimen de las autorizaciones administrativas para el ejercicio de actividades económicas de servicios: si la libertad de empresa es una libertad fundamental, la regla general debe ser la libertad y la excepción la autorización previa⁷⁵⁷. Y, en esta lógica, si la excepción a la regla es la autorización administrativa previa, ésta debe estar plenamente justificada para ser válida, estableciéndose tres requisitos al efecto: “a) que el régimen de autorización no sea discriminatorio; b) que la necesidad de un régimen de autorización esté justificada

⁷⁵⁶ Cidoncha Martín, Antonio, “El impacto...” *cit.*, p. 251.

⁷⁵⁷ *Ibidem*, p. 258.

por una razón imperiosa de interés general⁷⁵⁸; y c) que el objetivo perseguido no se pueda conseguir mediante una medida menos restrictiva”⁷⁵⁹.

En palabras más sencillas, la *Directiva Bolkestein* implica un cambio de paradigma en el ejercicio de la libertad de empresa por parte de los prestadores de servicios en el ámbito de la Unión Europea (esta Directiva no se aplica a las demás actividades económicas, como, por ejemplo, el comercio). Por cuanto al inicio de la actividad económica de prestación de servicios (libertad de establecimiento), esta Directiva invierte la dinámica de la autorización previa que siempre había existido (y que, por ejemplo, en nuestro país continúa existiendo), ya que, a raíz de la *filosofía Bolkestein*, los Estados Miembros de la UE se ven obligados a interpretar y aplicar la libertad de empresa como un verdadero derecho fundamental: una libertad que tienen todas las personas sin distinción alguna, cuyo ejercicio no requiere de ningún tipo de autorización/permiso del Estado⁷⁶⁰.

En nuestra opinión, la filosofía introducida por la Directiva Bolkestein es absolutamente necesaria e indispensable para tomarnos en serio la libertad de empresa, para así interpretarla y aplicarla como un verdadero derecho fundamental. Nosotros definimos la libertad de empresa como “la libertad inherente a todas las personas sin distinción alguna, que las faculta para realizar actividades económicas adoptando la forma de empresa, participando y/o compitiendo dentro del

⁷⁵⁸ De conformidad con el artículo 4º, inciso 8), de la Directiva Bolkestein, por “razón imperiosa de interés general” se entiende una razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.

⁷⁵⁹ Cidoncha Martín, Antonio, “El impacto...” *cit.*, pp. 258 y 259. La utilización de los incisos es nuestra. De conformidad con el autor en cita, la Directiva concreta un criterio para justificar cuándo la autorización previa es necesaria: cuando se prevea que un control *a posteriori* sea realmente ineficaz por tardía. En este sentido, la Directiva aboga por un modelo de control *a posteriori* de la actividad empresarial, preferible siempre al control preventivo en tanto sea eficaz.

⁷⁶⁰ *Ibidem*, p. 276. De conformidad con el autor en cita, someter a autorización previa (llámese como se llame) el ejercicio de una actividad económica supone, en la práctica, dejar al particular que quiere ejercerla en manos de la autoridad administrativa de turno, que es quien decide sobre el ejercicio de su libertad económica.

mercado”⁷⁶¹; por lo que, al ser un derecho humano de libertad, no es –ni debería ser– necesaria una autorización previa por parte del Estado para el ejercicio actividades empresariales lícitas (bien jurídico tutelado). Sin embargo, no se debe pasar por alto que esta es la regla general y que, como tal, admite excepciones, más cuando hablamos de derechos fundamentales, puesto que ninguno de éstos es absoluto y, por lo tanto, están sujetos a los límites que ordene el interés general y la salvaguarda de otros bienes y/o derechos constitucionales legítimos.

No obstante que la Directiva Bolkestein únicamente tiene aplicación en la prestación de servicios (no se aplica a la totalidad de actividades económicas lícitas que las personas pueden desempeñar al amparo de la libertad de empresa), consideramos que representa un importante avance en relación con la libertad de empresa, puesto que contribuye a exorcizarla de dos terribles fantasmas que siempre la han perturbado: a) el prejuicio de que la iniciativa económica privada, más que una libertad, es una concesión del poder (una regalía); y b) la idea de que las actividades económicas privadas, guiadas por el interés particular, son actividades sospechosas y potencialmente lesivas del interés general⁷⁶². Por lo antes expuesto, estamos convencidos de que nuestro país debe importar la *filosofía Bolkestein* y adecuarla a nuestro sistema jurídico, para así contribuir a la debida comprensión de la libertad de empresa como un verdadero derecho fundamental.

3.4.3. España.

La libertad de empresa se encuentra reconocida expresamente en el artículo 38 de la Constitución Española de 1978 (de ahora en adelante CE), y su naturaleza jurídica de derecho fundamental (su iusfundamentalidad), en palabras del doctor Antonio Cidoncha⁷⁶³, hoy en día “no resulta demasiado problemática: todos los derechos y libertades del Capítulo II del Título I (y el artículo 38 es el que cierra este

⁷⁶¹ *Supra*, 2.3.1. Definición.

⁷⁶² Cidoncha Martín, Antonio, “El impacto ...” *cit.*, p. 276.

⁷⁶³ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, p.175.

capítulo) son derechos fundamentales, en tanto en ellos concurre el rasgo que permite identificarlos como tales: la existencia de un contenido esencial que ha de ser respetado por el legislador (art. 53.1 de la Constitución)”:

TÍTULO I. DE LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES.

Cap. I. De los españoles y los extranjeros.

[...]

Cap. II. Derechos y libertades.

Sec. 1ª. De los derechos fundamentales y de las libertades públicas.

[...]

Sec. 2ª. De los derechos y deberes de los ciudadanos.

Artículo 38.

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

[...]

Cap. IV. De las garantías de las libertades y derechos fundamentales.

Artículo 53.

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

Esta tesis que defiende que los derechos fundamentales son aquellos que tienen aplicabilidad directa a partir de su reconocimiento en la Constitución y que, en consecuencia, vinculan al legislador (los reconocidos en las Secciones 1ª y 2ª del Capítulo Segundo del Título I), además de ser acogida por la doctrina mayoritaria, es el criterio que ha adoptado el Tribunal Constitucional en relación con la libertad de empresa y con los demás derechos fundamentales:

Antes de entrar en tal examen es forzoso precisar, en la medida estricta aquí necesaria, el contenido del precepto constitucional cuya lesión se aduce en primer término, esto es, del art. 38 de nuestra Ley Fundamental en cuanto reconoce “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”. Como es obvio, tal precepto, en muy directa conexión con otros de la misma Constitución y, señaladamente, con el 128 y el 131, en conexión con los cuales debe ser interpretado, viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. El mantenimiento de esos límites, como el de aquellos que definen los demás derechos y libertades consagrados en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución está asegurado en ésta por una doble garantía, la de la reserva de ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo que ni siquiera el legislador puede disponer, de un contenido esencial (art. 53.1 de la Constitución)⁷⁶⁴.

Partiendo de la naturaleza que la libertad de empresa tiene en el sistema jurídico español, en el que se le considera como un verdadero derecho fundamental, es el Tribunal Constitucional el que en su mayoría, interpretando la Constitución y las leyes secundarias de desarrollo, se ha encargado de delimitar sus elementos y rasgos característicos. En consecuencia, podemos afirmar que en España existe una verdadera teoría sobre la libertad de empresa, que hace que este derecho fundamental esté lleno de vida y, por lo tanto, tenga una verdadera operatividad (aplicabilidad) en la realidad social, económica y jurídica española, respaldando y tutelando, de esta forma, el ejercicio privado de actividades empresariales lícitas. En este orden de ideas, apoyándonos en la jurisprudencia del

⁷⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2.

Tribunal Constitucional y en la doctrina más autorizada sobre esta materia, pasamos a analizar brevemente los elementos más importantes de la teoría constitucional española sobre esta importante libertad fundamental⁷⁶⁵.

En primer lugar, el que la libertad de empresa sea un derecho fundamental significa que es un derecho subjetivo reconocido en la Constitución y que, por lo tanto, es directamente aplicable y preexiste a la intervención del legislador (preexistencia lógica, no temporal)⁷⁶⁶, lo que genera las siguientes consecuencias:

1ª ante todo, que la libertad de empresa no puede ser desfigurada por la ley sin incurrir en inconstitucionalidad; a esta desfiguración lo llama la Constitución conculcación de su “contenido esencial”;

2ª que la libertad de empresa puede ser alegada ante los tribunales no sólo *secundum legem* (“de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”) sino también *contra legem* (en contra de la legalidad) e incluso en ocasiones *extra legem* (en ausencia de ley de desarrollo)⁷⁶⁷.

De su naturaleza jurídica se desprende que la libertad de empresa, al igual que todos los derechos fundamentales, tiene dos dimensiones, una subjetiva y una objetiva. Esta distinción debe de plantearse no en términos de contraposición, sino como puntos de vista distintos y complementarios: la dimensión subjetiva implica que los derechos fundamentales, “en cuanto proyección de la dignidad de la persona, son por antonomasia derechos subjetivos, que los individuos están

⁷⁶⁵ Insistimos en que, por las características del estudio comparado que realizamos en nuestra investigación y debido a lo extensa y compleja que es la teoría jurídica constitucional sobre la libertad de empresa en el Derecho español, nuestro análisis será (debe ser) bastante breve, cuidando de no exceder las dimensiones que nos son permitidas, por lo que únicamente analizamos los aspectos que consideramos más esenciales de la libertad de empresa en España. Realmente resulta imposible realizar un análisis exhaustivo de la libertad de empresa en unas cuantas páginas, cuando en España se han escrito varias tesis doctorales, diversos artículos científicos y algunos libros sobre esta libertad fundamental. Para profundizar el estudio de la libertad de empresa en el sistema jurídico español, sugerimos consultar, sobre todos los demás, Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad de empresa*, España, Editorial Civitas, 2006; y García Vitoria, Ignacio, *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

⁷⁶⁶ *Supra*, 2.3.2.2. ¿Qué implica que la libertad de empresa sea un derecho fundamental?

⁷⁶⁷ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, p. 196.

facultados para ejercer en interés particular; (mientras que) la dimensión objetiva pone de relieve que los derechos fundamentales *son también de interés general*, son fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE) y componentes estructurales básicos del orden jurídico-político general”⁷⁶⁸. Al respecto, el Tribunal Constitucional dispone lo siguiente:

En este sentido, la libertad de empresa, junto a su dimensión subjetiva, tiene otra objetiva e institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico, y se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos⁷⁶⁹.

La libertad de empresa como derecho subjetivo, en palabras del doctor Antonio Cidoncha, es “un ámbito de poder jurídico reconocido por la Constitución, cuyo contenido hay que descubrir (contenido esencial), que responde a una razón o un interés digno de tutela, [...], y que ha de ser compatible con las exigencias que el interés general impone”⁷⁷⁰. Así, la libertad de empresa, al ser un derecho subjetivo fundamental, pone en pie una relación jurídica entre el sujeto activo (titular del derecho) y el sujeto pasivo (obligados por el derecho): “siempre que el ordenamiento atribuye a un sujeto un conjunto de posiciones jurídicas, impone recíprocamente a otro u otros sujetos un conjunto de deberes en relación con esas posiciones (normalmente deberes de respeto de la situación del titular, pero también deberes especiales de conducta impuestos a sujetos determinados)”⁷⁷¹.

⁷⁶⁸ *Ibídem*, p. 193. Los paréntesis son nuestros.

⁷⁶⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 227/1993, de 9 de julio, FJ 4 e.

⁷⁷⁰ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, pp. 179 y 180. Los paréntesis son nuestros.

⁷⁷¹ *Ibídem*, p. 183.

Por otro lado, la norma de derecho fundamental en que se reconoce la libertad de empresa (art. 38 CE), a la par de que reconoce un derecho subjetivo (dimensión subjetiva), también atribuye a los poderes públicos un deber de maximizarla e interpretarla en armonía con la totalidad del sistema constitucional (art. 9º en relación con el art. 53.1, ambos de la Constitución Española). Así, el Tribunal Constitucional dispone que “La dimensión objetiva de los derechos fundamentales y su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico, imponen a los poderes públicos la obligación de tener presente su contenido constitucional, impidiendo reacciones que supongan su sacrificio innecesario o desproporcionado o tengan un efecto disuasor o desalentador de su ejercicio”⁷⁷².

Ahora bien, ¿quiénes son los titulares de este derecho fundamental a la libertad de empresa en el sistema jurídico español? El titular de la libertad de empresa, de conformidad con Antonio Cidoncha, “es el empresario (privado), la persona que ejerce la actividad empresarial, [...]. Esta denominación cobija a una gran pluralidad de personas –físicas y jurídicas–, sujetas a una gran variedad de regímenes jurídicos, pero unidos en torno a una nota común: ejercer una actividad –la empresarial–”⁷⁷³. La libertad de empresa consagra un ámbito de autonomía para las personas físicas y, a diferencia de lo que sucede con otros derechos fundamentales, hay escasas dudas de que las personas jurídicas privadas también pueden ser titulares de esta libertad fundamental, dada la naturaleza jurídica de la actividad económica empresarial que tutela (bien jurídico protegido)⁷⁷⁴.

⁷⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 110/2006, de 3 de abril, FJ 4.

⁷⁷³ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, p. 219. Los paréntesis son nuestros. Por otro lado, de conformidad con el autor en cita, la libertad de empresa ex artículo 38 CE se refiere al empresario privado, no al empresario público. Como ha declarado el Tribunal Constitucional, titulares del derecho fundamental son las “empresas privadas” (STC 49/1988, F. 12). El artículo 38 CE tan sólo protege la actividad empresarial privada; la actividad empresarial pública encuentra su amparo en el artículo 128.2 CE, primer inciso.

⁷⁷⁴ García Vitoria, Ignacio, *óp. cit.*, pp. 111, 116 y 126. De conformidad con el autor en cita, no existen grandes obstáculos para afirmar que los extranjeros son titulares del derecho a la libertad de empresa. El problema no se plantea por lo tanto en términos de titularidad, sino desde la perspectiva de la potestad de los poderes públicos nacionales para regular –de forma más restrictiva respecto a los nacionales- el ejercicio de actividades empresariales por parte de los extranjeros. La pertenencia de España a la Unión Europea obliga a distinguir entre los límites al ejercicio de la actividad empresarial por parte de los ciudadanos comunitarios y de nacionales de terceros Estados (art. 13 CE).

Sin perjuicio de lo anterior, para que la dimensión subjetiva (derecho subjetivo que tienen todas las personas titulares) y objetiva (deber de maximización y respeto del Estado) de la libertad de empresa sean verdaderamente operativas, es necesario determinar (y conocer) su contenido esencial. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que,

se desprende con claridad tanto un límite negativo como otro positivo del derecho de libertad de empresa; constituyendo el segundo, que es el que aquí interesa (el positivo), “el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial”. De manera que si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial “en libertad”, ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad, pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general⁷⁷⁵.

Partiendo de los criterios aquí transcritos, el Tribunal Constitucional añadió que la libertad de contratación “se ha considerado tradicionalmente como una de las vertientes de la libertad de empresa, reconocida en el art. 38 CE, junto con las llamadas libertad de organización y libertad de inversión”⁷⁷⁶. De igual forma, complementando lo establecido en la jurisprudencia constitucional, “la doctrina ha ampliado el alcance de la libertad de empresa subrayando el derecho que tiene el empresario a *cesar en la actividad*, bajo el poderoso argumento de que la actividad empresarial no puede ser calificada como libre si puede obligarse a alguien a continuarla indefinidamente en contra de su voluntad”⁷⁷⁷.

⁷⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 225/1993, de 8 de julio, FJ 3 b. Los paréntesis son nuestros.

⁷⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 5.

⁷⁷⁷ García Vitoria, Ignacio, *óp. cit.*, p. 194.

A pesar de la importancia que tiene la libertad de empresa para la dignidad humana y para el libre desarrollo de la personalidad de sus titulares, no es un derecho absoluto (ningún derecho fundamental lo es ni debe serlo). En consecuencia, el Tribunal Constitucional ha determinado que la libertad de empresa “puede ser limitada –y en el propio art. 38 de la C.E. se mencionan algunos de estos límites–, por lo que el problema que se plantea es también un problema de límites, de constitucionalidad de los límites que le han sido impuestos”⁷⁷⁸. Los límites de la libertad de empresa en el sistema jurídico español (al igual que los de los demás derechos fundamentales), de conformidad con el Tribunal Constitucional⁷⁷⁹, pueden ser directos e indirectos: directos cuando “La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones”⁷⁸⁰; e indirectos cuando “el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”⁷⁸¹.

Sin embargo, los límites de la libertad de empresa, ya sean directos o indirectos, no pueden establecerse de manera discrecional y/o autoritaria por parte de los órganos del Estado, sino que, por el contrario, deben cumplir ciertas exigencias establecidas en la propia Constitución (art. 53.1 CE): a) el principio de reserva de ley y b) el respeto de su contenido esencial. En este sentido, el Tribunal Constitucional utiliza el principio de proporcionalidad como criterio para determinar cuándo la ley respeta el contenido esencial de la libertad de empresa y, en consecuencia, poder hablar de una limitación válida de este derecho fundamental:

⁷⁷⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 147/1986, de 25 de noviembre, FJ 4 b.

⁷⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7.

⁷⁸⁰ Por ejemplo, en el artículo 38 de la CE en que se reconoce el derecho fundamental a la libertad de empresa (“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”), sus límites directos son las exigencias de la economía general y de la planificación, puesto que están añadidos directamente a la definición que se hace de dicha libertad fundamental.

⁷⁸¹ Límites indirectos de la libertad de empresa (art. 38 CE) son, por ejemplo, la defensa de los derechos de los trabajadores y de los consumidores, así como la salvaguarda del medio ambiente, ya que se trata de otros derechos fundamentales y/o bienes constitucionales protegidos en la CE.

En definitiva, “para ponderar la constitucionalidad de la prohibición impugnada, tanto en lo que se refiere a la libre circulación de bienes, como en lo que atañe a la libertad de empresa y el derecho a la propiedad ... es preciso efectuar un juicio de proporcionalidad en el que, además del objetivo que al establecerla se persigue y comprobando la legitimidad del mismo, se verifique también la relación de causalidad y necesidad que con él debe guardar la prohibición, en cuanto medio orientado para hacerlo posible” (STC 66/1991, de 22 de marzo, FJ 2)⁷⁸².

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional dispone que, cuando se trate de medidas que afectan únicamente el acceso al mercado (inicio de la actividad empresarial), el test de proporcionalidad debe estar integrado por los subprincipios a) de razonabilidad, en el sentido de que contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan, y b) de necesidad, en el entendido de que las medidas hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer un sacrificio menor para la esfera de libertad protegida:

“Desde sus primeras resoluciones (STC 26/1981, fundamento jurídico 15), ha venido a decir el Tribunal que, no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan, y, por indispensables, hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad protegida, un sacrificio menor.

De esta forma, para ponderar la constitucionalidad de la prohibición impugnada, tanto en lo que se refiere a la libre circulación de bienes como en lo que atañe a la libertad de empresa y el derecho a la propiedad privada ... es preciso efectuar un juicio de proporcionalidad, en el que, además del objetivo que al establecerla se persigue y comprobando la legitimidad constitucional del mismo, se verifique también la relación de causalidad y necesidad que con él debe guardar la prohibición en cuanto medio ordenado para hacerlo posible.”.

⁷⁸² Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 15.

Sin embargo, este test de proporcionalidad se ha aplicado solamente a regulaciones que pueden afectar al acceso al mercado, al comienzo en el ejercicio de la actividad (vgr. la caducidad de las autorizaciones de farmacia, STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 15) o a regulaciones autonómicas que pueden introducir desigualdad en las condiciones de ejercicio de una actividad empresarial (STC 96/2013, de 23 de abril, FJ 7, con cita de otras)⁷⁸³.

Sin embargo, con posterioridad entró en vigor la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado⁷⁸⁴, con la cual el Tribunal Constitucional, partiendo de las jurisprudencias antes citadas, ha adoptado criterios más específicos en relación con los límites a la libertad de empresa. Al respecto, en la sentencia STC 89/2017 ha establecido que, cuando se trate del ejercicio de una actividad económica y no propiamente del acceso a la misma, para aplicar el test de proporcionalidad se debe examinar a) que la limitación constituye una medida adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y b) que no determina, por la intensidad de la limitación, la privación del derecho:

7. [...] El artículo 5 de la Ley 20/2013 recoge el denominado principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes. Conforme a él, las autoridades regulatorias, cuando establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad económica, deben hacerlo en las condiciones establecidas en el propio precepto. [...].

14. [...] Para determinar, por tanto, la conformidad del artículo 18.1 de la Ley 20/2010 con el artículo 38 CE procede examinar si las concretas obligaciones establecidas por aquel, y que afectan al ejercicio de una actividad económica y no propiamente al acceso a la misma, constituyen una medida adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo (SSTC 53/2014, de 10 de abril, FJ 7; 30/2016, de 18 de febrero, FJ 6, y 35/2016, de 3 de marzo, FJ 4) y no determinan, por la intensidad de la limitación, la privación del derecho. En relación esta última exigencia, el control que puede ejercer este Tribunal es meramente negativo y se reduce a constatar que la medida restrictiva no conlleva una limitación del derecho a la libertad de empresa de tal entidad que pueda determinar un impedimento

⁷⁸³ Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 35/2016, de 3 de marzo, FJ 4.

⁷⁸⁴ *Infra*, 3.4.3.1. El aterrizaje de la filosofía Bolkestein en el Derecho español.

práctico de su ejercicio. Son estos extremos los que corresponde examinar al Tribunal cuando tenga que analizar si la limitación que impone el legislador al derecho a la libertad de empresa es acorde con su contenido esencial. Ir más allá, en estos casos, supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador, que representa la plasmación de una legítima opción política (SSTC 53/2014, de 10 de abril, FJ 7, y 35/2016, de 3 de marzo, FJ 4)⁷⁸⁵.

Como se puede observar, España es un país que desde la promulgación de su Constitución de 1978, a diferencia de México⁷⁸⁶, incorporó a su sistema jurídico la teoría general de los derechos fundamentales más avanzada que existe en el mundo occidental. Es gracias a esta doctrina constitucional que el Derecho español cuenta con bases axiológicas y jurídicas sólidas para desarrollar una verdadera teoría sobre la libertad de empresa (y sobre cualquier otro derecho fundamental). Si bien es cierto que pueden existir opiniones favorables o contrarias a las posturas que el Tribunal Constitucional adopta en relación con la libertad de empresa, es una realidad que en el sistema jurídico español podemos encontrar una teoría uniforme sobre esta libertad fundamental que, sin ser perfecta y absolutamente consistente (en nuestra opinión, al ser producto de la imperfecta humanidad, ninguna teoría jurídica lo es ni puede serlo), permite que este derecho fundamental tenga vigencia y aplicabilidad en realidad social, económica y jurídica de España.

La libertad de empresa es un derecho vivo que, en términos generales, se toma bastante en serio en el contexto del Derecho español. Prueba de ello es la numerosa jurisprudencia que citamos en este breve análisis (que únicamente representa una pequeñísima parte de la totalidad de sentencias que en este país existen sobre la materia), en la que el Tribunal Constitucional, partiendo de problemas reales, precisa y delimita los elementos y características esenciales de la libertad de empresa que la hacen verdaderamente aplicable a los casos concretos de la sociedad española: su definición; su naturaleza jurídica; la identificación de

⁷⁸⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 89/2017, de 4 de julio, FJ 7 y 14.

⁷⁸⁶ *Supra*, 1.3.9. Crítica a la reforma constitucional en materia de derechos humanos: Un nuevo paradigma insuficiente e incompleto.

sus dimensiones subjetiva y objetiva; la precisión de quienes son sus titulares y quiénes los sujetos obligados; la determinación de su contenido esencial; y los lineamientos relativos a sus límites.

Como se puede observar, estamos en presencia de un círculo virtuoso. Gracias a que en la Constitución Española se incorpora una buena teoría general de los derechos fundamentales, resulta más fácil y habitual que las personas invoquen y defiendan la libertad de empresa en los problemas concretos que someten al conocimiento de los tribunales, y así, a partir de estos casos prácticos, el Tribunal Constitucional puede ir desarrollando y consolidando una teoría particular sobre la libertad de empresa (y sobre cualquier otro derecho fundamental). En México, lamentablemente sucede lo contrario: estamos atascados en un círculo vicioso, ya que, a pesar de la reforma constitucional de junio de 2011 en materia de derechos humanos, nuestro país no cuenta con una adecuada teoría sobre los derechos fundamentales⁷⁸⁷, lo que hace que la libertad de empresa (y todos los demás derechos humanos) sea un simple derecho de papel (vacío de contenido), que, a pesar de estar reconocido expresamente en el artículo 5° de la Constitución, no tiene una verdadera operatividad ni aplicación en la realidad de nuestro país⁷⁸⁸.

En ese tenor, utilizando el ejemplo del sistema jurídico español, nosotros buscamos que México entre en un círculo virtuoso en materia de derechos fundamentales, especialmente en relación con la libertad de empresa. Al efecto, en la presente investigación desentrañamos el significado y el contenido de la libertad de empresa en el sistema jurídico mexicano, para lo cual, mediante nuestra labor de interpretación y creación jurídica, precisamos y desarrollamos los elementos esenciales mínimos que esta libertad fundamental tiene –y debe tener– para adquirir vigencia y funcionalidad en nuestro sistema jurídico: su significado; su naturaleza jurídica; su contenido esencial; sus dimensiones subjetiva y objetiva; su objeto; su titularidad; los sujetos obligados; sus límites; y medios de garantía.

⁷⁸⁷ *Supra*, 1.3.9. Crítica a la reforma constitucional en materia de derechos humanos: Un nuevo paradigma insuficiente e incompleto.

⁷⁸⁸ *Supra*, 1.4.3. La inexistencia de un pensamiento estructurado y continuado sobre la libertad de empresa.

3.4.3.1. El aterrizaje de la filosofía Bolkestein en el Derecho español.

En consonancia con la teoría constitucional española sobre la libertad de empresa antes reseñada, también incluimos en nuestro estudio comparado la incorporación de la *filosofía Bolkestein* en el sistema jurídico español, ya que, como vimos en líneas más arriba, sus disposiciones conllevan, como efecto reflejo, una optimización de la libertad de empresa en el sector servicios. Así, en un principio, derivado del deber que tienen los Estados comunitarios de cumplir con los objetivos consignados en las Directivas de la Unión Europea⁷⁸⁹, el Estado Español promulgó dos leyes para dar cumplimiento a la Directiva Bolkestein e incorporar sus principios a la legislación nacional⁷⁹⁰:

- a) Una ley transversal, la ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (popularmente conocida como “Ley Paraguas”)⁷⁹¹.
- b) Una ley de modificación de leyes estatales sectoriales, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (popularmente conocida como “Ley Ómnibus”)⁷⁹².

⁷⁸⁹ *Supra*, 3.4.2.2. La Directiva Bolkestein.

⁷⁹⁰ Cidoncha Martín, Antonio, “El impacto...” *cit.*, p. 247.

⁷⁹¹ Para consultar el contenido completo de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, véase: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-18731> (consultado el 09 de agosto de 2018). De conformidad con el preámbulo y con el artículo 1º, el objetivo de esta ley, tal como lo ordena la Directiva Bolkestein, es establecer las disposiciones y principios necesarios para garantizar el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio realizadas en territorio español por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea, simplificando los procedimientos y fomentando al mismo tiempo un nivel elevado de calidad en los servicios, promoviendo un marco regulatorio transparente, predecible y favorable para la actividad económica, impulsando la modernización de las Administraciones Públicas para responder a las necesidades de empresas y consumidores y garantizando una mejor protección de los derechos de los consumidores y usuarios de servicios.

⁷⁹² Para consultar el contenido completo de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, véase: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-20725> (consultado el 09 de agosto de 2018). De conformidad con el preámbulo, el objetivo de esta ley es doble. En primer lugar, adapta la normativa estatal de rango legal a lo dispuesto en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. En segundo lugar, con objeto de dinamizar en mayor medida el sector servicios y de alcanzar ganancias de competitividad en relación con nuestros socios europeos, extiende los principios de buena regulación a sectores no afectados

Estas leyes, en su conjunto, incorporan al Derecho español los lineamientos ordenados por la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva Bolkestein), la cual, tal como lo apuntamos anteriormente, únicamente regula las actividades económicas de servicios, sin que sus disposiciones resulten aplicables al resto de actividades económicas empresariales. Con la transposición de la Directiva Bolkestein en el sistema jurídico español, se produjo un cambio sustancial en el régimen de las autorizaciones administrativas para el ejercicio de actividades de servicios: “El hilo conductor de esta regulación es la prohibición de intervenciones autorizatorias de carácter previo como regla general y su admisión como excepción, pero a condición de superar el mismo test que rige para la libre prestación de servicios: no discriminación, necesidad y proporcionalidad”⁷⁹³.

Sin embargo, consideramos que estas leyes perdieron importancia (de cierta forma fueron absorbidas por una norma más ambiciosa), ya que el día 10 de diciembre de 2013 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (de ahora en adelante LGUM)⁷⁹⁴, con la cual, bajo el pretexto de hacer efectivo el principio constitucional de unidad de mercado en el territorio español⁷⁹⁵, se extiende la *Filosofía Bolkestein* más allá de las actividades de servicios (único ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123/CE y de las Leyes 17/2009 y 25/2009), pues, de conformidad con su artículo 2º, “Esta Ley será de aplicación al acceso a actividades económicas en

por la Directiva, siguiendo un enfoque ambicioso que permitirá contribuir de manera notable a la mejora del entorno regulatorio del sector servicios y a la supresión efectiva de requisitos o trabas no justificados o desproporcionados.

⁷⁹³ Cidoncha Martín, Antonio, “El impacto...” *cit.*, p. 251.

⁷⁹⁴ Para consultar el contenido completo de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, véase: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2013/BOE-A-2013-12888-consolidado.pdf> (consultado el 13 de agosto de 2018).

⁷⁹⁵ Cidoncha Martín, Antonio, “Sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado: Una reflexión jurídico-constitucional”, *Revista CEFLEGAL*, España, núm. 179, 2015, pp. 109 y 110. De conformidad con el autor en cita, la unidad de mercado es un (sub)principio constitucional implícito, derivado del principio constitucional, también implícito, de unidad económica. La unidad económica tiene, en rigor, dos manifestaciones: una de ellas es la unidad de mercado, que demanda una estructuración unitaria del mercado nacional; y la otra es la unidad de la política económica, que exige la adopción de medidas de política económica aplicables, con carácter general, a todo el territorio nacional, al servicio de una serie de objetivos de carácter económico fijados por la propia CE.

condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional”.

La LGUM, en consecuencia, “es una ley de maximización de la libertad de empresa y de libertad profesional, que se proyecta sobre todas las actividades económicas en condiciones de mercado y sobre todos los operadores económicos legalmente establecidos en cualquier parte del territorio nacional”⁷⁹⁶. La LGUM, en este sentido, va mucho más allá de lo que exige la Directiva de Servicios 2006/123/CE, por lo que, en palabras coloquiales y a partir de la promulgación de esta ley, podemos afirmar que en España se ha implementado la *filosofía Bolkestein* de manera ampliada y exacerbada:

Ampliada, porque la Directiva auspicia la liberalización de las actividades de servicios y no de todas ellas (hay numerosos sectores excluidos), mientras que la ley extiende la liberalización (la *filosofía Bolkestein*) a todas las actividades económicas en condiciones de mercado. Exacerbada, porque la Directiva sólo limita, sometiendo al control de proporcionalidad (mutilado), las intervenciones autorizaciones previas y, además, no cierra las razones imperiosas de interés general que puedan justificarlas. Por el contrario, la LGUM somete a control de proporcionalidad (mutilado) toda limitación a la libre iniciativa económica (bien sea al acceso, bien sea al ejercicio), y, además, cierra a los poderes públicos (las autoridades competentes) las razones para limitarla, que se reducen a las del artículo 3.11 de la Ley Paraguas y a sólo cuatro cuando la limitación consista en someter a autorización previa el inicio de actividades económicas⁷⁹⁷.

En ese orden de ideas, los aspectos de la LGUM que consideramos más importantes para la libertad de empresa, pues se traducen en su maximización y potencialización, son los siguientes:

- a) Esta ley resulta aplicable al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio español (art. 2.2).

⁷⁹⁶ *Ibidem*, p. 120.

⁷⁹⁷ *Ibidem*, p. 127.

- b) Para los efectos de esta ley, se entiende por actividad económica, “cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta ajena de los medios de producción, de los recursos humanos o de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios”; y, por operador económico, “cualquier persona física o jurídica o entidad que realice una actividad económica en España” (Anexo Definiciones de la LGUM), “sea un empresario en ejercicio de su libertad de empresa ex artículo 38 de la CE, o un profesional en ejercicio de su libertad profesional ex artículo 35.1 de la CE”⁷⁹⁸.
- c) De conformidad con esta ley, el libre acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y, en consecuencia, sólo podrá limitarse con estricto apego al principio de reserva de ley y de conformidad con el test de proporcionalidad, integrado por los subprincipios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (arts. 16 y 17). En palabras más sencillas, el libre acceso y el ejercicio de actividades económicas únicamente podrá limitarse por ley “cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realice la actividad” (art. 17), y, a su vez, estos intereses legítimos no puedan salvaguardarse mediante instrumentos de control *a posteriori*, como una declaración responsable o una comunicación⁷⁹⁹.

⁷⁹⁸ *Ibidem*, pp. 121 y 122.

⁷⁹⁹ Laguna de Paz, José Carlos, “Controles administrativos para el acceso al mercado: autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas”, en Vicente Blanco, Dámaso-Javier y Rivero Ortega, Ricardo (dirs.), *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, España, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Castilla y León, 2010, pp. 324 y 325. De conformidad con el autor en cita, 1) la declaración responsable es un documento suscrito por el interesado, en el que manifiesta que 1.1) cumple con los requisitos establecidos en la normativa para acceder al reconocimiento de un derecho o para su ejercicio; 1.2) dispone de la documentación que así lo acredita; y 1.3) se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento y ejercicio. 2) La comunicación previa es un documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad. En ese orden de ideas, estas técnicas no se configuran como medios de control previo del ejercicio de la actividad, sino más bien como expedientes informativos.

- d) En pocas palabras, la LGUM es un Bolkestein a lo grande, pues extiende la liberalización que auspicia la Directiva de Servicios 2006/123/CE a todas las actividades económicas que se ejercen en condiciones de mercado⁸⁰⁰.

Dicho esto, al igual que lo manifestamos con anterioridad en relación con la Directiva de Servicios 2006/123/CE, consideramos que la ampliación de la *filosofía Bolkestein* que hace la LGUM es absolutamente necesaria e indispensable para tomarnos en serio la libertad de empresa, y así interpretarla y aplicarla como un verdadero derecho fundamental. En nuestra opinión, la LGUM viene a complementar el primer paso que dio la Directiva Bolkestein respecto del sector servicios, ya que de manera atinada extiende su ámbito de aplicación a todas las actividades económicas empresariales que se desempeñan en condiciones de mercado (bien jurídico tutelado por la libertad de empresa).

La libertad de empresa, entendida como la libertad inherente a todas las personas sin distinción alguna, que las faculta para realizar actividades económicas adoptando la forma de empresa, participando y/o compitiendo dentro del mercado, es un derecho humano de libertad que tutela el ejercicio privado de actividades empresariales lícitas (no sólo de servicios, sino cualquier actividad empresarial privada y lícita); por lo que, para el ejercicio de esta libertad fundamental, no es –ni debería ser– necesaria una autorización previa por parte del Estado, y es precisamente esta regla general la que establece la LGUM en el Derecho español. Sin embargo, reiteramos que no se debe pasar por alto que ésta es la regla general y que, como tal, admite excepciones; más cuando hablamos de derechos fundamentales, puesto que ninguno de éstos es –ni debe ser– absoluto, y, por lo tanto, quedan sujetos a los límites que ordene el interés general y la salvaguarda de otros bienes y/o derechos constitucionales legítimos.

⁸⁰⁰ Cidoncha Martín, Antonio, “Sobre...” *cit.*, p. 120.

La *filosofía Bolkestein* que a través de la LGUM se extiende a todas las actividades empresariales que se ejercen en condiciones de mercado, en nuestra opinión, representa un cambio de paradigma en la concepción de la libertad de empresa, pues contribuye a exorcizarla de dos terribles fantasmas que siempre la han perturbado: a) el prejuicio de que la iniciativa económica privada, más que una libertad, es una concesión del poder (una regalía); y b) la idea de que las actividades económicas privadas, guiadas por el interés particular, son actividades sospechosas y potencialmente lesivas del interés general⁸⁰¹. En vista de todo lo anterior, estamos convencidos de que la *filosofía Bolkestein* se debe incorporar al derecho mexicano, adecuándola a las particularidades de nuestro sistema jurídico, para así contribuir a la comprensión de la libertad de empresa como un verdadero derecho fundamental en relación con todas las actividades empresariales que se ejercen en condiciones de mercado.

⁸⁰¹ Cidoncha Martín, Antonio, "El impacto..." *cit.*, p. 276.

CAPÍTULO CUARTO

LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO MEXICANO

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 4.1. LAS DIMENSIONES SUBJETIVA Y OBJETIVA DE LA LIBERTAD DE EMPRESA. 4.2. EL OBJETO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA. 4.3. LA TITULARIDAD DE LA LIBERTAD DE EMPRESA. 4.3.1. LAS PERSONAS INDIVIDUALES O FÍSICAS (NATURALES) COMO TITULARES. 4.3.2. LAS PERSONAS JURÍDICAS O MORALES COMO TITULARES. 4.3.3. TRES CASOS ESPECIALES SOBRE LA TITULARIDAD DE LA LIBERTAD DE EMPRESA: LOS EXTRANJEROS, EL EMPRESARIO PÚBLICO Y LOS EMPRESARIOS SOCIALES. 4.3.3.1. LOS EXTRANJEROS COMO TITULARES. 4.3.3.2. ¿EL ESTADO COMO EMPRESARIO PÚBLICO (EMPRESA PÚBLICA) ES TITULAR DE LA LIBERTAD DE EMPRESA? 4.3.3.3. ¿LOS EMPRESARIOS SOCIALES (SECTOR SOCIAL DE LA ECONOMÍA) SON TITULARES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA? 4.4. LOS SUJETOS OBLIGADOS POR LA LIBERTAD DE EMPRESA. 4.4.1. EL ESTADO COMO SUJETO OBLIGADO. 4.4.2. EFICACIA HORIZONTAL: ¿LA LIBERTAD DE EMPRESA TIENE APLICACIÓN EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES? 4.5. LÍMITES A LA LIBERTAD DE EMPRESA. 4.5.1. LÍMITES DIRECTOS. 4.5.1.1. LOS LÍMITES DERIVADOS DEL ATAQUE A LOS DERECHOS DE TERCERO Y DE LA OFENSA A LOS DERECHOS DE LA SOCIEDAD. 4.5.1.2. LOS "LÍMITES" DERIVADOS DE LA RECTORÍA ECONÓMICA Y LA PLANEACIÓN DEL DESARROLLO NACIONAL. 4.5.1.3. LAS ÁREAS ESTRATÉGICAS DE LA ECONOMÍA. 4.5.1.4. LA FIJACIÓN DE PRECIOS MÁXIMOS Y DE MODALIDADES EN LA DISTRIBUCIÓN DE ARTÍCULOS, MATERIAS Y/O PRODUCTOS NECESARIOS PARA LA ECONOMÍA NACIONAL Y/O EL CONSUMO POPULAR. 4.5.2. LÍMITES INDIRECTOS. 4.5.2.1. LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES. 4.5.2.2. LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES. 4.5.2.3. EL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. 4.5.3. LÍMITES A LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA. 4.5.3.1. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA. 4.5.3.2. EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY. 4.5.3.3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. 4.6. MEDIOS DE GARANTÍA DE LA LIBERTAD DE EMPRESA. 4.6.1. LOS MEDIOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL. 4.6.2. EL NUEVO ROL DE LOS JUECES LOCALES: CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. 4.6.3. LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS PROTECTORES DE LA COMPETENCIA. CONCLUSIONES.

Preámbulo.

Tal como lo apuntamos con anterioridad⁸⁰², la dimensión jurídica del problema que planteamos es que, en nuestro país, la libertad de empresa es un derecho humano incomprendido que incluso se mira con bastante temor y desconfianza. Así, en el desarrollo de nuestra investigación hemos podido constatar que la falta de estudio y análisis de esta libertad fundamental, tanto en la legislación como en la jurisprudencia y en la doctrina mexicanas, genera una situación de desconocimiento generalizado que, a su vez, repercute negativamente en las

⁸⁰² *Supra*, 1.4.3. La inexistencia de un pensamiento estructurado y continuado sobre la libertad de empresa.

actividades económicas que realizan los micro, pequeños y medianos empresarios, por no contar con una base axiológica sólida (principio) que respalde y tutele el desarrollo de su actividad económica.

Consideramos que en el derecho mexicano no existe un pensamiento estructurado y continuado sobre la libertad de empresa⁸⁰³, ya que, fuera del reconocimiento expreso que se hace de esta libertad fundamental en el artículo 5° constitucional, no encontramos legislación ni criterios interpretativos uniformes que precisen y desarrollen los elementos esenciales mínimos que todo derecho humano tiene –y debe tener– para adquirir vigencia y funcionalidad en nuestro sistema jurídico: su significado; su naturaleza jurídica; su contenido esencial; sus dimensiones subjetiva y objetiva; su objeto; su titularidad; los sujetos obligados; sus límites y medios de garantía⁸⁰⁴.

⁸⁰³ Cossío, José Ramón, *óp. cit.*, pp. 82 y 83.

⁸⁰⁴ Hablando de la libertad de empresa, únicamente encontramos criterios interpretativos aislados y fragmentados relativos a sus límites; los que, al carecer de todo sentido de orden, continuidad y organización, de ninguna manera constituyen una teoría sobre esta libertad fundamental. Cfr. a) Tesis aislada (administrativa) con registro número 251053, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vol. 145-150, sexta parte, p. 285. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “TRANSPORTES, LIBERTAD DE COMERCIO. SUSPENSIÓN”; b) Tesis I.4o.C.240 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, enero de 2010, p. 2171. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “PACTOS DE NO COMPETENCIA EN LA ENAJENACIÓN O TRASPASO DE EMPRESAS. NO VIOLAN LA LIBERTAD DE OCUPACIÓN”; c) Tesis PC.I.A. J/41 A (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, agosto de 2015, p. 1416. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “DEPÓSITO FISCAL. LA REGLA 4.5.8. DE LAS DE CARÁCTER GENERAL EN MATERIA DE COMERCIO EXTERIOR PARA 2012 Y 2014, AL EXCLUIR DE AQUEL RÉGIMEN ADUANERO A LAS MERCANCÍAS CLASIFICADAS EN LOS CAPÍTULOS 50 A 64 DE LA TARIFA DE LA LEY DE LOS IMPUESTOS GENERALES DE LA IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN (TIGIE), NO RESTRINGE INJUSTIFICADAMENTE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE COMERCIO”; d) Tesis 2a. XL/2014 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 1011. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “TABLA RESUMEN DE DISTANCIAS MÍNIMAS ENTRE CENTROS DE ALMACENAMIENTO Y DISTRIBUCIÓN DE MATERIALES DE COMBUSTIBLES (ESTACIONES DE SERVICIOS, ESTACIONES DE CARBURACIÓN Y PLANTAS DE ALMACENAMIENTO DE GAS L.P.) CON CUALQUIER OTRO USO DE SUELO, PUBLICADA EN EL PERIÓDICO OFICIAL DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES EL 18 DE ABRIL DE 2011. NO VIOLA EL DERECHO DE LIBERTAD DE COMERCIO Y/O TRABAJO”; e) Tesis 2a. LVIII/2013 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, julio de 2013, p. 1121. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “PODER SUSTANCIAL EN EL MERCADO. LOS ARTÍCULOS 12 Y 13 DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA NO VIOLAN EL DERECHO A LA LIBERTAD DE TRABAJO Y DE COMERCIO”; f) Tesis 1a. XVIII/2013 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, enero de 2013, p. 624. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “CONCURSOS MERCANTILES. EL ARTÍCULO 89 DE LA LEY RELATIVA, AL PREVER LA OBLIGACIÓN DE CONVERTIR EN UNIDADES DE INVERSIÓN (UDIS) LOS CRÉDITOS CONTRATADOS EN MONEDA NACIONAL O EXTRANJERA, CON O SIN GARANTÍA, NO VIOLA EL DERECHO A LA LIBERTAD DE COMERCIO”; g) Tesis 2a. CLX/2017 (10ª), *gaceta del*

Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, octubre de 2017, p. 1219. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “COMISIÓN REGULADORA DE ENERGÍA. DETERMINACIÓN DE LAS CONTRAPRESTACIONES, PRECIOS Y TARIFAS EN MATERIA DE HIDROCARBUROS Y SU RELACIÓN CON EL DESARROLLO ECONÓMICO”; h) Tesis 2a. CX/2017 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, junio de 2017, p. 1455. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “TURISMO. LOS ARTÍCULOS 46 A 52, 69 Y DEMÁS RELATIVOS DE LA LEY GENERAL RESPECTIVA, CONSIDERADOS COMO PARTE DEL SISTEMA NORMATIVO QUE REGULA AL REGISTRO NACIONAL DE TURISMO, NO VIOLAN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE COMERCIO”; i) Tesis I.lo.A.E.139 A (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. IV, mayo de 2016, p. 2826. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “PLAN TÉCNICO FUNDAMENTAL DE INTERCONEXIÓN E INTEROPERABILIDAD, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE FEBRERO DE 2009. NO VIOLA EL PRINCIPIO DE LIBERTAD TARIFARIA”; j) Tesis 2ª./J. 106/2015 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, agosto de 2015, p. 862. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “PREVENCIÓN E IDENTIFICACIÓN DE OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA. LA LEY FEDERAL RELATIVA NO VIOLA EL DERECHO A LA LIBERTAD DE TRABAJO Y DE COMERCIO”; k) Tesis 2ª. LXXV/2015 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, agosto de 2015, p. 1191. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “COMPETENCIA ECONÓMICA. LOS ARTÍCULOS 2º, 8º, 9º, FRACCIÓN IV, 23, 24, FRACCIONES I, IV Y XIX, 25, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35 Y 36 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, VIGENTE HASTA EL 6 DE JULIO DE 2014, NO CONTRAVIENEN LA LIBERTAD DE COMERCIO POR OTORGAR ATRIBUCIONES A LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA PARA INVESTIGAR, REQUERIR A LOS PARTICULARES Y AGENTES ECONÓMICOS LA INFORMACIÓN O DOCUMENTACIÓN QUE ESTIME RELEVANTE Y PERTINENTE, CITAR A DECLARAR A QUIENES TENGAN RELACIÓN CON LOS HECHOS DE QUE SE TRATE, ASÍ COMO DE REALIZAR VISITAS DE VERIFICACIÓN EN EL DOMICILIO DEL INVESTIGADO, EN QUE SE PRESUMA QUE EXISTEN ELEMENTOS NECESARIOS PARA LA EXISTENCIA DE MONOPOLIOS, PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, ESTANCOS Y CONCENTRACIONES”; l) Tesis I.lo.A.E. 138 A (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. IV, mayo de 2016, p. 2827. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “PLAN TÉCNICO FUNDAMENTAL DE INTERCONEXIÓN E INOPERABILIDAD, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE FEBRERO DE 2009. NO VIOLA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LIBERTAD DE TRABAJO Y DE EMPRESA, PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 5º DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”; m) Tesis 1a. LXXXVIII/2012 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, mayo de 2012, p. 1105. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “JUEGOS CON APUESTAS Y SORTEOS. EL ARTÍCULO 20 DE LA LEY DEL IMPUESTO ESPECIAL SOBRE PRODUCCIÓN Y SERVICIOS NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE COMERCIO”; n) Tesis 2aa. CXXVIII/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 283. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “SOCIEDADES DE INFORMACIÓN CREDITICIA. EL ARTÍCULO 29, TERCER PÁRRAFO, DE LA LEY PARA REGULARLAS, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE COMERCIO (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 1º DE FEBRERO DE 2008)”; o) Tesis 654, *Apéndice de 1995*, Séptima Época, t. III, parte TCC, p. 476. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “COMERCIO, LIBERTAD DE. INTERÉS JURÍDICO”; p) Tesis 653, *Apéndice de 1995*, Séptima Época, t. III, parte TCC, p. 475. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “COMERCIO, LIBERTAD DE. FALTA DE CONTESTACIÓN A LAS SOLICITUDES DE LICENCIA. DERECHO DE PETICIÓN Y CLAUSURAS (BARES)”; q) Tesis 147, *Apéndice de 1995*, Cuarta Época, t. III, parte SCJN, p. 100. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “PULQUE, LICENCIA PARA EXPENDIOS DE”; r) Tesis 23, *Apéndice de 1995*, Quinta Época, t. III, parte SCJN, p. 18. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “BEBIDAS EMBRIAGANTES, EXPENDIOS DE”; s) Tesis 384, *Apéndice de 1995*, Séptima Época, t. I, parte HO, p. 356. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “IMPUESTOS, EL COBRO DE LOS, AJUSTADOS A LA CONSTITUCIÓN, NO VIOLA EL ARTÍCULO 4º CONSTITUCIONAL”; t) Tesis 234, *Apéndice de 1995*, Octava Época, t. I, parte SCJN, p. 221. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “MÁQUINAS REGISTRADORAS DE COMPROBACIÓN FISCAL. SU IMPLANTACIÓN OBLIGATORIA PARA LOS CONTRIBUYENTES CON LOCAL FIJO NO VIOLA LA LIBERTAD DE COMERCIO”; u) Tesis 105, *Apéndice de 1995*, Séptima Época, t. I, parte SCJN, p. 114. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “DISTANCIA, REQUISITO DE. LAS LEYES

En el contexto del sistema jurídico mexicano, consideramos que los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia para verdaderamente desarrollar los derechos fundamentales aún son muy frágiles y dispersos⁸⁰⁵, observando con preocupación que, de manera particular, el derecho a la libertad de empresa adolece de un atraso alarmante y acentuado, sobre todo cuando hablamos de micro, pequeños y medianos empresarios⁸⁰⁶. Por ello, la realidad constitucional de nuestro país se caracteriza por la necesidad de desarrollar y de ajustar la dogmática de los derechos fundamentales a las demandas y desafíos contemporáneos. Frente a esta problemática, la justicia constitucional tiene como desafío pendiente revisar sus propias fuentes doctrinarias para poder otorgarle a los derechos fundamentales, por medio de la argumentación e interpretación jurídicas⁸⁰⁷, un rol protagónico en la configuración y el desarrollo del Estado social y constitucional mexicano⁸⁰⁸.

En este contexto, la hermenéutica jurídica es una cuestión clave dentro de la teoría general del derecho, que adquiere una mayor importancia cuando se trata de la interpretación de los derechos fundamentales (que se encuentran reconocidos en forma de “principios”), pues éstos no responden al esquema condicional y teóricamente cerrado de los enunciados jurídicos clásicos (reglas): “si se dan determinados supuestos de hecho deberán aplicarse específicas consecuencias

QUE LO FIJAN SON VIOLATORIAS DE LOS ARTÍCULOS 4° Y 28 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (REGLAMENTO DE EXPENDIOS DE LECHE EN EL MUNICIPIO DE TORREÓN, COAHUILA)”; v) Tesis 85, *Apéndice de 1995*, Séptima Época, t. I, parte SCJN, p. 98. “BEBIDAS EMBRIAGANTES, EXPENDIOS DE. PROHIBICIÓN TEMPORAL PARA ESTABLECER NUEVOS. EL ARTÍCULO 250 DEL CÓDIGO SANITARIO QUE LA ESTATUYE NO ES INCONSTITUCIONAL”.

⁸⁰⁵ *Supra*, 1.3.9. Crítica a la reforma constitucional en materia de derechos humanos: Un nuevo paradigma insuficiente e incompleto. Tal como lo apuntamos con anterioridad, en nuestro país estamos atascados en un círculo vicioso, ya que, a pesar de la reforma constitucional de junio de 2011 en materia de derechos humanos, nuestro derecho no cuenta con una adecuada teoría general sobre los derechos fundamentales, lo que hace que la libertad de empresa (y todos los demás derechos humanos) sea un simple derecho de papel (vacío de contenido), que, a pesar de estar reconocido expresamente en el artículo 5° de la Constitución, no tiene una verdadera operatividad ni aplicación en la realidad de nuestro país.

⁸⁰⁶ Landa, César, *óp. cit.*

⁸⁰⁷ Gómez García, Juan Antonio, *La argumentación jurídica. Teoría y práctica*, España, Editorial Dykinson, 2017, p. 159. De conformidad con el autor en cita, argumentar jurídicamente es una actividad de gran complejidad que incorpora elementos de naturaleza formal, material y pragmática, los cuales deben integrarse proporcionada y adecuadamente en los argumentos y en el proceso argumentativo si se quiere lograr un resultado satisfactorio, en función del contexto y del ámbito argumentativo en que nos encontremos.

⁸⁰⁸ Landa, César, *óp. cit.*

legales⁸⁰⁹. Por el contrario, los derechos fundamentales son normas constitucionales que tienen una estructura abierta, de programación finalista, que los convierte en un marco jurídico susceptible de diversas concreciones. Por ello, el hecho de que en el sistema jurídico mexicano no exista un pensamiento estructurado y continuado sobre la libertad de empresa (y, en general, sobre la teoría general de los derechos fundamentales), no se trata de un problema de enunciados confusos que haya que esclarecer, sino que, por el contrario, la interpretación de los derechos fundamentales es –debe ser– una labor mayormente creadora, de determinación de lo abstractamente formulado en el enunciado constitucional⁸¹⁰.

En vista de todo lo anterior, derivado del carácter prioritario que tienen los micro, pequeños y medianos empresarios en la economía mexicana, en el presente capítulo desarrollamos el núcleo de la propuesta que abanderamos en nuestra investigación: aprovechando las posibilidades que nos brinda la globalización en materia de protección de los derechos humanos, realizamos un estudio crítico-propositivo de la libertad de empresa en el sistema jurídico mexicano, en el que desentrañamos el significado y el contenido de la fórmula en la que este derecho está reconocido en el artículo 5° de nuestra Constitución. En pocas palabras, proponemos una nueva manera de interpretar la libertad de empresa en el derecho mexicano, a efecto de que, acompañado de las garantías adecuadas, se consolide en los ámbitos legislativo, jurisprudencial y doctrinario, especialmente en relación con los micro, pequeños y medianos empresarios, para que, de esta forma, esta libertad fundamental se configure como una disposición jurídica vinculante y como un verdadero principio orientador e interpretativo de todo nuestro sistema jurídico, robusteciendo así las diversas actividades y funciones que desempeñan dichos empresarios, especialmente en el desarrollo económico y en la generación de empleo.

⁸⁰⁹ Bastida, Francisco J. *et al.*, *óp. cit.*, pp. 48 y 49.

⁸¹⁰ *Ídem.*

En este sentido, realizando una interpretación sistemática y en clave de derechos humanos de nuestra *Carta Magna*, en el presente capítulo precisamos y desarrollamos los elementos esenciales mínimos que la libertad de empresa tiene –y debe tener– para adquirir vigencia y funcionalidad en nuestro sistema jurídico: sus dimensiones subjetiva y objetiva; su objeto, que es el bien jurídico tutelado por esta libertad fundamental; su titularidad por parte de las personas individuales y jurídicas, analizando los casos especiales de los extranjeros, del Estado como empresario público y de los empresarios sociales; los sujetos obligados por esta libertad fundamental, analizando su eficacia vertical y horizontal; sus límites directos e indirectos; así como los medios de garantía para prevenir, sancionar y/o reparar las lesiones de este derecho fundamental. En palabras más sencillas, con esto buscamos que México entre en un círculo virtuoso en materia de derechos fundamentales, especialmente en relación con la libertad de empresa.

Nuestro objetivo, como se puede observar, es bastante sencillo, y, en nuestra opinión, debería ser la brújula que oriente a todos los estudiosos de la ciencia jurídica: que el derecho, mediante la investigación científica, se utilice como un instrumento para contribuir a solucionar, de manera creativa e innovadora, los problemas que afectan a la sociedad.

4.1. Las dimensiones subjetiva y objetiva de la libertad de empresa.

Una vez demostrado el carácter de derecho humano que tiene la libertad de empresa⁸¹¹, es de suma importancia abordar sus dimensiones subjetiva y objetiva: su doble carácter como derecho subjetivo y como elemento esencial del orden jurídico-político mexicano⁸¹². Así, en palabras de Víctor García Toma, “en el primer caso, se expresa como un atributo objeto de tuitividad contra las intervenciones u obstáculos arbitrarios e injustificados por parte del Estado o de terceros (particulares). En el segundo caso, se expresa como un elemento constitutivo del ordenamiento jurídico que confronta valores materiales o institucionales sobre los cuales se estructura la actividad económica en el Estado”⁸¹³.

En el mismo sentido, el doctor Tole Martínez habla de la estructura dual de los derechos fundamentales, que implica que,

junto a la relación inmediata Estado-ciudadano –dimensión subjetiva– (y nosotros agregaríamos también las relaciones que se dan entre los particulares, en las cuales también deben observarse y cumplimentarse los derechos humanos –eficacia horizontal–), aparecen de modo universal los principios elementales de organización para la vida social, donde la norma objetiva no reconoce un objeto de regulación ni unos destinatarios determinados, sino que adquieren el carácter de normas indeterminadas y abiertas dirigidas a la expansión, que rigen en toda dirección y en todos los ámbitos del derecho –dimensión objetiva-⁸¹⁴.

⁸¹¹ *Supra*, 2.3.2. Naturaleza jurídica: ¿La libertad de empresa es un derecho humano? Y 2.3.2.2. ¿Qué implica que la libertad de empresa sea un derecho fundamental?

⁸¹² Cidoncha Martín, Antonio, “Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial”, *UNED Teoría y Realidad Constitucional*, España, núm. 23, 2009, p. 147.

⁸¹³ García Toma, Víctor, *op. cit.*, p. 928. Los paréntesis son nuestros.

⁸¹⁴ Tole Martínez, Julián, *La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El Estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1510.pdf> (consultado el 24 de enero de 2017), pp. 272 y 273. Las ideas entre paréntesis y entre guiones son nuestras.

En este orden de ideas, la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales se refiere a las facultades de acción que éstos reconocen a la persona titular en el ámbito de la vida existencial y coexistencial, y que, en consecuencia, permiten a los titulares de los derechos fundamentales exigir el cumplimiento cabal, exacto y preciso de lo dispuesto normativamente⁸¹⁵. En otras palabras, un derecho humano en su dimensión subjetiva, como su mismo nombre lo indica, adquiere la forma jurídica de un derecho subjetivo, considerado como la facultad o potestad atribuida al sujeto titular a la que corresponde una obligación y/o deber a cargo del Estado o de otros particulares⁸¹⁶.

Por su parte, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, al considerar que éstos son elementos esenciales del orden jurídico-político⁸¹⁷, genera tres consecuencias principales que explicamos siguiendo a Anzures Gurría⁸¹⁸:

1. El efecto irradiación de los derechos fundamentales. Por medio de este efecto, los derechos fundamentales permean como principios y valores en todos los sectores del ordenamiento jurídico (por ejemplo y de manera enunciativa, en los ámbitos civil, mercantil, fiscal, laboral o penal); por lo que, en consecuencia, estos derechos deben tomarse en cuenta al momento de interpretar y aplicar las normas de cada una de estas ramas jurídicas.
2. Los mandatos de acción al Estado. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, por otro lado, significa que éstos dejan de ser sólo límites al poder del Estado para convertirse también en mandatos que éste debe cumplir. En otras palabras, el Estado se encuentra vinculado a los derechos fundamentales de una doble manera: por un lado, en su sentido tradicional, absteniéndose de lesionar la esfera jurídica de las personas, y, por el otro,

⁸¹⁵ García Toma, Víctor, *óp. cit.*, p. 23.

⁸¹⁶ Vallado Berrón, Fausto E., *El derecho subjetivo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/viewFile/25431/22833> (consultado el 26 de enero de 2017), p. 133.

⁸¹⁷ Cidoncha Martín, Antonio, "Garantía..." *cit.*, p. 147.

⁸¹⁸ Anzures Gurría, José, "La dimensión objetiva de los derechos fundamentales en México", *Díkaion*, Colombia, año 31, vol. 26, núm. 1, 2017, pp. 54-67.

en cuanto a su dimensión objetiva, procurando que el disfrute de los derechos sea real y efectivo en todos los sectores del ordenamiento jurídico.

3. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Estrechamente ligada con los anteriores efectos (y se podría decir que como consecuencia de los mismos), la dimensión objetiva sirve como fundamento de la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, que reconoce que éstos despliegan su eficacia no sólo frente al poder del Estado (eficacia vertical), como originalmente fueron concebidos, sino que también son eficaces en las relaciones entre particulares, es decir, de ciudadano a ciudadano⁸¹⁹.

Ahora bien, la teoría sobre la dimensión objetiva de los derechos fundamentales es importantísima para el derecho mexicano, pues, no obstante que no se encuentra reconocida expresamente en nuestra Constitución⁸²⁰, ha sido adoptada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en jurisprudencia obligatoria⁸²¹, en la que, entre otras cuestiones, dispone lo siguiente:

Los derechos fundamentales gozan de una doble cualidad dentro del ordenamiento jurídico mexicano, ya que comparten una función subjetiva y una objetiva. Por una parte, la función subjetiva implica la conformación de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, constituyéndose como inmunidades oponibles en relaciones de desigualdad formal, esto es, en relaciones con el Estado. Por otro lado, en virtud de su configuración normativa más abstracta y general, los derechos fundamentales tienen una función objetiva, en virtud de la cual unifican, identifican e integran, en un sistema jurídico determinado, a las restantes normas que cumplen funciones más específicas. Debido a la concepción de los derechos fundamentales como normas objetivas, los mismos permean en el resto de componentes del sistema jurídico, orientando e inspirando normas e instituciones pertenecientes al mismo.

⁸¹⁹ *Infra*, 4.4.2. Eficacia horizontal: ¿la libertad de empresa tiene aplicación en las relaciones entre particulares?

⁸²⁰ Anzures Gurría, José, "La dimensión..." *cit.*, p. 62. De conformidad con el autor en cita, en ningún lugar de nuestro texto constitucional se señala que el Estado mexicano se fundamenta en la dignidad de la persona, ni se mencionan los derechos fundamentales como principios y valores de su ordenamiento jurídico, como lo hacen otras constituciones de otros países.

⁸²¹ Tesis 1a./J. 43/2016 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, septiembre de 2016, p. 333. Esta tesis tiene el rubro siguiente: "DERECHOS FUNDAMENTALES. SU DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA".

Sin embargo, hablando específicamente de la libertad de empresa, debemos mencionar que, en el desarrollo de nuestra investigación y después de haber realizado múltiples indagatorias al respecto, no encontramos, ni en la legislación ni en la jurisprudencia de nuestro país, una teoría acabada sobre esta libertad fundamental, por lo que, hablando específicamente de sus dimensiones subjetiva y objetiva, no localizamos ninguna disposición jurídica ni ningún criterio interpretativo formal que los desarrolle pormenorizadamente. En vista de lo anterior, debemos recurrir a la doctrina sobre la materia y realizar una interpretación integral de nuestra *Carta Magna*, especialmente de los artículos 5°, 25, 26, 27 y 28, para así estar en condiciones de proponer un criterio de interpretación acertado sobre las dimensiones subjetiva y objetiva de este importante derecho fundamental.

La aplicación de esta teoría a nuestro objeto de estudio, en primer lugar, nos lleva a afirmar que la libertad de empresa, como cualquier otro derecho humano, cuenta con a) una dimensión subjetiva, que se traduce en diversos derechos subjetivos en favor de sus titulares, y con b) una dimensión objetiva que, al estar estructurada esta libertad como un principio, irradia e impregna la totalidad de nuestro sistema jurídico, brindando pautas de acción e interpretación a todos los operadores jurídicos, tanto autoridades como particulares.

En este sentido, nosotros consideramos que la dimensión subjetiva de la libertad de empresa está estrechamente ligada con su contenido esencial, el que se traduce en diversas facultades y potestades (derechos subjetivos) de que son titulares todas las personas sin distinción alguna. En nuestra opinión y tal como lo desarrollamos con posterioridad⁸²², el contenido esencial de la libertad de empresa se integra por las posiciones iusfundamentales que corresponden a los tres momentos en que se despliega el ejercicio de actividades empresariales: inicio, ejercicio y cese.

⁸²² *Infra*, 4.5.3.1. El contenido esencial.

Y, precisamente, son estas posiciones iusfundamentales las que se traducen en diversos derechos subjetivos que tienen las personas como titulares de la libertad de empresa (facultades y potestades), los que pueden ejercitar y hacer valer frente al Estado (eficacia vertical) y frente a los demás particulares (eficacia horizontal). A manera de ejemplo, de forma meramente enunciativa, podemos mencionar la facultad que tiene toda persona para emprender una actividad económica que no sea de las expresamente reservadas al sector público de la economía (áreas estratégicas de conformidad con los artículos 25, 27 y 28 constitucionales)⁸²³, y, al efecto, la libertad para crear una empresa, la facultad de organizarla de determinada manera, la libertad de seleccionar sus objetivos empresariales, la libertad de contratación, la libertad para competir en el mercado, la facultad de cerrar la empresa y cesar su actividad empresarial, entre muchas otras.

Asimismo, la libertad de empresa desempeña un papel importantísimo como principio informador del derecho mexicano en su totalidad –dimensión objetiva–. Esta libertad fundamental dirige un mandato a los poderes públicos para garantizar su ejercicio y la defensa de la productividad y la libre competencia; aspectos que, por ejemplo, se han concretado en la reforma del régimen de traslado de industrias y en la apertura a la iniciativa privada de sectores anteriormente reservados al Estado (como, por ejemplo, las telecomunicaciones, la transmisión y distribución de energía eléctrica, así como la exploración y extracción del petróleo y los demás hidrocarburos). De igual forma, ofrece a los órganos judiciales criterios hermenéuticos para interpretar y aplicar las normas jurídicas sobre la materia, como, por ejemplo, en relación con los requisitos de autorizaciones administrativas o con las normas sobre defensa de la competencia⁸²⁴. Finalmente, sostiene la eficacia que

⁸²³ Chagoya Díaz, Sergio, *La libertad económica como derecho fundamental en el sistema constitucional mexicano*, España, Universidad Complutense de Madrid, 2017, pp. 214 y 215. El autor en cita propone una nueva concepción de las áreas estratégicas que se traduce en la distinción entre a) aquellas actividades que ejerce de manera exclusiva el Estado (por ejemplo, correos, telégrafos y radiotelegrafía); y b) aquellas actividades en las cuales el Estado puede celebrar contratos con particulares, mas no otorgar concesiones (por ejemplo, transmisión y distribución de energía eléctrica, así como la exploración y extracción del petróleo y los demás hidrocarburos). Así pues, la determinación de las áreas estratégicas ya no se limita a ciertas características, su concepción se flexibiliza admitiendo diversas acepciones en función de las necesidades del sector público y conforme a la ductilidad propia del derecho constitucional económico.

⁸²⁴ García Vitoria, Ignacio, *óp. cit.*, p. 275.

tiene la libertad de empresa en las relaciones entre particulares, por ejemplo, las sostenidas entre empresario-empresario, empresario-trabajador, empresario-consumidor, entre otras.

En este punto es preciso recordar que la libertad de empresa, en sus dimensiones subjetiva y objetiva, adquiere una mayor preponderancia e intensidad cuando sus titulares son micro, pequeños y/o medianos empresarios, pues, en su caso particular, la conexión de su libertad de empresa con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad es especialmente intensa y evidente, debido a que la actividad empresarial se convierte en su principal forma de subsistencia y, en muchos casos, también la de toda su familia y demás dependientes económicos⁸²⁵.

Para concluir, nosotros consideramos que la dimensión subjetiva de la libertad de empresa es la que se encuentra más olvidada y desatendida en el derecho mexicano, pues en muchas ocasiones, por desconocimiento, esta libertad no es considerada como un derecho humano, o bien, se le mira con bastante temor y desconfianza, a pesar de que se trata de una libertad fundamental indispensable para alcanzar la plenitud del desarrollo, respeto y garantía de la dignidad de las personas. Por lo anterior, en consonancia con el pensamiento de García Vitoria, consideramos que “la libertad de empresa debe ser hoy, de forma preferente, un derecho de naturaleza concreta, desde el que se pueden deducir las líneas maestras de la configuración del acceso y el ejercicio de la iniciativa privada en los diferentes sectores económicos”⁸²⁶.

⁸²⁵ *Ibíd*em, pp. 112 y 113. De conformidad con el autor en cita, cuanto más evidente resulta que el derecho a la libertad de empresa sirve como instrumento al libre desarrollo de la personalidad, mayor será su rigidez frente a posibles intervenciones de los poderes públicos y, además, mayores serán las acciones que implemente el Estado para promover este derecho. Esto es así porque las libertades económicas garantizan al individuo una serie de recursos que son necesarios para poder desarrollarse como persona.

⁸²⁶ *Ibíd*em, p. 244.

4.2. El objeto de la libertad de empresa.

En este punto es oportuno recordar nuestro análisis y pronunciamiento sobre la pertinencia de utilizar el término “libertad de empresa” sobre los demás que se emplean para hacer referencia al derecho fundamental que estudiamos (libertad de industria, libertad de comercio, libertad económica, libertad de concurrencia, entre otros)⁸²⁷. En este sentido, podemos afirmar de manera contundente que el objeto de la libertad de empresa (el bien jurídico tutelado por ésta⁸²⁸) es, precisamente, el ejercicio de una actividad empresarial lícita,

entendida como una actividad del empresario (titular) que presenta los siguientes rasgos: es una actividad económica, profesional (lo que excluye de la titularidad a quien sólo ocasionalmente desempeña una actividad económica), organizada (lo que excluye de la titularidad a quienes desarrollan actividades profesionales sin un soporte organizativo), desarrollada en nombre propio (lo que la diferencia de la actividad asalariada) y dirigida a producir bienes y servicios para el mercado (lo que excluye de la titularidad a quienes producen para el consumo propio o de su familia)⁸²⁹.

⁸²⁷ *Supra*, 2.3.3. Multiplicidad terminológica en su denominación.

⁸²⁸ Kierszenbaum, Mariano, *El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual*, Argentina, Universidad de Buenos Aires, visible en el sitio de internet: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf> (consultado el 12 de febrero de 2018), pp. 188 y 189. De conformidad con el autor en cita, el bien jurídico puede ser definido como un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico. De la definición anterior tenemos que el bien jurídico es un a) interés vital que preexiste al ordenamiento normativo, pues tales intereses no son creados por el derecho sino que éste los reconoce, y, mediante ese reconocimiento, es que esos intereses vitales son bienes jurídicos; b) la referencia a la sociedad determinada nos señala que ese interés que es fundamental en un determinado grupo social y en un determinado contexto histórico, puede no serlo en otro, por esa razón es discutible la idea de que existan intereses universales y eternos; c) la idea de que el bien es un interés reconocido por el ordenamiento jurídico nos lleva a preguntarnos qué rama del ordenamiento jurídico es la que “crea” los bienes jurídicos, es decir, la que reconoce intereses fundamentales, ¿lo es el derecho penal? La respuesta es negativa, el derecho penal no crea bienes jurídicos, sino que se limita a sancionar con una pena a ciertas conductas que lesionan ciertos bienes de cierta forma. El bien jurídico es creado (lo que equivale a decir que el interés vital es reconocido) por el Derecho constitucional y el Derecho internacional.

⁸²⁹ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, pp. 254 y 255.

A esto debemos agregar que, en nuestra opinión y contrario a lo que piensa un importante sector de la doctrina mercantilista, el ánimo de lucro (especulación económica)⁸³⁰ no es –ni debe ser visto– como un elemento esencial de la actividad empresarial. Si bien es cierto en la mayoría de las ocasiones el beneficio económico es el motor que impulsa la actividad de los empresarios en la economía de mercado (existe el derecho al beneficio), consideramos que no es esencial ni obligatorio perseguir la maximización de la utilidad o ganancia en el ejercicio de actividades empresariales, ni que éstas se constituyan en su elemento definitorio. Por el contrario, existen diversos emprendimientos en los que el beneficio económico es un objetivo intermedio (un instrumento) al servicio de otros fines lícitos⁸³¹, que, al igual que las demás actividades empresariales lícitas, están bajo el halo protector de la libertad de empresa.

Así, con base en una interpretación que busca la protección más amplia de las personas, reiteramos que una fundación o una sociedad cooperativa, ejemplos de actividades económicas pertenecientes al “tercer sector”, pueden y deben ser titulares del derecho humano a la libertad de empresa, en tanto ejercen una actividad empresarial que, mediante la obtención de beneficios económicos en el mercado, está orientada a satisfacer fines no lucrativos⁸³².

Por todo lo anterior, consideramos necesaria una actualización (reforma) del artículo 5° de nuestra *Carta Magna*, a efecto de que se adopte el término “libertad de empresa” para hacer referencia a la libertad inherente a todas las personas sin distinción alguna, que las faculta para realizar actividades económicas adoptando

⁸³⁰ Dávalos Torres, María Susana, *Manual de introducción al derecho mercantil*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3259/1.pdf> (consultado el 12 de febrero de 2018), p. 52. De conformidad con el autor en cita, el lucro es un término económico que consiste en la obtención de una utilidad o ganancia por medio de la especulación. La ganancia es el excedente que se obtiene de los ingresos sobre los egresos, es decir, las ganancias se obtienen cuando los ingresos por una actividad son mayores que los costos generados para realizarla. Aunado al concepto de ganancia, está el de especulación. La especulación está íntimamente ligada al lucro y va de la mano de la ganancia, pero la especulación no es sinónimo de lucro ni de ganancia. La especulación consiste en la obtención de una ganancia con base en las variaciones en los precios de compra y venta; las variaciones en los precios de compra y venta implican a su vez un riesgo (posibilidad de una pérdida) pues a mayor variabilidad mayor será la ganancia esperada pero mayor será el riesgo de pérdida.

⁸³¹ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, p. 224.

⁸³² *Ídem*.

la forma de empresa, participando y/o compitiendo dentro del mercado, sin que el propósito de lucro se considere un elemento indispensable. En nuestra opinión, este concepto es el más adecuado para tutelar la actividad empresarial que se desarrolla en la sociedad de nuestros días (bien jurídico tutelado) y de esta forma evitar errores interpretativos que incluyan actividades que no son de carácter empresarial⁸³³, o bien, que se dejen fuera auténticas actividades empresariales que, sin ser comercio ni industria, deben ser objeto de tutela de este derecho⁸³⁴.

4.3. La titularidad de la libertad de empresa.

4.3.1. Las personas individuales o físicas (naturales) como titulares.

Tal como quedó establecido en apartados previos, somos partidarios del enfoque teórico que sostiene que todos y cada uno de los derechos humanos –entre ellos, la libertad de empresa– tienen su fundamento en la dignidad de las personas, por lo que, como consecuencia necesaria, asumimos que se desprenden y derivan directamente de la naturaleza humana. Por ello, de manera espontánea, la primera idea que surge respecto de la titularidad de los derechos humanos es que se tienen estas prerrogativas bajo la única, pero a la vez excluyente, condición de pertenecer a la especie humana⁸³⁵. Como bien lo menciona el autor Zuñiga Urbina, “la

⁸³³ Por ejemplo, los términos “libertad para desarrollar una actividad económica” y “libertad de concurrencia” son bastante amplios, por lo que propician que la libertad fundamental que analizamos se diluya bastante. En consecuencia, estos términos pueden dar pie a incluir dentro del objeto de este derecho cualquier tipo de actividad de la que pudiera derivarse una ventaja económica, tal como el trabajo subordinado, que realmente cumple una función diversa (se trata de libertad de trabajo y no de libertad de empresa); o bien, incluir a aquellas personas que, sin ser empresarios, de manera ocasional realizan una actividad económica.

⁸³⁴ Por otro lado, los términos “libertad de comercio” y “libertad de industria” (que son los que utiliza la Constitución Mexicana) son bastante limitados, por lo que su uso puede dejar fuera verdaderas actividades empresariales que deben ser tuteladas por la libertad de empresa; como, por ejemplo, el ejercicio de las profesiones liberales y el llamado “tercer sector” (dentro del cual se encuentran las fundaciones), que no son propiamente comercio ni industria.

⁸³⁵ Zúñiga Urbina, Francisco, “Personas jurídicas y derechos humanos en el sistema interamericano. A propósito del principio pro homine o favor persona”, en Nogueira Alcalá, Humberto (coord.), *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, Chile, Editorial Librotecnia, 2013, p. 87.

titularidad de los derechos humanos se ha radicado tradicionalmente en las personas naturales, es decir, en los individuos de la especie humana. Esto dada la naturaleza de los derechos y de la forma de imputación de los mismos, que se relaciona con la propia naturaleza humana”⁸³⁶.

En ese orden de ideas y de conformidad con el artículo 1° constitucional⁸³⁷, podemos afirmar que hoy en día no cabe la menor duda de que los derechos humanos –insistimos que entre ellos se encuentra la libertad de empresa– son inherentes a todos los seres pertenecientes a la especie humana, sin distinción motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

En otras palabras y hablando en términos netamente jurídicos, todas las personas individuales o físicas son titulares de todos y cada uno de los derechos humanos, los que son oponibles y obligatorios tanto para el Estado como para los demás integrantes de la sociedad (eficacia horizontal); por lo que, en consecuencia, deben observarse y respetarse por todos sin excepción alguna, con independencia de que dichas prerrogativas se encuentren contempladas o no en un determinado ordenamiento jurídico.

En ese sentido, podemos afirmar con total certeza que, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, es una realidad indiscutible que todas las personas físicas o naturales son titulares de los derechos humanos que están vinculados y que derivan de su dignidad y/o naturaleza humana –dentro de los cuales encontramos a la libertad de empresa–, sin que sea óbice que los mismos

⁸³⁶ *Ídem*.

⁸³⁷ Artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. [...].

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

no se encuentren reconocidos expresamente (positivizados) como derechos fundamentales en algún ordenamiento jurídico.

Para cerrar el presente apartado y como consecuencia necesaria de todo lo anterior, sostenemos que, dentro del sistema jurídico mexicano, todas las personas naturales o individuales son titulares del derecho a la libertad de empresa por el simple hecho de su naturaleza humana, pues esta libertad fundamental, al igual que los demás derechos humanos, tiene su origen y fundamento en la dignidad de las personas que son sus titulares (art. 1º constitucional).

4.3.2. Las personas jurídicas o morales como titulares.

No obstante la preeminencia de la persona individual como epicentro de los derechos humanos, en el devenir de nuestra sociedad y conforme se fue incrementando la complejidad de ésta, la del propio Estado, así como la de las múltiples relaciones que se dan entre las personas y demás actores sociales, el derecho se vio en la necesidad de crear y regular las llamadas *personas morales o jurídicas*, que, en nuestra concepción y de manera muy general, son instrumentos e/o instituciones creadas por el derecho para atender varias de las múltiples necesidades que tienen los seres humanos y el propio Estado dentro de la sociedad, coadyuvando así a procurar el libre desarrollo de las personas y la obtención del bien público.

A efecto de ilustrar lo anterior, de conformidad con el artículo 25 del Código Civil Federal mexicano⁸³⁸, nuestro sistema jurídico reconoce como personas morales o jurídicas, entre otras, 1) a la Nación, Estados, Municipios y demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley, en nuestra opinión, para facilitar la organización y actuación del Estado Mexicano; 2) a las sociedades civiles y mercantiles, a efecto de que las personas individuales puedan atender y satisfacer de mejor manera sus necesidades de derecho privado, como, por ejemplo, el ejercicio de una actividad empresarial; 3) a los sindicatos y a las asociaciones

⁸³⁸ Código Civil Federal, visible en el sitio de internet: www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_241213.pdf (consultado el 04 de marzo de 2017).

profesionales, para que las personas físicas puedan defender y ejercer de mejor manera sus derechos laborales.

La regulación expresa que el derecho hace de las llamadas personas morales conlleva necesariamente el reconocimiento de su personalidad jurídica, lo que produce dos efectos principales: a) se les dota de capacidad jurídica, entendida como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones; y b) se establece que cuentan con un patrimonio propio, lo que implica la separación y distinción del patrimonio de la persona jurídica del patrimonio particular que tiene cada una de las personas que la constituyen.

Al respecto, Acedo Quezada menciona que, con la concesión de personalidad jurídica a las personas morales, éstas “entran al universo de las relaciones jurídico-económicas con plena autonomía e independencia, tienen capacidad de goce y ejercicio, una razón o denominación social, un domicilio, una nacionalidad y, sobre todo [...], el llamado patrimonio social diferente, como es ampliamente afirmado, del patrimonio individual de cada socio o accionista”. Un ejemplo práctico son las sociedades mercantiles que, de conformidad con el artículo 2° de la Ley General de Sociedades Mercantiles⁸³⁹, tienen personalidad jurídica distinta desde el momento en que se inscriben en el Registro Público de Comercio.

En ese orden de ideas, la personalidad jurídica es creada y utilizada por el Derecho no solamente como el reconocimiento de la persona natural, sino también “como un instrumento técnico para conseguir determinados efectos –por ejemplo, las personas jurídicas–. La atribución de personalidad jurídica es, por tanto, una construcción artificial, un resorte técnico, un expediente de unificación de relaciones jurídicas, un instrumento jurídico, una herramienta del derecho tremendamente útil si se utiliza correctamente”⁸⁴⁰. En esta cita está presente la idea, que nosotros compartimos, de que la personalidad jurídica es un instrumento creado y utilizado por el Derecho para dar una mejor respuesta a múltiples necesidades de carácter social, económico, político, práctico, entre muchas otras más.

⁸³⁹ Ley General de Sociedades Mercantiles, visible en el sitio de internet: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/144_140316.pdf (consultado el 06 de marzo de 2017).

⁸⁴⁰ Marín Hita, Luis, *La limitación de la responsabilidad del empresario individual. La sociedad unipersonal*, España, Ediciones Laborum, 2002, p. 33. Las ideas entre guiones son nuestras.

Con base en todo lo hasta aquí dicho, no se puede negar que las personas morales, como entes dotados de personalidad jurídica, son titulares de ciertos derechos –por ejemplo, pueden celebrar contratos de compraventa y de arrendamiento, así como contratar trabajadores–, pero la interrogante que a nosotros nos interesa resolver es si, en el sistema jurídico mexicano, esa titularidad también abarca los derechos humanos y, por ende, a la libertad de empresa.

Para resolver esta interrogante, el punto de partida es el paradigmático artículo 1° de nuestra Constitución Política, específicamente los párrafos primero y segundo:

Artículo 1°.- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. [...].

Este tema se encuentra correctamente zanjado en nuestro país gracias a la interpretación que de este artículo constitucional ha hecho el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que se encuentra plasmada en una tesis de jurisprudencia que es de cumplimiento obligatorio para todas las autoridades estatales y para todas las personas vinculadas de alguna forma con el Estado Mexicano⁸⁴¹ –postura a la que nosotros nos adscribimos, por considerarla correcta y conforme con la dinámica en la que se desenvuelve nuestra sociedad–. En ese orden de ideas, la titularidad de los derechos humanos por parte de las personas morales, dentro de los cuales se encuentra la libertad de empresa, se establece de manera clara, expresa y contundente por parte de nuestro Máximo Tribunal:

⁸⁴¹ Tesis P./J. 1/2015 (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, marzo de 2015, p. 117. Esta tesis tiene el rubro siguiente: PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. ES APLICABLE RESPECTO DE LAS NORMAS RELATIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS QUE SEAN TITULARES LAS PERSONAS MORALES.

El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al disponer que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en dicha Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, no prevé distinción alguna, por lo que debe interpretarse en el sentido de que comprende tanto a las personas físicas, como a las morales, las que gozarán de aquellos derechos en la medida que resulten conformes con su naturaleza y fines. [...].

Con base en esta jurisprudencia podemos afirmar con total certeza que, en nuestro país, las personas jurídicas o morales son titulares de derechos humanos en la medida que éstos resulten conformes con su naturaleza y fines. En otras palabras, las personas jurídicas son titulares de aquellos derechos humanos, así como de las garantías establecidas para su protección, siempre que no sean contrarios a su especial naturaleza y en la medida que les sean útiles para alcanzar su finalidad y realizar sus objetivos. En ese orden de ideas, no cabe la menor duda de que la libertad de empresa es un derecho fundamental conforme con la naturaleza de las personas jurídicas, por lo que éstas serán titulares de esta libertad siempre que les resulte útil para lograr sus objetivos.

Para ilustrar lo anterior, pensemos en una sociedad mercantil cuyo objeto y/o finalidad sea el ejercicio de la actividad periodística, por ejemplo, la sociedad mercantil denominada “Desarrollo de Medios S.A. de C.V.” que es propietaria del periódico “La Jornada”⁸⁴². Esta persona moral, por la actividad empresarial que desempeña, resulta ser titular, entre otros, de los derechos humanos a la libertad de expresión y a la libertad de empresa, los cuales son evidentemente compatibles con su naturaleza y además son necesarios e indispensables para que, mediante el correcto ejercicio de sus actividades, pueda realizar su finalidad y alcanzar sus objetivos.

⁸⁴² La Jornada, visible en el sitio de internet: <http://www.jornada.unam.mx/ultimas> (consultado el 06 de marzo de 2017).

Como bien lo dicen los autores Jean Claude Tron y Fernando Ojeda Maldonado, “en términos globales, a nivel del Derecho interno, no se discute que una asociación, fundación, cooperativa o sociedad de cualquier tipo tiene derechos, y tiene derechos fundamentales, pudiendo en general invocar en su favor la protección de la misma Constitución”⁸⁴³.

En consecuencia, el presente apartado puede concluirse con la afirmación categórica de que, en el sistema jurídico mexicano, las personas jurídicas o morales son titulares de aquellos derechos humanos que no sean contrarios a su especial naturaleza y que, además, resulten necesarios para alcanzar su finalidad y objeto, dentro de los cuales indiscutiblemente se encuentra la libertad de empresa.

4.3.3. Tres casos especiales sobre la titularidad de la libertad de empresa: los extranjeros, el empresario público y los empresarios sociales.

4.3.3.1. Los extranjeros como titulares.

De conformidad con el artículo 33 de nuestra *Carta Magna*, “son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución”. En otras palabras, toda persona que no posea la nacionalidad mexicana por nacimiento o por naturalización⁸⁴⁴, se trate de una persona individual o de una persona jurídica, será considerada como extranjero⁸⁴⁵, sin que este estatus sea óbice para que se les reconozca la titularidad de los derechos humanos y las garantías consagrados en nuestra Constitución.

⁸⁴³ De Casas, C. Ignacio y Toller, Fernando M., *Los derechos humanos de las personas jurídicas. Titularidad de derechos y legitimación en el Sistema Interamericano*, México, Editorial Porrúa, 2015, p. 2.

⁸⁴⁴ Witker, Jorge, *Derechos de los extranjeros*, México, Cámara de Diputados y Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/61/tc.pdf> (consultado el 12 de febrero de 2018), p. 6. De conformidad con el autor en cita, podemos definir la nacionalidad como el vínculo o nexo jurídico y político que relaciona a un individuo con un Estado, por lo que corresponde a cada Estado delimitar jurídicamente a las personas que pueden obtener dicho estatus, mediante la formulación de los criterios para considerar a una persona como nacional o extranjero.

⁸⁴⁵ Artículo 30 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización. [...].

Al respecto, el doctor Jorge Witker⁸⁴⁶ afirma que, en la actualidad,

importa más el ser humano que el ciudadano, y en todo caso las limitaciones a los derechos de una persona en función de su calidad de extranjero deben limitarse a aquellos que corresponden a una persona como ciudadano (derechos políticos). Por lo anterior, podemos afirmar que “los derechos de los extranjeros” en nuestro país, son exactamente los mismos derechos que los de los mexicanos; cuentan con las mismas garantías (consagradas en el título primero de la Constitución), sin embargo existen diversas limitaciones a las actividades de los extranjeros en el país, y es en función de dichas limitaciones que adquiere gran relevancia este estudio, adquiriendo un campo de investigación muy extenso y de gran utilidad para efectos prácticos.

En este sentido, podemos afirmar que en el sistema jurídico mexicano, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 1° y 33 de nuestra Constitución, las personas extranjeras, ya sean físicas o jurídicas, son titulares del derecho humano a la libertad de empresa y de las garantías consagradas para su protección y tutela. Ahora bien, ¿existe alguna limitación para los extranjeros en el ejercicio de una actividad empresarial (bien jurídico tutelado por la libertad de empresa)? La respuesta a esta interrogante es afirmativa, por lo que, siguiendo la metodología propuesta por los doctores Witker⁸⁴⁷ y Chagoya Díaz⁸⁴⁸, analizamos los principales límites y matices al ejercicio de la libertad de empresa por parte de los extranjeros⁸⁴⁹:

1.- En primer lugar, con base en el artículo 11 constitucional⁸⁵⁰, los extranjeros tienen condicionada su libertad de tránsito, que, en nuestra opinión, es necesaria para el ejercicio de actividades empresariales lícitas (bien jurídico tutelado

⁸⁴⁶ Witker, Jorge, *óp. cit.*, p. 4.

⁸⁴⁷ *Ibidem*, pp. 16-25.

⁸⁴⁸ Chagoya Díaz, Sergio, *óp. cit.*, pp. 127-133.

⁸⁴⁹ Esto sin perjuicio de los límites que existen a sus derechos políticos, tales como a) la prohibición del derecho de petición en materia política (art. 8 constitucional); b) la prohibición del derecho de asociación en materia política (art. 9 constitucional); c) la prohibición de desempeñar ciertos cargos y/o funciones que están reservados a los mexicanos (art. 32 constitucional); entre otros.

⁸⁵⁰ Artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre los extranjeros perniciosos residentes en el país. [...].

por la libertad de empresa). En este sentido, los extranjeros deberán observar los requisitos establecidos en la Ley de Migración⁸⁵¹, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011, principalmente los señalados en los artículos 6°, 7°, 16, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 47, 48 y 52.

2.- Por otro lado, de conformidad con la fracción I del artículo 27 constitucional, se establece como regla general que “Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas”. Este mismo precepto dispone que los extranjeros deberán suscribir la llamada “Cláusula Calvo” para acceder a estas oportunidades⁸⁵², por medio de la cual convienen “ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo”. En nuestra opinión, la “Cláusula Calvo” es un límite constitucional válido y proporcionado al ejercicio de la libertad de empresa por parte de los extranjeros.

⁸⁵¹ Para consultar el contenido completo de la Ley de Migración, véase: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LMigra_091117.pdf (consultado el 12 de febrero de 2018).

⁸⁵² Cfr. Arellano García, Carlos, *Evolución de la cláusula calvo y la zona prohibida en el Derecho constitucional mexicano y en el Derecho internacional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/librosfac/pdf/pub05/02DrARELLANO.pdf> (consultado el 12 de febrero de 2018), pp. 43 y 44. De conformidad con el autor en cita, el jurista y diplomático Carlos Calvo (1824-1906) tuvo el carácter de relevante autor de valiosas obras de Derecho Internacional. La extensión y calidad de su obra escrita obtuvo el debido reconocimiento internacional, y su pensamiento ha perdurado sobre diversos tópicos, en particular destacó lo que se denomina “Doctrina Calvo”, a través de la cual proscribió la intervención armada para el cobro de deudas y la ejecución de reclamaciones privadas. Carlos Calvo establecía, de manera literal que, “de conformidad con los principios del Derecho Internacional, el cobro de deudas y la ejecución de reclamos privados no justifica de plano la intervención armada de parte de los gobiernos. Carlos Calvo aseveraba que un Estado no puede aceptar la responsabilidad por pérdidas sufridas por extranjeros a resultas de guerra civil o insurrección, partiendo de la base de que al admitir la responsabilidad en tales casos, significaría una amenaza para la independencia de los Estados más débiles, que quedarían sometidos a la posible intervención de Estados fuertes, y crearía una desigualdad injustificable entre nacionales y extranjeros.

3.- En tercer lugar, con fundamento en la misma fracción I del artículo 27 constitucional, se establece que, “En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas”, prohibición que doctrinalmente se conoce como la “Zona Prohibida”⁸⁵³.

4.- Con base en lo dispuesto por la fracción IV del artículo 27⁸⁵⁴ en relación con la fracción XXIX-F del artículo 73⁸⁵⁵ de la Constitución, existen límites para el ejercicio de ciertas actividades empresariales por parte de los extranjeros (montos máximos de inversión extranjera). En relación con este tema existe una ley de gran importancia, la Ley de Inversión Extranjera⁸⁵⁶, que señala las condiciones y los porcentajes en los que puede existir participación de extranjeros en sociedades mercantiles mexicanas, lo que se determina en función de su objeto social. Al respecto, el doctor Jorge Witker menciona que,

Mediante la reforma de 1996 (art. 4° de la Ley de Inversión Extranjera), se facultó la participación de la inversión extranjera en cualquier proporción, en el capital de las sociedades mexicanas en cualquier campo de la actividad económica, excepto las áreas reservadas de manera exclusiva al Estado para los mexicanos, o bien que se hallen sujetas a una regulación especial. El capítulo XIX del TLCAN establece tratos especiales para inversionistas canadienses y estadounidenses, particularmente en materia de solución de controversias.

⁸⁵³ Cfr. Chávez Hayhoe, Luis, *El fideicomiso de extranjeros en la zona prohibida*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revnot/cont/2/cnt/cnt7.pdf> (consultado el 12 de febrero de 2018).

⁸⁵⁴ Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [...] IV. Las sociedades mercantiles por acciones podrán ser propietarias de terrenos rústicos pero únicamente en la extensión que sea necesaria para el cumplimiento de su objeto. [...] Asimismo, la ley señalará las condiciones para la participación extranjera en dichas sociedades.

⁸⁵⁵ Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El Congreso tiene facultad: [...] XXIX-F. Para expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional. [...].

⁸⁵⁶ Para consultar el contenido completo de la Ley de Inversión Extranjera, véase: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/44_260617.pdf (consultado el 12 de febrero de 2018). De conformidad con el artículo 1°, el objeto de esta ley es la determinación de reglas para canalizar la inversión extranjera hacia el país y propiciar que ésta contribuya al desarrollo nacional.

5.- Por otra parte, de conformidad con el último párrafo del artículo 32 constitucional, “Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano”. De este precepto no se desprende que los extranjeros estén totalmente excluidos para recibir concesiones, sino que, frente a una determinada concesión en la que un mexicano y un extranjero compitan, consideramos que el Estado Mexicano deberá atemperar el derecho de igualdad y de libertad de empresa de los extranjeros frente al de los mexicanos (en su aspecto de libre concurrencia y competencia).

Ahora bien, los límites al ejercicio de la libertad de empresa por parte de los extranjeros no deben ser arbitrarios ni obedecer a intereses particulares, sino que, por el contrario, deben ser legítimos, justificados y proporcionados, y, sobre todo, respetar el contenido esencial de esta libertad fundamental. En otras palabras, estos límites deben corresponder con otros fines, grupos y/o bienes legítimos en nuestra sociedad, los que pueden traducirse, entre otros, en derechos ajenos o en las justas exigencias del bien común en el marco de una sociedad democrática.

En este sentido, ¿cuándo estamos frente a una regulación o restricción legítima de la libertad de empresa de los extranjeros? Tal como lo desarrollamos más adelante⁸⁵⁷, la aplicación del principio de proporcionalidad es el instrumento que de mejor manera nos ayuda a resolver esta interrogante. En palabras del doctor Aragón Reyes⁸⁵⁸, el principio de proporcionalidad juega como “límite de los límites de los derechos fundamentales”, en virtud de que, ni “el legislador (ni cualquier otra autoridad estatal, ni tampoco los particulares) es(son) libre(s) para establecer límites a los derechos fundamentales, sino que sólo puede(n) hacerlo para preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos y aplicando el principio de proporcionalidad”.

⁸⁵⁷ *Infra*, 4.5.3.3. El principio de proporcionalidad.

⁸⁵⁸ Aragón Reyes, Manuel, “El contenido...” *cit.*, p. 32. Los paréntesis son nuestros.

4.3.3.2. ¿El Estado como empresario público (empresa pública)⁸⁵⁹ es titular de la libertad de empresa?

Tal como se apuntó anteriormente, derivado de que el modelo económico que se adopta y que rige en nuestro país es la llamada “economía mixta”, el artículo 25 constitucional, párrafos tercero, cuarto y quinto,⁸⁶⁰ contiene una habilitación al Estado para intervenir activamente en la economía nacional con independencia de sus atribuciones reguladoras y/o planificadoras, sin sustracción de la actividad económica de los particulares. Esta disposición corre paralela a la libertad de empresa reconocida en el artículo 5° constitucional⁸⁶¹: si en este artículo se reconoce a los particulares como empresarios, en el artículo 25 se reconoce a los poderes públicos la posibilidad de ser también empresarios. “En definitiva, esta disposición permite fundamentar normas infraconstitucionales de creación de empresas públicas en el marco de la economía de mercado, esto es, en concurrencia con las empresas privadas creadas por los particulares”⁸⁶².

Ahora bien, ¿cómo podemos identificar a las empresas públicas? Tal como lo sostiene Antonio Cidoncha⁸⁶³, es crucial resolver esta interrogante, pues de esta diferenciación depende el que un empresario se adscriba al ámbito del artículo 5° o al del artículo 25 de la Constitución, “esto es, que sea empresario privado y, por

⁸⁵⁹ En el desarrollo del presente epígrafe, cuando utilizamos el término “empresa pública” estamos haciendo referencia al Estado como empresario público titular de la iniciativa económica empresarial pública.

⁸⁶⁰ Artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [...].

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28 párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos y empresas productivas del Estado que en su caso se establezcan. [...].

⁸⁶¹ Artículo 5° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. [...].

⁸⁶² Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, p. 237.

⁸⁶³ *Ibidem*, pp. 237 y 238.

tanto, titular de la libertad de empresa o, por el contrario, que sea empresario público y, por tanto, no titular de este derecho fundamental”.

De conformidad con Guillermo Guajardo⁸⁶⁴, las empresas públicas pueden concretarse en los siguientes formatos:

A) Empresa autónoma creada por ley, con personalidad jurídica y con patrimonio e ingresos propios que lleva a cabo actividades típicas de la administración pública que requieren, para su mejor funcionamiento, una gestión administrativa y financiera descentralizada.

B) Sociedad de economía mixta. Es una empresa dotada de personalidad jurídica de derecho privado, creada por la ley para la explotación de actividades económicas bajo la forma de una sociedad anónima cuyas acciones con derecho de voto pertenecen, en proporción mayoritaria al Estado o a la entidad de administración indirecta.

C) Empresa pública. Entidad dotada de personalidad jurídica de derecho privado, con patrimonio propio y capital exclusivamente del Estado, creada en virtud de una ley para explotar una actividad económica que el Gobierno ha debido ejercitar por contingencias o conveniencia administrativa, y que puede convertirse en cualquiera de las formas de derecho.

A su vez, estos formatos son adoptados por el derecho mexicano en los artículos 45 y 46 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal⁸⁶⁵, según los cuales,

1. Son organismos descentralizados las entidades creadas por ley o decreto del Congreso de la Unión o por decreto del Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cualquiera que sea la estructura legal que adopten.

2. Son empresas de participación estatal mayoritaria las siguientes:

2.1. Las sociedades nacionales de crédito constituidas en los términos de su legislación específica.

⁸⁶⁴ Guajardo Soto, Guillermo, “La empresa pública y sus definiciones en el largo plazo”, en Guajardo, Guillermo y Labrador, Alejandro, *La empresa pública en México y en América Latina: entre el mercado y el estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México y Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, 2015, pp. 31 y 32.

⁸⁶⁵ Para consultar el contenido completo de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, véase: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/153_190517.pdf (consultado el 13 de febrero de 2018).

2.2. Las sociedades de cualquier otra naturaleza incluyendo las organizaciones auxiliares nacionales de crédito; así como las instituciones nacionales de seguros y fianzas, en que se satisfaga alguno o varios de los siguientes requisitos:

- a) Que el Gobierno Federal o una o más entidades paraestatales, conjunta o separadamente, aporten o sean propietarios de más del 50% del capital social.
- b) Que en la constitución de su capital se hagan figurar títulos representativos de capital social de serie especial que sólo puedan ser suscritas por el Gobierno Federal; o
- c) Que al Gobierno Federal corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno o su equivalente, o bien designar al presidente o director general, o cuando tenga facultades para vetar los acuerdos del propio órgano de gobierno.

2.3. Se asimilan a las empresas de participación estatal mayoritaria, las sociedades civiles así como las asociaciones civiles en las que la mayoría de los asociados sean dependencias o entidades de la Administración Pública Federal o servidores públicos federales que participen en razón de sus cargos o alguna o varias de ellas se obliguen a realizar o realicen las aportaciones económicas preponderantes.

Dicho lo anterior, nuestro objetivo es determinar si, en el sistema jurídico mexicano, las empresas públicas, en cualquiera de las modalidades antes apuntadas, son titulares del derecho humano a la libertad de empresa reconocido en el artículo 5° constitucional. En nuestra opinión, la respuesta es negativa. Una interpretación armónica de la Constitución Mexicana, especialmente del artículo 5° y del llamado capítulo económico, nos lleva a la conclusión de que las empresas públicas no son titulares de la libertad de empresa, por lo que únicamente están adscritas al ámbito del artículo 25 constitucional en el que se regula la iniciativa económica pública.

Siguiendo el pensamiento de Aragón Reyes⁸⁶⁶, sostenemos que el artículo 5° constitucional, que “se refiere a la iniciativa económica privada”, y el artículo 25 constitucional, que “se refiere a la iniciativa económica pública”, tienen un campo de aplicación distinto y, en consecuencia, tutelan actividades económicas diferentes: “El derecho a la libertad de empresa resulta aplicable a toda actividad económica

⁸⁶⁶ Aragón Reyes, Manuel, “Constitución...” *cit.*

de titularidad no pública”, al amparo del artículo 5° de la Constitución, mientras que el artículo 25 constitucional “está reservado a la actividad económica desempeñada directamente por el propio Estado”. Por consiguiente, el término “empresa”, en el sentido del artículo 5° de nuestra *Carta Magna*, tutela y protege “cualquier tipo de actividad económica organizada (desde el comerciante individual a las personas jurídicas de toda clase, asociaciones, sociedades o fundaciones, que realicen actividad económica en el mercado) que no se lleve a cabo de modo directo por el propio Estado, sino por la sociedad”.

En este sentido, el artículo 7° de la Ley de Amparo⁸⁶⁷ reconoce que las empresas públicas son titulares de algunos derechos fundamentales, pues establece que éstas pueden solicitar amparo cuando una norma general, un acto u omisión los afecten en su patrimonio respecto de relaciones jurídicas en las que se encuentren en un plano de igualdad con los particulares. Con base en esta disposición, nosotros consideramos que el Estado como empresario público, en ejercicio de una actividad empresarial, no se encuentra en un plano de igualdad con los particulares, por lo cual no puede ser titular del derecho humano a la libertad de empresa.

Lo anterior es así porque, de conformidad con el ya citado artículo 25 constitucional, cuando el Estado desempeña actividades empresariales en las áreas estratégicas y prioritarias de la economía nacional, no se encuentra en un plano de igualdad con los particulares, ya que está sujeto a normas precisas y estrictas “relativas a la administración, organización, funcionamiento, procedimientos de contratación y demás actos jurídicos que celebren las empresas productivas del Estado, así como el régimen de remuneraciones de su personal”. De conformidad con el autor García Alcorta, la actividad económica que desempeña el Estado como empresario público,

⁸⁶⁷ Artículo 7° de la ley de amparo. La Federación, los Estados, el Distrito Federal, los municipios o cualquier persona moral pública podrán solicitar amparo por conducto de los servidores públicos o representantes que señalen las disposiciones aplicables, cuando la norma general, un acto u omisión los afecten en su patrimonio respecto de relaciones jurídicas en las que se encuentren en un plano de igualdad con los particulares. [...].

se caracteriza de forma especial por ser una forma de actuación dotada de privilegios, como consecuencia de la ausencia para las entidades controladas por el poder público del mismo riesgo económico-financiero al que se someten sus competidoras privadas. [...]. El empleo de las prerrogativas de las que dispone el poder público en su actuación directa en la competencia trae como consecuencia una deformación de la igualdad de oportunidades y puede, como resultado, amenazar las posibilidades de los sujetos privados de desarrollar una actividad empresarial⁸⁶⁸.

Así, la actividad empresarial que realiza el Estado como empresario público (empresa pública) está delimitada en la Ley Federal de las Entidades Paraestatales⁸⁶⁹ –que deriva directamente del artículo 90 y del capítulo económico de nuestra Constitución–, principalmente en los artículos 6° al 39 y 46 al 68, en la que, entre otras cuestiones, se establecen las reglas y principios de la organización, funcionamiento y control de las empresas públicas. Son todas estas disposiciones las que, en nuestra opinión, ubican a las empresas estatales en un plano desigual en relación con los particulares, por lo que concluimos que el Estado como empresario público no es titular de la libertad de empresa reconocida en el artículo 5° constitucional, ya que este derecho fundamental únicamente tutela la actividad empresarial lícita desempeñada por personas privadas (no públicas)⁸⁷⁰.

⁸⁶⁸ García Alcorta, José, *óp. cit.*, pp. 149 y 150.

⁸⁶⁹ Para ver el contenido completo de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, véase: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/110_181215.pdf (consultado el 15 de febrero de 2018).

⁸⁷⁰ Cidoncha Martín, Antonio, “El impacto...” *cit.*, p. 247.

4.3.3.3. ¿Los empresarios sociales (sector social de la economía) son titulares de la libertad de empresa?

De igual forma, el sector social es uno de los tres pilares que conforman el modelo de economía mixta que rige en nuestro país⁸⁷¹, el que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4º de la Ley de la Economía Social y Solidaria –que es reglamentaria del párrafo octavo del artículo 25 constitucional en lo referente al sector social de la economía–⁸⁷², está integrado por las siguientes formas de organización social: a) ejidos; b) comunidades; c) organizaciones de trabajadores; d) sociedades cooperativas; e) empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores; y f) en general, todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.

Ahora bien, nuestro objetivo es determinar si, en el sistema jurídico mexicano, estas formas de organización pertenecientes al sector social de la economía, actuando como empresarios sociales, son titulares del derecho humano a la libertad de empresa reconocido en el artículo 5º constitucional. Al efecto, analizamos la situación particular de cada una de estas organizaciones.

En primer lugar, consideramos que los ejidos y las comunidades, actuando como empresarios sociales, claramente son titulares del derecho humano a la libertad de empresa. Al respecto, la Ley Agraria⁸⁷³ establece que los ejidos y las comunidades tienen personalidad jurídica y patrimonio propio, siendo propietarios

⁸⁷¹ Artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [...].

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28 párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos y empresas productivas del Estado que en su caso se establezcan. [...].

⁸⁷² Para consultar el contenido completo de la Ley de la Economía Social y Solidaria, véase: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LESS_301215.pdf (consultado el 19 de febrero de 2018).

⁸⁷³ Para consultar el contenido completo de la Ley Agraria, véase: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/13_270317.pdf (consultado el 19 de febrero de 2018).

de las tierras que les han sido dotadas y de las que hubieren adquirido por cualquier otro título (artículo 9°), y, además determina expresamente que los ejidos, las comunidades y las uniones de éstos pueden establecer empresas para el aprovechamiento de sus recursos naturales o de cualquier otra índole, así como la prestación de servicios, pudiendo adoptar cualquiera de las formas asociativas previstas en el sistema jurídico mexicano (artículo 108, párrafos quinto, sexto y séptimo). Un ejemplo de lo anterior son las Empresas Forestales Comunitarias (EFC)⁸⁷⁴ constituidas por ejidos, comunidades o uniones de éstos, creadas para operar desde aserraderos hasta fábricas de muebles, por medio de las cuales estas organizaciones sociales realizan verdaderas actividades empresariales que deben tutelarse por la libertad de empresa reconocida en el artículo 5° constitucional.

Hablando ahora de las organizaciones de trabajadores, utilizando como ejemplo los sindicatos de trabajadores (cuyo objeto es el estudio, mejoramiento y defensa de los derechos laborales de sus miembros)⁸⁷⁵ y las cajas de ahorro (constituidas para otorgar créditos o préstamos a los trabajadores de un centro de trabajo, utilizando sus propias aportaciones económicas)⁸⁷⁶ por ser las más comunes, consideramos que no desarrollan actividades empresariales para la consecución de sus fines, por lo cual no son titulares de la libertad de empresa reconocida en el artículo 5° constitucional.

⁸⁷⁴ Bray, David. B., *Las empresas forestales comunitarias en México*, México, Comisión Nacional Forestal, visible en el sitio de internet: http://www.conafor.gob.mx/innovacion_forestal/?p=5116 (consultado el 19 de febrero de 2018).

⁸⁷⁵ Artículos 356 a 385 de la Ley Federal del Trabajo. De conformidad con el artículo 356, sindicato es la asociación de trabajadores o patrones, constituida para el estudio, mejoramiento y defensa de sus respectivos intereses.

⁸⁷⁶ Tesis 1ª./J. 59/2017 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, agosto de 2017, p. 256. Esta tesis tiene el rubro siguiente: CAJAS DE AHORRO DE TRABAJADORES. SU NATURALEZA JURÍDICA. De conformidad con la tesis en cita, las cajas de ahorro encuentran su fundamento en el artículo 110, fracción IV, de la Ley Federal del Trabajo, y son asociaciones constituidas por trabajadores o empleados de un centro de trabajo que, utilizando sus aportaciones económicas, otorgan créditos o préstamos a los propios trabajadores con tasas de interés reducidas, las cuales, por disposición del artículo 3, párrafo segundo, de la Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo, no están sujetas a las disposiciones de esta ley.

Por otro lado, las sociedades cooperativas son definidas por la Ley General de Sociedades Cooperativas⁸⁷⁷ como “una forma de organización social integrada por personas físicas con base en intereses comunes y en los principios de solidaridad, esfuerzo propio y ayuda mutua, con el propósito de satisfacer necesidades individuales y colectivas, a través de la realización de actividades económicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios”; que además es reconocida como uno de los tipos sociales bajo los cuales puede constituirse una sociedad mercantil en nuestro país⁸⁷⁸. Dado que las sociedades cooperativas son de naturaleza mercantil, es indiscutible que son titulares de la libertad de empresa reconocida en el artículo 5° constitucional, existiendo varios ejemplos que demuestran nuestra afirmación: Cooperativa La Cruz Azul S.C.L. y Sociedad Cooperativa Trabajadores de Pascual S.C.L., por mencionar sólo un par.

Las empresas que pertenecen mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores, sin importar la forma de organización o el tipo social que adopten para el desarrollo de su actividad empresarial, son titulares indiscutibles de la libertad de empresa reconocida en el artículo 5° constitucional, ya que, tal como lo establecimos anteriormente, el bien jurídico tutelado por esta libertad fundamental es el ejercicio de una actividad empresarial, sin que sea determinante el ánimo de lucro⁸⁷⁹.

Finalmente, derivado del mandato constitucional consignado en el párrafo octavo del artículo 25 de la Constitución⁸⁸⁰ y al igual que sucede con los micro, pequeños y medianos empresarios, consideramos que la promoción, respeto, protección y garantía de la libertad de empresa en el caso específico de los empresarios sociales reclama un grado de tutela más intenso por parte del Estado,

⁸⁷⁷ Para consultar el contenido completo de la Ley General de Sociedades Cooperativas, véase: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/143_190118.pdf (consultado el 19 de febrero de 2018).

⁸⁷⁸ Artículo 1° de la Ley General de Sociedades Mercantiles.- Esta ley reconoce las siguientes especies de sociedades mercantiles: [...] VI.- Sociedad cooperativa; [...].

⁸⁷⁹ *Supra*, 4.2. El objeto de la libertad de empresa.

⁸⁸⁰ Artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [...]. La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios. [...].

que sea acorde con su especial situación y características⁸⁸¹. Es importante recordar que los argumentos de fondo que tradicionalmente se utilizan para la inclusión de la libertad de empresa en las declaraciones de derechos fundamentales, que es la utilidad social y su conexión con la personalidad del individuo, no se dan con igual intensidad en todos los casos de su titularidad, por lo que es razonable y necesario conferir a esta libertad fundamental una protección variable en función de la presencia de una mayor o menor trascendencia para la dignidad de la persona. Por ejemplo, en el caso de los empresarios sociales y de los micro, pequeños y medianos empresarios, la conexión de la libertad de empresa con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad es especialmente intensa y evidente⁸⁸².

4.4. Los sujetos obligados por la libertad de empresa.

4.4.1. El Estado como sujeto obligado.

El punto de partida para abordar el presente tópico es el multicitado artículo 1º de nuestra *Carta Magna*, específicamente su párrafo tercero, que textualmente dispone:

Artículo 1º.- [...].

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. [...].

⁸⁸¹ García Vitoria, Ignacio, *óp. cit.*, p. 125.

⁸⁸² *Ibidem*, p. 116.

De la disposición anterior se advierte y no queda ninguna duda al respecto, que el Estado Mexicano en su totalidad, incluyendo todos y cada uno de sus poderes, órganos, autoridades, dependientes y/o funcionarios, están expresamente obligados a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de todas las personas en el ámbito de sus competencias y de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad que abordamos en apartados anteriores. Esta idea es compartida por Miguel Carbonell⁸⁸³, quien considera que:

Los derechos fundamentales obligan a todos los poderes del Estado, con independencia de la distribución competencial que se haga. [...] Queda claro, en consecuencia, que las obligaciones de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos corren a cargo de todos los poderes, [...]. A partir de tales deberes generales, podemos afirmar que las autoridades de todos los niveles de gobierno también tienen la obligación positiva de tomar todas las medidas que sean pertinentes para tutelar y hacer eficaz un derecho.

En este sentido, con base en nuestra postura de que la división entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales es artificial y estéril⁸⁸⁴, consideramos que el Estado Mexicano, incluyendo todos y cada uno de sus poderes, órganos, autoridades, dependientes y/o funcionarios, tienen las obligaciones básicas de promoción, respeto, protección y garantía de todos los derechos humanos, dentro de los cuales se encuentra la libertad de empresa:

⁸⁸³ Carbonell, Miguel, *Las obligaciones del Estado en el artículo 1° de la Constitución Mexicana*, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/5.pdf> (consultado el 16 de agosto de 2018), pp. 68 y 69.

⁸⁸⁴ Los DESC de ninguna manera pueden ser entendidos como simples normas programáticas (mandatos de optimización), sino que, por el contrario, deben ser entendidos como derechos de *clase premier*, investidos con todos los principios y características que, al igual que todos los derechos humanos, los hacen aplicables, exigibles y justiciables de manera directa e inmediata. Esto es así porque, no obstante que varios DESC requieren que el Estado destine diversos recursos – tanto financieros como de capital humano– para garantizar su plena observancia, también exigen que el mismo Estado se abstenga de interferir o limitar (obligación de respetar) el disfrute de estos derechos, como, por ejemplo, el derecho a un medio ambiente adecuado y saludable, la libertad de trabajo e incluso la propia libertad de empresa. Por otro lado, los derechos civiles y políticos, a pesar de que están constituidos fundamentalmente por libertades individuales, en muchas ocasiones también requieren que se destinen cuantiosos recursos para lograr su plena efectividad; verbigracia, el derecho que toda persona privada de la libertad tiene a ser tratada humanamente exige cuantiosas inversiones financieras y humanas para dar vida al sistema penitenciario que resulta indispensable para lograr su debida observancia y cumplimiento.

1) La obligación que tiene el Estado de promover los derechos humanos podemos exponerla de conformidad con una tesis aislada emitida por el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito⁸⁸⁵, en la que establece, entre otras cuestiones, que su cumplimiento consiste en proveer a las personas de toda la información necesaria para que sean capaces de disfrutar todos sus derechos humanos:

[...] esta obligación tiene como objetivos que las personas conozcan sus derechos y mecanismos de defensa, así como ampliar la base de realización de los derechos fundamentales, entonces, la autoridad debe concebir a éstas como titulares de derechos cuya obligación correlativa corresponde a las propias autoridades. Su cumplimiento es, desde luego, progresivo y consiste en proveer a las personas de toda la información necesaria para asegurar que sean capaces de disfrutarlos.

2) En nuestra opinión, una buena exposición de la obligación que tiene el Estado de respetar los derechos humanos la encontramos en una tesis de jurisprudencia emitida por el mismo Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito⁸⁸⁶, en la que se establece, entre otras cuestiones, el deber que tiene el Estado Mexicano de no interferir y de no poner en peligro el ejercicio de los derechos humanos por parte de sus titulares, ya sea por acción u omisión:

[...] ésta puede caracterizarse como el deber de la autoridad que le impide interferir con el ejercicio de los derechos o ponerlos en peligro, ya sea por acción u omisión; es decir, la autoridad en todos sus niveles (federal, estatal o municipal) y en cualquiera de sus funciones (ejecutiva, legislativa o judicial), debe mantener el goce del derecho y, por ende, su cumplimiento es inmediatamente exigible puesto que, aun cuando primeramente está dirigido a los órganos del Estado, también incluye la conducta de los particulares, que igualmente se encuentran obligados a no interferir con el ejercicio de los derechos. [...].

⁸⁸⁵ Tesis XXVII.3°.4 CS (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, octubre de 2014, p. 2839. Esta tesis tiene el rubro siguiente: DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIÓN DE PROMOVERLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1º., PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

⁸⁸⁶ Tesis XXVII.3°. J/23 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, febrero de 2015, p. 2257. Esta tesis tiene el rubro siguiente: DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIÓN DE RESPETARLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1º., PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

3) La obligación que tiene el Estado de proteger los derechos humanos de las personas, siguiendo al mismo Tribunal Colegiado⁸⁸⁷, puede definirse genéricamente como el deber que tienen todos los órganos del Estado Mexicano, dentro del margen de sus atribuciones, de prevenir violaciones a los derechos fundamentales provenientes de una autoridad y/o de los particulares:

[...] El deber que tienen los órganos del Estado, dentro del margen de sus atribuciones, de prevenir violaciones a los derechos fundamentales, ya sea que provengan de una autoridad o de algún particular y, por ello, debe contarse tanto con mecanismos de vigilancia como de reacción ante el riesgo de vulneración del derecho, de forma que se impida la consumación de la violación. En este último sentido, su cumplimiento es inmediatamente exigible, ya que como la conducta estatal debe encaminarse a resguardar a las personas de las interferencias a sus derechos provenientes de los propios agentes del Estado como de otros particulares, este fin se logra, en principio, mediante la actividad legislativa y de vigilancia en su cumplimiento y, si esto es insuficiente, mediante las acciones necesarias para impedir la consumación de la violación a los derechos. [...].

4) Para finalizar, y nuevamente tomando como base la jurisprudencia emitida por el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito⁸⁸⁸, consideramos que el deber de garantizar los derechos humanos se compone de dos vertientes: a) en primer lugar, la obligación que tiene el Estado Mexicano de eliminar restricciones, proveer recursos y facilitar actividades que tiendan a lograr que todas las personas se encuentren en aptitud de ejercer estos derechos; y, b) en segundo lugar, la obligación que tienen los órganos estatales, dentro de su ámbito de competencia, de investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos que adviertan, con el objetivo de restituir el derecho violentado:

⁸⁸⁷ Tesis XXVII.3°. J/25 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, febrero de 2015, p. 2256. Esta tesis tiene el rubro siguiente: DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIÓN DE PROTEGERLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1º., PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

⁸⁸⁸ Tesis XXVII.3°. J/24 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, febrero de 2015, p. 2254. Esta tesis tiene el rubro siguiente: DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIÓN DE GARANTIZARLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1º., PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

[...] como la finalidad de esta obligación es la realización del derecho fundamental, requiere la eliminación de restricciones al ejercicio de los derechos, así como la provisión de recursos o la facilitación de actividades que tiendan a lograr que todos se encuentren en aptitud de ejercer sus derechos fundamentales. La índole de las acciones dependerá del contexto de cada caso en particular; así, la contextualización del caso particular requiere que el órgano del Estado encargado de garantizar la realización del derecho tenga conocimiento de las necesidades de las personas o grupos involucrados, lo que significa que deben atender a la situación previa de tales grupos o personas y a las demandas de reivindicación de sus derechos. Para ello, el órgano estatal, dentro de su ámbito de facultades, se encuentra obligado a investigar, sancionar y reparar las violaciones a derechos humanos que advierta, de forma que su conducta consistirá en todo lo necesario para lograr la restitución del derecho humano violentado. [...].

Dicho lo anterior, podemos afirmar con total certeza que todos los poderes, órganos, autoridades, dependientes y/o funcionarios del Estado, en el ámbito de sus respectivas competencias y de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad (con base en los cuales resulta artificial la división de los derechos humanos en civiles y políticos, por un lado, y en económicos, sociales y culturales, por el otro), están obligados a promover, respetar, proteger y garantizar el derecho humano a la libertad de empresa que tienen todas las personas y, además, deberán hacerlo con una mayor intensidad en el caso de los micro, pequeños y medianos empresarios, debido a que, por las especiales características de este sector, esta libertad fundamental tiene una vinculación más estrecha con el desarrollo de su personalidad y, en último término, con su dignidad humana.

4.4.2. Eficacia horizontal: ¿la libertad de empresa tiene aplicación en las relaciones entre particulares?

Con todo lo dicho en el tópico anterior, no cabe la menor duda de que el Estado, incluyendo todos y cada uno de sus poderes, órganos, autoridades, dependientes y/o funcionarios, son sujetos pasivos obligados por todos los derechos humanos que tenemos todas las personas, dentro de los cuales se encuentra la libertad de empresa (eficacia vertical). Ahora bien, surge la interrogante de si estos derechos también despliegan sus efectos y son, por tanto, eficaces en las relaciones privadas horizontales que se dan entre particulares (eficacia horizontal).

El Estado liberal (Estado en sentido moderno)⁸⁸⁹, que es el contexto jurídico-institucional en el que surgen las primeras declaraciones de derechos fundamentales, surge para salvaguardar la libertad individual frente a lo que se percibe como su principal amenaza⁸⁹⁰: el poder público que se ejercía de manera autoritaria, arbitraria e ilimitada, sin el menor respeto de la dignidad humana de las personas. Derivado de lo anterior, los derechos humanos que se reconocieron en las primeras constituciones de la modernidad únicamente eran oponibles frente a los poderes públicos, y, en ese contexto, carecía de sentido extender la eficacia de estos derechos individuales a la esfera de las relaciones jurídicas entre particulares, porque estas relaciones se entendían y se establecían entre iguales, y, precisamente, entre iguales las relaciones sólo pueden ser libres⁸⁹¹.

En otras palabras, la concepción clásica de los derechos fundamentales considera que “las relaciones reguladas por las normas de Derecho privado son, por definición, relaciones entre iguales, resultado de un acuerdo de voluntades entre personas formalmente libres (por lo cual, no es necesario que los derechos fundamentales sean eficaces), mientras que las relaciones en las que interviene el

⁸⁸⁹ *Supra*, 2.1. La libertad de empresa en las primeras constituciones en sentido moderno.

⁸⁹⁰ Tal como apuntamos en apartados anteriores, los dos instrumentos principales con los que el Estado moderno (liberal) busca hacer frente a la arbitrariedad del poder público, son a) la separación de poderes y b) las declaraciones en las que se reconocen diversos derechos humanos.

⁸⁹¹ Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, España, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 233-240.

Estado están caracterizadas por la dominación y la subordinación (por lo cual, es necesario que los derechos fundamentales desplieguen sus efectos)”⁸⁹². Sin embargo, hoy en día en que impera el Estado social y constitucional de derecho, consideramos que la tesis clásica de los derechos fundamentales está muy lejos de ser convincente, pues no es acorde con nuestra realidad social, económica y jurídica.

De conformidad con Bilbao Ubillos⁸⁹³, “la realidad, el verdadero banco de pruebas en el que se ha de medir la validez de cualquier propuesta teórica, ha desmentido siempre y sigue desmintiendo hoy la existencia de una paridad jurídica en buena parte de las relaciones entre sujetos privados”. Hoy en día, no puede sostenerse la presunción de igualdad entre las partes implicadas en un negocio jurídico privado, pues basta con mirar a nuestro alrededor para constatar que son bastantes las transacciones privadas que se realizan bajo el imperativo de una fuerza desigual⁸⁹⁴.

En este sentido, “no podemos sino suscribir, hoy más que nunca, la conclusión de que también el derecho privado conoce el fenómeno de la autoridad como poder de imponer jurídicamente a otros las propias decisiones”⁸⁹⁵. Contrario a lo afirmado por la teoría clásica, nosotros sostenemos, en consonancia con Bilbao Ubillos⁸⁹⁶, que “los poderes privados constituyen hoy una amenaza para el disfrute efectivo de los derechos fundamentales no menos inquietante que la representada por el poder público”, pues “no sólo son temibles por su capacidad para imponer su propia voluntad en el marco de una concreta relación jurídica, sino que pueden

⁸⁹² *Ibidem*, p. 241. Los paréntesis son nuestros.

⁸⁹³ *Ibidem*, p. 12.

⁸⁹⁴ Pöschl, Magdalena, “La garantía de los estándares de derechos humanos y fundamentales ante las nuevas amenazas que generan los particulares y los actores extranjeros”, *Teoría y Realidad Constitucional*, España, núm. 36, 2015, p. 127. De conformidad con la autora en cita, la ampliación de los sujetos que intervienen con los derechos fundamentales se corresponde, en segundo término, con la extensión y descentralización de los instrumentos de poder; que, como antes, se sigue ejerciendo a través de la coacción, pero también con el dinero y, sobre todo, mediante la información.

⁸⁹⁵ Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia... cit.*, p. 242. De conformidad con el autor en cita, es un hecho fácilmente constatable la progresiva multiplicación de los centros de poder en este ámbito (grupos de presión, grandes empresas, confesiones religiosas y otras entidades cuasi-públicas) y la enorme magnitud que han adquirido algunos de ellos. El poder ya no está concentrado en el aparato estatal, está disperso, diseminado en la sociedad.

⁸⁹⁶ *Ibidem*, pp. 242 y 243.

resultar incluso más peligrosos que los públicos, ya que gozan en ocasiones de una relativa impunidad, que se ve favorecida por las dificultades existentes para articular un sistema incisivo de control”.

Por lo anterior, no basta la protección de los derechos fundamentales frente a las intervenciones del Estado para tutelar adecuadamente la dignidad de las personas y el libre desarrollo de su personalidad, sino que también es necesaria la garantía de su efectividad en las relaciones entre particulares. “El Derecho no puede ignorar el fenómeno del poder privado; tiene que afrontar esa realidad y dar una respuesta apropiada, que no podrá venir, desde luego, por la vía de una adhesión incondicional al dogma de la autonomía privada”⁸⁹⁷. Así, en palabras del autor Anzures Gurría, la razón principal por la que la teoría de la eficacia horizontal de los derechos humanos ha sido objeto de tanta atención, “radica precisamente en que viene a cuestionar la concepción clásica de los derechos fundamentales como límites al poder del Estado”⁸⁹⁸.

La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* (“la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales”), conocida en nuestro medio como la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, fue formulada en Alemania por H.C. Nipperdey, encontrando eco en la jurisprudencia del *Bundesarbeitsgericht* (el Tribunal Federal del Trabajo alemán), fundamentalmente en la Primera Sala que dicho jurista presidía. La primera sentencia en la que se sugiere la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares fue pronunciada el 3 de diciembre de 1954 en un asunto laboral, resolución en la que, entre otras cuestiones, se afirma que los derechos fundamentales contienen principios ordenadores para la vida social de carácter vinculante que tienen una significación inmediata para el tráfico jurídico privado⁸⁹⁹.

⁸⁹⁷ *Ibidem*, p. 250.

⁸⁹⁸ Anzures Gurría, José Juan, *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst22/CUC000002201.pdf> (consultado el 12 de marzo de 2017), p. 4.

⁸⁹⁹ Bilbao Ubillós, Juan María, *La eficacia... cit.*, p. 272.

Hoy en día parece haber cierto consenso en el sentido de que los derechos humanos también despliegan sus efectos y tienen aplicabilidad en las relaciones jurídicas que se dan entre particulares. En el mismo sentido, Antonio Cidoncha considera que “hoy día se pueden desechar las teorías que niegan toda eficacia *inter privatos* a los derechos fundamentales: [...] actualmente se acepta, en general, que las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano y, en ese sentido, tienen un efecto [...] horizontal”⁹⁰⁰.

Sin embargo, dentro del contexto de la doctrina de la *Drittwirkung*, en la actualidad se continúa discutiendo sobre la forma en que los derechos fundamentales producen sus efectos en las relaciones entre particulares, y, al respecto, la doctrina se ha enfrascado en una discusión entre dos corrientes principales, la teoría de la eficacia horizontal mediata y la teoría de la eficacia horizontal inmediata⁹⁰¹, que exponemos de conformidad con Anzures Gurría:

1. Teoría de la eficacia horizontal mediata. Esta teoría considera que la eficacia que surten los derechos fundamentales frente a terceros es considerándolos siempre como principios y valores del ordenamiento jurídico, por lo que, para su concreción en las relaciones particulares, es necesario que el Estado determine esta eficiencia a través de sus órganos (mediación del poder público). Desde esta perspectiva, quien en realidad está constreñido por los derechos fundamentales es el poder público y no los particulares; por lo que, en todo caso, si los particulares se encuentran vinculados a los derechos fundamentales es en la medida en que éstos son decisiones valorativas objetivas y no derechos subjetivos que ostente un particular frente a otro particular⁹⁰². Esto se consigue condicionando la operatividad de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones privadas a la mediación de un órgano del Estado que sí está directamente vinculado por tales derechos. Al

⁹⁰⁰ Cidoncha, Antonio, *La libertad... cit.*, p. 249.

⁹⁰¹ Anzures Gurría, José, “La dimensión...” *cit.*, p. 70.

⁹⁰² *Ibidem*, pp. 71 y 72.

efecto, se requiere la intervención del legislador o la recepción a través del juez en el momento de interpretar una norma aplicable a un caso concreto⁹⁰³.

2. Teoría de la eficacia horizontal inmediata. Esta teoría sostiene que los derechos fundamentales surten sus efectos en las relaciones particulares no como valores y principios del ordenamiento jurídico, sino como verdaderos derechos subjetivos. En tanto se considera que los derechos fundamentales son verdaderos derechos subjetivos, que por lo tanto son exigibles directamente por un particular frente a otro particular, es innecesaria la mediación de un órgano estatal para su concreción y operatividad⁹⁰⁴.

Ahora bien, la doctrina de la *Drittwirkung* no se encuentra reconocida expresamente en la Constitución Mexicana, ni siquiera con la reforma de 2011 en materia de derechos humanos se incorporó alguna disposición que la positivice⁹⁰⁵. No obstante, la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales tiene aplicación y vigencia en el sistema jurídico mexicano, pues ha sido adoptada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en una tesis de jurisprudencia obligatoria, que, entre otras cuestiones, establece:

La formulación clásica de los derechos fundamentales como límites dirigidos únicamente frente al pueblo público, ha resultado insuficiente para dar respuesta a las violaciones a dichos derechos por parte de los actos particulares. En este sentido, resulta innegable que las relaciones de desigualdad que se presentan en las sociedades contemporáneas, y que conforman posiciones de privilegio para una de las partes, pueden conllevar la posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no ofrece ninguna base textual que permita afirmar o negar la validez de los derechos fundamentales entre particulares; [...]. En un sistema jurídico como el nuestro –en el que las normas constitucionales conforman la ley suprema de la Unión-, los derechos fundamentales ocupan una posición central e indiscutible como contenido mínimo de todas las relaciones jurídicas que suceden en el ordenamiento. En esta

⁹⁰³ Bilbao Ubillas, Juan María, “La consolidación dogmática y jurisprudencial de la *Drittwirkung*: una visión de conjunto”, en Izquierdo Sans, Cristina y Rodríguez de Santiago, José María (coords.), *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, España, Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 2017, p. 53.

⁹⁰⁴ Anzures Gurría, José, “La dimensión...” *cit.*, pp. 71 y 72.

⁹⁰⁵ *Ibidem*, p. 73.

lógica, la doble función que los derechos fundamentales desempeñan en el ordenamiento (dimensiones subjetiva y objetiva) y la estructura de ciertos derechos, constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares. Así, la tarea fundamental del intérprete consiste en analizar, de manera singular, las relaciones jurídicas en las que los derechos fundamentales se ven encontrados con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos; al mismo tiempo, la estructura y contenido de cada derecho permitirá determinar qué derechos son sólo oponibles frente al Estado y qué otros derechos gozan de la pretendida multidireccionalidad⁹⁰⁶.

En nuestra opinión, de esta jurisprudencia se desprende que la Corte se adscribe a la doctrina de la eficacia horizontal mediata de los derechos fundamentales y adopta la teoría de la asunción judicial⁹⁰⁷, pues hace depender su eficacia en las relaciones *inter privatos* de la actividad mediadora del legislador y/o de los jueces⁹⁰⁸. En este sentido, la Primera Sala señala “la obligación de los tribunales para proteger los derechos fundamentales en las relaciones particulares en tanto <<principios objetivos del ordenamiento jurídico mexicano>>, y que por la omisión o desprotección por parte de éstos, procederá el amparo directo ante los Tribunales Colegiados de Circuito”⁹⁰⁹; y como complemento, en una tesis aislada diversa⁹¹⁰, la propia Primera Sala de la Corte ha establecido que es competente

⁹⁰⁶ Tesis 1ª/J. 15/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Décima Época, t. II, octubre de 2012, p. 798. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES”.

⁹⁰⁷ Anzures Gurría, José, “La dimensión...” *cit.*, p. 202. De conformidad con el autor en cita, la asunción judicial consiste en imputar la violación de un derecho fundamental que tuvo su origen en una relación privada al poder judicial. Todo conflicto entre particulares es alegable ante los tribunales ordinarios, que son parte del poder público y se encuentran vinculados por los derechos fundamentales, no sólo en un sentido negativo, sino también mediante un deber de protección. Por esta razón, se entiende que si en su actuar un juez no protege debidamente un derecho fundamental, lo ha violado, y su resolución, en tanto actuación del Estado, es recurrible en amparo ante el órgano judicial inmediato superior.

⁹⁰⁸ No obstante que la nueva Ley de Amparo, en su artículo 5º, fracción II, regula la procedencia del juicio de amparo en contra de actos de particulares, consideramos que se trata de casos muy tasados en los que sujetos privados ejercen una función pública al amparo de una norma general; por lo que, en consecuencia, no puede decirse que el amparo sea procedente en contra de las violaciones de derechos fundamentales que provengan de particulares.

⁹⁰⁹ Anzures Gurría, José, “La dimensión...” *cit.*, p. 79.

⁹¹⁰ Tesis 1a. CLII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 230. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. RESULTA LA VÍA ADECUADA PARA QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN CONOZCA DE AQUELLAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO QUE NO REPARAN UNA VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES COMETIDA POR UN PARTICULAR.

para “conocer, a través de la revisión en amparo directo, de aquellas sentencias de los Tribunales Colegiados de Circuito que no atiendan a la función de los derechos fundamentales como principios objetivos del ordenamiento jurídico mexicano”⁹¹¹.

Ahora es el momento de fijar y proponer nuestra postura sobre la doctrina de la *Drittwirkung* en el derecho mexicano. En primer lugar, siguiendo el pensamiento del doctor Díez-Picazo, consideramos que la cuestión de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales debe seccionarse y analizarse en dos (sub)problemas distintos, para así lograr una mayor claridad y una mejor respuesta:

- a) Por un lado, está el problema sustantivo de fondo, que no es otro sino si los derechos fundamentales deben desplegar su eficacia en las relaciones jurídico-privadas.
- b) Por otro lado, se halla el problema procesal, consistente en cuáles serán los procedimientos idóneos para hacer valer los derechos fundamentales en relaciones entre particulares⁹¹².

Por cuanto al problema de fondo, nosotros estamos convencidos de que, en un Estado social y constitucional de derecho como lo es México y prácticamente la totalidad de los países pertenecientes al mundo occidental, los derechos fundamentales despliegan –y deben desplegar– sus efectos en las relaciones privadas entre particulares, pues se trata de derechos subjetivos reconocidos en la Constitución que tienen aplicabilidad directa, para lo cual no es necesaria la mediación de los órganos del Estado. Como se puede observar, nosotros sostenemos que los derechos fundamentales tienen eficacia inmediata en las relaciones *inter privatos*, ya que, con legislación de desarrollo o sin ella, es la norma constitucional la que se aplica – y debe aplicarse– como regla de decisión (insistimos, los derechos fundamentales son de aplicabilidad directa).

⁹¹¹ Anzures Gurría, José, “La dimensión...” *cit.*, p. 79.

⁹¹² Díez-Picazo Giménez, Luis María, *óp. cit.*, p. 141. De conformidad con el autor en cita, a menudo la perspectiva procesal ha condicionado el análisis sustantivo. De ahí que convenga analizar ambos problemas por separado.

No obstante, siguiendo nuevamente a Bilbao Ubillos, consideramos que “la habitual contraposición entre eficacia mediata e inmediata, como si fueran conceptos excluyentes, es una falsa disyuntiva”⁹¹³, pues ambas modalidades son perfectamente compatibles: “lo normal (y lo más conveniente también) es que sea el legislador el que concrete el alcance de los diferentes derechos en las relaciones de Derecho privado, pero cuando esa mediación no existe, en ausencia de ley, las normas constitucionales pueden –y deben– aplicarse directamente”⁹¹⁴. En nuestra opinión, la mediación del legislador, aun siendo altamente recomendable, no puede considerarse como un requisito indispensable para que los derechos fundamentales desplieguen sus efectos en las relaciones entre particulares, como tampoco lo es en las relaciones verticales entre los particulares y el Estado⁹¹⁵. La realidad es que la ley no puede preverlo todo de modo exhaustivo, es decir, no puede regular todas las situaciones e hipótesis posibles; por lo que, necesariamente, los jueces tienen que resolver una infinita variedad de conflictos que el legislador ni siquiera pudo imaginar, para lo que resulta necesaria la aplicación y eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones horizontales entre particulares⁹¹⁶.

Ahora por cuanto al aspecto procesal, se trata de determinar cuál es la vía más efectiva para que los derechos fundamentales desplieguen sus efectos en las relaciones entre particulares. En primer lugar, nosotros consideramos que no hay dificultades procesales para invocar los derechos fundamentales en los procesos ordinarios frente a los particulares, ya que, como verdaderos derechos subjetivos reconocidos en la Constitución, el juez debe aplicarlos para resolver el caso concreto que se someta a su conocimiento. Así, los jueces deben aplicar los

⁹¹³ Bilbao Ubillos, Juan María, “La consolidación...” *cit.*, p. 61.

⁹¹⁴ *Ídem*. De conformidad con el autor en cita, un derecho cuyo reconocimiento depende del legislador no es un derecho fundamental. Es un derecho de rango legal, simplemente. Pero el derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su contenido por el legislador, porque su vigencia no queda en manos de éste.

⁹¹⁵ Anzures Gurría, José, “La dimensión...” *cit.*, p. 73. De conformidad con el autor en cita, es innegable que, si existe una ley que regule la eficacia de un derecho fundamental en una determinada relación privada, el conflicto deberá resolverse según lo previsto en dicha norma, pero si no hay un precepto específico que permita solucionar el caso concreto, el derecho fundamental que se pretende defender y que está recogido en la Constitución es vinculante directamente como un derecho subjetivo de una parte frente a la otra, y no como un criterio hermenéutico que se deba recurrir para descifrar su influencia en el derecho privado.

⁹¹⁶ Bilbao Ubillos, Juan María, “La consolidación...” *cit.*, p. 54.

derechos fundamentales a las relaciones entre particulares de conformidad con lo dispuesto en la ley (mediación del Poder Legislativo para delimitar su contenido y los supuestos de aplicación), pero en el caso de que exista una laguna legal o una laguna axiológica⁹¹⁷, deben aplicarlos de manera directa a partir de su reconocimiento en la Constitución.

Sin perjuicio de lo anterior y como consecuencia del deber que tienen los juzgadores de proteger los derechos fundamentales frente a las violaciones cometidas por los particulares, con base en la teoría de la asunción judicial⁹¹⁸, los sujetos privados afectados pueden imputar la violación de un derecho humano a dichos órganos judiciales, en la medida en que, a juicio del perjudicado, el juzgador de que se trate no haya reparado la infracción originaria sometida a su conocimiento⁹¹⁹. De esta manera, el juicio de amparo directo resulta procedente contra la sentencia del juez ordinario que no haya tutelado debidamente el derecho fundamental en cuestión, y, en última instancia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación es competente para conocer, mediante el recurso de revisión, las sentencias pronunciadas por los Tribunales Colegiados de Circuito en estos supuestos. De esta manera es como se hace –y debe hacerse– efectiva la aplicabilidad directa e inmediata que tienen los derechos fundamentales en las relaciones horizontales entre particulares.

Finalmente, para concluir el presente apartado debemos mencionar que no todos los derechos fundamentales son eficaces (despliegan sus efectos) en las relaciones horizontales, sino que esta aplicabilidad depende de la especial naturaleza de cada una de dichas prerrogativas. Así, por ejemplo, el derecho de petición reconocido en el artículo 8° constitucional, atiendo a su especial naturaleza,

⁹¹⁷ *Infra*, 4.5.3.3. El principio de proporcionalidad.

⁹¹⁸ Anzures Gurría, José, “La dimensión...” *cit.*, p. 202. De conformidad con el autor en cita, la asunción judicial consiste en imputar la violación de un derecho fundamental que tuvo su origen en una relación privada al poder judicial. Todo conflicto entre particulares es alegable ante los tribunales ordinarios, que son parte del poder público y se encuentran vinculados por los derechos fundamentales, no sólo en un sentido negativo, sino también mediante un deber de protección. Por esta razón, se entiende que si en su actuar un juez no protege debidamente un derecho fundamental, lo ha violado, y su resolución, en tanto actuación del Estado, es recurrible en amparo ante el órgano judicial inmediato superior.

⁹¹⁹ *Ibidem*, p. 76.

sólo puede ejercitarse frente al Estado y no frente a los particulares (al igual que la mayoría de los derechos políticos).

Por el contrario, la libertad de empresa es un derecho humano que, por su propia y especial naturaleza, es y debe ser susceptible de ejercitarse de manera inmediata frente a los particulares, sin que sea necesaria la mediación de ningún órgano estatal: “frente a otros empresarios (por ejemplo, cuando el empresario compite con ellos en el mercado de bienes y servicios, o bien, cuando acude a contratar al mercado de factores), frente a los trabajadores (por ejemplo, cuando el empresario ejerce su poder de dirección) y frente a los consumidores (por ejemplo, cuando el empresario les ofrece sus bienes y servicios), aun cuando no existan leyes que la desarrollen”⁹²⁰; y, de manera recíproca, los titulares de la libertad de empresa deberán respetar los derechos humanos de los particulares con los que se relacionan. Así, a manera de conclusión citamos a Christian Alberto Cao, quien afirma terminantemente que, “entre los sujetos pasivos u obligados directos como consecuencia del ejercicio subjetivo de la libertad de empresa, se encuentran el Estado (la eficacia vertical) y el resto de las personas físicas y/o jurídicas (la eficacia horizontal)”⁹²¹.

4.5. Límites a la libertad de empresa.

Ningún derecho humano, se trate del que se trate, es –ni debe ser- absoluto; ni siquiera el derecho a la vida, respecto del que se pudiera pensar erróneamente que no se puede limitar. Si existieran derechos absolutos que no admitiesen limitación alguna, no sería posible la convivencia en sociedad y ésta no existiría tal como la conocemos en la actualidad: viviríamos en un total libertinaje que derivaría, consecuentemente, en caos total⁹²². En nuestra opinión, concebir los derechos humanos en términos absolutos nos haría viajar en el tiempo y no precisamente al

⁹²⁰ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, p. 254.

⁹²¹ Alberto Cao, Christian, *óp. cit.*, p. 295. (los paréntesis son nuestros).

⁹²² Achautla Calderón, Gumerindo, *Los derechos humanos y sus restricciones*, México, Editorial Flores, 2015, p. 14.

futuro, sino que, por el contrario, nos trasladaría a una época en la que el Estado no cuenta con los rasgos que actualmente conocemos: aterrizaríamos en el llamado Estado de naturaleza –a la manera de Hobbes (*Leviathan*, de 1651), Locke (*Second Treatise of Civil Government*, de 1681) y Rosseau (*Du Contrat Social, ou, Principes du Droit Politique*, de 1762)–, en el que impera la ley del más fuerte (que es ajena a toda racionalidad, proporcionalidad y equidad) y en el que, por lo tanto, el hombre es el lobo del hombre.

En este sentido, por ejemplo, los instrumentos del Sistema Americano de Derechos Humanos –el Pacto de San José en su artículo 32, parágrafo 2, y el Protocolo de San Salvador en su artículo 5º– reconocen que los derechos humanos no son absolutos:

Artículo 32 de la CADH. Correlación entre Deberes y Derechos.

2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Artículo 5 del Protocolo Adicional a la CADH en materia de DESC. Alcance de las restricciones y limitaciones.

Los Estados Partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos.

De igual forma, nuestra *Carta Magna*, en su artículo 1º, establece la posibilidad (necesidad) de que los derechos humanos sean restringidos o suspendidos en los casos y bajo las condiciones que se establecen en la propia Norma Fundamental, al disponer que “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de

las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”⁹²³.

En armonía con lo anterior, Sergio García Ramírez, exjuez de la CrIDH, considera que “los derechos (humanos) se hallan limitados por fronteras determinadas: el derecho ajeno, por supuesto, y la seguridad de todos, las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática, (entre otros)”⁹²⁴. Este pensamiento, en nuestra opinión, sirve para concretar una realidad imperante en materia de derechos humanos, pues, tanto en la doctrina como en los diversos sistemas jurídicos del mundo occidental, existe unanimidad sobre el carácter no absoluto de los derechos fundamentales (que, reiteramos, es deseable) y sobre la posibilidad y necesidad de que éstos sean limitados bajo ciertas condiciones.

Ahora bien, los límites a los derechos humanos no deben ser arbitrarios ni obedecer a intereses particulares, sino que, por el contrario, deben ser legítimos, razonables, necesarios, proporcionados y, en última instancia, estar debidamente justificados. Por lo general, estos límites corresponden con otros fines, grupos y/o bienes constitucionalmente legítimos en nuestra sociedad, los que pueden traducirse, entre otros, en derechos ajenos y/o en las justas exigencias del bien común en el marco de una sociedad democrática.

Hablando específicamente de nuestro objeto de estudio, Aragón Reyes considera que la libertad de empresa es un derecho fundamental con múltiples limitaciones, las que derivan de su estrecha conexión con otros bienes y derechos reconocidos en diversos preceptos constitucionales. Y agrega, en este sentido, que tales límites vienen dados, principalmente y sin ánimo de ser exhaustivos, por la

⁹²³ Cfr. Tesis I.4o.A.17 K (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, abril de 2013, p. 2110. Esta tesis tiene el rubro siguiente: DERECHOS FUNDAMENTALES. SUS LÍMITES INTERNOS Y EXTERNOS.

⁹²⁴ García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª ed., México, Editorial Porrúa, 2015, p. 20. Los paréntesis son nuestros.

libre competencia, las exigencias de la economía general, la planificación y la defensa de la productividad⁹²⁵.

En el mismo sentido se pronuncia el doctor Montoya Melgar, quien sostiene que “la libertad de empresa y la discrecionalidad del poder del empresario no son absolutas, pues entonces se trocarían en arbitrariedad, sino que, como cualquier otro derecho, ha de adecuarse a las limitaciones fijadas por el ordenamiento, que opera tanto en el ámbito del derecho privado como en el del público”⁹²⁶. Con base en esta cita, destacamos nuevamente la unanimidad que existe en relación con la pertinencia de nunca considerar a los derechos humanos en términos absolutos, derivado de la posibilidad siempre latente de que existan buenas razones para limitarlos. Por estas razones, nosotros consideramos y sugerimos que, en determinadas circunstancias, la libertad de empresa (y cualquier otro derecho fundamental) debe ceder a favor de otro derecho y/o bien constitucionalmente protegidos.

“El derecho a la libertad de empresa, como cualquier otro derecho fundamental, encuentra límites que tienen su fundamento en la salvaguarda de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos”⁹²⁷; y precisamente es materia del presente tópico determinar y analizar cuáles son los límites más importantes que tiene –y debe tener– el derecho humano a la libertad de empresa en el sistema jurídico mexicano.

Para abordar correctamente esta cuestión, debemos señalar que la libertad de empresa, al igual que los demás derechos fundamentales, tiene un contenido esencial determinado *ex ante*, el cual debe respetarse en caso de que sea necesario llevar a cabo una regulación o limitación infraconstitucional para posibilitar su goce y ejercicio en el sistema jurídico mexicano. En otras palabras, el contenido esencial de la libertad de empresa se convierte en la parte indispensable e indisponible que

⁹²⁵ Aragón Reyes, Manuel, “El contenido...” *cit.*, p. 40.

⁹²⁶ Montoya Melgar, Alfredo, *óp. cit.*, p. 150.

⁹²⁷ Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco, “Descentralización productiva y libertad de empresa”, en Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco (dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, España, Instituto de Estudios Económicos, 2005, p. 186.

permite a su titular gozar de los atributos, facultades y beneficios que este derecho tutela⁹²⁸. De igual forma, es importante recordar que, sin importar el esfuerzo que se realice, resulta totalmente imposible prever y determinar *ex ante* todas las situaciones en que la libertad de empresa debe ceder a favor de otro derecho o bien constitucionalmente protegidos.

En ese orden de ideas, para desarrollar el presente apartado seguimos la metodología propuesta por Antonio Cidoncha⁹²⁹, quien clasifica los límites del derecho humano a la libertad de empresa en directos e indirectos. Así, son límites directos los que se establecen expresamente en un precepto constitucional o convencional respecto del derecho fundamental de que se trate (como, por ejemplo, la restricción del derecho de petición en materia política para las personas extranjeras –artículo 8° constitucional–); y los límites indirectos, por su parte, corresponden a otros derechos fundamentales, grupos, fines o bienes constitucional o convencionalmente protegidos (como, por ejemplo, la libertad de tránsito en relación con el derecho de manifestación –artículos 6°, 9° y 11 constitucionales–).

4.5.1. Límites directos.

Los límites directos de la libertad de empresa están establecidos expresamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y, en nuestra opinión, derivan fundamentalmente de las exigencias de la planeación económica, de la rectoría del desarrollo nacional, de la economía social de mercado (economía mixta) y de la defensa de la productividad y la libre competencia. Ahora bien, derivado de la imposibilidad que existe para prever y determinar *ex ante* todas las situaciones en que la libertad de empresa puede ser restringida válidamente, únicamente hacemos referencia a los límites directos que consideramos más importantes: los derivados del ataque a los derechos de terceros y de la ofensa a los derechos de la sociedad; los derivados de la rectoría económica y la planeación

⁹²⁸ García Toma, Víctor, *óp. cit.*, p. 24.

⁹²⁹ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, pp. 270-276.

del desarrollo nacional; las áreas estratégicas de la economía; y la fijación de precios máximos y de modalidades en la distribución de artículos, materias y/o productos necesarios para la economía nacional y/o el consumo popular.

4.5.1.1. Los límites derivados del ataque a los derechos de tercero y de la ofensa a los derechos de la sociedad.

Del propio artículo 5° constitucional se desprende que la libertad de empresa, al igual que la libertad de trabajo, puede limitarse a) cuando se ataquen los derechos de tercero, por medio de determinación judicial, y/o b) cuando se ofendan los derechos de la sociedad, por medio de resolución gubernativa:

Artículo 5° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 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. [...].

Respecto de esta posibilidad que tiene el Estado Mexicano para limitar la libertad de empresa, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁹³⁰ ha establecido que “el Poder Legislativo (federal) puede, al emitir una ley, restringir la libertad de trabajo (y también la libertad de empresa) de una manera general, impersonal y abstracta, determinando que una actividad es ilícita, pero de ninguna manera puede establecer restricciones a esa garantía en relación con gobernados en particular”, pues la ley debe cumplir con los atributos de generalidad, impersonalidad y abstracción; agregando que el citado artículo 5° constitucional “reserva a la función judicial y a la administrativa ese tipo de restricciones

⁹³⁰ Tesis P./J. 29/99 (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IX, abril de 1999, p. 258. Esta tesis tiene el rubro siguiente: LIBERTAD DE TRABAJO. EL PODER LEGISLATIVO NO PUEDE RESTRINGIR ESA GARANTÍA A GOBERNADOS EN PARTICULAR. Los paréntesis son nuestros.

personales al determinar que la libertad ocupacional (libertad de empresa y libertad de trabajo) puede vedarse por resolución judicial, cuando se afecten derechos de terceros, y por resolución gubernativa, en los términos que señale la ley, cuando se afecten derechos de la sociedad”.

Dicho lo anterior, podemos concluir que el Poder Judicial Federal, en un asunto determinado que se someta a su conocimiento, está facultado para limitar la libertad de empresa cuando se afecten derechos de tercero, y, por su parte, el Poder Ejecutivo Federal puede restringir esta libertad fundamental cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Sin embargo, para que dichos límites sean constitucionalmente válidos, deben respetar y ser acordes con el principio de proporcionalidad y con los demás requisitos establecidos al efecto en nuestra *Carta Magna*⁹³¹.

4.5.1.2. Los “límites” derivados de la rectoría económica y la planeación del desarrollo nacional.

Tal como lo señalamos con anterioridad, un Estado verdaderamente social y constitucional de derecho, entre las diversas funciones que derivan de su especial naturaleza, debe asumir de manera proactiva la rectoría económica y la planeación del desarrollo nacional, para así fomentar la competitividad, el crecimiento económico, el empleo, una más justa distribución del ingreso y la riqueza, todo ello en aras de alcanzar el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de las personas. En nuestro sistema jurídico, es en los artículos 25 y 26 de la Constitución donde se regulan estas facultades del Estado Mexicano:

⁹³¹ *Infra*, 4.5.3. Límites a los límites de la libertad de empresa.

Artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.

[...]

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución. [...].

Artículo 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. A. El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, competitividad, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y democratización política, social y cultural de la nación.

Los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución determinarán los objetivos de la planeación. La planeación será democrática y deliberativa. Mediante los mecanismos de participación que establezca la ley, recogerá las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al plan y los programas de desarrollo. Habrá un plan nacional de desarrollo al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la Administración Pública Federal. [...].

De conformidad con el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁹³², la planeación nacional es “la ordenación racional y sistemática de acciones que, con base en el ejercicio de las atribuciones del Ejecutivo Federal en materia de regulación y promoción de la actividad económica, social, política, cultural, de protección al ambiente y aprovechamiento racional de los recursos naturales, tiene como propósito la transformación de la realidad del país, de conformidad con las normas, principios y objetivos que la propia Constitución y las diversas leyes que las desarrollan establecen”.

Así, con base en la misma jurisprudencia⁹³³ y derivado de la rectoría económica y la planeación del desarrollo nacional, el Estado Mexicano puede intervenir en el mercado y en la economía nacional a través de las siguientes acciones: “alienta la producción, concede subsidios, otorga facilidades a empresas de nueva creación, estimula la exportación de sus productos, concede facilidades para la importación de materias primas, organiza el sistema de planeación democrática del desarrollo nacional y el sistema nacional de desarrollo social”, etc.

Tal como se puede observar, la rectoría económica y la planeación del desarrollo nacional habilitan a los diversos poderes y órganos del Estado, especialmente al legislador, para intervenir de diversas formas en el mercado y en la economía nacionales. En muchos casos, esto implica la posibilidad de establecer una amplia variedad de modalidades (aparentes “límites”, de ahí el uso de las comillas en el desarrollo del presente apartado) al ejercicio de una actividad empresarial por parte de los particulares (bien jurídico tutelado por la libertad de empresa); y no únicamente a esta libertad fundamental, sino también a las demás prerrogativas de naturaleza económica, como por ejemplo el derecho de propiedad.

⁹³² Tesis P./J. 76/2009 (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, julio de 2009, p. 1543. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “PLANEACIÓN DEMOCRÁTICA DEL DESARROLLO NACIONAL Y SISTEMA NACIONAL DE DESARROLLO SOCIAL. SE FUNDAMENTAN EN LOS ARTÍCULOS 25 Y 26 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

⁹³³ Tesis P./J. 76/2009 (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, julio de 2009, p. 1543. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “PLANEACIÓN DEMOCRÁTICA DEL DESARROLLO NACIONAL Y SISTEMA NACIONAL DE DESARROLLO SOCIAL. SE FUNDAMENTAN EN LOS ARTÍCULOS 25 Y 26 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

En nuestra opinión, las acciones por medio de las cuales el Estado interviene en la economía y establece un amplio catálogo de modalidades al ejercicio de una actividad empresarial por parte de los particulares, que derivan y están amparadas por la rectoría económica y la planeación del desarrollo nacional, no deben ser vistas como límites al ejercicio de la libertad de empresa, siempre y cuando respeten el principio de proporcionalidad y los demás requisitos constitucionales establecidos al efecto. Por el contrario, realizando una interpretación amplia y armónica del sistema jurídico mexicano, consideramos que estas acciones del Estado son –y deben ser– verdaderos estímulos e incentivos del emprendimiento, del crecimiento económico, del empleo y de una más justa distribución del ingreso y la riqueza en nuestro país; por lo que, al emplearse debidamente, consideramos que se traducen en un mercado y en una economía más saludables, los que necesariamente impactan de manera positiva en el ejercicio que las personas hacen de la libertad de empresa y de los demás derechos humanos que derivan de su dignidad⁹³⁴.

A efecto de demostrar nuestras afirmaciones, utilizamos como ejemplo la defensa de la libre competencia económica, que, en nuestra opinión, deriva de la rectoría económica y de la planeación del desarrollo nacional a cargo del Estado Mexicano –aspecto que analizamos previamente como parte indisoluble de la economía social de mercado–⁹³⁵. Al respecto, la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE)⁹³⁶ concibe la competencia económica como

⁹³⁴ Cfr. Tesis 2a. LXXVI/2015 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, agosto de 2015, p. 1191. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “COMPETENCIA ECONÓMICA. LOS ARTÍCULOS 2, 8o, 9, FRACCIÓN IV, 23, 24, FRACCIONES I, IV Y XIX, 25, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35 Y 36 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, VIGENTE HASTA EL 6 DE JULIO DE 2014, NO CONTRAVIENEN LA LIBERTAD DE COMERCIO POR OTORGAR ATRIBUCIONES A LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA PARA INVESTIGAR, REQUERIR A LOS PARTICULARES Y AGENTES ECONÓMICOS LA INFORMACIÓN O DOCUMENTACIÓN QUE ESTIME RELEVANTE Y PERTINENTE, CITAR A DECLARAR A QUIENES TENGAN RELACIÓN CON LOS HECHOS DE QUE SE TRATE, ASÍ COMO DE REALIZAR VISITAS DE VERIFICACIÓN EN EL DOMICILIO DEL INVESTIGADO, EN QUE SE PRESUMA QUE EXISTEN ELEMENTOS NECESARIOS PARA LA EXISTENCIA DE MONOPOLIOS, PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, ESTANCOS Y CONCENTRACIONES”.

⁹³⁵ *Supra*, 2.3.4.2. Estado social y constitucional de derecho y 2.3.4.3. La rectoría económica del Estado Mexicano.

⁹³⁶ Comisión Federal de Competencia Económica, *15/2017 Acciones relevantes*, visible en el sitio de internet: <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/02/HITOS-RELEVANTES-COFECE-2017.pdf#pdf> (consultado el 20 de febrero de 2018), p. 5.

una herramienta al servicio del crecimiento económico y, sobre todo, del bienestar social. Para empresarios y emprendedores, la competencia incrementa oportunidades de negocio, da acceso a insumos de producción de mayor calidad a menores precios, garantiza una “cancha pareja” en el acceso y las condiciones de mercado, eleva la productividad y estimula la innovación. Del lado de los consumidores, la competencia garantiza bienes y servicios en mejores condiciones de oportunidad, variedad y calidad a los mejores precios posibles. Para los gobiernos la competencia implica un mejor uso de los recursos públicos en las adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios y obras que realizan.

Sin embargo, la libre competencia no se da de manera natural y automática en el mercado nacional, sino que, por el contrario, es necesaria e indispensable la intervención del Estado Mexicano en la economía⁹³⁷, a efecto de “promover, proteger y garantizar la libre concurrencia y la competencia económica, así como prevenir, investigar, combatir, perseguir con eficacia, castigar severamente y eliminar los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas, las barreras a la libre concurrencia y la competencia económica, y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados” (art. 2° de la Ley Federal de Competencia Económica).

Ahora bien, ¿de qué forma el Estado interviene en el mercado para mantener, ampliar y, en su caso, restaurar las condiciones óptimas de libre competencia? En nuestra opinión, el Estado Mexicano realiza estas acciones de intervención fundamentalmente a través de dos órganos constitucionales autónomos:

⁹³⁷ Ginebra Serrabou, Xavier, *Alianzas... cit.*, p. XIV. De conformidad con el autor en cita, el Estado no puede mantenerse al margen del funcionamiento del mercado, principalmente por la injusticia que conlleva la competencia llevada hasta el extremo, la asignación de los recursos que el mercado hace (que produce que el dinero se vaya a los sectores más reductibles, no a los más prioritarios) y porque la sociedad, en ocasiones, no llega a lograr todos los bienes necesarios para el bien común, en cuyo caso la intervención del Estado es prioritaria.

a) En primer lugar, por conducto de la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE)⁹³⁸ que, de conformidad con el párrafo decimocuarto del artículo 28 constitucional, tiene las siguientes atribuciones y facultades: ordenar medidas para eliminar barreras a la competencia y la libre concurrencia; ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos; imposición de multas; practicar visitas de verificación; entre muchas otras (artículo 12 de la Ley Federal de Competencia Económica).

b) En segundo lugar, a través del Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT)⁹³⁹ que, de conformidad con los párrafos decimoquinto y decimosexto del artículo 28 constitucional, es un órgano constitucional autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, siendo la autoridad en materia de competencia económica únicamente en estos dos sectores, por lo que en éstos ejercerá de forma exclusiva las facultades establecidas para la Comisión Federal de Competencia Económica, y, así, en este sentido, regulará de forma asimétrica a los participantes en estos mercados con el objeto de eliminar eficazmente las barreras a la competencia y la libre concurrencia.

A manera de ejemplo, en el año 2017, la COFECE limitó el derecho fundamental a la libertad de empresa de las personas jurídicas “Rea Magnet Wire Company” y “Xignux”, específicamente en su dimensión de libertad de contratación,

⁹³⁸ Artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica. La Comisión es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente en sus decisiones y funcionamiento, profesional en su desempeño, imparcial en sus actuaciones y ejercerá su presupuesto de forma autónoma, misma que tiene por objeto garantizar la libre concurrencia y competencia económica, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

⁹³⁹ Artículo 7° de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión. El Instituto es un órgano público autónomo, independiente en sus decisiones y funcionamiento, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que tiene por objeto regular y promover la competencia y el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones y la radiodifusión en el ámbito de las atribuciones que le confieren la Constitución y en los términos que fijan esta Ley y demás disposiciones legales aplicables. [...]. Asimismo, el Instituto es la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejercerá en forma exclusiva las facultades que establecen el artículo 28 de la Constitución, esta Ley y la Ley Federal de Competencia Económica. [...].

al negarles la autorización de la propuesta de concentración de sus negocios de fabricación de alambre magneto:

Fue negada la autorización para la concentración entre Rea Magnet Wire Company (REA) y Xignux, decisión que tomó la COFECE para proteger el mercado de producción y distribución de alambre de magneto –que se utiliza en motores de automóviles, electrónicos, electrodomésticos y material de iluminación, entre otros-. De concretarse la transacción, el agente económico resultante tendría una posición de poder de mercado que afectaría negativamente el proceso de competencia; es decir, podría aumentar los precios o restringir la oferta de este insumo, sin que sus competidores pudieran contrarrestarlo⁹⁴⁰.

Con lo anterior se demuestra que un aparente “límite” al ejercicio de una actividad empresarial por parte de un empresario determinado, siempre y cuando sea acorde con el principio de proporcionalidad y con los demás requisitos constitucionales establecidos al efecto, es en realidad un verdadero aliciente de la libre competencia que contribuye a lograr un mercado y una economía más saludables, y que, de esta forma, necesariamente impacta de manera positiva en el ejercicio de la libertad de empresa y de los demás derechos fundamentales de las personas⁹⁴¹.

En conclusión, la defensa que el Estado Mexicano hace de la competencia fomenta las actividades empresariales, genera fuentes de empleo, impulsa el desarrollo económico, beneficia al consumidor, promueve la inversión y, en consecuencia, genera un mayor crecimiento económico en nuestro país⁹⁴². En este sentido, las acciones con las que el Estado Mexicano interviene en el mercado y en la economía nacionales en defensa de la competencia (no límites, sino incentivos y estímulos de la libertad de empresa), en nuestra opinión, están pensadas en beneficio de la sociedad en su conjunto y no únicamente a favor de los empresarios que participan en el mercado.

⁹⁴⁰ Comisión Federal de Competencia Económica, *óp. cit.*, p. 18.

⁹⁴¹ Barba de Vega, José *et al.*, *óp. cit.*, p. 267.

⁹⁴² Sosa y Ávila Zabre, Marcela y Molina y González, Héctor, *óp. cit.*, p. 1165.

4.5.1.3. Las áreas estratégicas de la economía.

Otro caso particular que representa un límite directo a la libertad de empresa son las llamadas áreas estratégicas de la economía (reserva al Estado de recursos y servicios esenciales), que suponen “la sustracción a la iniciativa privada de la titularidad de un bloque de recursos o servicios y su atribución en exclusiva a la titularidad del sector público”⁹⁴³. En este sentido, en los artículos 25, párrafo quinto, y 28, párrafo cuarto, de la Constitución Mexicana se establece que el sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas nacionales, que son, entre otras, correos, telégrafos y radiotelegrafía; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica; y la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos:

Artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [...].

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos y empresas productivas del Estado que en su caso se establezcan. Tratándose de la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, y del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, así como de la exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos, la Nación llevará a cabo dichas actividades en términos de lo dispuesto por los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución. En las actividades citadas la ley establecerá las normas relativas a la administración, organización, funcionamiento, procedimientos de contratación y demás actos jurídicos que celebren las empresas productivas del Estado, así como el régimen de remuneraciones de su personal, para garantizar su eficacia, eficiencia, honestidad, productividad, transparencia y rendición de cuentas, con base en las mejores prácticas, y determinará las demás actividades que podrán realizar.

⁹⁴³ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, p. 336.

Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [...].

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, y la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, en los términos de los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución, respectivamente; así como las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia. [...].

Interpretando estos artículos constitucionales, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁹⁴⁴ ha establecido, entre otras cuestiones, que las áreas estratégicas de la economía mexicana son “aquellas actividades económicas reservadas para uso exclusivo del Estado, a través de los organismos y empresas que requiera para su eficaz manejo, que ameritan esa categoría por razones de interés general necesario para el desarrollo económico del país”, y que, “por su significado social y nacional, se orientan por el interés general que sólo garantiza el manejo del Estado”⁹⁴⁵.

⁹⁴⁴ Tesis 2a. XLIV/2017 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, marzo de 2017, p. 1382. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “ÁREAS ESTRATÉGICAS. SU CONCEPTO”.

⁹⁴⁵ Chagoya Díaz, Sergio, *óp. cit.*, p. 215. De conformidad con el autor en cita, las áreas prioritarias, a diferencia de las áreas estratégicas, son aquellas de alta importancia dentro de un Estado para el desarrollo económico, en las que, a pesar de que el Estado mantiene la propiedad y control de las mismas, se permite la obtención de concesiones a los particulares a fin de permitir la inversión y el crecimiento en el país. Las áreas prioritarias del artículo 28 constitucional tienen una íntima conexión con las áreas estratégicas, ya que, previo a la reforma constitucional del 2 de marzo de 1995, la comunicación vía satélite y ferrocarriles eran áreas estratégicas. La finalidad de desincorporarlas y crear un nuevo rubro fue la creación de alternativas competitivas y preponderantemente la promoción de actuación de los particulares en dichos sectores que requieran inversión a fin de elevar la calidad y competitividad del mercado. Así pues, la libertad de empresa no está en todo garantizada dentro de dichas actividades, ya que, en términos del multicitado artículo 28 constitucional, las restricciones aún persisten, pues el Estado, al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía

En otras palabras, las áreas estratégicas son aquellos recursos, servicios y/o actividades económicas que se encuentran reservadas de manera exclusiva al sector público de la economía, con exclusión de los sectores privado y social (con algunos matices que explicamos en los siguientes párrafos), sin que su ejercicio privativo por parte del Estado se considere como un monopolio. En palabras más sencillas, única y exclusivamente el Estado Mexicano, como empresario público, puede desarrollar las actividades económicas señaladas en el texto constitucional como áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, y la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos.

Sin embargo, consideramos que hoy en día existen algunos matices al concepto de “áreas estratégicas”, por lo que nos adscribimos al pensamiento del doctor Chagoya Díaz⁹⁴⁶, quien propone una nueva concepción de las áreas estratégicas en la que se distinga entre: a) aquellas actividades que ejerce de manera exclusiva el Estado Mexicano, como, por ejemplo, correos, telégrafos, radiotelegrafía, minerales radioactivos y generación de energía nuclear; y b) aquellas actividades en las cuales el Estado Mexicano puede celebrar contratos con particulares, mas no otorgar concesiones, como, por ejemplo, en la transmisión y distribución de energía eléctrica, así como la exploración y extracción del petróleo y los demás hidrocarburos. De esta forma, la determinación de las áreas estratégicas ya no se limita a ciertas características, sino que su concepción se flexibiliza, admitiendo diversas acepciones en función de las necesidades del sector público y conforme a la ductilidad propia del derecho constitucional económico.

de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos, mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.

⁹⁴⁶ *Ibidem*, pp. 214 y 215.

Dicho lo anterior, resulta evidente que las áreas estratégicas constituyen un límite directo a la libertad de empresa de los particulares, ya que éstos ven vedada la oportunidad de realizar actividades empresariales en dichos sectores económicos *estratégicos*. Sin embargo, consideramos que se trata de un límite constitucionalmente válido y justificado a la libertad de empresa, pues es acorde con el principio de proporcionalidad y con los demás requisitos establecidos al efecto en nuestra *Carta Magna*.

4.5.1.4. La fijación de precios máximos y de modalidades en la distribución de artículos, materias y/o productos necesarios para la economía nacional y/o el consumo popular.

De conformidad con el tercer párrafo del artículo 28 constitucional, el Estado Mexicano, por conducto del Poder Ejecutivo Federal y de la Comisión Federal de Competencia Económica, puede señalar precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, y, además, podrá imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, con la finalidad de evitar intermediaciones innecesarias o excesivas que provoquen insuficiencia en el abasto y/o el alza de precios:

Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [...]

Las leyes fijarán las bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses. [...].

Estas facultades que tiene el Estado Mexicano, en nuestra opinión, constituyen un límite directo al ejercicio de la actividad empresarial por parte de los particulares (bien jurídico tutelado de la libertad de empresa), pues restringen su libertad de contratación a) al establecerse un tope máximo a los productos y/o servicios que oferten en el desempeño de su actividad (cuando éstos se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular), o bien, b) al imponerse de forma imperativa y unilateral modalidades a la organización de la distribución de tales productos y/o servicios.

De conformidad con Leyva Rayón⁹⁴⁷, la fijación de precios máximos, como un control de precios, afecta los resultados de los mercados donde se implementan, ya que “el precio controlado será distinto al precio de equilibrio (precio en el que la cantidad demandada es igual a la cantidad ofertada⁹⁴⁸) debido a que estarán impedidas las fuerzas de la oferta y la demanda”. En ese tenor, si el precio de equilibrio está por encima del precio máximo fijado, el bien o servicio se volverá escaso y los ofertantes deberán racionarlo entre un gran número de demandantes: “si en un determinado mercado el precio de equilibrio está por encima del precio máximo decretado, habrá problemas como la escasez y el surgimiento de un mercado negro”.

En este sentido, nos adscribimos al pensamiento del doctor Chagoya Díaz⁹⁴⁹, quien considera que estas atribuciones concedidas al Estado Mexicano, por conducto del Poder Ejecutivo Federal y de la Comisión Federal de Competencia Económica, son una especie de “facultades extraordinarias” en materia económica, por ejemplo, para el caso de un desabasto de alimentos u otra clase de bienes y/o

⁹⁴⁷ Leyva Rayón, Elitania, *Controles de precios: Precios mínimos y precios máximos*, visible en el sitio de internet: <http://www.e-consulta.com/opinion/2016-02-16/controles-de-precios-precios-minimos-y-precios-maximos> (consultado el 26 de febrero de 2018).

⁹⁴⁸ Centro de Diseño Industrial de la Facultad de Arquitectura, Diseño y Urbanismo de la Universidad de la República de Uruguay, visible en el sitio de internet: http://www.fadu.edu.uy/marketing/files/2013/04/punto_equilibrio.pdf (consultado el 26 de febrero de 2018), pp. 1 y 2. El precio o punto de equilibrio, en términos de contabilidad de costos, es aquel punto de actividad (volumen de ventas) donde los ingresos totales son iguales a los costos totales, es decir, el punto de actividad donde no existe utilidad ni pérdida. En este sentido, hallar el punto de equilibrio es hallar el número de unidades a vender, de modo que se cumpla con lo anterior (que las ventas sean iguales a los costos).

⁹⁴⁹ Chagoya Díaz, Sergio, *óp. cit.*, p. 218.

servicios de primera necesidad (situaciones extraordinarias). Esto significa que el Estado Mexicano, por conducto del Poder Ejecutivo Federal y de la Comisión Federal de Competencia Económica, puede utilizar estos mecanismos (límites a la libertad de empresa) para hacer frente a situaciones de crisis económicas o financieras, emergencias o desastres naturales, con independencia de la suspensión de derechos fundamentales y de las facultades extraordinarias del Poder Ejecutivo Federal (art. 29 constitucional).

Sin embargo, lo anterior no significa que estas facultades en materia económica “deban aplicarse necesariamente con dichos instrumentos constitucionales extraordinarios para los *casos de excepción* (art. 29 constitucional), sino que más bien comparten una *ratio iuris* similar, de tal suerte que es una atribución de cuidadoso ejercicio por su impacto en la libertad económica (libertad de empresa), que como todo derecho fundamental tiene un contenido esencial a tutelar⁹⁵⁰. Estas facultades del Estado Mexicano, en nuestra opinión, constituyen límites especialmente intensos al ejercicio de actividades empresariales por parte de los particulares, por lo que su ejercicio debe estar sustancial y suficientemente justificado, dando cumplimiento puntual al principio de proporcionalidad y a los demás requisitos que al efecto se establecen en nuestra *Carta Magna*.

Finalmente, por cuanto a la forma, el procedimiento para la imposición de precios máximos a los bienes y servicios que sean necesarios para la economía nacional o el consumo popular, de conformidad con el artículo 9° de la Ley Federal de Competencia Económica, deberá sujetarse a las siguientes reglas:

- I. Corresponde exclusivamente al Ejecutivo Federal determinar mediante decreto los bienes y servicios que podrán sujetarse a precios máximos, siempre y cuando no haya condiciones de competencia efectiva en el mercado relevante de que se trate. La Comisión (Federal de Competencia Económica) determinará mediante declaratoria si no hay condiciones de competencia efectiva.

⁹⁵⁰ *Ídem*. Los paréntesis son nuestros.

II. La Secretaría (de Economía), sin perjuicio de las atribuciones que correspondan a otras dependencias o entidades y previa opinión de la Comisión (Federal de Competencia Económica), fijará los precios que correspondan a los bienes y servicios determinados conforme a la fracción anterior, con base en criterios que eviten la insuficiencia en el abasto.

4.5.2. Límites indirectos.

Los límites indirectos de la libertad de empresa, por su parte, están constituidos por otros derechos fundamentales y/o bienes constitucional o convencionalmente protegidos, con los que, en algunas ocasiones y bajo ciertas circunstancias, esta libertad fundamental puede entrar en colisión. Derivado de la imposibilidad que existe para prever y determinar *ex ante* todas las situaciones en que la libertad de empresa puede ser restringida válidamente, únicamente abordamos los límites indirectos que consideramos más importantes: los derechos de los trabajadores; los derechos de los consumidores; y el derecho a un medio ambiente sano.

4.5.2.1. Los derechos de los trabajadores.

De conformidad con Montoya Melgar⁹⁵¹, “el derecho del trabajo dedica la mayor parte de sus normas a reconocer derechos de los trabajadores, que operan lógicamente como límites al poder de los empresarios. El derecho del trabajo, en efecto, acomete dos operaciones concurrentes en este dominio: reconoce el poder organizador del empresario y fija sus límites”. Esto significa que, no obstante que el contenido esencial de la libertad de empresa implica la libre determinación de la organización empresarial, el empresario-patrón no puede actuar de manera irrestricta ni arbitraria, sino que, por el contrario, está limitado por la totalidad de los derechos y prerrogativas fundamentales con que cuentan los trabajadores.

⁹⁵¹ Montoya Melgar, Alfredo, *óp. cit.*, p. 146.

En nuestro país, cuando los particulares actúan como empresarios-patronos, el derecho al trabajo y los derechos humanos en el trabajo están reconocidos fundamentalmente en los artículos 5° y 123, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en su ley reglamentaria, la Ley Federal del Trabajo⁹⁵². El artículo 2° de la Ley Federal del Trabajo establece, entre otras cuestiones, que “las normas del trabajo tienden a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, así como propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales”; entendiendo por trabajo digno,

aquél en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil; se tiene acceso a la seguridad social y se percibe un salario remunerador; se recibe capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos y se cuenta con condiciones óptimas de seguridad e higiene para prevenir riesgos de trabajo.

El trabajo digno o decente también incluye el respeto irrestricto a los derechos colectivos de los trabajadores, tales como la libertad de asociación, autonomía, el derecho de huelga y de contratación colectiva. [...].

De igual forma, el derecho al trabajo se encuentra reconocido expresamente en el artículo 6°, párrafo primero, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que se reconoce expresamente que “Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”.

⁹⁵² Para consultar el contenido completo de la Ley Federal del Trabajo, véase: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_120615.pdf (consultada el 27 de febrero de 2018). De conformidad con el artículo 1° de este ordenamiento, la presente Ley es de observancia general en toda la República y rige las relaciones de trabajo comprendidas en el artículo 123, Apartado A, de la Constitución.

En ese tenor y siguiendo a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos⁹⁵³, podemos afirmar que los derechos más importantes que tienen los trabajadores en el desempeño de su actividad laboral, los que a su vez constituyen los principales límites al ejercicio de la libertad de empresa por este concepto (específicamente a la dimensión de libertad en el desarrollo de la actividad empresarial –libertad de contratación–), son: el derecho a la estabilidad en el empleo; el derecho a ser indemnizado hasta con tres meses de salario o a ser reinstalado en su trabajo en caso de separación injustificada de su empleo; derecho a percibir una remuneración doble para el caso de laborar jornada extraordinaria; derecho a recibir capacitación y adiestramiento; derecho a que los establecimientos de trabajo sean higiénicos y salubres; derecho para coaligarse en defensa de sus intereses; derecho a una jornada laboral máxima de ocho horas; derecho a gozar de seguros de invalidez, de vejez y de vida; derecho a un día de descanso por cada seis días trabajados; derecho a la huelga; derecho a la obtención de créditos; derecho a recibir su salario en moneda de curso legal circulante y no en especie; derecho a percibir reparto de utilidades; derecho de las mujeres a gozar de un periodo de descanso anterior y posterior al parto; derecho a establecer las condiciones bajo las cuales se va a prestar el servicio contratado en un contrato individual de trabajo; derecho a recibir una constancia escrita del número de días trabajados y el salario percibido; derecho a gozar de los días de descanso establecidos en la ley; derecho a gozar de un salario mínimo; derecho a un salario igual por un trabajo igual, sin discriminación de ninguna índole; derecho a un aguinaldo; derecho a gozar de un periodo vacacional; derecho al pago de una prima de antigüedad; entre otros.

Este cúmulo de derechos y garantías mínimas que se les reconocen a los trabajadores en el sistema jurídico mexicano, constituyen verdaderos límites al ejercicio de la libertad de empresa por parte de los particulares, pues éstos, cuando requieran contratar trabajadores dependientes y subordinados para el desarrollo de su actividad empresarial, deberán hacerlo con total apego y respeto a las

⁹⁵³ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Derecho humano al trabajo y derechos humanos en el trabajo*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016, pp. 22-27.

condiciones laborales mínimas de que deben gozar todos los trabajadores. En otras palabras, los derechos laborales mínimos consagrados en nuestra *Carta Magna* (arts. 5° y 123, apartado A) y en la Ley Federal del Trabajo están en colisión con la libertad de empresa, por lo que representan auténticos frenos y restricciones a la libertad contractual que tienen los empresarios-patrones en el desempeño de su actividad económica (libertad en el desarrollo de la actividad empresarial, que forma parte del contenido de la libertad de empresa), ya que, por mandato constitucional y por conducto de la actividad mediadora del legislador que se materializa fundamentalmente en la Ley Federal del Trabajo, están obligados a respetar la dignidad de sus trabajadores mediante la estricta observancia del catálogo mínimo de derechos y garantías laborales.

Para finalizar, podemos afirmar que los derechos de los trabajadores son restricciones válidas al ejercicio de la libertad de empresa por parte de los particulares, pues persiguen el equilibrio de los factores de producción, capital y trabajo (relaciones entre el patrón y los trabajadores), buscando una verdadera equidad en los derechos y obligaciones de uno y otro, garantizando, de esta forma, que las fuentes de empleo y la productividad permitan un nivel de vida digno al trabajador y su familia⁹⁵⁴. Por lo anterior, consideramos que los derechos mínimos de los trabajadores son límites a la libertad de empresa que están constitucionalmente justificados, pues son acordes con el principio de proporcionalidad y los demás requisitos que al efecto se establecen en nuestra *Carta Magna*.

⁹⁵⁴ Reyes Mendoza, Libia, *Derecho laboral*, México, Red Tercer Milenio, 2012, pp. 9 y 13.

4.5.2.2. Los derechos de los consumidores.

De la misma manera, las normas que se desprenden del derecho de los consumidores, entendido como “un sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos consagrados por el ordenamiento jurídico a favor del consumidor para garantizar en el mercado una posición de equilibrio con los empresarios proveedores, en una relación de consumo y como destinatario final de los bienes y servicios adquiridos”⁹⁵⁵, constituyen una fuente importante de restricciones legítimas a la actividad de los empresarios.

De conformidad con Ovalle Favela⁹⁵⁶ y con base en lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC), podemos definir al consumidor como “la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios”; por lo que, como regla general, en el derecho mexicano la ley considera que el sujeto principal de protección es el consumidor final (con algunas excepciones), es decir, el que compra bienes o contrata la prestación de servicios para uso personal o de su familia.

En el derecho mexicano, el fundamento de los derechos de los consumidores lo encontramos en la última parte del tercer párrafo del artículo 28 constitucional, que textualmente dispone:

Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [...].

Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses. [...].

⁹⁵⁵ Durand Carrión, Julio Baltazar, *El Derecho del consumidor y sus efectos en el Derecho civil, frente a la contratación de consumo en el mercado*, visible en el sitio de internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5171123.pdf> (consultado el 05 de febrero de 2017), p. 99.

⁹⁵⁶ Ovalle Favela, José, *Derechos de los consumidores*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 5.

Este precepto es el fundamento constitucional de la Ley Federal de Protección al Consumidor⁹⁵⁷, cuyo objeto es “promover y proteger los derechos y cultura del consumidor y procurar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores” (art. 1°). En este sentido y por conducto de la actividad mediadora del legislador, en la Ley Federal de Protección al Consumidor se crea y regula un microsistema jurídico para las relaciones entre empresarios-proveedores y consumidores, en el que, por su espíritu y sus reglas protectoras específicas, no rige de forma absoluta el principio de autonomía de la voluntad que opera de manera general en materia civil y mercantil; sino que, por el contrario, dichas relaciones están sujetas a normas imperativas protectoras de los derechos de los consumidores, cuyo cumplimiento debe vigilar el Estado. Por lo anterior, cuando surjan conflictos entre empresarios-proveedores y consumidores, debe privilegiarse la aplicación del derecho de los consumidores sobre las normas civiles y mercantiles, pues, en esta rama del derecho, el legislador ponderó la libertad de empresa y los derechos de los consumidores con el propósito de prevenir abusos y desequilibrios en las relaciones de consumo⁹⁵⁸.

De conformidad con el artículo 1° de la Ley Federal de Protección al Consumidor, consideramos que los seis derechos básicos que tienen los consumidores, que a su vez constituyen las principales obligaciones que en este rubro tienen los empresarios-proveedores en el desarrollo de su actividad

⁹⁵⁷ Para consultar el contenido completo de la Ley Federal de Protección al Consumidor, véase: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/113_110118.pdf (consultado el 27 de febrero de 2018). De conformidad con el artículo 1° de este ordenamiento, la presente ley es de orden público e interés social y de observancia en toda la República, por lo que sus disposiciones son irrenunciables y contra su observancia no podrán alegarse costumbres, usos, prácticas, convenios o estipulaciones en contrario.

⁹⁵⁸ Tesis I.7o.C.153 C (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, diciembre de 2010, p. 1755. Esta tesis tiene el rubro siguiente: DERECHO DE LOS CONSUMIDORES. COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE BASE CONSTITUCIONAL TIENE UNA REGULACIÓN LEGAL, ESPECÍFICA Y PROTECTORA QUE EL JUZGADOR DEBE CONSIDERAR AL RESOLVER LOS CONFLICTOS ENTRE PROVEEDORES Y CONSUMIDORES QUE SEAN DE SU COMPETENCIA PARA EVITAR ABUSOS.

económica (límites al ejercicio de la libertad de empresa, específicamente a la dimensión de libertad en el desarrollo de la actividad empresarial), son⁹⁵⁹:

a) El derecho a la información, que, entre otras cuestiones, implica que los precios, los instructivos, las garantías y, en general, toda la información de los bienes y servicios que ofrezcan los empresarios-proveedores debe ser oportuna, completa, clara y veraz, de manera que los consumidores puedan elegir con pleno conocimiento qué es lo que compran y/o contratan.

b) El derecho a elegir, que, entre otros aspectos, implica que los empresarios-proveedores no deben presionar a los consumidores para que se decidan por un producto o servicio determinado, ni condicionarles la venta a cambio de comprar algo que éstos no quieran adquirir, ni exigirles pagos o anticipos sin que se haya firmado un contrato al efecto.

c) El derecho a la seguridad y calidad, que, entre otras cuestiones, exige que los bienes y servicios que ofrecen los empresarios-proveedores en el mercado deben de cumplir con normas y disposiciones en materia de seguridad y calidad, además de que los instructivos deben incluir las advertencias necesarias y explicar claramente el uso recomendado de los productos de que se trate.

d) El derecho a no ser discriminados, que implica que, cuando los consumidores adquieran o pretendan adquirir un determinado bien y/o servicio ofrecidos en el mercado, los empresarios-proveedores no pueden negarlo, discriminarlos o tratarlos mal por su origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar sus derechos y libertades.

⁹⁵⁹ Procuraduría Federal del Consumidor, *7 derechos básicos del consumidor*, visible en el sitio de internet: https://www.profeco.gob.mx/Folletos/7_derechos_basicos.pdf (consultado el 28 de febrero de 2018).

e) El derecho a la compensación, que supone que, si un empresario-proveedor vende un producto de mala calidad o que no cumple con las normas, los consumidores tienen derecho a que se les reponga o a que les devuelvan su dinero, así como a una bonificación no menor al 20% del precio pagado. De igual forma y sin perjuicio de lo anterior, los consumidores tienen derecho a que el empresario-proveedor los indemnice por los daños y perjuicios que les haya ocasionado el producto defectuoso.

f) El derecho a la protección, que significa que los consumidores pueden exigir la aplicación forzosa de las leyes y, además, pueden ser defendidos por las autoridades en la materia. En este sentido, cuando algún empresario-proveedor no respete los derechos de los consumidores, éstos pueden acudir ante la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO)⁹⁶⁰ a presentar una queja o a denunciar algún abuso que esté afectando a varios consumidores⁹⁶¹.

Este conjunto de derechos y garantías que se les reconocen a los consumidores en el derecho mexicano, en nuestra opinión, constituyen verdaderos límites al ejercicio de la libertad de empresa por parte de los particulares, pues éstos, cuando en el desarrollo de su actividad empresarial ofrecen bienes y/o servicios en el mercado, deberán hacerlo con total apego y respeto a los derechos mínimos que tienen todos los consumidores. En otras palabras, los derechos de los consumidores están en colisión con la libertad de empresa, por lo que representan auténticos frenos y restricciones a la libertad contractual que tienen los empresarios-proveedores al ofrecer sus productos y/o servicios en el mercado (libertad en el

⁹⁶⁰ Luna Pla, Issa, *Derecho de los consumidores y la publicidad*, México, Editorial Porrúa, 2016, p. 57. De conformidad con el autor en cita y con fundamento en lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal del Consumidor es un organismo descentralizado de servicio social con personalidad jurídica y patrimonio propio. Tiene funciones de autoridad administrativa y está encargada de promover y proteger los derechos e intereses de consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores. Su funcionamiento se regirá por lo dispuesto en esta ley, los reglamentos de ésta y su estatuto.

⁹⁶¹ Robles Peiro, Rocío Haydee, "La eficacia de la protección del derecho del consumidor en México", en Negrete Reveles, Oscar (coord.), *Nuevo derecho de los consumidores en México*, México, Editorial Porrúa, 2015, p. 10. De conformidad con la autora en cita, la LFPC crea a la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO) para ser el órgano administrativo ante el cual los consumidores puedan interponer reclamaciones y quejas, entra otras funciones, con el fin de remediar las pérdidas causadas por el incumplimiento de los proveedores, mediante un proceso conciliatorio o de arbitraje.

desarrollo de la actividad empresarial, que forma parte del contenido de la libertad de empresa), ya que, por mandato constitucional y por conducto de la actividad mediadora del legislador que se materializa fundamentalmente en la Ley Federal de Protección al Consumidor, están obligados a respetar los derechos de los consumidores que están reconocidos en disposiciones de orden público que, por lo tanto, son irrenunciables⁹⁶².

Para concluir, sostenemos que los derechos de los consumidores son restricciones válidas al ejercicio de la libertad de empresa por parte de los particulares, ya que persiguen promover y proteger los derechos y la cultura del consumidor, y así procurar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre empresarios-proveedores y consumidores, buscando, de esta forma, una verdadera equidad entre los derechos y obligaciones de unos y otros⁹⁶³. Por lo anterior, consideramos que, al igual que los derechos laborales, los derechos de los consumidores son límites a la libertad de empresa que están constitucionalmente justificados, pues son acordes con el principio de proporcionalidad y los demás requisitos que al efecto se establecen en nuestra *Carta Magna*.

4.5.2.3. El derecho a un medio ambiente sano.

De igual forma, del derecho ambiental se pueden extraer múltiples limitaciones legítimas a la libertad de empresa, ya que es una rama del derecho que “tiene una finalidad tuitiva de los recursos naturales en aras a su preservación para las generaciones venideras o futuras, sin menoscabar las generaciones presentes de mejora del bienestar y de la calidad de vida”⁹⁶⁴; por lo que los empresarios, en

⁹⁶² Artículo 1° de la Ley Federal de Protección al Consumidor. La presente ley es de orden público e interés social y de observancia en toda la República. Sus disposiciones son irrenunciables y contra su observancia no podrán alegarse costumbres, usos, prácticas, convenios o estipulaciones en contrario.

El objeto de esta ley es promover y proteger los derechos y cultura del consumidor y procurar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores.

⁹⁶³ Durand Carrión, Julio Baltazar, *óp. cit.*, p. 99.

⁹⁶⁴ Soro Mateo, Blanca *et al.*, *Derecho ambiental. Concepto y principios*, España, Universidad de Murcia, visible en el sitio de internet: <http://ocw.um.es/cc.-juridicas/materiales-digitales-para-el->

las múltiples actividades que realizan en ejercicio de su actividad económica, deben tener como brújula orientadora las ideas de sustentabilidad, respeto, protección y preservación del medio ambiente y de todos los recursos naturales que lo conforman, al tratarse de un bien-fin constitucional y convencionalmente protegido.

En nuestro país, el derecho humano a un medio ambiente sano se encuentra reconocido en el artículo 4º, párrafo quinto, de la Constitución, en donde se establece expresamente que “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley”. De igual forma, el artículo 11 del Protocolo de San Salvador reconoce que “Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”, estableciendo, al efecto, la obligación de los Estados parte de promover “la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

Interpretando estas disposiciones, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que el derecho humano a un medio ambiente sano se caracteriza como un derecho que, a su vez, implica un deber, en virtud de que, por un lado, se reconoce el derecho fundamental de los ciudadanos a acceder a un medio ambiente de calidad que les permita llevar una vida digna y gozar de bienestar (derechos que las autoridades estatales deben proteger, vigilar, conservar y garantizar), y, por el otro, el reconocimiento de ese derecho fundamental se vincula con la obligación de los ciudadanos de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras⁹⁶⁵. En ese orden de ideas, este derecho fundamental no se agota con el simple mandato a las autoridades estatales de que se abstengan de afectar indebidamente el medio ambiente (deber de respetar), sino que también conlleva la diversa obligación de realizar todas las medidas positivas tendientes a protegerlo frente a los actos de los agentes no estatales (particulares que, en

estudio-del-derecho/material-de-clase-1/leccion-bloque1.pdf (consultado el 05 de febrero de 2017), p. 5.

⁹⁶⁵ Tesis 1a. CCXLIX/2017 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, diciembre de 2017, p. 410. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. SU CARACTERIZACIÓN COMO UN DERECHO QUE A SU VEZ IMPLICA UN DEBER”.

muchas ocasiones, pueden ser empresarios en el desarrollo de su actividad económica) que lo pongan en peligro (deber de proteger)⁹⁶⁶.

En este sentido, consideramos que la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente⁹⁶⁷ es el ordenamiento jurídico más importante en materia de protección al medio ambiente en nuestro país⁹⁶⁸, ya que, de conformidad con su artículo 1º, es la ley reglamentaria de las disposiciones de nuestra *Carta Magna* que se refieren “a la preservación y restauración del equilibrio ecológico, así como a la protección al ambiente, en el territorio nacional y las zonas sobre las que la nación ejerce su soberanía y jurisdicción”, cuyas disposiciones “son de orden público e interés social y tienen por objeto propiciar el desarrollo sustentable” y, de esta forma, establecer las bases para:

I.- Garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano para su desarrollo, salud y bienestar; [...]

V.- El aprovechamiento sustentable, la preservación y, en su caso, la restauración del suelo, el agua y los demás recursos naturales, de manera que sean compatibles la obtención de beneficios económicos y las actividades de la sociedad con la preservación de los ecosistemas;

VI.- La prevención y el control de la contaminación del aire, agua y suelo;

IX.- El establecimiento de los mecanismos de coordinación, inducción y concertación entre autoridades, entre éstas y los sectores social y privado, así como con personas y grupos sociales, en materia ambiental, y

⁹⁶⁶ Tesis 2a. III/2018 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, enero de 2018, p. 532. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. EL ESTADO TIENE LA OBLIGACIÓN DE TOMAR LAS MEDIDAS POSITIVAS TENDIENTES A PROTEGERLO CONTRA ACTOS DE AGENTES NO ESTATALES.

⁹⁶⁷ Para consultar el contenido completo de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, véase: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/148_190118.pdf (consultado el 02 de marzo de 2018).

⁹⁶⁸ No obstante, consideramos que la regulación jurídica de la materia ambiental es bastante dispersa, por lo que su reglamentación no se agota en la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente; sino que deben considerarse otros importantes ordenamientos jurídicos, tales como la Ley General de Vida Silvestre, la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos, la ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, Ley de Aguas Nacionales, la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, entre otros.

X.- El establecimiento de medias de control y de seguridad para garantizar el cumplimiento y la aplicación de esta Ley y de las disposiciones que de ella se deriven, así como para la imposición de las sanciones administrativas y penales que corresponda. [...].

Ahora bien, de conformidad con la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA)⁹⁶⁹, los aspectos ambientales que se incluyen en la legislación ambiental mexicana son: aire y ruido, agua, suelo y subsuelo, residuos, energía, recursos naturales, vida silvestre, recursos forestales, riesgo ambiental, gestión ambiental y emergencias ambientales⁹⁷⁰; por lo que, en este sentido, las principales obligaciones que tienen los particulares en esta materia, sean o no empresarios, son las siguientes⁹⁷¹:

- a) En materia de impacto ambiental, que las obras o actividades públicas o privadas que afectan o puedan afectar negativamente al ambiente, y en particular a los recursos naturales, cuenten con autorización, y en su caso, cumplan con las condiciones previstas en la misma.
- b) En materia forestal, que el aprovechamiento de recursos forestales se realice con base en los programas de manejo autorizados y conforme a la normatividad aplicable.
- c) En materia de recursos marinos y ecosistemas costeros, que para realizar el aprovechamiento extractivo y no extractivo de las especies en riesgo se cuente con permiso o autorización y se cumplan las normas que los regulan; y que se cumplan las vedas de especies acuáticas en riesgo.

⁹⁶⁹ Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, *¿Qué hacemos?*, visible en el sitio de internet: <https://www.gob.mx/profepa/que-hacemos> (consultado el 02 de marzo de 2018). De conformidad con la página oficial en cita, La Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA), es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) con autonomía técnica y operativa. Su nacimiento data del 4 de junio de 1992, fecha en la que el Diario oficial de la Federación publicó el Reglamento Interior de la Secretaría de Desarrollo Social que la crea. La PROFEPA tiene como tarea principal incrementar los niveles de observancia de la normatividad ambiental, a fin de contribuir al desarrollo sustentable y hacer cumplir las leyes en materia ambiental.

⁹⁷⁰ Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, *Guía de auto evaluación ambiental*, visible en el sitio de internet: http://www.profepa.gob.mx/innovaportal/file/26/1/guia_de_autoevaluacion_ambiental.pdf (consultado el 02 de marzo de 2018), p. 1.

⁹⁷¹ Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, *Guía de derechos y obligaciones de los inspeccionados*, visible en el sitio de internet: http://www.profepa.gob.mx/innovaportal/v/1369/1/mx/guia_de_derechos_y_obligaciones_de_los_inspeccionados.html (consultado el 02 de marzo de 2018).

- d) En materia de vida silvestre (flora y fauna), que el aprovechamiento, comercio o explotación de especies silvestres, sus productos y subproductos, tanto animales como vegetales, se lleve a cabo conforme a la ley; y que se cumplan las vedas correspondientes.
- e) Entre otras.

Este conjunto de obligaciones que en el derecho mexicano se establecen para garantizar a todas las personas el ejercicio del derecho humano a un medio ambiente sano, en nuestra opinión, pueden constituir límites constitucionalmente válidos a la libertad de empresa, en caso de que las actividades económicas que desempeñen los particulares entren en colisión con el medio ambiente, entendido como “el conjunto de elementos naturales y artificiales o inducidos por el hombre que hacen posible la existencia y desarrollo de los seres humanos y demás organismos vivos que interactúan en un espacio y tiempo determinados” (art. 3º, frac. I, de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente).

En otras palabras, el derecho humano que tienen todas las personas a disfrutar de un medio ambiente sano conlleva necesariamente una serie de obligaciones a cargo de las personas en general, que en muchas ocasiones pueden ser empresarios en el desempeño de sus actividades económicas; por lo que, en este sentido, consideramos que las obligaciones de los empresarios en materia ambiental pueden interpretarse válidamente como posibles límites al ejercicio de la libertad de empresa. En ese tenor, los empresarios, en el desempeño de sus actividades económicas, están constitucional y convencionalmente constreñidos a respetar la totalidad de la legislación ambiental mexicana, que, cuando sea conforme con el principio de proporcionalidad y con los demás requisitos que al efecto se establecen en nuestra *Carta Magna*, podrán admitirse como límites perfectamente válidos al ejercicio de la libertad de empresa.

4.5.3. Límites a los límites de la libertad de empresa.

Todo lo reseñado anteriormente, como ya se dijo, constituyen las principales fuentes de los límites del derecho a la libertad de empresa, ya que, tanto en la dinámica del concierto económico como en el día a día de las empresas, la actividad de los empresarios particulares muchas veces puede poner en jaque a la competencia económica –un ejemplo de los límites directos–, o bien, va a encontrarse en conflicto con los derechos y garantías de los trabajadores y/o de los consumidores, y, además, puede amenazar el medioambiente y la sustentabilidad –algunos ejemplos de los límites indirectos–.

Pero si el ejercicio de la libertad de empresa no es –ni debe ser– absoluto, arbitrario ni ilimitado, tampoco lo deben ser los límites a este derecho fundamental. Como bien lo apunta García Vitoria, “cuando se presenta un conflicto entre derechos y libertades constitucionales, la solución no puede pasar por marginar (*per se*) uno de ellos. El juez (y todas las autoridades estatales) no puede(n) dar preferencia en abstracto a otros derechos frente a la libertad de empresa pues la Constitución no establece un sistema de prelación entre derechos”⁹⁷².

Dicho lo anterior, la pregunta clave en este tema es, entonces, ¿cuándo estamos frente a una regulación o restricción legítima de un derecho fundamental? Y para darle respuesta, consideramos que no es necesario quebrarnos mucho la cabeza, ya que existe unanimidad en los sistemas jurídicos y en la doctrina del mundo occidental: el contenido esencial, el principio de reserva de ley y la aplicación del principio de proporcionalidad son los instrumentos que de mejor manera nos ayudan a responder la interrogante aquí planteada⁹⁷³.

⁹⁷² García Vitoria, Ignacio, *óp. cit.*, p. 201. Los paréntesis son nuestros.

⁹⁷³ Aguiar de Luque, Luis, *Los límites de los derechos fundamentales*, España, Universidad Carlos III de Madrid, visible en el sitio de internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1051173.pdf> (consultado el 05 de marzo de 2018), pp. 25 y 26.

En primer lugar, debemos señalar que todo derecho humano –dentro de los cuales está incluida la libertad de empresa– tiene un contenido constitucional jurídicamente determinado (contenido esencial), que no puede ser eliminado o dificultado más allá de lo razonable por la intervención del legislador y/o de las demás autoridades y particulares⁹⁷⁴. En otras palabras, el contenido esencial de cada derecho humano permite a sus titulares gozar de los atributos, facultades y/o beneficios que éste otorga⁹⁷⁵. En este sentido, el primer límite a los límites de la libertad de empresa es su contenido esencial, el cual no puede ser eliminado o dificultado más allá de lo razonable por las autoridades estatales, pues está constituido por aquellas facultades y/o posibilidades de actuación (posiciones esenciales) que este derecho otorga a todas las personas sin distinción alguna y sin las cuales éste se desnaturalizaría.

En segundo y tercer lugar, el principio de reserva de ley y la aplicación del principio de proporcionalidad son fundamentales para el derecho mexicano, pues han sido adoptados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁹⁷⁶. La Corte, realizando una interpretación armónica y sistemática del artículo 1º, primer párrafo, de la Constitución⁹⁷⁷ y del artículo 30 del Pacto de San José⁹⁷⁸, establece que los requisitos para considerar válidas las restricciones a los derechos fundamentales, entre los que se encuentra la libertad de empresa, son los siguientes: “a) que se establezcan en una ley formal y material (principio de reserva de ley) dictada en razón del interés general o público, en aras de garantizar los diversos derechos de

⁹⁷⁴ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, pp. 280-315.

⁹⁷⁵ García Toma, Víctor, *óp. cit.*, p. 24.

⁹⁷⁶ Tesis 1a. CCXV/2013 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, julio de 2013, p. 557. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “DERECHOS HUMANOS. REQUISITOS PARA RESTRINGIRLOS O SUSPENDERLOS CONFORME A LOS ARTÍCULOS 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 30 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS”.

⁹⁷⁷ Artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. [...].

⁹⁷⁸ Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

igualdad y seguridad jurídica (requisitos formales); y b) que superen un test de proporcionalidad, esto es, que sean necesarias, que persigan un interés o una finalidad constitucionalmente legítima y que sean razonables y ponderables en una sociedad democrática (requisitos materiales)”⁹⁷⁹:

Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que no existen derechos humanos absolutos, por ello, conforme al artículo 1o., párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, aquéllos pueden restringirse o suspenderse válidamente en los casos y con las condiciones que la misma Ley Fundamental establece. En este sentido, el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y las libertades reconocidas en ésta no pueden aplicarse sino conforme a las leyes dictadas en razón del interés general y de acuerdo con el propósito para el cual han sido establecidas. Sin embargo, la regulación normativa que establezca los supuestos por los cuales se restrinjan o suspendan los derechos humanos no puede ser arbitraria, sino que los límites previstos en los invocados ordenamientos sirven como elementos que el juez constitucional debe tomar en cuenta para considerarlas válidas. En ese contexto, de la interpretación armónica y sistemática de los artículos citados se concluye que los requisitos para considerar válidas las restricciones o la suspensión de derechos, son: a) que se establezcan en una ley formal y material (principio de reserva de ley) dictada en razón del interés general o público, en aras de garantizar los diversos derechos de igualdad y seguridad jurídica (requisitos formales); y, b) que superen un test de proporcionalidad, esto es, que sean necesarias; que persigan un interés o una finalidad constitucionalmente legítima y que sean razonables y ponderables en una sociedad democrática (requisitos materiales).

⁹⁷⁹ Tesis 1a. CCXV/2013 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, julio de 2013, p. 557. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “DERECHOS HUMANOS. REQUISITOS PARA RESTRINGIRLOS O SUSPENDERLOS CONFORME A LOS ARTÍCULOS 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 30 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS”.

En este sentido y utilizando la terminología de Aragón Reyes⁹⁸⁰, consideramos que los límites a los límites de la libertad de empresa son a) su contenido esencial, b) el principio de reserva de ley y c) el principio de proporcionalidad. Mediante la aplicación de estos principios se busca que las restricciones a la libertad de empresa –y a cualquier otro derecho fundamental– no sean arbitrarias ni ilimitadas, sino que sean respetuosas de su contenido esencial, que obedezcan a una finalidad constitucionalmente válida y justificada (derechos y/o bienes constitucional o convencionalmente protegidos), y que, además, se realicen de conformidad con las leyes dictadas en razón del interés general y de acuerdo con el propósito para el cual han sido establecidas. A continuación, desarrollamos el significado y el contenido que tienen estos principios en el sistema jurídico mexicano.

4.5.3.1. El contenido esencial.

De conformidad con Aragón Reyes, “constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito, y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así”⁹⁸¹. Debiéndose agregar, siguiendo a los autores Daniel Vázquez y Sandra Serrano, que la identificación del contenido esencial de un derecho “supone el establecimiento de elementos mínimos que el Estado debe proveer a cualquier persona de forma inmediata y sin que medien contraargumentaciones fácticas de imposibilidad provenientes de escasez de recursos o elementos semejantes”⁹⁸².

⁹⁸⁰ Aragón Reyes, Manuel, “El contenido...” *cit.*, p. 32.

⁹⁸¹ *Ídem.*

⁹⁸² Vázquez, Daniel y Serrano, Sandra, *óp. cit.*, p. 194.

Luis Castillo Córdova⁹⁸³, por su parte, considera que el contenido esencial o constitucional del derecho fundamental es uno solo, y “está conformado por una serie de atribuciones o facultades que tienen una finalidad que ilumina y da sentido a su existencia y a su alcance”; y agrega que “tal finalidad es satisfacer una necesidad o exigencia humana para permitir una mayor realización o perfeccionamiento humano, de modo que el contenido esencial del derecho fundamental está compuesto por aquellos elementos que hagan posible la consecución del bien humano que, [...] no sólo es individual, sino también social, y no sólo es material, sino también espiritual”.

En nuestra opinión, el contenido esencial de cada derecho humano está constituido por aquellas facultades y/o posibilidades de actuación que otorga a todas las personas sin distinción alguna, que son sus titulares, y que, por lo tanto, hacen a ese derecho ser él mismo, sin las cuales se desnaturalizaría y, en consecuencia, dejaría de ser ese derecho particular del que se está hablando.

Sin embargo, dado que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales es una actividad bastante compleja, estamos muy lejos de que se alcance unanimidad en la jurisprudencia y/o en la doctrina sobre este tema. Al respecto, existen diversos puntos de vista que, con algunas variaciones, han dado origen a dos corrientes principales sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, la absoluta y la relativa:

La teoría absoluta, imaginando el ámbito normativo de los derechos fundamentales como el área de dos círculos concéntricos, entiende la parte formada por el círculo interior como un núcleo fijo e inmutable de esos derechos y, la sección circunferencial exterior, como la parte accesorio o contingente de los mismos; dicho núcleo sería la parte intocable de éstos y cualquier afectación a su respecto sería ilícita, en cambio, en la parte contingente se pueden establecer las restricciones y limitaciones que se consideren necesarias y justificadas.

⁹⁸³ Castillo Córdova, Luis, “El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales”, *Foro Jurídico*, Perú, núm. 13, 2014, p. 149.

Para la teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales afirma que éste no es preestablecido y fijo, sino determinable sólo casuísticamente en atención de las circunstancias del caso y luego de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan en él, tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación⁹⁸⁴.

Sin embargo, consideramos que ambas teorías son defectuosas e insuficientes para dar respuesta a las necesidades teóricas y prácticas que surgen en el Estado social y constitucional de derecho en relación con los bienes jurídicos tutelados por los derechos fundamentales. En ese tenor, reseñamos las objeciones y críticas que sobre estas posiciones formula el doctor Antonio Cidoncha⁹⁸⁵, a las cuales nos adscribimos:

La principal objeción al absolutismo es, primero, su excesivo absolutismo y, segundo, su imposibilidad. a) Excesivo absolutismo, porque lo que protege (contenido esencial) lo protege absolutamente, bajo cualquier circunstancia, sin tener en cuenta que los derechos fundamentales no existen aislados, sino que coexisten con otros derechos o bienes constitucionales que pueden entrar en colisión con ellos en múltiples e indeterminados casos concretos: el absolutismo es una posición del todo o nada, que elimina toda ponderación en concreto entre normas constitucionales. b) Imposibilidad porque, si bien se puede hacer *a priori* una definición en abstracto del contenido esencial de un derecho, no se puede hacer *a priori* una definición de aplicación general, que sea capaz de sortear todas las colisiones posibles con otros derechos fundamentales o bienes constitucionales.

La principal objeción que procede hacer al relativismo es precisamente el exceso de relativismo, que puede ser devastador para los derechos fundamentales. En efecto, para el relativismo el contenido esencial (el contenido definitivo) es lo que queda del derecho fundamental después de aplicar el principio de proporcionalidad, y bien puede ocurrir que tras la proporcionalidad no quede nada.

⁹⁸⁴ Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 111 y 112.

⁹⁸⁵ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, pp. 283 y 285.

Una vez explicado el panorama general, es momento de aterrizar en el derecho mexicano. La doctrina del contenido esencial de los derechos humanos es válida y aplicable en el sistema jurídico mexicano al haber sido adoptada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aunque consideramos que no lo hizo de manera tan clara como debería. Al respecto, existen pronunciamientos en los que la Corte tajantemente explica el contenido esencial de un determinado derecho fundamental, por ejemplo, al referirse a la seguridad jurídica en materia tributaria, establece de manera textual que “el contenido esencial de dicho principio radica en <<saber a qué atenerse>> respecto de la regulación normativa prevista en la ley y a la actuación de la autoridad”⁹⁸⁶; o bien, al abordar el derecho fundamental al debido proceso⁹⁸⁷, determina que, “en cuanto al <<núcleo duro>>, las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la <<garantía de audiencia>>, las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica definitivamente”⁹⁸⁸.

En palabras de Víctor Hugo Magallanes⁹⁸⁹, de lo anterior se desprende que para la Suprema Corte de Justicia de la Nación existe una línea infranqueable, el contenido esencial de los derechos humanos, que señala algunos requisitos mínimos que se deben respetar para el ejercicio de los derechos fundamentales; por lo que, de cierta forma, la Corte adopta la doctrina absoluta del contenido esencial, pues consider que los derechos fundamentales contienen un “núcleo duro”

⁹⁸⁶ Tesis 1ª./J.139/2012 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, enero de 2013, p. 437. Esta tesis tiene el rubro siguiente: SEGURIDAD JURÍDICA EN MATERIA TRIBUTARIA. EN QUÉ CONSISTE.

⁹⁸⁷ Tesis 1ª./J.11/2014 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, febrero de 2014, p. 396. Esta tesis tiene el rubro siguiente: DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO.

⁹⁸⁸ Magallanes Martínez, Víctor Hugo Hiram, *Contenido esencial de los derechos fundamentales y Juez Constitucional*, Instituto de la Judicatura Federal del Consejo de la Judicatura Federal, visible en el sitio de internet: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2016/1erencuentroNMyJbuenaspract/Ponencias/Grupo%20B/Mesa%20A/Livia%20Larumbe%20Radilla.pdf> (consultado el 01 de agosto de 2017), p. 6.

⁹⁸⁹ *Ibidem*, pp. 6 y 7.

basado en un derecho preexistente y un contorno que no puede rebasar el legislador ni cualquier otra autoridad o persona⁹⁹⁰.

Lo anterior es sintetizado de manera más clara por la Segunda Sala de la SCJN en una tesis aislada del año 2016⁹⁹¹, en la que, hablando específicamente de los DESC, dispone que,

para determinar los elementos mínimos necesarios para exigir un derecho fundamental, es necesario identificar el denominado <<núcleo o contenido esencial de los derechos fundamentales>>; esto es, aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos que le dan vida resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De lo que se concluye que las autoridades desconocen la protección a un derecho fundamental cuando por alguna circunstancia su contenido esencial queda sometido a limitaciones que impiden su ejercicio, lo dificultan más allá de lo razonable, o bien, lo despojan de una necesaria protección.

Dicho esto, ahora toca precisar cuál es el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa en el sistema jurídico mexicano. En este punto es preciso mencionar que, en el transcurso de nuestra investigación y después de haber realizado múltiples indagatorias al respecto, no encontramos, ni en la legislación ni en la jurisprudencia de nuestro país, una teoría acabada sobre la libertad de empresa, por lo que, hablando específicamente de su contenido esencial, no hallamos ninguna disposición jurídica ni criterio interpretativo formal que lo desarrolle pormenorizadamente⁹⁹². En vista de lo anterior, debemos recurrir a la

⁹⁹⁰ No obstante, existen autores que opinan distinto. Por ejemplo, Rogelio López Sánchez considera que el modelo de contenido esencial de derechos humanos elegido por la jurisdicción constitucional mexicana es el de la teoría externa a partir del principio de proporcionalidad. *Cfr.* López Sánchez, Rogelio, “Indeterminación y contenido esencial de los derechos humanos en la Constitución Mexicana”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 37, julio-diciembre de 2017, p. 260.

⁹⁹¹ Tesis 2ª. XCII/2016 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, septiembre de 2016, p. 842. Esta tesis tiene el rubro siguiente: DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. SU NÚCLEO O CONTENIDO ESENCIAL.

⁹⁹² No obstante, existen algunos criterios interpretativos en los que se aborda esta libertad fundamental, de los cuales podemos extraer algunos lineamientos para dar forma a su contenido esencial. *Cfr.* Tesis I.1.o.A.E.138 A (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. IV, mayo de 2016, p. 2827 (de rubro “PLAN TÉCNICO FUNDAMENTAL DE INTERCONEXIÓN E INTEROPERABILIDAD, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA

doctrina para proponer un criterio de interpretación acertado sobre el contenido esencial de esta importante libertad fundamental en el derecho mexicano.

Ante el desacuerdo existente en la doctrina y en la jurisprudencia sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales –discrepancia que también impera en el sistema jurídico mexicano– y en vista de la inexistencia de una teoría acabada sobre la libertad de empresa en el derecho mexicano, nosotros realizamos nuestra propia propuesta sobre el contenido esencial de la libertad de empresa, con la que buscamos situarnos más allá de las posiciones relativa y absoluta que explicamos en párrafos más arriba, pues consideramos que ninguna de estas teorías resulta adecuada a nuestra concepción de los derechos fundamentales.

En consonancia con el pensamiento de Antonio Cidoncha⁹⁹³, nosotros consideramos que, en primer lugar, la determinación del contenido esencial de la libertad de empresa (y de todos los derechos fundamentales) es –y debe ser– previa a cualquier regulación legislativa, acto administrativo y/o judicial que pretenda definirla y/o limitarla, pues sólo de esta forma existe *ex ante* un parámetro constitucional y/o convencional de control desde el cual enjuiciar la constitucionalidad y/o convencionalidad de cualquier norma infraconstitucional, acto de autoridad y/o acto de particulares que intervenga esta libertad fundamental. Por lo anterior, estamos convencidos de que no hay más remedio que determinar *a priori* el contenido esencial de la libertad de empresa –y de cualquier otro derecho humano–, sin que esto implique una determinación rígida y cerrada que limite los casos y/o las condiciones de su aplicación⁹⁹⁴.

FEDERACIÓN EL 10 DE FEBRERO DE 2009. NO VIOLA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LIBERTAD DE TRABAJO Y DE EMPRESA, PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 5º DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”); y Tesis 2a./J. 106/2015 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, agosto de 2015, p. 862 (de rubro “PREVENCIÓN E IDENTIFICACIÓN DE OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA. LA LEY FEDERAL RELATIVA NO VIOLA EL DERECHO A LA LIBERTAD DE TRABAJO Y DE COMERCIO”).

⁹⁹³ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, pp. 280-315.

⁹⁹⁴ García Figueroa, Alfonso, “Neoconstitucionalismo: Dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, núm. 34, 2012, pp. 135 y 136. De conformidad con el autor en cita, no debemos olvidar que la derrotabilidad –o ponderabilidad, si se quiere- es una propiedad disposicional que hace referencia a la suceptibilidad de una norma de ser inaplicada por la emergencia de nuevas excepciones justificadas que no figuraban *ex ante* entre las excepciones de la norma. La

En ese orden de ideas, la teoría que mejor se adapta a nuestra concepción de la libertad de empresa y de los derechos fundamentales en general, es la formulada por Antonio Cidoncha en su obra titulada “La libertad de empresa”, la cual consideramos que puede adaptarse correctamente al sistema constitucional mexicano. Por estas razones, nos adscribimos a esta posición sobre el contenido esencial de la libertad de empresa –que también resulta aplicable al resto de derechos fundamentales–, mismas que concentramos y sintetizamos en los diez puntos que consideramos más importantes de su planteamiento⁹⁹⁵:

1. El contenido esencial de los derechos fundamentales resiste frente a la ley, pero no frente a la Constitución misma, pues en ésta se pueden prever excepciones a la aplicación de las normas de derechos fundamentales.

2. No existe una parte del contenido del derecho (el contenido esencial) protegido por la regla constitucional y otra parte (el contenido adicional-no esencial) desprotegido por ella. La Constitución garantiza un solo contenido que es, sencillamente, el contenido constitucional del derecho. En otras palabras, la expresión “contenido esencial” de los derechos fundamentales no distingue entre una parte esencial y otra contingente dentro del contenido constitucional del derecho fundamental.

3. La regla del respeto al contenido esencial significa que lo que en esencia es el contenido constitucional de un derecho fundamental no puede ser eliminado o dificultado más allá de lo razonable por la intervención del legislador y/o de las demás autoridades y particulares. Desde esta perspectiva, contenido constitucional, contenido esencial y esencia del derecho fundamental designan una misma realidad que preexiste a la acción del legislador y que éste no puede desfigurar.

derrotabilidad es propia de toda norma en el Estado constitucional (la posibilidad de que en un caso concreto cualquier norma resulte excepcionada por un principio constitucional), lo que implica la inviabilidad de la configuración de las normas constitucionales como reglas rígidas y cerradas (como normas inderrotables).

⁹⁹⁵ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, pp. 288-344.

4. En este sentido, la Constitución protege un estatus integrado por una o varias posiciones iusfundamentales esenciales que son determinables con arreglo a una interpretación constitucional. Así, precisamente son estas posiciones las que en puridad constituyen el contenido esencial o constitucional del derecho fundamental de que se trate y que lo hacen reconocible como tal.

5. La libertad de empresa comprende tres momentos, inicio, ejercicio y cese, a los que corresponden las siguientes posiciones esenciales (estas posiciones han de determinarse sin mirar en modo alguno el caso concreto, porque precisamente preexisten a los casos concretos):

a) En cuanto al inicio,

a.1) allí donde hay una prohibición (absoluta o relativa) de iniciar una actividad empresarial, comprende el derecho a la no prohibición injustificada de iniciar actividades empresariales; y,

a.2) allí donde no hay prohibición, comprende, en positivo, la libertad de iniciar actividades empresariales o libertad de crear empresas, y, en negativo, el derecho a no ser obligado a iniciar una actividad empresarial.

b) En cuanto al ejercicio, como derecho a sostener en libertad la actividad empresarial, comprende las siguientes posiciones esenciales:

b.1) autonomía de planificación y organización;

b.2) libertad de contratación, tanto en los mercados de factores como en los de bienes y servicios; y,

b.3) el derecho al beneficio.

c) En cuanto al cese, comprende,

c.1) en positivo, la libertad de cesar en la actividad empresarial; y,

c.2) en negativo, el derecho a no ser obligado a continuar una actividad empresarial.

6. Estas posiciones esenciales deben determinarse previamente a cualquier regulación legislativa y/o acto de autoridad que intervenga la libertad de empresa, porque sólo así existe *ex ante* un parámetro constitucional de control desde el que enjuiciar la constitucionalidad y/o convencionalidad de dicha ley y/o acto de autoridad. Sin embargo, se debe aclarar que esto no significa una determinación *a priori* de los casos o condiciones de aplicación de esta libertad fundamental.

7. Los casos y condiciones –tanto generales como particulares– de aplicación de las posiciones iusfundamentales de la libertad de empresa no pueden determinarse *a priori*. Es el legislador a quien compete determinar, con carácter general, el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales (debe realizar el ajuste entre los diversos derechos y bienes constitucionales); y ante el defecto o la inactividad del legislador, serán los jueces los encargados de determinar los casos concretos de aplicación en los asuntos sometidos a su conocimiento.

8. El procedimiento metodológicamente correcto para aplicar la regla de respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales, es el siguiente: a) primero, se delimitan las posiciones “iusfundamentales” esenciales del derecho fundamental, y, una vez hecho esto, b) se determina si la posición limitada por la ley y/o acto de autoridad se adscribe a alguna de esas posiciones esenciales, y, en caso afirmativo, c) procederá la aplicación del test de proporcionalidad⁹⁹⁶.

9. En este sentido, el principio de proporcionalidad es un criterio para aplicar la regla del contenido esencial en los casos difíciles. Este principio es el mejor criterio para determinar la regla de respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales por parte del legislador y/o de las demás autoridades, porque se trata de un criterio racional (no racional al ciento por ciento, pero sí es más racional

⁹⁹⁶ *Ibidem*, pp. 315 y 316. De conformidad con el autor en cita, el presupuesto necesario de la aplicación del principio de proporcionalidad como criterio para hacer efectiva la regla del respeto al contenido esencial de la libertad de empresa, es que la norma legislativa (o el acto de autoridad) de que se trate suponga una verdadera limitación para este derecho fundamental; lo que sucede cuando se actualiza alguna de las siguientes hipótesis: a) cuando la ley elimina jurídicamente una posición concreta –una acción u omisión– que pueda razonablemente adscribirse a una posición esencial de la libertad de empresa (afectación jurídica); o bien, b) cuando la ley impide o dificulta en la práctica el ejercicio de las posiciones concretas que puedan adscribirse a una posición esencial de la libertad de empresa (afectación fáctica).

que los que ofrecen otras teorías): no garantiza la racionalidad absoluta (ningún criterio lo hace) pero tampoco se abandona al intuicionismo, sino que garantiza un alto grado de elaboración y precisión conceptual.

10. Finalmente, para determinar el contenido esencial de la libertad de empresa, derivado de los insuficientes datos que proporciona la Constitución, es necesario: a) acudir a los criterios tradicionales de interpretación jurídica: la interpretación literal (objetiva y subjetiva), la interpretación teleológica (objetiva y subjetiva) y la interpretación sistemática; b) puede ser de gran ayuda acudir a los tratados internacionales sobre derechos humanos y a las resoluciones de los órganos judiciales internacionales que los aplican, toda vez que la Constitución obliga a interpretar sus disposiciones con arreglo a los mismos; c) se debe acudir a los criterios jurisprudenciales; y d) también puede ser de utilidad salir de la Constitución y acudir al mundo exterior, tanto al jurídico como al no jurídico.

Para concluir el presente apartado y tomando como base el pensamiento de Pérez de los Cobos Orihuel⁹⁹⁷ en relación con el modelo propuesto por Antonio Cidoncha⁹⁹⁸, consideramos que las posiciones iusfundamentales que integran el contenido esencial de la libertad de empresa en el sistema jurídico mexicano, pueden estructurarse válidamente de la siguiente manera:

1. Libertad de acceso al mercado, que faculta a toda persona para iniciar cualquier actividad económica lícita de carácter industrial, comercial o de servicios, ya sea mediante la creación de empresas, o bien, mediante la adquisición de empresas ya creadas⁹⁹⁹, salvo las reservadas por la ley al sector público¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁷ Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco, *óp. cit.*, pp. 193 y 194.

⁹⁹⁸ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, pp. 288-344.

⁹⁹⁹ Con base en el modelo propuesto por Antonio Cidoncha: "En cuanto al inicio, allí donde hay una prohibición (absoluta o relativa) de iniciar una actividad empresarial, comprende el derecho a la no prohibición injustificada de iniciar actividades empresariales".

¹⁰⁰⁰ Con base en el modelo propuesto por Antonio Cidoncha: "En cuanto al inicio, [...] allí donde no hay prohibición, comprende, en positivo, la libertad de iniciar actividades empresariales o libertad de crear empresas-organizaciones y, en negativo, el derecho a no ser obligado a iniciar una actividad empresarial".

2. Libertad de desarrollo de la actividad empresarial, que supone, de una parte, la libertad del empresario para determinar la organización de su empresa y el modo en que va a realizar su actividad económica, y, de otra, la libertad de competencia como la facultad de concurrir en el mercado en condiciones de igualdad¹⁰⁰¹.
3. Libertad de cesación o salida del mercado, que implica que, inherente al derecho de libertad de empresa, encontramos también el derecho de los empresarios a cesar en el ejercicio de sus actividades económicas, ello con independencia de que la empresa se halle en situación de crisis o insolvencia o en situación de normalidad patrimonial, siempre que se respeten los procedimientos establecidos al efecto¹⁰⁰².

4.5.3.2. El principio de reserva de ley.

El principio de reserva de ley, de conformidad con Torruco Salcedo¹⁰⁰³, “es una regla sobre la normación y sobre la producción normativa, lo que implica que nos encontramos ante un principio formal que está directamente relacionado con las fuentes del derecho, su principal función consiste en delimitar las materias que deberán ser producidas exclusivamente por la ley (en contraposición al reglamento)”. En palabras más sencillas, este principio ordena que determinadas materias, por su especial importancia y trascendencia, sólo pueden ser reguladas y/o restringidas por una norma de rango legal (ya sea federal, estatal o municipal, según la materia de que se trate) y nunca por disposiciones de inferior jerarquía

¹⁰⁰¹ Con base en el modelo propuesto por Antonio Cidoncha: “En cuanto al ejercicio, como derecho a sostener en libertad la actividad empresarial, comprende las siguientes posiciones esenciales: a) autonomía de planificación y organización; b) libertad de contratación, tanto en los mercados de factores como en los de bienes y servicios; y c) el derecho al beneficio”.

¹⁰⁰² Con base en el modelo propuesto por Antonio Cidoncha: “En cuanto al cese, comprende, en positivo, la libertad de cesar en la actividad empresarial, y, en negativo, el derecho a no ser obligado a continuar una actividad empresarial”.

¹⁰⁰³ Torruco Salcedo, Sitali, *El principio de legalidad en el ordenamiento jurídico mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2724/4.pdf> (consultado el 05 de marzo de 2018), p. 7. Los paréntesis son nuestros.

normativa, como lo sería, por ejemplo, un reglamento expedido por el Poder Ejecutivo.

En este sentido, la reserva de ley tiene aplicación en muchos ámbitos del derecho¹⁰⁰⁴, siendo un ejemplo claro la materia tributaria, en la que este principio (también denominado “legalidad tributaria”), que se desprende del artículo 31, fracción IV, de nuestra Constitución, “exige que los tributos se prevean en la ley y, de manera específica, sus elementos esenciales, para que el sujeto obligado conozca con certeza la forma en que debe cumplir con su obligación de contribuir a los gastos públicos y no quede margen para la arbitrariedad de las autoridades exactoras”¹⁰⁰⁵.

En el ámbito de los derechos humanos, el principio de reserva de ley exige que toda regulación (delimitación) y/o restricción (limitación) de la esfera jurídica protegida por un derecho fundamental, derivado de su especial importancia y trascendencia, debe preverse en una norma de rango legal (ya sea federal, estatal o municipal) y nunca en disposiciones de inferior jerarquía¹⁰⁰⁶. Así, el principio de reserva de ley en materia de derechos fundamentales¹⁰⁰⁷, en nuestra opinión, ordena que únicamente mediante ley formal emanada del Poder Legislativo (ya sea federal, estatal o municipal, según la materia de que se trate), expedida conforme al proceso legislativo aplicable (insistimos, federal, estatal o municipal), es posible regular (delimitar) y/o restringir (limitar) los derechos fundamentales con exclusión de cualquier otra norma de inferior rango, como lo sería, por ejemplo, un reglamento expedido por el Poder Ejecutivo. Sin embargo, tal como lo afirma Jiménez Campo, “ninguna reserva es absoluta ni excluyente de toda intervención de normas

¹⁰⁰⁴ Fernandois Vöhringer, Arturo, “La reserva legal: Una garantía sustantiva que desaparece”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 28, núm. 2, 2001, p. 294.

¹⁰⁰⁵ Tesis 2a. LXII/2013 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, agosto de 2013, p. 1325. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “LEGALIDAD TRIBUTARIA. ALCANCE DE ESTE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON LA BASE GRAVABLE DE LAS CONTRIBUCIONES”.

¹⁰⁰⁶ Chagoya Díaz, Sergio, *óp. cit.*, p. 144.

¹⁰⁰⁷ Tesis 1a. CCXV/2013 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, julio de 2013, p. 557. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “DERECHOS HUMANOS. REQUISITOS PARA RESTRINGIRLOS O SUSPENDERLOS CONFORME A LOS ARTÍCULOS 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 30 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS”.

reglamentarias para la ejecución, integración parcial o desarrollo de los enunciados legales”¹⁰⁰⁸, pues,

El alcance de la reserva para la regulación del ejercicio de los derechos ha de ser tal que en la ley se encuentren ya definidas las determinaciones materiales o procedimentales que delimitan, condicionan o precisan el contenido del derecho, que establecen los cauces para su ejercicio o que definen la intervención pública en su ámbito. Nada de esto puede ser introducido *ex novo* por reglamento, desde luego, pero tampoco deferido por la ley a la potestad reglamentaria¹⁰⁰⁹.

Hablando específicamente del derecho mexicano, ¿qué tipo de ley es la que se requiere para regular (delimitar) y/o restringir (limitar) los derechos fundamentales? En primer lugar, debemos precisar que el Estado Mexicano es “una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México” (art. 40 constitucional), en la que las entidades federativas tendrán “como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre” (art. 115 constitucional). Así, en nuestro orden jurídico coexisten leyes de carácter general, federal, estatal y municipal, existiendo, en consecuencia, una división de competencias entre dichos niveles de gobierno: el federal, el estatal y el municipal¹⁰¹⁰. Esta distribución de facultades se hace con fundamento en el artículo 124 constitucional, que textualmente dispone que “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales,

¹⁰⁰⁸ Jiménez Campo, Javier, *óp. cit.*, pp. 65 y 66.

¹⁰⁰⁹ *Ídem.*

¹⁰¹⁰ Serna de la Garza, José María, “Descentralización constitucional y organización local en Iberoamérica: El caso de México”, en Tudela Aranda, José y Kölling, Mario (eds.), *Descentralización constitucional y organización local en Iberoamérica*, España, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, p. 44. De conformidad con el autor en cita, el sistema federal mexicano se estructuró originalmente conforme al modelo clásico del federalismo norteamericano: órganos de poder del nivel federal y órganos de poder del nivel local; fórmula constitucional de distribución de competencias bajo la lógica del federalismo dual (con atribuciones expresas de la federación y competencias residuales en favor de las entidades federativas); y poder legislativo federal bicameral, que incluye un Senado como cámara de representación territorial.

se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias”.

Interpretando estas disposiciones, el Pleno de la SCJN ha establecido que el sistema de distribución de competencias que establece nuestra *Carta Magna* se integra básicamente a) por las facultades conferidas expresamente a la Federación; b) por las potestades asignadas en su artículo 115 a los municipios; y c) por las restantes que, de conformidad con su artículo 124, corresponden a las entidades federativas (el ámbito competencial de los estados se integra, en principio, por las facultades no expresamente conferidas a la Federación o a los municipios)¹⁰¹¹. En esta distribución de facultades, el Municipio es un nivel de gobierno que, al igual que la Federación y las entidades federativas, “tiene una esfera de competencia con funciones legislativas, que las realiza a través de un órgano colegiado, deliberativo, el cual satisface los requisitos del órgano legislativo, ya que el carácter de las normas que expide es el de una verdadera ley, tanto desde el punto de vista material como formal”¹⁰¹². Sin embargo, el órgano legislativo municipal debe respetar ciertos imperativos, pues las normas de carácter general que expidan,

- 1) No pueden estar en oposición a la Constitución General ni a las de los Estados, así como tampoco a las leyes federales o locales;
- 2) En todo caso, deben adecuarse a las bases normativas que emitan las Legislaturas de los Estados; y,
- 3) Deben versar sobre materias o servicios que les correspondan legal o constitucionalmente a los municipios¹⁰¹³.

¹⁰¹¹ Tesis P./J. 81/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VIII, diciembre de 1998, p. 788. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LA FEDERACIÓN, LAS ENTIDADES FEDERATIVAS Y LOS MUNICIPIOS”.

¹⁰¹² Robles Martínez, Reynaldo, *El municipio*, 2ª ed., México, Editorial Porrúa, 1993, p. 235.

¹⁰¹³ Tesis P./J. 132/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, enero de 2002, p. 1041. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “FACULTAD REGLAMENTARIA MUNICIPAL. SUS LÍMITES”.

En ese orden de ideas, la ley que regule y/o restrinja un derecho fundamental en el sistema jurídico mexicano debe conciliarse con el respeto a los ámbitos normativos autónomos que la Constitución reconoce¹⁰¹⁴: el federal, el estatal y el municipal. Ahora hablando en específico sobre la libertad de empresa, ¿qué nivel del gobierno mexicano (federal, estatal o municipal) es el competente para regular (delimitar) y/o restringir (limitar) el ejercicio de actividades empresariales (bien jurídico tutelado por la libertad de empresa)? En nuestra opinión, los tres niveles de gobierno tienen competencia y facultades relacionadas con la regulación y/o restricción del ejercicio de actividades económicas empresariales; por ejemplo,

- a) La Federación es competente para legislar en las materias de comercio, financiera, de planeación y de competencia económica (art. 73, fracciones X y XXIX-D, de la Constitución);
- b) Los municipios tienen a su cargo la autorización, control y vigilancia de la utilización del suelo, así como el otorgamiento de licencias y permisos para construcciones (art. 115, fracción V, incisos d) y f), de la Constitución); y
- c) Las entidades federativas, en un primer momento, tienen a su cargo la expedición, control, cancelación o revocación de las licencias o permisos de funcionamiento de establecimientos comerciales, industriales y de servicios (arts. 40, 73, 115 y 124 de la Constitución), pues estas facultades no se encuentran expresamente concedidas por la Constitución a la Federación ni a los municipios (se entienden reservadas, entonces, a los Estados o a la Ciudad de México)¹⁰¹⁵.

¹⁰¹⁴ Jiménez Campo, Javier, *óp. cit.*, p. 143.

¹⁰¹⁵ No obstante, en muchos casos, las entidades federativas, en ejercicio de su libertad y autonomía constitucionales (art. 116 constitucional), otorgan este conjunto de facultades a los municipios, estableciéndose así en las constituciones locales y en las leyes orgánicas municipales, y, con fundamento en éstas, se regula así en los correspondientes Bandos de Policía y Buen Gobierno. En nuestra opinión, para que los municipios tengan competencia para expedir, controlar, cancelar o revocar las licencias o permisos de funcionamiento de establecimientos comerciales, industriales y/o de servicios y legislar sobre esta materia (facultades que están reservadas para las entidades federativas, al no encontrarse expresamente concedidas por la Constitución a la Federación ni a los municipios), debe establecerse así, de manera expresa, en las constituciones locales y en las leyes orgánicas municipales, para que, de esta forma, los municipios, en ejercicio de sus facultades legislativas, tengan fundamento para consignar y regular estas atribuciones en su Bando de Policía y Buen Gobierno (la facultad legislativa de los municipios debe adecuarse a la Constitución Federal y a las bases normativas que emitan las legislaturas de los Estados). En caso contrario, los

En vista de todo lo anterior, concluimos que los tres niveles de gobierno que integran el Estado Mexicano (el federal, el estatal y el municipal) tienen competencia y facultades para regular (delimitar) y/o restringir (limitar) el ejercicio de actividades empresariales por parte de los particulares, que es el bien jurídico tutelado por la libertad de empresa. En consecuencia, el principio de reserva de ley que protege a la libertad de empresa en el sistema jurídico mexicano, en función de la materia y/o de los aspectos específicos de la actividad empresarial que se estén regulando, podrá ser de ley federal, estatal o municipal. Como se observa, “El reparto de las competencias para la actuación pública sobre la economía en los Estados descentralizados plantea una problemática muy singular”¹⁰¹⁶, por lo que, en nuestra opinión, el principio de reserva de ley de la libertad de empresa, en el caso particular del derecho mexicano, requiere una adecuada articulación entre las competencias económicas de la Federación (leyes federales), de las entidades federativas (leyes estatales) y de los municipios (leyes municipales)¹⁰¹⁷.

municipios no tendrán competencia en materia de licencias o permisos de funcionamiento de establecimientos comerciales, industriales y/o de servicios, y las facultades que en este sentido consignan en su Bando de Policía y Buen Gobierno serán inválidas por carecer de fundamento jurídico. Por ejemplo, nosotros consideramos que el Municipio de Cuernavaca, Morelos (y los demás municipios del Estado de Morelos) no tiene competencia para “llevar a cabo la expedición, control, cancelación o revocación de las licencias o permisos de funcionamiento, de establecimientos comerciales, industriales y de servicios”, a pesar de que estas facultades se consignan expresamente en su Bando de Policía y Buen Gobierno (arts. 88 a 96), ya que, partiendo de que estas atribuciones se encuentran reservadas originalmente a las entidades federativas (arts. 40, 73, 115, 116 y 124 constitucionales), no encontramos, ni en la Constitución Federal (arts. 115, 116 y 124) ni en la Constitución del Estado de Morelos (arts. 116 y 118) ni en la Ley Orgánica Municipal del Estado de Morelos (arts. 38 y 60), el fundamento jurídico en el que se otorguen esta competencia y facultades a los municipios del Estado de Morelos y les permita legislar y actuar en esta materia.

¹⁰¹⁶ Carrasco Durán, Manuel, *El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la actividad económica*, España, Tirant lo Blanch, 2005, p. 21.

¹⁰¹⁷ Alberti, Enoch, “El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la actividad económica”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, núm. 76, enero-abril de 2006, pp. 308 y 309.

4.5.3.3. El principio de proporcionalidad.

Tal como lo hemos establecido, para que los límites a la libertad de empresa (y a cualquier otro derecho fundamental) sean constitucionalmente válidos, deben establecerse en una ley (requisito de forma) y deben respetar su contenido esencial (requisito de fondo). Así, para determinar si una medida restrictiva de la libertad de empresa es constitucionalmente válida (es decir, que cumple con dichos requisitos), es necesario analizarla bajo la óptica del principio de proporcionalidad. En este sentido, el “presupuesto de aplicación del principio de proporcionalidad es que la norma legislativa suponga una limitación: una afectación negativa o desventajosa de la libertad de empresa”¹⁰¹⁸. De conformidad con Aragón Reyes, el principio de proporcionalidad juega como “límite de los límites de los derechos fundamentales”, en virtud de que, ni “el legislador (ni cualquier otra autoridad estatal, ni tampoco las demás personas) es (son) libre(s) para establecer límites a los derechos fundamentales, sino que sólo puede hacerlo para preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos y aplicando el principio de proporcionalidad”¹⁰¹⁹.

En palabras de Jaime Cárdenas¹⁰²⁰, el principio de proporcionalidad es un “método que asume que ningún principio tiene *a priori* una jerarquía superior en el ordenamiento, sino que las relaciones entre los principios se ajustan caso a caso cuando se presenta una colisión entre ellos”; y agrega que este principio se justifica porque busca “la armonización del ordenamiento y es superior a otros métodos argumentativos porque toma en cuenta aspectos normativos, fácticos y contextuales para definir la prevalencia de un principio sobre los demás”.

¹⁰¹⁸ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, p. 315.

¹⁰¹⁹ Aragón Reyes, Manuel, “El contenido...” *cit.*, p. 32. Los paréntesis son nuestros.

¹⁰²⁰ Cárdenas García, Jaime, *Manual de argumentación jurídica*, México, Editorial Porrúa, 2014, p. 189.

La teoría del principio de proporcionalidad posee tres dimensiones o subprincipios: los de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (ponderación)¹⁰²¹; los que desarrollamos siguiendo a uno de los principales exponentes de esta materia, el autor alemán Robert Alexy en su obra titulada “Teoría de los Derechos Fundamentales”¹⁰²².

a) El subprincipio de idoneidad busca determinar la existencia de una relación racional entre los medios restrictivos empleados y la meta tuitiva a alcanzar. Básicamente, con este subprincipio se busca determinar si la medida restrictiva de un derecho fundamental constituye un medio idóneo para alcanzar la finalidad que se pretende. Por ejemplo, en el caso de que se pretenda limitar el derecho a la libertad de empresa para tutelar el medio ambiente, este primer subprincipio nos ayuda a determinar si la limitación es verdaderamente un medio idóneo para tutelar dicho bien constitucionalmente protegido. El ejemplo que al respecto cita el propio Robert Alexy está relacionado con la libertad de empresa, por lo cual nos permitimos transcribirlo íntegramente:

Un peluquero había colocado una máquina de tabaco en su establecimiento sin contar con un permiso explícito de la Administración. A consecuencia de ello, un funcionario administrativo le impuso una multa por quebrantar la ley de comercio al por menor. Esta ley exigía un permiso que sólo podía ser otorgado si el solicitante demostraba el <<conocimiento técnico profesional indispensable>> para ejercerla actividad comercial de que se tratara. Esta circunstancia podía acreditarse mediante la prueba de la formación como comerciante o de la práctica de muchos años en un establecimiento de comercio, o mediante un examen especial en el que se demostraran los conocimientos como comerciante. El peluquero buscó protección jurídica ante los tribunales. El Tribunal Superior de Saarbrücken, que se ocupó del asunto en segunda instancia, consideró inconstitucional la exigencia de probar los conocimientos técnicos comerciales para el mero hecho de instalar una máquina de tabaco y planteó la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal. Este alto

¹⁰²¹ Cianciardo, Juan, “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad”, en Flores Saldaña, Antonio (coord.), *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 134 y 135.

¹⁰²² Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, 2ª ed., España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 523-545.

Tribunal llegó a la decisión de que la exigencia de probar los conocimientos técnicos específicos para el comercio de mercancías, es decir, también para el comercio mediante una máquina de tabaco, vulneraba la libertad de profesión y oficio, garantizada por el art. 12.1 LF. Su fundamentación se apoyó básicamente en que, en el caso del establecimiento en donde se había instalado la máquina de tabaco, la prueba de conocimientos comerciales específicos no era idónea para proteger a los consumidores de daños económicos o de daños para la salud. En consecuencia, esta medida resultaba prohibida por el principio de idoneidad y vulneraba por tanto el derecho fundamental a la libertad de profesión y oficio.

b) Por su parte, el subprincipio de necesidad nos va a permitir analizar si la medida restrictiva –que ya es idónea, según el principio anterior–, también es necesaria para alcanzar la finalidad tuitiva que se pretende. Es decir, se busca determinar si la medida restrictiva que se pretende emplear es la más adecuada para alcanzar la finalidad perseguida, y que, por lo tanto, no existe una medida alterna que sea menos restrictiva y que nos dé, por lo menos, iguales resultados. En relación con este subprincipio, Robert Alexy analiza un ejemplo que versa sobre una colisión entre la libertad de empresa y la protección de los consumidores, el cual transcribimos íntegramente:

Una ordenanza del Ministerio federal para la juventud, la familia y la salud establecía la prohibición de que circularan en el mercado dulces y confites que, si bien contuvieran cacao en polvo, estuvieran hechos esencialmente de arroz inflado y, por lo tanto, no fueran productos de chocolate que cumplieran todas las exigencias. El fin de esa ordenanza era proteger a los consumidores de posibles errores a la hora de comprar este tipo de productos. El Tribunal Constitucional Federal consideró que una prohibición de circulación semejante sí era idónea para proteger a los consumidores. Si una mercancía no puede ser introducida en el comercio disminuye el peligro de que sea comprada por equivocación. Sin embargo, la prohibición de tráfico no era necesaria, porque existía un medio igualmente idóneo pero menos restrictivo. Se trataba del deber de marcar y etiquetar estos productos, que podía prevenir el peligro de confusiones y equivocaciones <<de una manera igualmente eficaz, pero menos gravosa>>. [...] El principio de protección de los consumidores (P2) se realiza mediante el deber de marcar y etiquetar los productos (M1), en una medida equivalente a aquella en que se satisface mediante la prohibición de circulación en el mercado (M2). Entonces, para P2 es igual si se adopta M1 o M2.

c) Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (ponderación) nos permite valorar el caso concreto de colisión de principios. Se busca determinar cuál de los derechos o bienes jurídicos en conflicto (principios constitucionales o convencionales que, en abstracto, tienen igual jerarquía) tiene un mayor peso en el caso concreto. Con este subprincipio se va a poner en una balanza, por un lado, la intensidad de la intervención o afectación al principio de que se trate, y, por el otro, el beneficio que reporta dicha acción restrictiva, para así estar en condiciones de determinar cuáles intereses o derechos deben ceder y prevalecer en el caso concreto. En palabras del propio Robert Alexy, el principio de proporcionalidad “es idéntico a la ley de ponderación, que establece lo siguiente: cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. El ejemplo utilizado por Robert Alexy para ilustrar este subprincipio también es sobre la libertad de empresa, por lo cual nos permitimos transcribirlo íntegramente:

el deber de los productores de tabaco de colocar en sus productos advertencias sobre el peligro para la salud que implica el fumar, lo que constituye una intervención relativamente leve en la libertad de profesión y oficio (que es, en nuestra opinión, la libertad de empresa). [...] La razón que fundamenta el deber de colocar advertencias en los productos derivados del tabaco es la protección de la población frente a diversos peligros para la salud.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos importó el principio de proporcionalidad del Tribunal Europeo como un método para analizar y regular las limitaciones, afectaciones o intervenciones que los Estados parte realizan a los derechos humanos que se reconocen en el Sistema Americano. Así, en sintonía con los trabajos de Claudio Nash Rojas y Claudia Sarmiento¹⁰²³ así como con el de

¹⁰²³ Nash Rojas, Claudio y Sarmiento Ramírez, Claudia, *Reseña de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, visible en el sitio de internet: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/11518/11877> (consultado el 06 de febrero de 2017), pp. 125-127.

María López Ruf¹⁰²⁴, consideramos que es en el caso *Kimel vs Argentina*¹⁰²⁵ donde la Corte Interamericana aborda con mayor claridad la adopción del principio de proporcionalidad, fundamentalmente en los párrafos 51, 70, 74, 83 y 84 de dicha resolución:

51. En torno a estos hechos las partes presentaron diversos alegatos en los que subyace un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección de la honra de los funcionarios públicos. La Corte reconoce que tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia. Es necesario garantizar el ejercicio de ambos. En este sentido, la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio. [...]

ii) Idoneidad y finalidad de la restricción.

[...]

70. En este paso del análisis lo primero que se debe indagar es si la restricción constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir a la obtención de una finalidad compatible con la Convención. [...]

iii) Necesidad de la medida utilizada.

[...]

74. En el análisis de este tema, la Corte debe examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas. [...]

iv) Estricta proporcionalidad de la medida.

[...]

¹⁰²⁴ López Ruf, María, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, España, Universidad de Alicante, visible en el sitio de internet: <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/El%20principio%20de%20proporcionalidad%20-%20LOPEZ%20RUF,%20MARIA.pdf> (consultado el 06 de febrero de 2017), pp. 3 y 4.

¹⁰²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Kimel VS Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008 (fondo, reparaciones y costas)*, visible en el sitio de internet: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf (consultado el 06 de febrero de 2017).

83. En este último paso del análisis se considera si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación. La Corte ha hecho suyo este método al señalar que:

para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen, claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 de la Convención garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

84. Para el caso que nos ocupa, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.

Como se desprende de lo aquí transcrito, la CrIDH divide el principio de proporcionalidad en los tres subprincipios que apunta Robert Alexy: a) el de idoneidad, donde se indaga si la restricción constituye un medio idóneo y adecuado para contribuir a la obtención de una finalidad compatible con la convención; b) el de necesidad, donde se examinan las diversas alternativas que existen para alcanzar el fin legítimo perseguido y determinar la mayor o menor lesividad de aquéllas; y c) el de estricta proporcionalidad, donde se analiza si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación.

En sintonía con las tendencias jurídicas dominantes en el mundo occidental, también la Suprema Corte de Justicia la Nación ha hecho propio el principio de proporcionalidad aquí expuesto, a pesar de que no se encuentra reconocido expresamente en nuestra Constitución. Sin embargo, la Corte lo divide en cuatro etapas (subprincipios) que aparecen desarrolladas en diversas tesis aisladas, que, aunque no tienen fuerza vinculante en sentido estricto, muestran la tendencia de nuestro Máximo Tribunal hacia la utilización de este medio interpretativo¹⁰²⁶.

En palabras de la Suprema Corte¹⁰²⁷, “para que las intervenciones que se realicen a algún derecho fundamental sean constitucionales, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio”, precisando que “la medida legislativa (y nosotros diríamos que cualquier medida estatal restrictiva) debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, además de que debe lograr en algún grado la consecución de su fin, y no debe limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión”. Las cuatro etapas en que la Corte divide el test de proporcionalidad son las siguientes:

1) En la primera etapa se deben identificar los fines que persigue el Estado con la medida restrictiva, para estar en posibilidad de determinar si éstos son constitucionalmente válidos. Este subprincipio presupone la idea de que no cualquier propósito debe justificar la limitación a un derecho fundamental, sino únicamente aquellos que sean constitucionalmente legítimos. En efecto, los fines que pueden fundamentar la intervención restrictiva al ejercicio de los derechos fundamentales tienen muy diversa naturaleza: valores, intereses, bienes o principios que el Estado legítimamente puede perseguir¹⁰²⁸.

¹⁰²⁶ Sánchez Gil, Rubén, *óp. cit.*, p. XI. De conformidad con el autor en cita, el principio de proporcionalidad es una figura que paulatinamente se ha reconocido en México. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo ha empleado cada vez con mayor precisión. Sin embargo, en la discusión mexicana hace falta mucho para conocer el examen de proporcionalidad con suficiente claridad y difusión y apreciar su utilidad.

¹⁰²⁷ Tesis 1ª CCLXV/2016 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 902. Esta tesis tiene el rubro siguiente: PRIMERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. IDENTIFICACIÓN DE UNA FINALIDAD CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA.

¹⁰²⁸ Tesis 1ª CCLXV/2016 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 902. Esta tesis tiene el rubro siguiente: PRIMERA ETAPA DEL TEST DE

2) Por lo que hace a la idoneidad de la medida (segunda etapa del escrutinio), debe analizarse si la medida restrictiva es idónea para alcanzar en algún grado los fines perseguidos por el legislador. Este examen de idoneidad presupone la existencia de una relación entre la intervención al derecho y el fin que persigue esta afectación, siendo suficiente que la medida contribuya en algún modo y en algún grado a lograr el propósito que se busca¹⁰²⁹.

3) Una vez que se ha constatado un fin constitucionalmente válido (primera etapa) y la idoneidad de la medida restrictiva (segunda etapa), corresponde analizar si ésta es necesaria, o si, por el contrario, existen medidas alternativas que también sean idóneas pero que afecten en menor grado el derecho fundamental intervenido. De esta manera, el examen de necesidad implica corroborar, en primer lugar, si existen otros medios igualmente idóneos para lograr los fines que se persiguen y, en segundo lugar, determinar si estas alternativas intervienen con menor intensidad el derecho fundamental afectado¹⁰³⁰.

4) Una vez que se han superado las tres primeras etapas del escrutinio, finalmente corresponde realizar un examen de proporcionalidad en sentido estricto. Este subprincipio consiste en efectuar una ponderación o balance entre dos principios que colisionan en un caso concreto. Así, este análisis requiere comparar el grado de intervención en el derecho fundamental que supone la medida restrictiva examinada frente al grado de realización del fin legítimo perseguido por ésta. De este modo, la medida intervencionista sólo será constitucional si el nivel de realización del fin legítimo que persigue el legislador es mayor al nivel de intervención en el derecho fundamental. En caso contrario, la medida será desproporcionada y, como consecuencia, inconstitucional¹⁰³¹.

PROPORCIONALIDAD. IDENTIFICACIÓN DE UNA FINALIDAD CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA.

¹⁰²⁹ Tesis 1ª CCLXVIII/2016 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 911. Esta tesis tiene el rubro siguiente: SEGUNDA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA IDONEIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA.

¹⁰³⁰ Tesis 1ª CCLXX/2016 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 914. Esta tesis tiene el rubro siguiente: TERCERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA.

¹⁰³¹ Tesis 1ª CCLXX/2016 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 894. Esta tesis tiene el rubro siguiente: CUARTA ETAPA DEL TEST DE

Ahora bien, una de las deficiencias más notorias que puede apreciarse en la bibliografía sobre el principio de proporcionalidad radica en su inconsistencia terminológica. El mayor problema, en nuestra opinión, es el uso intercambiable y confuso entre los conceptos de ponderación y de principio de proporcionalidad¹⁰³². Bernal Pulido¹⁰³³ sostiene “la idea de que la ponderación se identifica con el principio de proporcionalidad en sentido estricto”, es decir, “la ponderación debe entenderse como una parte del principio de proporcionalidad, su tercer subprincipio, que exige que las intervenciones en el derecho fundamental reporten tales ventajas al derecho o al bien constitucional que favorecen, que sean capaces de justificar las desventajas que la intervención origina al titular del derecho afectado”.

Sin embargo, según nuestra apreciación, el término *principio de proporcionalidad* es mayormente utilizado cuando el Poder Judicial analiza la constitucionalidad de una ley (o disposición) que limita un derecho fundamental; y el término *ponderación*, por su parte, se emplea cuando el Poder Judicial, en un caso (conflicto) concreto entre dos particulares, debe resolver una colisión de principios (que en muchos casos son derechos fundamentales) contemplados en normas diversas, el cual no puede solucionarse por alguno de los criterios clásicos de resolución de antinomias¹⁰³⁴. Nosotros sostenemos que esta diferencia es estrictamente terminológica, ya que, tanto en el análisis de la constitucionalidad de una ley (cuando se emplea el término “principio de proporcionalidad”) como en la resolución de una colisión entre derechos fundamentales que tienen dos particulares en un caso concreto (cuando se emplea el término “ponderación”)¹⁰³⁵, son aplicables los tres subprincipios que integran el test de proporcionalidad en

PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO DE LA MEDIDA LEGISLATIVA.

¹⁰³² Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 569.

¹⁰³³ *Ibidem*, p. 570. Los paréntesis son nuestros.

¹⁰³⁴ Cabra Apalategui, José Manuel, “Conflictos de normas y razón práctica (sobre el concepto, justificación y racionalidad de la ponderación)”, en García Amado, Juan Antonio (coord.), *Razonar sobre derechos*, España, Tirant lo Blanch, 2016, p. 52.

¹⁰³⁵ *Ídem*, p. 52. De conformidad con el autor en cita, si hay algo que necesariamente concurre cuando se habla de ponderación es la existencia de un conflicto entre normas. La ponderación opera siempre en situaciones en las que hay, al menos, dos normas válidas potencialmente aplicables, cuyas consecuencias jurídicas son incompatibles.

sentido amplio. En palabras más sencillas, nosotros consideramos que *el principio de proporcionalidad en sentido estricto* se identifica plenamente con *la ponderación*:

Al fin y al cabo, determinar si la intervención de un particular en el derecho fundamental de otro, en ejercicio de un derecho fundamental propio, es *idónea* para ejercitar este derecho, es determinar si hay verdadera colisión entre derechos fundamentales. Si no hay idoneidad, no hay colisión verdadera, porque no hay ejercicio válido de uno de los derechos en juego (el del sujeto que limita el derecho del otro). Por otra parte, el que una intervención de un particular en el derecho del otro sea *innecesaria* significa que dificulta el derecho del otro más allá de lo necesario (valga la obviedad), porque se podía haber adoptado alguna otra medida menos restrictiva del derecho afectado; y en estos casos el juez debe acudir en auxilio del derecho dificultado más allá de lo razonable. [...]. El *subprincipio de necesidad* puede evitar tener que llegar al más incierto subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto y, en este sentido, se rige así en un instrumento muy útil para resolver racionalmente conflictos de derechos fundamentales¹⁰³⁶.

En este sentido, los tres subprincipios que integran el test de proporcionalidad en sentido amplio deben ser empleados por los órganos del Poder Judicial para determinar si una medida restrictiva de la libertad de empresa (y de cualquier otro derecho fundamental) es constitucionalmente válida (es decir, si respeta su contenido esencial), ya sea a) que se trate del análisis de la constitucionalidad de una ley (o una disposición de ésta) y se emplee el término de *principio de proporcionalidad*, o bien, b) que se trate de la resolución de una colisión entre derechos fundamentales (principios) que tienen dos particulares en un caso concreto y se emplee el término de *ponderación*¹⁰³⁷.

¹⁰³⁶ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, pp. 364 y 365.

¹⁰³⁷ Atienza Rodríguez, Manuel, "A vueltas con la ponderación", en Atienza Rodríguez, Manuel y García Amado, Juan Antonio, *Un debate sobre la ponderación*, Perú, Palestra Editores, 2016, pp. 28 y 29. De conformidad con el autor en cita, hay que ponderar (mejor: el juez ha de ponderar) cuando, para resolver un caso, no puede partir directamente de una regla, de una pauta de comportamiento específica, que controla el caso y que permitiría un razonamiento de tipo clasificatorio o subsuntivo. ¿Cuándo ocurre esto? Nos encontramos en esa situación cuando: 1) No hay una regla que regule el caso (existe una laguna normativa en el nivel de las reglas); b) Existe una regla pero, por alguna razón, resulta inadecuada, esto es, hay lo que cabría llamar una laguna axiológica (en el nivel

Para finalizar y concretar todo lo anterior, podemos afirmar que el principio de proporcionalidad es un método argumentativo que sirve para lograr decisiones racionales y correctas, que, aunque no aspiran a ser la única respuesta correcta, sean justificadas y justificables, y, por lo tanto, puedan sostenerse y argumentarse en las actuales sociedades pluralistas y democráticas¹⁰³⁸. Parafraseando a Manuel Atienza¹⁰³⁹, con la aplicación del principio de proporcionalidad no estamos en presencia de un conjunto de opiniones más o menos arbitrarias y subjetivas, sino que éstas obedecen a una idea de racionalidad que podría caracterizarse así:

- a) Las decisiones mantienen entre sí un considerable grado de coherencia;
- b) Se fundamentan en criterios que pretenden ser universalizables;
- c) Producen consecuencias socialmente aceptables;
- d) No contradicen ningún extremo constitucional;
- e) En la medida en que no constituyen simplemente soluciones para un solo caso, sino que pretenden servir como pautas para el futuro, proporcionan también un mecanismo –imperfecto– de previsión; y,
- f) Finalmente, al tratarse de decisiones fundamentales, esto es, de decisiones a favor de las cuales se aducen razones que pretenden ser intersubjetivamente válidas, las mismas pueden ser también (racionalmente) criticadas y, llegado el caso, modificadas.

siempre de reglas); c) O bien, simplemente, es dudoso si existe o no una regla del sistema que regule aceptablemente el caso.

¹⁰³⁸ Cárdenas Gracia, Jaime, *óp. cit.*, p. 190.

¹⁰³⁹ Atienza, Rodríguez, Manuel, *óp. cit.*, p. 35.

4.6. Medios de garantía de la libertad de empresa.

Tal como lo establecimos anteriormente, de conformidad con el artículo 1° constitucional, el Estado Mexicano en su totalidad –incluyendo todos y cada uno de sus poderes, órganos, autoridades, dependientes y/o funcionarios– y, en general, todas las demás personas (eficacia horizontal), están expresamente obligados a promover, respetar, proteger y garantizar el derecho humano a la libertad de empresa que tienen los particulares de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia indivisibilidad y progresividad, y, además, deberán hacerlo con una mayor intensidad en el caso de los micro, pequeños y medianos empresarios, debido a que, por la especial situación y características de las personas que integran este sector, su libertad de empresa tiene una vinculación más estrecha con el desarrollo de su personalidad y, finalmente, con su dignidad humana.

En ese contexto, siguiendo el pensamiento de Luigi Ferrajoli¹⁰⁴⁰, la libertad de empresa, al igual que los demás derechos fundamentales, cuenta con diversas garantías para su protección, entendidas como “las técnicas previstas en el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”. De conformidad con el autor en cita, la libertad de empresa consiste “en expectativas positivas o negativas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión)”, denominando, en ese sentido, a) garantías primarias a estas obligaciones y prohibiciones, y b) garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos (es decir, las violaciones de sus garantías primarias).

¹⁰⁴⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derechos... cit.*, pp. 43 y 59-65.

En otras palabras, la libertad de empresa, que está reconocida expresamente en el artículo 5° de nuestra *Carta Magna*, implica para sus titulares diversas expectativas positivas y negativas a las que corresponden obligaciones de prestación¹⁰⁴¹ y/o prohibiciones de lesión¹⁰⁴², las que están a cargo tanto del Estado como de los particulares (las llamadas garantías primarias). Sin embargo, en la dinámica social y empresarial de nuestro país existen muchos casos en los que el Estado Mexicano –actuando a través de sus poderes, órganos, autoridades, dependientes o funcionarios– y/o los particulares incumplen dichas garantías primarias, con lo que vulneran el derecho humano a la libertad de empresa de sus titulares. Y es precisamente para estos casos de incumplimiento que el sistema jurídico mexicano crea y regula diversos instrumentos e instancias jurídicas para prevenir, sancionar y/o reparar las lesiones a la libertad de empresa (las llamadas garantías secundarias).

En ese orden de ideas, en el presente apartado analizamos las garantías secundarias que consideramos más importantes para la protección y tutela del derecho humano a la libertad de empresa en el derecho mexicano.

4.6.1. Los medios de control constitucional.

El artículo 133 constitucional establece la supremacía de nuestra *Carta Magna*, en la que se reconocen los derechos fundamentales, frente a todas las demás normas que integran el ordenamiento jurídico mexicano:

¹⁰⁴¹ Como, por ejemplo, la obligación que tiene el Estado Mexicano de defender y garantizar una sana competencia económica.

¹⁰⁴² Como, por ejemplo, la libertad que tienen los particulares para iniciar una actividad empresarial lícita.

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

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁰⁴³ ha establecido expresamente que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico mexicano, afirmando que “por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema”. Así, la Corte ha indicado que “los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local”. No obstante, como un caso de excepción, la propia Corte ha establecido en una tesis jurisprudencial diversa¹⁰⁴⁴ que, tratándose de derechos humanos, pueden existir casos en los que un tratado internacional tenga preeminencia sobre la Constitución, puesto que las disposiciones en esta materia, sin importar su fuente, son consideradas por igual como normas supremas del derecho mexicano:

De conformidad con el texto vigente del artículo 1º constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las

¹⁰⁴³ Tesis P. LXXVII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, noviembre de 1999, p. 46. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.

¹⁰⁴⁴ Tesis 1a./J. 107/2012 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, octubre de 2012, p. 799. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE”.

normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. [...] Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable –en materia de derechos humanos-, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1º constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.

La supremacía constitucional que rige en el Estado Mexicano tiene como finalidad la conservación del régimen de derecho y la preservación del sistema constitucional vigente –del que forman parte los derechos fundamentales que ahí se reconocen–, a través del que, entre otras cuestiones, se regula la actividad y los atributos de los entes de derecho público. Para tales efectos, en caso de desconocimiento y/o vulneración de la ley suprema por parte de una autoridad, el derecho moderno ha creado y regulado ciertos instrumentos jurídicos para lograr, en el caso concreto de que se trate, el restablecimiento de la supremacía de la Norma Fundamental. Estos instrumentos de garantía de la Constitución se conocen como “medios de control constitucional”, y en nuestro país se regulan como tales el juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad (arts. 103, 105 y 107 de la Constitución)¹⁰⁴⁵:

¹⁰⁴⁵ Martínez García, Hugo, *El nuevo juicio de amparo en México*, México, Rehtikal, 2016, pp. 69 y 70.

1. Al igual que el doctor Chagoya Díaz¹⁰⁴⁶, nosotros consideramos que, en el sistema jurídico mexicano, el juicio de amparo es el instrumento de garantía más importante que tienen los particulares para tutelar y proteger sus derechos fundamentales –entre ellos la libertad de empresa– en caso de que las autoridades, o en algunos casos y bajo ciertas circunstancias los particulares, incumplan las obligaciones de prestación y/o las prohibiciones de lesión que los referidos derechos les imponen. Los fundamentos constitucionales del juicio de amparo los encontramos a) en el artículo 103, que consigna los casos generales de procedencia, y b) en el artículo 107, donde se regulan las bases y principios que le dan identidad a este medio de control constitucional¹⁰⁴⁷.

En este sentido, podemos entender el juicio de amparo, ya sea indirecto o directo, como un proceso judicial que se inicia por el gobernado (quejoso) en vía de acción ante el Poder Judicial de la Federación o ante el superior del tribunal que haya cometido la violación en los casos de excepción marcados en la ley, y en contra de a) normas generales, b) actos y omisiones de las autoridades o de los particulares en los casos y bajo las condiciones señaladas por la ley, o c) de normas generales o actos u omisiones originados con motivo de la invasión de la soberanía por parte de un ente de derecho público a otro de igual o diferente categoría, los cuales afecten la esfera jurídica del particular quejoso por ser contrarios a los derechos humanos reconocidos y/o a las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (entre los que se encuentra la libertad de empresa), así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte¹⁰⁴⁸.

2. Las controversias constitucionales, de conformidad con la fracción I del artículo 105 constitucional, están instauradas para garantizar el principio de división de poderes, ya que en las mismas se plantea una invasión de las esferas competenciales establecidas en nuestra *Carta Magna*. Este medio de control constitucional sólo puede ser interpuesto por la Federación, los estados, la Ciudad

¹⁰⁴⁶ Chagoya Díaz, Sergio, *óp. cit.*, p. 230.

¹⁰⁴⁷ Martínez García, Hugo, *óp. cit.*, p. 141.

¹⁰⁴⁸ *Ibidem*, p. 140.

de México, los municipios y los órganos constitucionales autónomos, quienes plantean un agravio determinado en su perjuicio, y, al efecto, se tramita un verdadero juicio ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, compuesto por la demanda, la contestación de demanda, las pruebas, los alegatos y la sentencia. En las controversias constitucionales puede plantearse la inconstitucionalidad de actos y de normas generales, pero en este último caso está vedada la materia electoral. Por regla general, las sentencias que pronuncie la Corte para resolver las controversias constitucionales tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia (relatividad de la sentencia). Sin embargo, siempre que las controversias versen a) sobre disposiciones generales de las entidades federativas, de los municipios o de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México impugnadas por la Federación, b) de los municipios o de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México impugnadas por las entidades federativas, c) o sobre conflictos que versen entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, o entre aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o de la Comisión Permanente, d) o sobre conflictos entre dos poderes de una misma entidad federativa sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, y la sentencia de la Corte las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando sea aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos¹⁰⁴⁹.

3. En las acciones de inconstitucionalidad, de conformidad con la fracción II del artículo 105 de nuestra *Carta Magna*, se alega una contradicción entre la norma general impugnada y una disposición de la Constitución. Este medio de control constitucional puede ser promovido por el Fiscal General de la República; el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) y los organismos garantes equivalentes en las entidades federativas; la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y los organismos de protección equivalentes en las entidades federativas; los partidos políticos; el Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno; y el treinta y

¹⁰⁴⁹ Tesis P./J. 71/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, agosto de 2000, p. 965. Esta tesis tiene el rubro siguiente: "CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS MEDIOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL".

tres por ciento, cuando menos, de los integrantes del órgano legislativo que haya expedido la norma. Para la substanciación de las acciones de inconstitucionalidad se tramita un procedimiento que no tiene forma de juicio. En este medio de control constitucional se plantea una solicitud para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación realice un análisis abstracto sobre la constitucionalidad de una norma determinada, pudiendo combatirse cualquier tipo de normas, incluidas las electorales. La sentencia que se pronuncie tendrá efectos generales siempre y cuando sea aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos¹⁰⁵⁰.

Con base en lo anterior, podemos concluir que, al ser la libertad de empresa un derecho humano reconocido expresamente en el artículo 5° de nuestra *Carta Magna*, los particulares, por medio del juicio de amparo, y los órganos estatales, por conducto de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, pueden –y deben– tutelar y proteger la libertad de empresa que tienen todas las personas privadas (así como los demás derechos fundamentales) en caso de que las autoridades, o en algunos casos y bajo ciertas circunstancias los particulares, incumplan las obligaciones de prestación y/o las prohibiciones de lesión que les impone la referida libertad fundamental.

4.6.2. El nuevo rol de los jueces locales: control difuso de constitucionalidad.

En los Estados modernos occidentales, la justicia constitucional (el control de constitucionalidad) puede ejercerse, ya sea por los órganos jurisdiccionales o por un órgano político, a través de dos sistemas de control distintos, o bien, por medio de la combinación y articulación de ambos:

¹⁰⁵⁰ Tesis P./J. 71/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, agosto de 2000, p. 965. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS MEDIOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL”.

- 1) El sistema de control difuso de constitucionalidad. En este sistema, la competencia para hacer efectivo el control de constitucionalidad de las leyes está atribuida a los propios tribunales ordinarios, quedando dispersa entre todos los órganos que integran el poder judicial. Así, los jueces –cualquier juez ordinario– son los que deben resolver si una ley es adecuada a la Constitución o no¹⁰⁵¹, durante la tramitación de los juicios en que son competentes.
- 2) El sistema de control concentrado. Es un control concentrado porque es realizado únicamente por el Tribunal Constitucional o el órgano político encargado de esta función. La aplicación inicial del modelo fue obra de dos constituciones aprobadas en 1920, la Constitución de Austria y la de Checoslovaquia. En la elaboración de la primera tuvo una intervención decisiva Hans Kelsen, verdadero mentor de este sistema, por lo cual se le conoce también como “sistema austriaco” o “sistema kelseniano”¹⁰⁵².

¹⁰⁵¹ Garrorena Morales, Ángel, *óp. cit.*, pp. 105 y 106. De conformidad con el autor en cita, fue el juez Marshall, en 1803 y en la conocida sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los EE. UU. para resolver el caso “Marbury contra Madison”, quien dejó sentadas las bases no sólo del sistema de control difuso sino incluso de la justicia constitucional misma. De conformidad con este autor, las principales características de este modelo de control constitucional son las siguientes: a) es un control difuso porque son todos los jueces los que están habilitados para llevarlo a cabo; b) es un control subjetivo concreto de normas, porque se produce al hilo de la aplicación del precepto al caso concreto del que el juez está conociendo y no como un recurso directo y objetivo contra la norma misma considerada en abstracto; c) es un control incidental o planteable por vía de excepción, porque ese acceso se produce a través de un incidente planteado por una de las partes en mitad de un proceso en el cual ésta le pide al juez que no le aplique el derecho alegado por la otra parte por ser contrario a la Constitución; y d) es finalmente –por lo que hace a sus efectos- un control que se satisface con la sola inaplicación de la norma, sin determinar por tanto su nulidad o, lo que es igual, la pérdida total de su condición como Derecho. Este tipo de control sólo causa efectos *inter partes* y no *erga omnes*.

¹⁰⁵² *Ibidem*, p. 107. De conformidad con el autor en cita, las principales características de este modelo de control constitucional son las siguientes: a) Es un control objetivo o control abstracto de normas porque su finalidad es determinar objetivamente –abstracción hecha de su aplicación a los hechos que aquí no cuentan para nada- la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma, depurando así de inconstitucionalidades el ordenamiento jurídico; b) Es un control directo o planteable por vía de acción porque el recurso –la acción del demandante- se plantea ahora directamente contra la norma y no como un incidente surgido dentro de un proceso con partes cuya pretensión principal sería obviamente otra; y c) es, por último, un control cuyo efecto sí es en este caso la nulidad (*erga omnes* o para todos) de la norma declarada inconstitucional, la cual, en consecuencia, queda expulsada del ordenamiento jurídico y deja de existir.

En el derecho mexicano, a partir de la reforma constitucional de junio de 2011 en materia de derechos humanos, se añadió el sistema de control difuso de constitucionalidad al tradicional sistema de control concentrado; lo que, en nuestra opinión, no se trata de una sustitución, pues en la actualidad ambos sistemas operan de manera simultánea. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación cambió su interpretación tradicional¹⁰⁵³ “para sostener que, a lado del control concentrado de constitucionalidad que ejercen los órganos del Poder Judicial de la Federación, los demás jueces del país también deben ejercer un control difuso de constitucionalidad, conforme a lo que prevé el artículo 133 de la Constitución, en forma incidental, durante los procesos ordinarios en los que son competentes”¹⁰⁵⁴.

Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. [...] ¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵³ Tesis P. I/2011 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, diciembre de 2011, o. 549. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “CONTROL DIFUSO”. De conformidad con esta tesis, la Corte dejó sin efectos las jurisprudencias P./J. 73/99 y P./J. 74/99 (de rubros: “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN” y “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”), en las que se regulaba de manera exclusiva el tradicional control concentrado de constitucionalidad”.

¹⁰⁵⁴ Ovalle Favela, José, “Derechos...” *cit.*, p. 174.

¹⁰⁵⁵ Tesis P. LXX/2011 (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Décima Época, t. 1, diciembre de 2011, p. 557. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO”.

Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁰⁵⁶ ha establecido que los “mandatos contenidos en el artículo 1° constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial”, estableciendo que “es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1° constitucionales, en donde los jueces (locales) están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior”; agregando que, “si bien los jueces (de las entidades federativas y de la Ciudad de México) no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados [...], sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia”.

En este sentido, producto del sistema de control difuso de constitucionalidad y convencionalidad que rige en nuestro país, los jueces de las diversas entidades federativas y de la Ciudad de México, en el ámbito de su competencia y en los procedimientos que ante ellos se tramiten, están constreñidos a tutelar el orden constitucional mexicano; por lo que, en la vía incidental, ya sea de oficio o a petición de parte, están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales –dentro de los cuales se encuentra la libertad de empresa– frente a las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior.

¹⁰⁵⁶ Tesis P. LXVII/20111(10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, diciembre de 2011, p. 535. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD”. Los paréntesis son nuestros.

Por lo anterior, consideramos que el nuevo rol que tienen los jueces locales en el sistema jurídico mexicano, en ejercicio del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, es una garantía del derecho humano a la libertad de empresa que tienen todas las personas (reconocido expresamente en el artículo 5° de nuestra *Carta Magna*), pues dichos órganos jurisdiccionales, por mandato constitucional, deben ajustar sus resoluciones a esta libertad fundamental, teniendo la obligación expresa de inaplicar las normas inferiores que la limiten y/o la lesionen de manera injustificada y/o desproporcionada.

4.6.3. Los órganos constitucionales autónomos protectores de la competencia.

Para la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), la competencia económica es

Una herramienta al servicio del crecimiento económica y, sobre todo, del bienestar social. Para empresarios y emprendedores, la competencia incrementa oportunidades de negocio, da acceso a insumos de producción de mayor calidad a menores precios, garantiza una “cancha pareja” en el acceso y las condiciones de mercado, eleva la productividad y estimula la innovación. Del lado de los consumidores, la competencia garantiza bienes y servicios en mejores condiciones de oportunidad, variedad y calidad a los mejores precios posibles. Para los gobiernos la competencia implica un mejor uso de los recursos públicos en las adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios y obras que realizan.

Nosotros consideramos que la libre competencia económica, en los términos aquí apuntados, forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa. Sin embargo, la libre competencia no se da de manera natural y automática en el mercado nacional, sino que es necesaria la intervención del Estado Mexicano en la economía, a efecto de “promover, proteger y garantizar la libre competencia y la competencia económica, así como prevenir, investigar, combatir, perseguir con

eficacia, castigar severamente y eliminar los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas, las barreras a la libre concurrencia y la competencia económica, y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados” (art. 2° de la Ley Federal de Competencia Económica).

En este sentido y a partir de la reforma constitucional publicada el 11 de junio de 2013 en el Diario Oficial de la Federación¹⁰⁵⁷, el Estado Mexicano, en defensa de la libre concurrencia y de la competencia económica, interviene en la economía nacional principalmente a través de dos órganos constitucionales autónomos, los que, en nuestra opinión, resultan fundamentales en la promoción, protección, tutela y garantía de la libertad de empresa:

1. La Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE)¹⁰⁵⁸, que, de conformidad con el artículo 28, párrafo decimocuarto, de la Constitución Mexicana, es un órgano constitucional autónomo dotado con las siguientes facultades: ordenar medidas para eliminar barreras a la competencia y la libre concurrencia; ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos; imposición de multas; practicar visitas de verificación; entre muchas otras más (artículo 12 de la Ley Federal de Competencia Económica).

¹⁰⁵⁷ Para consultar el contenido completo del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6°, 7°, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones, véase: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5301941&fecha=11/06/2013 (consultado el 17 de marzo de 2018).

¹⁰⁵⁸ Artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica. La Comisión es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente en sus decisiones y funcionamiento, profesional en su desempeño, imparcial en sus actuaciones y ejercerá su presupuesto de forma autónoma, misma que tiene por objeto garantizar la libre concurrencia y competencia económica, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

2. El Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT)¹⁰⁵⁹, que, de conformidad con el artículo 28, párrafos decimoquinto y decimosexto, de la Constitución Mexicana, es un órgano constitucional autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, siendo la autoridad competente en materia de competencia económica únicamente en dichos sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejercerá en forma exclusiva las facultades establecidas para la Comisión Federal de Competencia Económica y regulará de forma asimétrica a los participantes en estos mercados con el objeto de eliminar eficazmente las barreras a la competencia y la libre concurrencia.

Por lo anterior, consideramos que las acciones que desempeñan tanto la COFECE como el IFT en defensa de la libre concurrencia y de la competencia económica, constituyen una garantía de la libertad de empresa que tienen los particulares (reconocido expresamente en el artículo 5° de nuestra *Carta Magna*), pues estos órganos constitucionales autónomos, por mandato constitucional, son las máximas autoridades encargadas de “promover y proteger la competencia en los mercados para contribuir al bienestar de las familias y al crecimiento económico del país”¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁹ Artículo 7° de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión. El Instituto es un órgano público autónomo, independiente en sus decisiones y funcionamiento, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que tiene por objeto regular y promover la competencia y el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones y la radiodifusión en el ámbito de las atribuciones que le confieren la Constitución y en los términos que fijan esta Ley y demás disposiciones legales aplicables. [...]. Asimismo, el Instituto es la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejercerá en forma exclusiva las facultades que establecen el artículo 28 de la Constitución, esta Ley y la Ley Federal de Competencia Económica. [...].

¹⁰⁶⁰ Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), *Sobre la COFECE*, visible en el sitio de internet: <https://www.cofece.mx/conocenos/> (consultado el 17 de marzo de 2018).

CONCLUSIONES.

Con la elaboración del primer capítulo de nuestra investigación, intitulado “Marco teórico-metodológico, axiológico y epistémico. La era de la globalización: Las MIPYMES y los derechos humanos”, llegamos a las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- Concluimos que la globalización, más que un simple fenómeno, es el período histórico surgido en las últimas décadas del siglo XX, que actualmente continúa en construcción y está en pleno desarrollo, originado principalmente por los grandes avances suscitados en las tecnologías de la información y la comunicación (TIC’s) y por la liberalización del comercio mundial (fundamentalmente a partir del Consenso de Washington en 1989), que se caracteriza por la creciente interrelación e interdependencia entre los diversos Estados-nación, sus sociedades y demás actores, misma que se presenta y produce sus efectos, tanto a nivel global como al interior de los referidos Estados, en los aspectos cultural, social, económico, jurídico, ecológico, entre muchos otros.

SEGUNDA.- El hecho de que el mundo se haya vuelto más redondo como consecuencia de la globalización, no ha repercutido en la eliminación de las discriminaciones económicas y las exclusiones sociales en nuestros días. Por el contrario, muchos afirman que la globalización es un proceso desigual y polarizado que, en su conjunto, tiende a reforzar e incrementar la desigual distribución del poder y de las riquezas tanto entre las naciones como a través de las naciones¹⁰⁶¹. El modelo de globalización adoptado a partir del Consenso de Washington –globalismo neoliberal sin mayor regulación– viene generando enormes brechas de desigualdad económica y social entre países y personas que, a su vez, producen novedosas formas de exclusión que vulneran y desconocen constantemente los principios de igualdad y equidad¹⁰⁶².

¹⁰⁶¹ Giménez, Gilberto, “Identidades...” *cit.*, p. 45.

¹⁰⁶² Ramírez Cleves, Gonzalo Andrés y Marín Arangures, Erli Margarita, *óp. cit.*, p. 44.

TERCERA.- Derivado de las características y los efectos que la globalización produce en el mundo y en la sociedad de nuestros días, resulta imposible que los Estados-nación y los organismos internacionales persigan simultáneamente a) democracia, b) autodeterminación nacional y c) globalización económica profunda (hiperglobalización). En este sentido, cualquier estrategia implementada para alcanzar estos tres elementos de manera simultánea (globalización perfecta) está condenada al fracaso, ya que, cuando mucho, podemos (y debemos) privilegiar y desarrollar dos de las tres opciones¹⁰⁶³.

CUARTA.- Derivado de lo anterior, consideramos que el principal problema de la globalización actual, por el que ésta ha beneficiado únicamente a unos cuantos y ha acentuado las problemáticas sociales y económicas que afectan a la mayoría de las personas, es que los responsables de implementar las políticas sociales y económicas a nivel global (nos referimos a los Estados-nación más poderosos y a los organismos internacionales, tales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial) han resuelto de manera incorrecta este trilema político fundamental de la globalización, pues han privilegiado los intereses económicos particulares (grandes bancos y grandes inversores) sobre los de la sociedad en general, ya que, desde el Consenso de Washington, se ha decidido perseguir la globalización económica profunda (hiperglobalización) en detrimento de la democracia y de la autodeterminación nacional.

QUINTA.- Contrario a lo anterior, nosotros consideramos que el trilema político fundamental que se presenta en la era de la globalización debe resolverse de manera distinta: “Tanto la democracia como la autodeterminación nacional deben primar sobre la hiperglobalización. Las democracias tienen el derecho a proteger su organización social, y cuando este derecho interfiere con los requisitos de una economía global, es esta última la que debe dejar paso”¹⁰⁶⁴. Esta decisión fundamental, contrario a lo que podría pensarse, no implica el fin de la globalización, sino que, por el contrario, se estaría poniendo a la economía mundial sobre una

¹⁰⁶³ Rodrik, Dani, *óp. cit.*, p. 20.

¹⁰⁶⁴ *Ibídem*, p. 21.

base más segura: una globalización moderada e inteligente, en la que, mediante un desarrollo institucional y jurídico de adentro hacia afuera, se logre un verdadero crecimiento y desarrollo económico, aprovechando de mejor manera las ventajas y oportunidades que se presentan en la era global en que nos encontramos.

Por ello, afirmamos que “podemos y debemos encontrar maneras de controlar las riendas de nuestro mundo desbocado”¹⁰⁶⁵: los diversos actores que participan en el concierto internacional –sin tener un pleno y total control sobre los efectos y consecuencias de la globalización– siempre y cuando actúen de manera coordinada, privilegiando la democracia y la autodeterminación nacional, sí pueden encausar este fenómeno, en algunos ámbitos en mayor medida que en otros, con miras a que los beneficios que la globalización genera se repartan de una manera más justa y equitativa.

SEXTA.- Concluimos que, en el marco de la globalización, la pobreza tiene un carácter multidimensional bastante amplio, que, por lo tanto, rebasa la perspectiva monetaria al tratarse de una privación de libertades básicas que están asociadas no solamente con las deficiencias en el ingreso económico, sino también con privaciones sistemáticas en el acceso a derechos humanos y a servicios básicos¹⁰⁶⁶. Dado que la pobreza es un problema bastante complejo, con diversos enfoques y ramificaciones –lo que deriva en la imposibilidad de abordarla en su totalidad en un único trabajo de investigación–, nosotros enfocamos nuestros esfuerzos en una sola de sus vertientes que, a su vez, separamos metodológicamente en dos dimensiones: una de carácter social y otra de carácter jurídico.

SÉPTIMA.- En ese contexto, el aspecto social de la problemática que abordamos es que las políticas económicas adoptadas por México a partir de su abrupta incursión en la globalización, de manera paradójica e irracional, han olvidado impulsar verdaderamente a las MIPYMES, cuyo papel resulta trascendental para cualquier país que pretenda tener una incursión efectiva en el

¹⁰⁶⁵ Giddens, Anthony, *óp. cit.*, p. 5.

¹⁰⁶⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe... cit.*, pp. 35-37.

mundo globalizado. En este sentido, las desigualdades y carencias que lastimosamente caracterizan a nuestro país, en parte se deben a que la mayoría de nuestros esfuerzos se han dirigido hacia el sector externo, con la falsa idea de que éste solucionará mágicamente todos nuestros problemas, descuidando, en consecuencia, el sector interno, dentro del cual ubicamos a las referidas MIPYMES, que resulta imprescindible para el bienestar de la sociedad¹⁰⁶⁷. Así, uno de los principales síntomas que, a su vez, es reflejo y causa de la pobreza, así como del rezago económico en México, es la baja productividad que tienen las MIPYMES en nuestro país, las que, contradictoria y paradójicamente, son las principales generadoras de empleo.

OCTAVA.- Por otro lado, concluimos que el papel de la globalización en el desarrollo de los derechos humanos es positivo. Sin duda alguna, los avances en las últimas décadas en materia de protección de los derechos humanos, tanto en sede nacional como internacional, han sido favorecidos –y de alguna forma se explican– por la globalización¹⁰⁶⁸. Sin las oportunidades que ésta genera, no podríamos hablar del Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos ni tampoco podríamos hacer referencia, en nuestro país, a la reforma constitucional de junio del año 2011. Por ello, nosotros entendemos y sugerimos la globalización de los derechos humanos –o regionalización, según sea el caso– como una de las formas que tenemos para controlar las riendas de nuestro mundo desbocado¹⁰⁶⁹.

NOVENA.- Con todo y que, de manera general, la globalización ha producido efectos positivos en el desarrollo y protección de los derechos humanos en nuestro país, concluimos que, a pesar del gran calado de la reforma que nos ocupa, opinamos firmemente que el cambio de paradigma producido en materia de derechos humanos en México es incompleto e insuficiente, ya que, en nuestra opinión, los principios del derecho internacional de los derechos humanos, por sí solos, no alcanzan para lograr una verdadera vigencia y operatividad de estas prerrogativas en la realidad social, económica y jurídica de nuestro país. Para

¹⁰⁶⁷ López Farfán, Fabiola, *óp. cit.*, p. 25.

¹⁰⁶⁸ Morales, Gladys, *óp. cit.*, p. 37.

¹⁰⁶⁹ Giddens, Anthony, *óp. cit.*, p. 5.

construir una verdadera cultura de los derechos humanos es necesaria una teoría constitucional vanguardista debidamente estructurada (teoría general de los derechos fundamentales), en la que, como mínimo, se establezcan las bases para determinar los elementos básicos de estas prerrogativas, pues constituyen un presupuesto indispensable para lograr su verdadera efectividad: su significado; su naturaleza jurídica; su contenido esencial; sus dimensiones subjetiva y objetiva; su objeto; su titularidad; los sujetos obligados; sus límites; y medios de garantía.

DÉCIMA.- Por todo ello, la difusión, el desarrollo y la consolidación de los derechos humanos en México, tanto en la legislación, como en la jurisprudencia y en la doctrina, no han alcanzado a todos ellos por igual, a pesar de que, al ser interdependientes e indivisibles, resultan igualmente importantes para consolidar la dignidad humana de las personas. En este sentido, concluimos que los DESC están rezagados en comparación con los derechos civiles y políticos, observando que, de manera particular, el derecho a la libertad de empresa adolece de un atraso alarmante y acentuado, sobre todo cuando hablamos de micro, pequeños y medianos empresarios.

DÉCIMA PRIMERA.- Derivado de lo anterior, la dimensión jurídica del problema que planteamos es el hecho de que, en nuestro país, la libertad de empresa es un derecho humano incomprendido que, incluso, se mira con bastante temor y desconfianza. La falta de estudio y análisis de esta libertad fundamental, tanto en la legislación como en la jurisprudencia y en la doctrina, genera una situación de desconocimiento generalizado que, a su vez, repercute negativamente en las actividades económicas que realizan los micro, pequeños y medianos empresarios, por no contar con una base axiológica sólida que ampare el desarrollo de su actividad económica.

En palabras más sencillas, consideramos que en el derecho mexicano no existe un pensamiento estructurado y continuado (una teoría) sobre la libertad de empresa¹⁰⁷⁰, ya que, fuera del reconocimiento expreso que se hace de esta libertad fundamental en el artículo 5° constitucional, no encontramos legislación ni criterios interpretativos uniformes que precisen y desarrollen los elementos esenciales mínimos que todo derecho fundamental tiene y debe tener para adquirir vigencia y funcionalidad en nuestro sistema jurídico: su significado; su naturaleza jurídica; su contenido esencial; sus dimensiones subjetiva y objetiva; su objeto; su titularidad; los sujetos obligados; sus límites; y medios de garantía.

DÉCIMA SEGUNDA.- En este contexto, la realidad constitucional de nuestro país se caracteriza por la necesidad de desarrollar o de ajustar la dogmática de los derechos fundamentales a las demandas y desafíos contemporáneos. Frente a esta problemática, la dogmática y la justicia constitucionales tienen como desafío pendiente revisar sus propias fuentes doctrinarias, para así poder otorgarle a los derechos fundamentales, por medio de la interpretación jurídica, un rol protagónico en la configuración y en el desarrollo del Estado social y constitucional mexicano¹⁰⁷¹.

DÉCIMA TERCERA.- Por todo ello, concluimos que no podemos seguir aguardando a que el sector externo sea el que, de manera automática y como por arte de magia, solucione los problemas nacionales; sino que, por el contrario, debemos formular distintas estrategias que recuperen la visión de un desarrollo endógeno que parta desde el interior de nuestro país¹⁰⁷².

Derivado de que los micro, pequeños y medianos empresarios tienen –y deben tener– un carácter prioritario en la economía mexicana, es que son los principales destinatarios de la propuesta que abanderamos: aprovechando las posibilidades que nos brinda la globalización en materia de protección de derechos humanos, proponemos y realizamos un estudio crítico-propositivo de la libertad de empresa en el sistema jurídico mexicano, que desentrañe el significado y el

¹⁰⁷⁰ Cossío, José Ramón, *óp. cit.*, pp. 82 y 83.

¹⁰⁷¹ Landa, César, *óp. cit.*

¹⁰⁷² López Farfán, Fabiola, *óp. cit.*, p. 25.

contenido de la formula en la que este derecho está reconocido en el artículo 5° constitucional. En pocas palabras, proponemos una manera de interpretar la libertad de empresa en el derecho mexicano, a efecto de que, acompañado de las garantías adecuadas, se consolide en los ámbitos legislativo, jurisprudencial y doctrinario, especialmente en relación con los micro, pequeños y medianos empresarios, para que, de esta forma, esta libertad fundamental se configure como una disposición jurídica vinculante y como un verdadero principio orientador e interpretativo de todo nuestro sistema jurídico, robusteciendo así las diversas actividades y funciones que desempeñan dichos empresarios, especialmente en el desarrollo económico y en la generación de empleo.

Dentro del segundo capítulo de nuestra tesis, intitulado “Breve aproximación histórica a la esencia de la libertad de empresa”, concluimos lo siguiente:

DÉCIMA CUARTA.- El constitucionalismo moderno surge a finales del siglo XVIII con la finalidad de limitar el poder del Estado, estableciendo la separación de poderes y la garantía de los derechos fundamentales, por lo que, de manera estricta, no puede hablarse de Constitución con anterioridad a los textos norteamericano (Constitución de los Estados Unidos de América de 1787) y franceses (Constituciones francesas de 1791 y 1793) de finales del siglo XVIII¹⁰⁷³. Estas normas fundamentales se caracterizan por ser ordenamientos jurídicos de la democracia individualista y liberal que están al servicio de los valores supremos de igualdad y libertad¹⁰⁷⁴, y, al efecto, ya sea de manera explícita o implícita, reconocen un catálogo de derechos fundamentales, o bien, parten de una declaración que así lo hace.

¹⁰⁷³ Díaz Revorio, Francisco Javier, *óp. cit.*, pp. 67 y 68.

¹⁰⁷⁴ De la Cueva, Mario, *óp. cit.*, p. 217.

DÉCIMA QUINTA.- La Constitución de los Estados Unidos de América parte de la Declaración de Independencia de 1776, siendo el objetivo primordial de ambos documentos consumir la independencia del pueblo norteamericano de la Gran Bretaña, y, de esta manera, constituir y dar forma a una nueva nación. Es por ello que en el texto original de dicha Constitución no encontramos un catálogo expreso de derechos que se reconozcan a las personas, sino que los siete artículos que originariamente la componen se dedican única y exclusivamente a regular y estructurar los órganos del nuevo gobierno del país naciente. Sin embargo, en la Declaración de Independencia que le sirve de antesala se realiza el reconocimiento expreso de “la existencia de unos derechos naturales previos a las relaciones sociales, políticas y jurídicas, inherentes a todo hombre”.

A pesar de la posterior incorporación del llamado *Bill of Rights* y las subsecuentes enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América, la libertad de empresa no se encuentra reconocida en su texto de manera expresa, sin que esto signifique que esté fuera del cúmulo de derechos humanos con que cuenta el pueblo norteamericano. Al ser esta Constitución una norma netamente liberal, las libertades económicas no aparecen proclamadas expresamente en su texto; sin embargo, concluimos que la libertad de empresa se encuentra reconocida implícitamente en el derecho a la libertad y en la búsqueda de la felicidad (reconocidos fundamentalmente en la Declaración de Independencia y en el *Bill of Rights*) y, sobre todo, como corolario necesario de la propiedad privada (también reconocida en el *Bill of Rights* y, además, en la Enmienda XIV)¹⁰⁷⁵.

DÉCIMA SEXTA.- La Revolución Francesa, en un primer momento, no pudo alumbrar una Constitución en sentido estricto, pero en su lugar aportó el que ha sido calificado por muchos como el texto jurídico más importante del mundo moderno: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que sirvió de preámbulo y antesala a las Constituciones Francesas de los años de 1791 y 1793¹⁰⁷⁶. Se trata de un documento que pretendía establecer un sistema que

¹⁰⁷⁵ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, p. 28.

¹⁰⁷⁶ Carbonell, Miguel, *Historia... cit.*, pp. 45-47.

acabara, o bien, limitara la monarquía absoluta¹⁰⁷⁷, mediante la proclamación de una serie de principios de organización de los poderes públicos y del funcionamiento del sistema jurídico: los principios de libertad, de igualdad, de mayorías, de sometimiento de los gobernantes a la ley, de separación de poderes y de legalidad tributaria¹⁰⁷⁸.

La libertad de empresa no se encuentra reconocida expresamente como un derecho fundamental ni en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ni en la Constitución Francesa de 1791, sin que esto signifique que esta libertad haya estado excluida del conjunto de derechos naturales con que contaban los franceses de aquella época. Por el contrario, la libertad de empresa se encontraba reconocida de manera implícita en dicha Constitución, derivado de una interpretación sistemática de las reducidas cláusulas económicas (la propiedad privada, los impuestos, la Hacienda Pública y la extensión de la protección de la industria a los extranjeros) en relación con los principios de libertad e igualdad. Prueba de ello es la mención expresa que se hace de la protección de la industria de los extranjeros que se encuentren en Francia, la que, por mayoría de razón, resulta aplicable a los propios franceses (art. 200)¹⁰⁷⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, la Constitución del Año I (1792) es la primera Constitución francesa de la modernidad en la que se reconocen de manera expresa las libertades de trabajo, de industria y de comercio (art. 17), al disponer que “Para favorecer la industria de los ciudadanos, no puede prohibirse ningún género de trabajo, cultivo o comercio”. A pesar de que esta Constitución nunca llegó a entrar en vigor por la guerra en que se encontraba sumergida la Francia de aquella época, fue el principal vehículo transmisor de ideas políticas al antiguo Virreinato de la Nueva España¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁷ Carbonell, Miguel, *Los orígenes... cit.*, pp. 68 y 69.

¹⁰⁷⁸ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Los derechos... cit.*, pp. 124 y 125.

¹⁰⁷⁹ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, pp. 29 y 30.

¹⁰⁸⁰ Ferrer Muñoz, Manuel y Luna Carrasco, Juan Roberto, *óp. cit.*, p. 58.

DÉCIMA SÉPTIMA.- Ahora ubicados en México, nuestra historia constitucional ha sido larga y penosa, debido a que, hasta antes del año de 1857, no se había logrado un consenso general sobre la forma de mejor constituir al país; esto porque las ideas políticas imperantes de la época –liberalismo y conservadurismo–, antagónicas entre sí, se defendían con una pasión tan acalorada que se tornaban irreconciliables e, incluso, en la mayoría de las ocasiones dichos conflictos se llevaban al terreno de las armas como la forma más efectiva de imponer las ideas que se profesaban¹⁰⁸¹. Lo anterior llevó a que, durante dicho periodo, la estructura jurídica, política y económica de nuestro país estuviera regida por al menos diez instrumentos distintos¹⁰⁸².

La libertad de empresa no está reconocida expresamente como un derecho fundamental en la mayoría de las Constituciones que han regido la vida del México independiente: no está incorporada de manera textual en la Constitución de Cádiz (1812), ni en la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos (1824), ni en las Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana (1836), ni en las Bases Orgánicas de la República Mexicana (1843), ni tampoco en el Acta Constitutiva y de Reformas (1847). No obstante, consideramos que la libertad de empresa no estuvo excluida del cúmulo de derechos amparados por dichos textos, porque, en primer lugar, el reconocimiento de derechos que se hace en las referidas normas fundamentales es enunciativo y no limitativo, además de que, en segundo lugar, las libertades económicas pueden deducirse de una interpretación sistemática de dichas normas fundamentales, ya que todas consagran como valores supremos la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad, los que necesariamente implican y requieren de todas las libertades económicas, dentro de las que encontramos, entre otras, el derecho a la propiedad y las libertades de trabajo, comercio e industria.

¹⁰⁸¹ Cosío Villegas, Daniel, *óp. cit.*, p. 16.

¹⁰⁸² Valadés, Diego, *óp. cit.*, pp. 323 y 324.

Por otro lado, la libertad de empresa se encuentra reconocida expresamente como un derecho fundamental en la Constitución de Apatzingán de 1814 (art. 38); en la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857 (art. 4°); y en la vigente Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 (art. 5°). El reconocimiento expreso que se hace de la libertad de empresa en el sistema constitucional mexicano implica que, de conformidad con el actual artículo 1° constitucional, se le considera como una prerrogativa que tienen todas las personas por el simple hecho de su naturaleza humana, la cual, en conjunto con los demás derechos fundamentales que ahí se reconocen, constituyen la base y objeto de todas las instituciones sociales de nuestro país. Esto disipa cualquier duda que pudiera existir respecto a la fundamentalidad que tiene la libertad de empresa en el sistema jurídico mexicano y, además, reafirma el papel crucial que ésta desempeña para que los individuos puedan lograr el libre desarrollo de su personalidad.

DÉCIMA OCTAVA.- Nosotros entendemos el derecho a la libertad de empresa como la libertad inherente a todas las personas sin distinción alguna, que las faculta para realizar actividades económicas adoptando la forma de empresa, participando y/o compitiendo dentro del mercado. En este sentido, concluimos categóricamente que la libertad de empresa es un derecho humano que tienen todas las personas por el simple hecho de su naturaleza, el cual encuentra su origen y valor fundamental en la propia dignidad humana. Es un hecho indiscutible que las libertades económicas (no sólo las civiles) son inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, contribuyen a la autorrealización de la persona y al libre desarrollo de su personalidad (esto como consecuencia, principalmente, de los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos)¹⁰⁸³.

La necesidad e importancia del reconocimiento expreso de la libertad de empresa como un derecho fundamental, surge bajo el reconocimiento de que la actividad empresarial le permite al hombre, según sus conocimientos, aptitudes y habilidades, emplear toda su capacidad en pro de sí mismo, de terceras personas y de la sociedad en general. La actividad empresarial permite la construcción del

¹⁰⁸³ García Vitoria, Ignacio, *óp. cit.*, p. 273. Los paréntesis son nuestros.

hombre a nivel social, pues le ayuda a suplir sus necesidades de carácter general, dignifica su existencia y contribuye a su desarrollo intelectual, físico y productivo¹⁰⁸⁴.

DÉCIMA NOVENA.- Con base en el análisis que hicimos sobre la inutilidad y la consecuente inoperancia de la división entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, consideramos que la libertad de empresa es, simple y sencillamente, un derecho humano con la misma genética y naturaleza que tienen todos los demás. Todos los derechos fundamentales, se trate del que se trate, ya sea considerado como civil y político o como económico, social y cultural, consisten en expectativas positivas o negativas a las que corresponden obligaciones de prestación o prohibiciones de lesión, por lo que todos se encuentran igualmente garantizados por el Estado: en este sentido, se denomina a) garantías primarias a dichas obligaciones y prohibiciones y b) garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos.

VIGÉSIMA.- En este contexto, sugerimos para el sistema jurídico mexicano una concepción de los derechos humanos que parta y que se ubique en la teoría más avanzada sobre esta materia, que es la llamada teoría general de los derechos fundamentales, para que, de esta forma, contemos con los elementos que nos permitan tomar en serio el derecho fundamental a la libertad de empresa que se encuentra positivizado en el artículo 5° de nuestra *Carta Magna*, así como los demás derechos humanos en ella reconocidos.

De esta forma, la fundamentalidad de la libertad de empresa implica que, tanto las autoridades como los particulares estaremos obligados a interpretar la libertad de empresa como un derecho fundamental preexistente a las leyes secundarias de desarrollo, con un contenido esencial reconocido plenamente en la Constitución que es oponible a todas las autoridades, inclusive frente al legislador, y que, como consecuencia, a partir de la sola Constitución puede ser invocada y debe ser aplicada por los tribunales de justicia no sólo de conformidad con las leyes

¹⁰⁸⁴ Centro de Investigaciones Laborales de la Universidad Externado de Colombia, *óp. cit.*, p. 13.

secundarias que la desarrollan, sino también en contra de lo dispuesto por dichas leyes e, inclusive, ante la ausencia de éstas

VIGÉSIMA PRIMERA.- Tratándose de los micro, pequeños y medianos empresarios, el derecho humano a la libertad de empresa está más próximo a la esfera de autorrealización de su persona, al estar estrechamente vinculado con el libre desarrollo de su personalidad¹⁰⁸⁵. Es razonable, por tanto, conferir a esta libertad fundamental una protección variable en función de la presencia de una mayor o menor trascendencia para la dignidad de la persona¹⁰⁸⁶, insistiendo que, hablando de los micro, pequeños y medianos empresarios, la conexión de su libertad de empresa con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad es especialmente intensa y evidente, debido a que la actividad empresarial se convierte en su principal forma de subsistencia y, en muchos casos, también la de toda su familia y demás dependientes económicos.

VIGÉSIMA SEGUNDA.- De la multiplicidad de términos que, tanto en la legislación como en la jurisprudencia y en la doctrina, se utilizan para hacer referencia a la libertad fundamental que es nuestro objeto de estudio (libertad de empresa, libertad de comercio, libertad de industria, libertad para desarrollar una actividad económica y libertad de concurrencia), consideramos que el término más adecuado es el de *libertad de empresa*, ya que su objeto de tutela es simple y sencillamente la actividad empresarial, entendida como una actividad del empresario (titular) con las siguientes características: es una actividad económica; profesional (lo que excluye de la titularidad a quién sólo ocasionalmente desempeña actividades económicas); organizada (lo que excluye de la titularidad a quienes desarrollan actividades profesionales sin un soporte organizativo); desarrollada en nombre propio (lo que la diferencia de la actividad laboral asalariada); y dirigida a producir bienes y servicios para el mercado (lo que excluye de la titularidad a quienes producen para el consumo propio o de su familia)¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁵ García Vitoria, Ignacio, *óp. cit.*, p. 114.

¹⁰⁸⁶ *Ibidem*, p. 116.

¹⁰⁸⁷ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, pp. 254 y 255.

VIGÉSIMA TERCERA.- La economía social de mercado es el modelo económico que se adopta en nuestro país y, por lo tanto, constituye el marco jurídico-institucional dentro del cual se reconoce el derecho a la libertad de empresa. Este sistema económico, en términos generales, se caracteriza por la propiedad privada de los medios de producción y por la coordinación de los múltiples planes económicos a través del mercado (compatible con cierto grado de propiedad pública de los medios de producción y de intervención del Estado en la economía), siendo presupuesto indispensable para su funcionamiento la libre iniciativa económica privada, en el doble sentido de libertad de producción y de libertad de acceso al mercado¹⁰⁸⁸.

En México, la economía social de mercado se adopta expresamente en nuestra *Carta Magna* con el nombre de economía mixta, cuyas características esenciales que, a su vez, constituyen libertades básicas indispensables para su funcionamiento, se reconocen de manera expresa en el propio texto constitucional: 1) la propiedad privada de los medios de producción (art. 27); 2) las libertades de trabajo, comercio e industria (art. 5º); 3) las libertades de tránsito de personas, de correspondencia y de mercancías (arts. 11, 16 y 117, fracciones IV, V, VI y VII); 4) la libertad de contratación (art. 5º); 5) la libertad de concurrencia al mercado y la libre competencia en el mismo (art. 28)¹⁰⁸⁹; y 6) la compatibilidad con cierto grado de propiedad pública de los medios de producción y de intervención del Estado en la economía (arts. 25, 26, 27 y 28).

Como se puede observar, hoy en día es una realidad que la economía de mercado no se da nunca en la práctica en estado puro, sino que, por el contrario, es compatible con cierto porcentaje de propiedad pública de los medios de producción y con cierto grado de dirección pública de la actividad económica. Esto es propiciado porque prácticamente la totalidad de los Estados occidentales, incluido México, se encuentran organizados bajo la forma de Estado social y constitucional de derecho. La dimensión social del Estado supone la asunción de

¹⁰⁸⁸ *Ibidem*, p. 67.

¹⁰⁸⁹ Gamás Torruco, José, *óp. cit.*, pp. 422 y 423.

nuevas tareas que se añaden a las tradicionales (orden público, defensa), y van desde la procura existencial (la procura de servicios esenciales y prestaciones que garanticen a los ciudadanos un nivel mínimo de bienestar) a la intervención –y no sólo tutela– de la actividad económica privada, dentro del marco de una economía de mercado. Por lo anterior, el Estado social y constitucional de derecho no es sólo un Estado de prestaciones en el terreno social, sino también un Estado *manager* en el terreno económico¹⁰⁹⁰.

VIGÉSIMA CUARTA.- En este contexto, el Estado social y constitucional de derecho asume “el compromiso de que todos los ciudadanos tengan acceso a determinados bienes que dan satisfacción a necesidades cruciales de los individuos, bienes como sanidad, vivienda y educación, entre otros” ¹⁰⁹¹. Así, el criterio que debe regir la intervención del Estado en la economía y la consecuente distribución de bienes y oportunidades no es el de la igualdad como muchos creen, sino el de la suficiencia. En la medida en que cada persona tenga suficiente de cada bien, no necesitamos reclamar igualdad en la distribución¹⁰⁹². En otras palabras, se trata de que a cada persona se le dé la posibilidad de vivir efectivamente su propia vida, de ser verdaderamente libres y así poder alcanzar el libre desarrollo de su personalidad.

¹⁰⁹⁰ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, pp. 89 y 90.

¹⁰⁹¹ García Amado, Juan Antonio, *óp. cit.*, p. 268.

¹⁰⁹² *Ibídem*, pp. 277 y 278.

La elaboración del tercer capítulo de nuestra investigación, intitulado “La libertad de empresa en el derecho internacional y comparado”, arrojó las siguientes conclusiones:

VIGÉSIMA QUINTA.- En primer lugar, dentro del campo del derecho internacional, las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial acabaron con la ingenua creencia de finales del siglo XVIII y principios del XIX, de que era suficiente consagrar los derechos humanos en las Constituciones nacionales para que fuesen respetados por el propio Estado y los ciudadanos. A partir de este oscuro pasaje de la historia, se inició la elaboración de tratados internacionales cuyo propósito principal ha sido y continúa siendo la protección de los derechos humanos.

En ese tenor, los instrumentos internacionales que consideramos más relevantes e influyentes para el sistema jurídico mexicano en materia de derechos fundamentales (perspectiva bajo la cual estudiamos la libertad de empresa), son los siguientes: en el seno de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); y, en el seno de la Organización de los Estados Americanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y su Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PADESC).

VIGÉSIMA SEXTA.- En el seno del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos (ONU), ni en la DUDH (1948) ni en los Pactos Internacionales –PIDCP y PIDESC- (1966) se reconoce expresamente la libertad de empresa como un derecho fundamental; sin embargo, consideramos que esta libertad se encuentra reconocida tácita, parcial e indirectamente en el artículo 23, epígrafes 1 y 3, de la

Declaración Universal¹⁰⁹³ así como en el artículo 6° del PIDESC¹⁰⁹⁴, pues estos preceptos engloban y protegen todo tipo de trabajos, ya sean dependientes (sujetos a un salario) o autónomos¹⁰⁹⁵, pudiendo ubicar en estos últimos el ejercicio de una actividad empresarial, que es el bien jurídico tutelado por la libertad de empresa¹⁰⁹⁶.

VIGÉSIMA SÉPTIMA.- En el Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos (OEA), ni en la CADH (1969) ni en su Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988), se encuentra reconocida de manera expresa la libertad de empresa; por lo que únicamente podemos deducirla de una interpretación amplia del derecho al trabajo, reconocido fundamentalmente en el artículo 6° del Protocolo de San Salvador¹⁰⁹⁷, dentro del cual, cuando se hace referencia a una “actividad lícita libremente escogida o aceptada”, podemos ubicar perfectamente las actividades empresariales (trabajos autónomos o independientes) que constituyen el bien jurídico tutelado por la libertad de empresa.

VIGÉSIMA OCTAVA.- Después de analizar la libertad de empresa a la luz de los sistemas jurídicos más representativos del ámbito latinoamericano, llegamos a la conclusión de que Colombia es el país de la región que cuenta con la teoría más desarrollada sobre este importante derecho, a pesar de que no se le reconoce, ni en la legislación ni en la jurisprudencia, la naturaleza de derecho fundamental. La libertad de empresa no se encuentra reconocida expresamente en la Constitución Colombiana, sin embargo, su existencia se desprende fundamentalmente del

¹⁰⁹³ Artículo 23 DUDH. 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. [...] 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. [...].

¹⁰⁹⁴ Artículo 6° PIDESC. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

¹⁰⁹⁵ Observación General número 18 –aprobada el 24 de noviembre de 2005- del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, visible en el sitio de internet: <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/epcomm18s.html> (consultado el 13 de noviembre de 2017).

¹⁰⁹⁶ García Vitoria, Ignacio, *óp. cit.*, p. 11.

¹⁰⁹⁷ Artículo 6° PADESC. Derecho al Trabajo. 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada. [...].

artículo 333, que se ubica dentro del Título XII dedicado al régimen económico y a la hacienda pública. En consecuencia, ha sido la Corte Constitucional la que se ha encargado de modular los aspectos que integran la teoría sobre la libertad de empresa en este país¹⁰⁹⁸.

La Corte Colombiana define a la libertad de empresa como “la libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios”. Y, respecto de su naturaleza jurídica, la Corte entiende que la libertad de empresa no es un derecho fundamental *per se*, sino que únicamente adquiere esa *iusfundamentalidad* de manera indirecta, cuando su afectación implica la violación o amenaza de otro derecho que sí tenga esa naturaleza (los ubicados en el Título II de la Constitución, denominado “De los derechos, las garantías y los deberes”).

Por cuanto a su contenido esencial, la Corte establece que la libertad de empresa comprende, entre otras garantías, 1) la libertad contractual; 2) la libre iniciativa privada; 3) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios que se hallen en la misma posición; 4) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; 5) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa; 6) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y 7) el derecho a recibir un beneficio económico razonable.

No obstante la importancia de la libertad de empresa, la Corte establece que no puede ser entendida como un derecho absoluto, pues, por expreso mandato constitucional, el legislador puede limitar su alcance cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Sin embargo, para que estas limitaciones sean legítimas, deben ajustarse a los siguientes criterios establecidos por la propia Corte: 1) la limitación debe llevarse a cabo por ministerio

¹⁰⁹⁸ Sentencia T-291 de 1994; Sentencia C-524 de 1995; Sentencia SU-157 de 1997; Sentencia C-615 de 2002; Sentencia C-243 de 2006; Sentencia C-1040 de 2007; Sentencia C-385 de 2008; Sentencia C-386 de 2008; Sentencia C-697 de 2008; Sentencia C-352 de 2009; Sentencia C-228 de 2010; Sentencia C-263 de 2011.

de la ley; 2) no puede limitar su contenido esencial; 3) debe obedecer a finalidades o motivos expresamente señalados en la Constitución; y, finalmente, 4) debe estar conforme con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

VIGÉSIMA NOVENA.- Ahora situados en el campo del derecho comparado y tomando en cuenta que nuestro estudio sobre la libertad de empresa se hace en clave de derechos humanos, hemos seleccionado el ámbito continental europeo para realizar nuestro análisis comparado. En este sentido, analizamos los tres niveles en los que se articula la protección de los derechos fundamentales en esta región: el Consejo de Europa, la Unión Europea y los países europeos en particular, seleccionando a España como caso paradigmático.

TRIGÉSIMA.- En el ámbito del CdE, los instrumentos más importantes en materia de protección de derechos humanos son el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950) y la Carta Social Europea (1961); sin embargo, en ninguno de estos documentos se reconoce expresamente la libertad de empresa. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha ampliado el contenido de algunos derechos ahí reconocidos para amparar bienes jurídicos relacionados con la libertad de empresa, como, por ejemplo, el derecho de propiedad y el derecho a la vida privada y familiar¹⁰⁹⁹. En este sentido, podemos citar las siguientes resoluciones como ejemplos paradigmáticos: SETDH de 26 de junio de 1986 (asunto van Merle); STEDH de 7 de julio de 1989 (asunto Tre Traktörer); STEDH de 18 de febrero de 1991 (asunto Fredin); STEDH de 24 de septiembre de 2002 (asunto Posti y Rahko); TEDH de 27 de julio de 2004 (asunto Sidabras y Dziautas).

Empero, al igual que sucede con el Sistema Universal y con el Sistema Americano, dentro del CdE no es posible identificar una verdadera teoría sobre el derecho humano a la libertad de empresa, pues ni en los instrumentos citados ni en la jurisprudencia del TEDH podemos ubicar los elementos que hemos señalado como mínimos indispensables al efecto: su significado; su naturaleza jurídica; su

¹⁰⁹⁹ García Vitoria, Ignacio, *óp. cit.*, p. 11.

contenido esencial; sus dimensiones objetiva y subjetiva; su titularidad; los sujetos obligados; sus límites; y sus medios de garantía.

TRIGÉSIMA PRIMERA.- En el ámbito de la UE, el instrumento más importante en materia de protección de derechos humanos es la Carta de los Derechos Fundamentales (2007), en la cual, por primera vez en el derecho comunitario, la libertad de empresa se reconoce expresamente como un derecho fundamental¹¹⁰⁰. Este reconocimiento representa una interesantísima novedad en la materia, ya que, con anterioridad, esta prerrogativa no figuraba explícitamente en el catálogo de derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales y regionales que analizamos.

A partir de la entrada en vigor de la Carta (2009), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha continuado con su labor interpretativa sobre la libertad de empresa, contando actualmente con una importante teoría jurisprudencial¹¹⁰¹. Al respecto, el TJUE entiende la libertad de empresa como un derecho fundamental igual a todos los demás, que, lejos de constituir una prerrogativa absoluta, ha de ser considerada a la luz de la función social de los bienes y actividades protegidos, por lo que se garantiza a reserva de las limitaciones establecidas en aras del interés público. En consecuencia, es legítimo mantener, respecto de esta libertad, determinados límites justificados por los objetivos de interés general perseguidos por la comunidad, siempre y cuando no se atente contra su contenido esencial¹¹⁰². En este sentido, el TJUE adopta una posición relativa respecto de su contenido esencial (una concepción del caso concreto), en la que sus esfuerzos se centran en controlar si, en el caso específico, la libertad de empresa ha sido limitada proporcionalmente por alguna norma o acto determinados; por lo que todo límite a esta libertad será válido y legítimo, únicamente si supera el *test* de proporcionalidad.

¹¹⁰⁰ Artículo 16 de la Carta. Libertad de empresa. Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.

¹¹⁰¹ Por sólo mencionar la más relevante, véase la siguiente jurisprudencia: STJUE de 6 de septiembre de 2012, *Deutsches Weintor* (asunto C-544/10); STJUE de 22 de enero de 2013, *Sky Österreich* (asunto C-283/11); STJUE de 18 de julio de 2013, *Alemo-Herron y otros* (asunto C-426/11); STJUE de 30 de abril de 2014, *Robert Pflieger y otros* (asunto C-390/12); STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Anonymi Geniki Etaira Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis)* y otros (asunto C-201/15).

¹¹⁰² Mercado Pacheco, Pedro, *óp. cit.*, p. 346.

No obstante que la teoría sobre la libertad de empresa en la UE no está totalmente acabada ni perfectamente delimitada, ha sido bastante útil estudiar los avances que se han logrado en esta región, que, como pudimos observar, es punta de lanza en el reconocimiento y desarrollo de este importante derecho humano en el ámbito internacional-regional. Lo anterior refuerza 1) nuestra propuesta principal de proponer, partiendo de un análisis crítico-propositivo del sistema jurídico mexicano, una teoría completa sobre la libertad de empresa en nuestro país, así como 2) nuestra propuesta periférica del reconocimiento expreso de la libertad de empresa como un derecho fundamental en el seno de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

TRIGÉSIMA SEGUNDA.- En el ámbito de la Unión Europea también resulta interesante el análisis de la *Directiva Bolkestein* (Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior), ya que, en nuestra opinión, tiene un efecto maximizador de la libertad de empresa. Esta Directiva tiene el objeto declarado de “facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios” (art. 1º), por lo que sus disposiciones se aplican únicamente a los servicios, sin que se abarquen las demás actividades económicas empresariales, como, por ejemplo, el comercio.

No obstante que para el cumplimiento de estos objetivos, en la *Directiva Bolkestein* se regulan diversos instrumentos jurídicos (siendo los principales la simplificación administrativa, la ventanilla única, el derecho de información y los procedimientos por vía electrónica), la novedad y el punto central de esta Directiva comunitaria, que es el aspecto que mayor injerencia tiene en la libertad de empresa de los prestadores de servicios, es la prohibición de intervenciones autorizatorias de carácter previo como regla general (art. 9º): “la Directiva diseña un cambio sustancial en el régimen de las autorizaciones administrativas. El hilo conductor de esta regulación es la prohibición de intervenciones autorizatorias de carácter previo como regla general y su admisión como excepción, pero a condición de superar el

mismo *test* que rige para la libre prestación de servicios: no discriminación, necesidad y proporcionalidad”¹¹⁰³.

La filosofía introducida por la Directiva Bolkestein es absolutamente necesaria e indispensable para tomarnos en serio la libertad de empresa, ya que, al ser un derecho fundamental de libertad, no es –ni debe ser– necesaria una autorización previa por parte del Estado para el ejercicio de actividades empresariales lícitas (bien jurídico tutelado)¹¹⁰⁴. En este sentido y no obstante que esta Directiva únicamente tiene aplicación en la prestación de servicios, consideramos que la *filosofía Bolkestein* representa un importante avance en relación con la libertad de empresa, puesto que contribuye a exorcizarla de dos terribles fantasmas (prejuicios) que siempre la han perturbado: a) que la iniciativa económica privada, más que una libertad, es una concesión del poder (una regalía); y b) que las actividades económicas privadas, guiadas por el interés particular, son actividades sospechosas y potencialmente lesivas del interés general¹¹⁰⁵.

TRIGÉSIMA TERCERA.- En el ámbito del Derecho español, la libertad de empresa se encuentra reconocida expresamente en el artículo 38 de la CE, y su naturaleza jurídica de derecho fundamental (su iusfundamentalidad) es bastante clara, pues en ella concurren los rasgos que permiten identificarla como tal: tiene aplicabilidad directa a partir de su reconocimiento en la Constitución y, en consecuencia, vincula directamente a todos los poderes públicos, incluyendo al legislador. Derivado de su carácter de derecho fundamental, la libertad de empresa tiene dos dimensiones, una subjetiva y una objetiva. La dimensión subjetiva implica que los derechos fundamentales, “en cuanto proyección de la dignidad de la persona, son por antonomasia derechos subjetivos, que los individuos están facultados para ejercer en interés particular; (mientras que) la dimensión objetiva pone de relieve que los derechos fundamentales *son también de interés general*,

¹¹⁰³ Cidoncha Martín, Antonio, “El impacto...” *cit.*, p. 251.

¹¹⁰⁴ Sin embargo, no se debe pasar por alto que esta es la regla general y que, como toda regla general, admite excepciones, más cuando hablamos de derechos fundamentales, puesto que ninguno de éstos es absoluto, y, por lo tanto, están sujetos a los límites que ordene el interés general y la salvaguarda de otros bienes y/o derechos constitucionales legítimos.

¹¹⁰⁵ Cidoncha Martín, Antonio, “El impacto...” *cit.*, p. 276.

son fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE) y componentes estructurales básicos del orden jurídico-político general”¹¹⁰⁶.

Por cuanto a su titularidad, la libertad de empresa consagra un ámbito de autonomía para las personas físicas, y, a diferencia de lo que sucede con otros derechos fundamentales, no existen dudas de que las personas jurídicas privadas también pueden ser titulares de este derecho fundamental, dada la naturaleza de la actividad empresarial que tutela. De igual forma, no existen grandes obstáculos para admitir que los extranjeros (personas físicas y morales) son titulares del derecho a la libertad de empresa; sin embargo, en este caso particular, los poderes públicos tienen la potestad para regular de forma más restrictiva el ejercicio de actividades empresariales por parte de los extranjeros (art. 13 CE).

En relación con su contenido esencial, el Tribunal Constitucional dispone que la CE garantiza el inicio y el mantenimiento de una actividad empresarial en libertad, lo que incluye el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado¹¹⁰⁷, incluyendo también la libertad de contratación¹¹⁰⁸. De igual forma, la doctrina ha añadido el derecho que tiene el empresario a cesar en la actividad empresarial¹¹⁰⁹.

No obstante la importancia que tiene la libertad de empresa, el Tribunal Constitucional ha establecido que, al no ser un derecho absoluto (ningún derecho fundamental lo es), puede ser limitada en atención a otros derechos y/o bienes constitucionalmente legítimos¹¹¹⁰. Sin embargo, los límites a la libertad de empresa, ya sean directos o indirectos, no pueden establecerse de manera discrecional y/o autoritaria por parte de los órganos del Estado, sino que, por el contrario, deben cumplir ciertas exigencias establecidas en la propia Constitución (art. 53.1 CE):

¹¹⁰⁶ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, p. 193. Los paréntesis son nuestros.

¹¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 225/1993, de 8 de julio, FJ 3 b.

¹¹⁰⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 5.

¹¹⁰⁹ García Vitoria, Ignacio, *óp. cit.*, p. 194.

¹¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 147/1986, de 25 de noviembre, FJ 4 b.

a) el principio de reserva de ley y b) el respeto al contenido esencial. En este sentido, el Tribunal Constitucional utiliza el principio de proporcionalidad como criterio para determinar cuándo la ley respeta el contenido esencial de la libertad de empresa y, en consecuencia, poder hablar de una limitación constitucionalmente válida¹¹¹¹.

En vista de lo anterior, concluimos que en el Derecho español existe un círculo virtuoso en relación con la libertad de empresa. Gracias a que en la Constitución Española se incorpora una buena teoría general de los derechos fundamentales, resulta más fácil y habitual que las personas invoquen y defiendan la libertad de empresa en los problemas concretos que someten al conocimiento de los tribunales, y así, a partir de estos casos prácticos, el Tribunal Constitucional puede ir desarrollando y consolidando una teoría particular sobre la referida libertad de empresa (y sobre cualquier otro derecho fundamental).

TRIGÉSIMA CUARTA.- En consonancia con la teoría constitucional española sobre la libertad de empresa, consideramos muy importante analizar la incorporación de la *filosofía Bolkestein*¹¹¹² al sistema jurídico español, ya que sus disposiciones conllevan, como efecto reflejo, una optimización de la libertad de empresa en el sector servicios. Así, en un principio, el Estado Español promulgó dos leyes para dar cumplimiento a la Directiva Bolkestein e incorporar sus principios a la legislación nacional: a) Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (una ley transversal); y b) Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (una ley de modificación de leyes estatales sectoriales)¹¹¹³. Estas leyes, al igual que la Directiva Bolkestein, únicamente regulan las actividades económicas de servicios, sin que sus disposiciones resulten aplicables al resto de actividades empresariales.

¹¹¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 109/2003, de 5 de junio, de 8 de abril, FJ 15.

¹¹¹² Cidoncha Martín, Antonio, "El impacto..." *cit.*, p. 251. De conformidad con el autor en cita, la novedad y el punto central de esta Directiva, que es el aspecto que mayor injerencia tiene en la libertad de empresa, es la prohibición de autorizatorias de carácter previo como regla general; "El hilo conductor de esta regulación es la prohibición de intervenciones autorizatorias de carácter previo como regla general y su admisión como excepción, pero a condición de superar el mismo *test* que rige para la libre prestación de servicios: no discriminación, necesidad y proporcionalidad".

¹¹¹³ *Ibidem*, p. 247.

Sin embargo, consideramos que estas leyes perdieron importancia (de cierta forma fueron absorbidas por una norma más ambiciosa) con la promulgación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), con la cual, bajo el pretexto de hacer efectivo el principio constitucional de unidad de mercado en el territorio español, se extiende la *filosofía Bolkestein* más allá de las actividades de servicios (único ámbito de aplicación de la Directiva), pues, de conformidad con su artículo 2º, sus disposiciones son aplicables a todas las actividades empresariales que se ejercen en condiciones de mercado. En pocas palabras, la LGUM “es una ley de maximización de la libertad de empresa y de la libertad profesional, que se proyecta sobre todas las actividades económicas en condiciones de mercado y sobre todos los operadores económicos legalmente establecidos en cualquier parte del territorio nacional”¹¹¹⁴.

La libertad de empresa es un derecho humano que tutela el ejercicio privado de actividades empresariales lícitas (no solamente de servicios, sino cualquier actividad empresarial privada y lícita), por lo que, para el ejercicio de esta libertad fundamental, no es –ni debe ser– necesaria una autorización previa por parte del Estado, y es precisamente esta regla general la que establece la LGUM para el sistema jurídico español. En este sentido, estamos convencidos de que la *filosofía Bolkestein* se debe incorporar al derecho mexicano, adecuándola a las particularidades de nuestro sistema jurídico, para así contribuir a la comprensión de la libertad de empresa como un verdadero derecho fundamental en relación con todas las actividades empresariales que se ejercen en condiciones de mercado.

¹¹¹⁴ Cidoncha Martín, Antonio, “Sobre...” *cit.*, p. 120.

TRIGÉSIMA QUINTA.- En vista de todo lo anterior, concluimos que la libertad de empresa se encuentra rezagada en el contexto de la protección internacional de los derechos humanos, pues en la actualidad sólo encuentra un anclaje parcial en los instrumentos internacionales que revisamos¹¹¹⁵, con la salvedad de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en que se reconoce expresamente como un derecho fundamental. La falta de reconocimiento de la libertad de empresa en el contexto internacional, en nuestra opinión, constituye un importante atraso en la protección integral de la dignidad humana de las personas.

TRIGÉSIMA SEXTA.- El ejercicio de actividades económicas empresariales, que es el bien jurídico tutelado de la libertad de empresa, es una opción digna y válida que tienen todas las personas para satisfacer sus propias necesidades y, en muchas ocasiones, también las de su familia y demás dependientes económicos. El ejercicio de una actividad empresarial faculta a las personas para abonar, perseguir y alcanzar una existencia cualitativa y cuantitativamente mejor, que les permita una vida verdaderamente libre y digna dentro de la sociedad¹¹¹⁶.

Por estas importantes razones, concluimos que la libertad de empresa no debe seguir excluida de las garantías contempladas en el Sistema Universal, en el Sistema Americano y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Al elevar esta libertad a la categoría de un derecho fundamental en estos sistemas jurídicos internacionales, se estará dotando a las personas de mecanismos jurídicos internacionales⁴ para combatir los abusos y actos violatorios que en este sentido realizan diversos órganos y autoridades estatales, los que, en muchos casos, ya sea de manera directa o indirecta, ponen en riesgo la vida, la libertad, la propiedad y, en general, la dignidad de millones de seres humanos que, día con día, buscan como proveerse a ellos mismos y a su familia de manera digna y honrada, mediante el ejercicio de una actividad empresarial.

¹¹¹⁵ García Vitoria, Ignacio, *óp. cit.*, p. 11.

¹¹¹⁶ García Toma, Víctor, *óp. cit.*, p. 162.

Finalmente, con las conclusiones extraídas del cuarto capítulo de nuestra investigación, intitulado “La libertad de empresa en el derecho mexicano”, formulamos las propuestas que sugerimos para erradicar el problema identificado en la presente investigación:

TRIGÉSIMA SÉPTIMA.- Consideramos que en el derecho mexicano no existe un pensamiento estructurado y continuado sobre la libertad de empresa¹¹¹⁷, ya que, fuera del reconocimiento expreso que se hace de esta libertad fundamental en el artículo 5° constitucional, no encontramos legislación ni criterios interpretativos uniformes que precisen y desarrollen los elementos esenciales mínimos que todo derecho humano tiene –y debe tener– para adquirir vigencia y funcionalidad en nuestro sistema jurídico: su significado; su naturaleza jurídica; su contenido esencial; sus dimensiones subjetiva y objetiva; su objeto; su titularidad; los sujetos obligados; sus límites y medios de garantía.

¹¹¹⁷ Cossío, José Ramón, *óp. cit.*, pp. 82 y 83.

PROPUESTA.

Aprovechando las posibilidades que nos brinda la globalización en materia de protección de los derechos humanos y partiendo del estudio crítico-propositivo que realizamos sobre la libertad de empresa, proponemos la manera de interpretar este importante derecho fundamental dentro del derecho mexicano, a efecto de que, acompañada de las garantías adecuadas, se consolide en los ámbitos legislativo, jurisprudencial y doctrinario, especialmente en relación con los micro, pequeños y medianos empresarios, para que, de esta forma, la libertad de empresa se configure como una disposición jurídica vinculante y como un verdadero principio orientador e interpretativo en todo nuestro sistema jurídico, robusteciendo así las diversas actividades y funciones que realizan estos empresarios, especialmente en el desarrollo económico y en la generación de empleo.

Así, concretamos los principios básicos que integran nuestra propuesta de interpretación de la libertad de empresa en el sistema jurídico mexicano, con la cual realizamos nuestra aportación a la consolidación de la cultura de los derechos fundamentales en nuestro país:

PRIMERO.- Nosotros entendemos el derecho a la libertad de empresa como la libertad inherente a todas las personas sin distinción alguna, que las faculta para realizar actividades económicas adoptando la forma de empresa, participando y/o compitiendo dentro del mercado¹¹¹⁸. Por ello, en primer lugar, consideramos necesaria una actualización del artículo 5° de nuestra *Carta Magna*, específicamente su primer párrafo, para que se adopte el término “libertad de empresa” en lugar de las oxidadas “libertades de comercio e industria”¹¹¹⁹, pues consideramos que este concepto es el más adecuado para tutelar la actividad empresarial que se desarrolla en la sociedad de nuestros días (bien jurídico tutelado) y de esta forma evitar errores interpretativos que incluyan actividades que

¹¹¹⁸ *Supra*, 2.3.1. Definición.

¹¹¹⁹ *Supra*, 4.2. El objeto de la libertad de empresa.

no son de carácter empresarial¹¹²⁰, o bien, que se dejen fuera auténticas actividades empresariales que, sin ser comercio ni industria, deben ser objeto de tutela de este derecho¹¹²¹:

Artículo 5° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.- Se reconocen las libertades fundamentales de trabajo, de profesión y de empresa en el marco del Estado social y constitucional de derecho en que está organizada la República Mexicana, con las modalidades y límites que dicta el modelo de economía mixta adoptado en esta Constitución. El ejercicio de estas libertades 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, de su actividad profesional o de su actividad empresarial, sino por resolución judicial. [...]

SEGUNDO.- De esta forma, en nuestro derecho, el objeto (bien jurídico tutelado) de la libertad de empresa es –debe ser– precisamente la actividad empresarial que desempeñan los particulares, entendida como una actividad del empresario (titular) que presenta los siguientes rasgos: es una actividad económica, profesional (lo que excluye de la titularidad a quien sólo ocasionalmente desempeña una actividad económica), organizada (lo que excluye de la titularidad a quienes desarrollan actividades profesionales sin un soporte organizativo), desarrollada en nombre propio (lo que la distingue de la actividad asalariada) y dirigida a producir bienes y servicios para el mercado (lo que excluye de la titularidad a quienes

¹¹²⁰ Por ejemplo, los términos “libertad para desarrollar una actividad económica” y “libertad de concurrencia” son bastante amplios, por lo que propician que la libertad fundamental que analizamos se diluya bastante. En consecuencia, estos términos pueden dar pie a incluir dentro del objeto de este derecho cualquier tipo de actividad de la que pudiera derivarse una ventaja económica, tal como el trabajo subordinado, que realmente cumple una función diversa (se trata de libertad de trabajo y no de libertad de empresa); o bien, incluir a aquellas personas que, sin ser empresarios, de manera ocasional realizan una actividad económica.

¹¹²¹ Por otro lado, los términos “libertad de comercio” y “libertad de industria” (que son los que utiliza la Constitución Mexicana) son bastante limitados, por lo que su uso puede dejar fuera verdaderas actividades empresariales que deben ser tuteladas por la libertad de empresa; como, por ejemplo, el ejercicio de las profesiones liberales y el llamado “tercer sector” (dentro del cual se encuentran las fundaciones), que no son propiamente comercio ni industria.

producen para el consumo propio o de su familia)¹¹²², sin que el ánimo de lucro se considere como un elemento esencial de la referida actividad empresarial¹¹²³.

TERCERO.- Una de las piezas clave para interpretar correctamente la libertad de empresa es aceptar e internalizar que su reconocimiento en nuestra Constitución como un derecho fundamental implica –debe implicar– que, tanto las autoridades como los particulares, estamos obligados a concebir, interpretar y aplicar la libertad de empresa como un derecho fundamental preexistente a las leyes secundarias de desarrollo, con un contenido esencial reconocido plenamente en la Constitución que es oponible a todas las autoridades, inclusive frente al legislador, y que, como consecuencia necesaria, a partir de su reconocimiento en nuestra *Carta Magna* puede ser invocada y debe ser aplicada por los tribunales de justicia no solo de conformidad con las leyes secundarias que la desarrollan, sino también en contra de lo dispuesto por dichas leyes e, inclusive, ante la ausencia de éstas¹¹²⁴.

CUARTO.- Por otro lado, es indispensable reconocer que, en el sistema jurídico mexicano, la libertad de empresa, al igual que los demás derechos fundamentales, cuenta –debe contar– a) con una dimensión subjetiva, que se traduce en diversos derechos subjetivos en favor de sus titulares, y b) con una dimensión objetiva, que, al estar estructurada como un principio, irradia e impregna la totalidad de nuestro sistema jurídico, brindando pautas de acción e interpretación a todos los operadores jurídicos, tanto autoridades como particulares¹¹²⁵.

En este sentido, su dimensión subjetiva está estrechamente ligada con su contenido esencial, el que se traduce en diversas facultades y potestades (derechos subjetivos) de que son titulares todas las personas sin discriminación alguna; contenido esencial que se integra –se debe integrar– por las posiciones iusfundamentales que corresponden a los tres momentos en que se despliega el ejercicio de actividades empresariales: inicio, ejercicio y cese.

¹¹²² Cidoncha, Antonio, *La libertad... cit.*, pp. 254 y 255.

¹¹²³ *Supra*, 4.2. El objeto de la libertad de empresa.

¹¹²⁴ *Supra*, 2.3.2.2. ¿Qué implica que la libertad de empresa sea un derecho fundamental?

¹¹²⁵ *Supra*, 4.1. Las dimensiones subjetiva y objetiva de la libertad de empresa.

Por cuanto a su dimensión objetiva, esta libertad fundamental desempeña un papel importantísimo como principio informador del derecho mexicano en su totalidad, pues dirige un mandato a los poderes públicos para garantizar su ejercicio así como la defensa de la productividad y de la libre competencia; y, en este sentido, genera tres consecuencias principales: el efecto irradiación, los mandatos de acción al Estado y su eficacia horizontal.

QUINTO.- Respecto a su titularidad en el sistema jurídico mexicano, debemos interpretar que todas las personas naturales o individuales son –deben ser– titulares de la libertad de empresa por el simple hecho de su naturaleza humana, pues esta libertad fundamental, al igual que los demás derechos fundamentales, tiene su origen en la dignidad humana de las personas¹¹²⁶. Por otro lado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹¹²⁷ ha determinado que las personas jurídicas o morales son titulares de aquellos derechos humanos que no sean contrarios a su especial naturaleza y que, además, resulten necesarios para alcanzar su finalidad y objeto, dentro de los cuales evidentemente tiene –debe tener– cabida la libertad de empresa¹¹²⁸. Sin perjuicio de lo anterior, en nuestro derecho se presentan tres casos controvertidos sobre la titularidad de la libertad de empresa: los extranjeros, el Estado como empresario público y los empresarios sociales¹¹²⁹.

En primer lugar, las personas extranjeras, ya sean físicas o jurídicas, son –deben ser– titulares del derecho humano a la libertad de empresa, así como de las garantías consagradas para su protección y tutela. Sin embargo, en ejercicio de esta libertad fundamental, están –deben estar– sujetos a ciertos límites que derivan de su condición especial de extranjeros: restricciones a su libertad de tránsito (art. 11 constitucional); límites para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, así como para obtener concesiones de explotación de minas o aguas

¹¹²⁶ *Supra*, 4.3.1. Las personas individuales o físicas (naturales) como titulares.

¹¹²⁷ Tesis P./J. 1/2015 (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, marzo de 2015, p. 117. Esta tesis tiene el rubro siguiente: PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. ES APLICABLE RESPECTO DE LAS NORMAS RELATIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS QUE SEAN TITULARES LAS PERSONAS MORALES.

¹¹²⁸ *Supra*, 4.3.2. Las personas jurídicas o morales como titulares.

¹¹²⁹ *Supra*, 4.3.3. Tres casos especiales sobre la titularidad de la libertad de empresa: los extranjeros, el empresario público y los empresarios sociales.

(fracción I del art. 27 constitucional); la prohibición para adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas ubicadas en la “zona restringida” de nuestro país (fracción I del art. 27 constitucional); restricciones –montos máximos de inversión extranjera– para el ejercicio de ciertas actividades empresariales (fracción IV del art. 27 en relación con la fracción XXIX-F del art. 73 de la Constitución); entre otros¹¹³⁰.

En segundo lugar, no obstante que el artículo 7° de la Ley de Amparo reconoce que las empresas públicas son titulares de algunos derechos fundamentales –estableciendo que éstas pueden solicitar amparo cuando una norma general, acto u omisión los afecten en su patrimonio respecto de relaciones jurídicas en las que se encuentren en un plano de igualdad con los particulares–, consideramos que las empresas estatales, producto de la especial regulación a que está sometida la actividad empresarial pública que desempeñan (Ley Federal de las Entidades Paraestatales, que deriva directamente del capítulo económico y del artículo 90 de nuestra Constitución), se encuentran en un plano desigual en relación con los empresarios particulares (art. 25 constitucional), por lo que estimamos que el Estado como empresario público no es –no debe ser– titular de la libertad de empresa reconocida en el artículo 5° constitucional, ya que esta libertad únicamente tutela –debe tutelar– las actividades empresariales lícitas desempeñadas por personas privadas¹¹³¹.

En relación con el sector social de la economía mexicana, consideramos que a) los ejidos y las comunidades, b) las sociedades cooperativas, y c) las empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores, cuando actúan como empresarios sociales, claramente son –deben ser– titulares del derecho humano a la libertad de empresa; y, además, derivado del mandato expreso consignado en el párrafo octavo del artículo 25 constitucional, al igual que sucede con los micro, pequeños y medianos empresarios, estimamos que, en el caso específico de estos empresarios sociales, la promoción, respeto, protección y

¹¹³⁰ *Supra*, 4.3.3.1. Los extranjeros como titulares.

¹¹³¹ *Supra*, 4.3.3.2. ¿El Estado como empresario público (empresa pública) es titular de la libertad de empresa?

garantía de la libertad de empresa reclama un grado de tutela más intenso por parte del Estado, que sea acorde con su especial situación y características¹¹³².

SEXTO.- También resulta crucial aceptar e internalizar que, “Entre los sujetos pasivos u obligados directos como consecuencia del ejercicio subjetivo de la libertad de empresa, se encuentran el Estado (la eficacia vertical) y el resto de las personas físicas y/o jurídicas (la eficacia horizontal)”¹¹³³. En este sentido, todos los poderes, órganos, autoridades, dependientes y/o funcionarios del Estado Mexicano, en el ámbito de sus respectivas competencias y de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, están –deben estar– obligados a promover, respetar, proteger y garantizar el derecho humano a la libertad de empresa que tienen todas las personas y, además, deben hacerlo con una mayor intensidad en el caso de los micro, pequeños y medianos empresarios, debido a que, por las especiales características de este sector económico, esta libertad fundamental tiene una estrecha vinculación con el desarrollo de su personalidad y, en última instancia, con su dignidad humana¹¹³⁴.

Por otro lado, consideramos que la libertad de empresa es un derecho humano que, por su propia y especial naturaleza, es y debe ser susceptible de ejercitarse de manera inmediata frente a los particulares, sin que sea necesaria la intervención de ningún órgano estatal: “frente a otros empresarios (cuando el empresario compite con ellos en el mercado de bienes y servicios, o cuando acude a contratar al mercado de factores), frente a los trabajadores (cuando el empresario ejerce su poder de dirección) y frente a los consumidores (cuando el empresario les ofrece sus bienes y servicios), aun cuando no existan leyes que las desarrollen”¹¹³⁵, y, de manera recíproca, los titulares de la libertad de empresa deben respetar los derechos de los particulares con los que se relacionen¹¹³⁶.

¹¹³² *Supra*, 4.3.3.3. ¿Los empresarios sociales (sector social de la economía) son titulares de la libertad de empresa?

¹¹³³ Alberto Cao, Christian, *óp. cit.*.

¹¹³⁴ *Supra*, 4.4.1. El Estado como sujeto obligado.

¹¹³⁵ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, p. 254.

¹¹³⁶ *Supra*, 4.4.2. Eficacia horizontal: ¿la libertad de empresa tiene aplicación en las relaciones entre particulares?

SÉPTIMO.- Otra pieza fundamental es el contenido esencial de la libertad de empresa. Partiendo de los rasgos esenciales que tiene la libertad de empresa en el derecho mexicano y tomando como base la concepción de Pérez de los Cobos Orihuel¹¹³⁷ en relación con el modelo propuesto por Antonio Cidoncha¹¹³⁸ sobre el respeto a la cláusula del contenido esencial, consideramos que las posiciones iusfundamentales que integran –deben integrar– el contenido esencial de la libertad de empresa en nuestro sistema jurídico, pueden –deben– estructurarse válidamente de la siguiente manera¹¹³⁹:

1. La libertad de acceso al mercado, que faculta a toda persona para iniciar cualquier actividad económica lícita, de carácter industrial, comercial o de servicios, ya sea mediante la creación de empresas, o bien, mediante la adquisición de empresas ya creadas¹¹⁴⁰, salvo las reservadas por la ley al sector público¹¹⁴¹.
2. La libertad de desarrollo de la actividad empresarial, que supone, de una parte, la libertad del empresario para determinar la organización de su empresa y el modo en que va a realizar su actividad económica, y, de otra, la libertad de competencia como la facultad de concurrir en el mercado en condiciones de igualdad¹¹⁴².
3. La libertad de cesación o salida del mercado, que implica que, inherente al derecho de libertad de empresa, encontramos el derecho de los empresarios a cesar en el ejercicio de sus actividades económicas, ello con independencia de que la empresa se halle en situación de crisis o insolvencia o en situación

¹¹³⁷ Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco, *óp. cit.*, pp. 193 y 194.

¹¹³⁸ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, pp. 288-344.

¹¹³⁹ *Supra*, 4.5.3.1. El contenido esencial.

¹¹⁴⁰ Con base en el modelo propuesto por Antonio Cidoncha: “En cuanto al inicio, allí donde hay una prohibición (absoluta o relativa) de iniciar una actividad empresarial, comprende el derecho a la no prohibición injustificada de iniciar actividades empresariales”.

¹¹⁴¹ Con base en el modelo propuesto por Antonio Cidoncha: “En cuanto al inicio, [...] allí donde no hay prohibición, comprende, en positivo, la libertad de iniciar actividades empresariales o libertad de crear empresas-organizaciones y, en negativo, el derecho a no ser obligado a iniciar una actividad empresarial”.

¹¹⁴² Con base en el modelo propuesto por Antonio Cidoncha: “En cuanto al ejercicio, como derecho a sostener en libertad la actividad empresarial, comprende las siguientes posiciones esenciales: a) autonomía de planificación y organización; b) libertad de contratación, tanto en los mercados de factores como en los de bienes y servicios; y c) el derecho al beneficio”.

de normalidad patrimonial, siempre que se respeten los procedimientos establecidos al efecto¹¹⁴³.

OCTAVO.- Es importantísimo reconocer que ningún derecho humano, se trate del que se trate, es –ni debe ser– entendido en términos absolutos. En ese tenor, al igual que los demás derechos fundamentales, la libertad de empresa encuentra límites que tienen su fundamento en la salvaguarda de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos¹¹⁴⁴. Para abordar los límites a la libertad de empresa utilizamos la metodología propuesta por Antonio Cidoncha¹¹⁴⁵, quien los divide a) en límites directos, que son aquellos que se establecen expresamente en un precepto constitucional o convencional respecto de un derecho fundamental en particular, y b) en límites indirectos, que corresponden a otros derechos fundamentales, grupos, fines o bienes constitucional o convencionalmente protegidos¹¹⁴⁶.

En este sentido, consideramos que, en el sistema jurídico mexicano, los límites directos más importantes a la libertad de empresa son –deben ser–: los derivados del ataque a los derechos de terceros y de la ofensa a los derechos de la sociedad (art. 5º constitucional); los derivados de la rectoría económica y la planeación del desarrollo nacional (arts. 25 y 26 de la Constitución); las áreas estratégicas de la economía (arts. 25, párrafo quinto, y 28, párrafo cuarto, de la Constitución); y la fijación de precios máximos y de modalidades en la distribución de artículos, materias y/o productos necesarios para la economía nacional y/o el consumo popular (art. 28 constitucional)¹¹⁴⁷. Por otro lado, consideramos que sus principales límites indirectos son –deben ser–: los derechos de los trabajadores (arts. 5º y 123, apartado A, de la Constitución); los derechos de los consumidores

¹¹⁴³ Con base en el modelo propuesto por Antonio Cidoncha: “En cuanto al cese, comprende, en positivo, la libertad de cesar en la actividad empresarial, y, en negativo, el derecho a no ser obligado a continuar una actividad empresarial”.

¹¹⁴⁴ Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco, *óp. cit.*, p. 186.

¹¹⁴⁵ Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad... cit.*, pp. 270-276.

¹¹⁴⁶ *Supra*, 4.5. Límites a la libertad de empresa.

¹¹⁴⁷ *Supra*, 4.5.1. Límites directos.

(art. 28, tercer párrafo, de la Constitución); y el derecho a un medio ambiente sano (art. 4º, párrafo quinto, de la Constitución)¹¹⁴⁸.

NOVENO.- De igual forma, debemos reconocer que, si el ejercicio del derecho a la libertad de empresa no es –ni debe ser– absoluto, arbitrario ni ilimitado, tampoco lo deben ser los límites que se impongan al ejercicio de esta libertad fundamental¹¹⁴⁹. La pregunta clave en este tema es, entonces, ¿cuándo estamos frente a una regulación o restricción legítima de la libertad de empresa? De conformidad con la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹¹⁵⁰ y utilizando la terminología de Manuel Aragón Reyes¹¹⁵¹, consideramos que los límites a los límites de la libertad de empresa en el sistema jurídico mexicano son –deben ser–: a) el respeto de su contenido esencial¹¹⁵², b) el principio de reserva de ley¹¹⁵³, y c) el principio de proporcionalidad¹¹⁵⁴.

Mediante la aplicación de estos principios buscamos que las restricciones a la libertad de empresa no sean arbitrarias ni ilimitadas, sino que sean respetuosas de su contenido esencial, que obedezcan a una finalidad constitucionalmente válida y justificada (derechos y/o bienes constitucional o convencionalmente protegidos), y que, además, se realicen de conformidad con las leyes dictadas en razón del interés general y de acuerdo con el propósito para el cual han sido establecidas.

DÉCIMO.- La libertad de empresa es un derecho humano que tutela el ejercicio privado de actividades empresariales lícitas, por lo que, para el ejercicio de esta libertad fundamental, no es –ni debe ser– necesaria una autorización previa por parte del Estado Mexicano. En este sentido, estamos convencidos de que la *filosofía Bolkestein* se debe incorporar al derecho mexicano, para así concebir la

¹¹⁴⁸ *Supra*, 4.5.2. Límites indirectos.

¹¹⁴⁹ *Supra*, 4.5.3. Límites a los límites de la libertad de empresa.

¹¹⁵⁰ Tesis 1a. CCXV/2013 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, julio de 2013, p. 557. Esta tesis tiene el rubro siguiente: “DERECHOS HUMANOS. REQUISITOS PARA RESTRINGIRLOS O SUSPENDERLOS CONFORME A LOS ARTÍCULOS 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 30 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS”.

¹¹⁵¹ Aragón Reyes, Manuel, “El contenido...” *cit.*, p. 32.

¹¹⁵² *Supra*, 4.5.3.1. El contenido esencial.

¹¹⁵³ *Supra*, 4.5.3.2. El principio de reserva de ley.

¹¹⁵⁴ *Supra*, 4.5.3.3. El principio de proporcionalidad.

libertad de empresa como un verdadero derecho fundamental en relación con todas las actividades empresariales que se ejercen en condiciones de mercado.

DÉCIMO PRIMERO.- Siguiendo el pensamiento de Luigi Ferrajoli¹¹⁵⁵, la libertad de empresa en el derecho mexicano, al igual que el resto de los derechos fundamentales, cuenta –debe– contar con diversas garantías para su protección, entendidas como “las técnicas previstas en el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”. En ese tenor, de conformidad con el mismo autor, la libertad de empresa consiste en “expectativas positivas o negativas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión)”; denominando a) garantías primarias a las referidas obligaciones y prohibiciones, y b) garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias¹¹⁵⁶.

Así, la libertad de empresa, que está reconocida expresamente en el artículo 5° de nuestra *Carta Magna*, implica para sus titulares diversas expectativas positivas y negativas a las que corresponden obligaciones de prestación¹¹⁵⁷ y/o prohibiciones de lesión¹¹⁵⁸, las que están a cargo tanto del Estado como de los particulares (las llamadas garantías primarias). Sin embargo, en la dinámica social y empresarial de nuestro país existen muchos casos en los que el Estado Mexicano –actuando a través de sus poderes, órganos, autoridades, dependientes o funcionarios– y/o los particulares incumplen dichas garantías primarias, con lo que vulneran el derecho humano a la libertad de empresa de sus titulares. Y es precisamente para estos casos de incumplimiento que el sistema jurídico mexicano crea y regula –debe crear y regular– diversos instrumentos e instancias jurídicas para prevenir, sancionar y/o reparar las lesiones a la libertad de empresa (garantías secundarias).

¹¹⁵⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos... cit.*, pp. 43 y 59-65.

¹¹⁵⁶ *Supra*, 4.6. Medios de garantía de la libertad de empresa.

¹¹⁵⁷ Como, por ejemplo, la obligación que tiene el Estado Mexicano de defender y garantizar una sana competencia económica.

¹¹⁵⁸ Como, por ejemplo, la libertad que tienen los particulares para iniciar una actividad empresarial lícita.

En ese orden de ideas, consideramos que las garantías secundarias más importantes para la protección y tutela de la libertad de empresa en el sistema jurídico mexicano, son: a) los medios de control constitucional concentrado, que son el juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad (arts. 103, 105 y 107 de la Constitución)¹¹⁵⁹; b) el nuevo rol que desempeñan los jueces locales en ejercicio del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad (arts. 1º y 133 de la Constitución)¹¹⁶⁰; y c) las acciones que realizan la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) y el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) en defensa de la libre competencia y de la competencia económica (art. 28 constitucional)¹¹⁶¹.

DÉCIMO SEGUNDO.- Dicho todo lo anterior, es indispensable reconocer que, tratándose de los micro, pequeños y medianos empresarios, el derecho humano a la libertad de empresa está más próximo a la esfera de autorrealización de su persona, al estar estrechamente vinculado con el libre desarrollo de su personalidad¹¹⁶², por lo que, en su caso particular, es –debe ser– obligatorio conferirles una protección y tutela con mayor intensidad. Por tanto, es razonable y necesario conferir a esta libertad fundamental una protección variable en función de la presencia de una mayor o menor trascendencia para la dignidad de la persona¹¹⁶³, insistiendo que, hablando de los micro, pequeños y medianos empresarios, la conexión de su libertad de empresa con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad es especialmente intensa y evidente, debido a que la actividad empresarial se convierte en su principal forma de subsistencia y, en muchos casos, también la de toda su familia y demás dependientes económicos¹¹⁶⁴.

¹¹⁵⁹ *Supra*, 4.6.1. Los medios de control constitucional.

¹¹⁶⁰ *Supra*, 4.6.2. El nuevo rol de los jueces locales: control difuso de constitucionalidad.

¹¹⁶¹ *Supra*, 4.6.3. Los órganos constitucionales autónomos protectores de la competencia.

¹¹⁶² García Vitoria, Ignacio, *óp. cit.*, p. 114.

¹¹⁶³ *Ibidem*, p. 116.

¹¹⁶⁴ *Supra*, 2.3.2.3. Mayor intensidad tratándose de micro, pequeños y medianos empresarios.

Finalmente, con el propósito de reforzar nuestra proposición principal, sugerimos como propuesta periférica el reconocer expresamente la libertad de empresa como un derecho fundamental en el seno de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente mediante una enmienda al Protocolo de San Salvador, para que, con todos los medios de supervisión y garantías contemplados en estos instrumentos internacionales, se potencialicen las oportunidades y beneficios que esta libertad fundamental produce –y puede producir– en México, así como en los demás Estados vinculados por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos¹¹⁶⁵:

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos
en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 9 bis.- Derecho a la libertad de empresa

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de empresa.
2. Los Estados Partes se comprometen a garantizar la libertad de empresa de las personas con las modalidades y límites que dictan los derechos de los demás, la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática y social.

¹¹⁶⁵ *Supra*, 3.3.1.2. El subsistema de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De esta manera, al elevar esta libertad a la categoría de un derecho fundamental en este sistema, se estará dotando a las personas de mecanismos jurídicos internacionales para combatir los abusos y actos violatorios que en este sentido realizan los diversos órganos y autoridades estatales, los que, en muchos casos, ya sea de manera directa o indirecta, ponen en riesgo la vida, la libertad, la propiedad y, en general, la dignidad de millones de seres humanos que, día con día, buscan como proveerse a ellos mismos y a su familia de manera digna y honrada, mediante el ejercicio de una actividad empresarial¹¹⁶⁶.

Al igual que se puede sancionar a los Estados por los actos de sus órganos y autoridades que impliquen una violación de los derechos humanos a la libertad, a la vida, a la libertad de trabajo o a la propiedad, por citar sólo algunos ejemplos, también debe ser posible analizar y, en su caso, sancionar aquellos actos que vulneren la libertad de empresa de las personas, que, de conformidad con los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, tiene su origen y está igualmente vinculada con la dignidad humana.

¹¹⁶⁶ Tapia Rocha, José Luis, *óp. cit.*, p. 6.

FUENTES DE INFORMACIÓN.

Bibliográficas.

Achautla Calderón, Cumerindo, *Los derechos humanos y sus restricciones*, México, Editorial Flores, 2015.

Aguilar Cavallo, Gonzalo (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Chile, Editorial Librotecnia, 2012.

Aguilar Villanueva, Luis F. y Alatorre, Jorge A. (coords.), *El futuro del Estado social*, México, Universidad de Guadalajara y Miguel Ángel Porrúa, 2014.

Albanese, Susana, *El alcance de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano de las observaciones generales. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el control de convencionalidad*, Argentina, Ediar, 2013.

Alberto Cao, Christian, *Constitución socioeconómica y derechos fundamentales. Estudio comparado entre los casos de España y Argentina*, Argentina, Ediar, 2015.

Alexy, Robert, *teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, 2ª ed., España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

Andrade Sánchez, J. Eduardo, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 2ª ed., México, Oxford University Press, 2011.

Aragón Reyes, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, 3ª ed., España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

Aragón Reyes, Manuel, *Libertades económicas y Estado social*, España, Editorial McGraw-Hill, 1995.

Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *La Constitución económica*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

Atienza Rodríguez, Manuel y García Amado, Juan Antonio, *Un debate sobre la ponderación*, Perú, Palestra Editores, 2016.

Augusto vanasco, Carlos, *Manuel de sociedades comerciales*, Argentina, Editorial Astrea, 2001.

Barba de Vega, José *et al.*, *Introducción al derecho mercantil (ADE)*, España, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

Bastida Francisco J. *et al.*, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, España, Tecnos, 2004.

Bauman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, 2ª ed., trad. de Daniel Zadunaisky, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

Beck, Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. de Bernardo Moreno y Ma. Botrás, España, Editorial Paidós, 2008.

Benítez Bernuz, Ma. José y Calvo García, Manuel (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2014.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto, *Apuntes de derecho mercantil. Derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial*, España, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Bidart Campos, Germán J., *Constitución y derechos humanos*, Argentina, Editorial Ediar, 1991.

Bidart Campos, Germán J., *Manual de la constitución reformada*, Argentina, Editorial Ediar, 2008, t. II.

Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, España, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

Bilchitz, David, *Pobreza y derechos fundamentales. La justificación y efectivización de los derechos socioeconómicos*, trad. de Jorge A. Portocarrero Quispe, España, Marcial Pons, 2017.

Borchardt, Klaus-Dieter, *El ABC del Derecho de la Unión Europea*, Bélgica, oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016.

Briseño Senosain, Lilian (coord.), *Siglo XXI. Una oportunidad para México*, México, Editorial Porrúa, 2013.

Bustos Bottai, Rodrigo Guillermo, *Derechos sociales: exigibilidad y justicia constitucional*, Chile, Editorial Librotecnia, 2014.

Bustos Gisbelt, Antonio, *Introducción a la economía*, España, Thomson Reuters, 2016.

Carbonell, Miguel, *Igualdad y Constitución*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2006.

Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Tomo IV: *Estado Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Tomo V: *Derechos Humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, Ecuador, Editora Jurídica, 2014.

Cárdenas García, Jaime, *Manual de argumentación jurídica*, México, Editorial Porrúa, 2014.

Carpizo, Enrique, *Del Estado legal al constitucional de derecho. Rasgos esenciales*, México, Editorial Porrúa, 2015.

Carrasco Durán, Manuel, *El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la actividad económica*, España, Tirant lo Blanch, 2005.

Carrillo Nieto, Juan José *et al.* (coords.), *Globalización, causas y perspectivas*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2012.

Castañeda, Mireya, *El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción nacional*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012.

Castells, Manuel, *Globalización, identidad y estado en América Latina*, Chile, programa de las naciones Unidas para el Desarrollo, 1999.

Castrillón y Luna, Víctor Manuel, *Los tratados de libre comercio celebrados por México en el entorno de la globalización*, México, Editorial Porrúa, 2013.

Castrillón y Luna, Víctor Manuel, *Tratado de derecho mercantil*, 2ª ed., México, Editorial Porrúa, 2011.

Castrillón y Luna, Víctor Manuel y Becerril, Anahiby A., *Contratación electrónica civil internacional. Globalización, internet y derecho*, México, Editorial Porrúa, 2015.

Centro de Investigaciones Laborales de la Universidad Externado de Colombia, *Protección del derecho al trabajo: jurisprudencia constitucional*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2011.

Cervantes Alcayde, Magdalena *et al.* (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.

Chagoya Díaz, Sergio, *La libertad económica como derecho fundamental en el sistema constitucional mexicano*, España, Universidad Complutense de Madrid, 2017.

Chueca, Ricardo (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

Cidoncha Martín, Antonio, *La libertad de empresa*, España, Thomson Civitas, 2006.

Cieslik, Thomas (comp.), *La globalización: retos y oportunidades para México*, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas.

Cilia López, José Francisco, *Los derechos humanos y su repercusión en el control de constitucionalidad y convencionalidad*, México, Editorial Porrúa, 2015.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Derecho humano al trabajo y derechos humanos en el trabajo*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *México y el Sistema de los Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos e Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, *Derechos humanos en el artículo 1° constitucional: obligaciones, principios y tratados*, México, Biblioteca Constitucional CNDH-INEHRM, 2015.

Comisión para el Empoderamiento Legal de los Pobres, *La ley: La clave para el desarrollo sin exclusiones*, Estados Unidos de América, Comisión para el Empoderamiento Legal de los Pobres y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2008, vol. I.

Contreras Strauch, Osvaldo, *Instituciones de derecho comercial*, 3ª ed., Chile, Editorial Abeledo Perrot, 2011.

Consejo de Europa *et al.*, *Diálogo transatlántico: Selección de jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Países Bajos, Wolf Legal Publishers, 2015.

Cossío, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Distribuciones Fontamara, 2002.

Cossío Villegas, Daniel, *La Constitución de 1857 y sus críticos*, 4ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

De Casas, C. Ignacio y Toller, Fernando M., *Los derechos humanos de las personas jurídicas. Titularidad de derechos y legitimación en el Sistema Interamericano*, México, Editorial Porrúa, 2015.

Del Carpio Rodríguez, Columbia, *Pluralismo jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*, España, Thomson Reuters, 2014.

Díaz Revorio, Francisco Javier, *Estado, constitución, democracia. Tres conceptos que hay que actualizar*, Perú, Palestra Editores, 2017.

Díez-Picazo Giménez, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 4ª ed., España, Thomson Reuters, 2013.

Esparza Martínez, Bernardino, *Derechos fundamentales. Jurisprudencia constitucional penal*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2013.

Espinoza de los Monteros, Javier y Ordóñez, Jorge (coords.), *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2013.

Esquivel, Gerardo *et al.* (coords.), *Cien ensayos para el centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, t. 1.

Evia Loya, Romeo Arturo, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Editorial Porrúa, 2013.

Farina, Juan M., *Derecho de las sociedades comerciales*, Argentina, Editorial Astrea, 2011.

Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed., Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4ª ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, España, Editorial Trotta, 2004.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, España, Editorial Trotta, 1995.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Guerrero Galván, Luis René, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, Cámara de Diputados, 2016, t. IV.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Guerrero Galván, Luis René, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, Cámara de Diputados, 2016, t. VI.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Guerrero Galván, Luis René, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, Cámara de Diputados, 2016, t. VII.

Flint Blanck, Pinkas, *Negocios y transacciones internacionales. El comercio de bienes*, 2ª ed., Perú, Editora y Librería Jurídica Grijley, 2014.

Flores Saldaña, Antonio (coord.), *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2013.

Fondevila, Manuel, *La disolución de la soberanía en el ámbito estatal. El proceso de integración europea*, España, Editorial Reus, 2014.

Gamas Torruco, José, *Introducción a la historia constitucional de México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México y Museo de las Constituciones de México, 2013.

García Alcorta, José, *La limitación de la libertad de empresa en la competencia*, España, Atelier, 2008.

García Amado, Juan Antonio (coord.), *Razonar sobre derechos*, España, Tirant lo Blanch, 2016.

García López, José R. y Rosillo Martínez, Alejandro, *Curso de derecho mercantil*, México, Editorial Porrúa, 2003.

García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª ed., México, Editorial Porrúa, 2015.

García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3ª ed., España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

García Toma, Víctor, *Derechos fundamentales*, Perú, Editorial Adrus, 2013.

García Vitoria, Ignacio, *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

Garrorena Morales, Ángel, *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, 2ª ed., España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

Gavara de Cara, Juan Carlos, *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, España, Bosch Editor, 2010.

Giddens, Anthony, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, México, Editorial Taurus, 2007.

Giddens, Anthony *et al.*, *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*, trad. de Celso Sánchez Capdegú, España, Editorial Anthropos, 1996.

Ginebra Serrabou, Xavier (coord.), *Marco jurídico y ético de la publicidad en México. Cómo evitar el engaño publicitario*, México, Editorial Thomson Reuters, 2014.

Ginebra Serrabou, Xavier, *Alianzas estratégicas o joint ventures*, 2ª ed., México, Editorial Themis, 2006.

Ginebra Serrabou, Xavier y Castrillón y Luna, Víctor Manuel, *La nueva Ley Federal de Competencia Económica*, México, Editorial Bosch, 2014.

Ginebra Serrabou, Xavier y Negrete Reveles, Oscar (coords.), *Derecho de la competencia económica*, México, Editorial Porrúa y Centro de Investigaciones e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, 2012.

Godínez Méndez, Wendy A. y García Peña, José Heriberto (coords.), *Derecho económico y comercio exterior*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

Gómez García, Juan Antonio, *La argumentación jurídica. Teoría y práctica*, España, Editorial Dykinson, 2017.

Gómez Isa, Felipe (dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, España, Universidad de Deusto, 2004.

González Ibarra, Juan de Dios, *Epistemología jurídica*, 4ª ed., México, Editorial Porrúa, 2013.

González Ibarra, Juan de Dios, *Heidegger por los caminos hispanoamericanos y otras veredas*, México, Editorial Fontamara, 2016.

González Ibarra, Juan de Dios, *Hermenéutica juspolítica*, México, Editorial Fontamara, 2014.

González Ibarra, Juan de Dios, *Metodología jurídica epistémica*, México, Editorial Fontamara, 2006.

González Ibarra, Juan de Dios y Díaz Salazar, José Luis, *Filosofía jurídica. Filosofar en la globalización y el garantismo*, México, Editorial Porrúa, 2013.

González Monguí, Pablo Elías (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales*, Colombia, Universidad Libre de Colombia, 2009.

Guajardo, Guillermo y Labrador, Alejandro, *La empresa pública en México y en América Latina: entre el mercado y el estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México y Centro de investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, 2015.

Hernández, Armando, *Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el nuevo modelo constitucional de derechos humanos en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.

Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *Derechos internacional de los derechos humanos*, Argentina, Editorial Ediar, 2012.

Ianni, Octavio, *Teorías de la globalización*, México, Siglo XXI Editores CEIICH-UNM, 1996.

Iglesias Prada, Juan Luis (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, t. I: Introducción y títulos valor*, España, Editorial Civitas, 1996.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Cartilla básica sobre derechos económicos, sociales y culturales*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010.

Islas, Colín y Sánchez Cano, Julieta Evangelina (coords.), *Derechos humanos frente a una sociedad globalizada*, México, Editorial Porrúa, 2013.

Izquierdo Sans, Cristina y Rodríguez de Santiago, José María (coords.), *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, España, Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 2017.

Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, España, Editorial Trotta, 1999.

Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, México, Editorial Porrúa, 2004.

Kant, Immanuel, *¿Qué es la Ilustración?*, trad. de Roberto Aramayo, España, Alianza Editorial, 2004.

Klatt, Matthias y Mester, Moritz, *La proporcionalidad como principio constitucional universal*, trad. de Rubén Sánchez Gil, México, Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad Autónoma de Yucatán, 2017.

Krugman, Paul R *et al.*, *Economía internacional. Teoría y política*, 9ª ed., trad. de Yago Moreno López, España, Editorial Pearson, 2012.

Lacalle Noriega, María, *La persona como sujeto de derecho*, España, Editorial Dykinson, 2015.

Lechner, Frank J y Boli, John, *The globalization reader*, Estados Unidos de América, Blackwell Publishing, 2004.

Llenderozas, Elsa (coord.), *Relaciones internacionales: teorías y debates*, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2013.

Locke, John, *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*, trad. de Carlos Mellizo, 2ª ed., España, Tecnos, 2010.

López Magnasco, Sebastián, *Libertad de empresa y no discriminación económica. Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Chile, Tribunal Constitucional, 2012.

Loma-Osorio, Diego, *Tratado de derecho de la competencia*, España, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

Longenecker, Justin G et al., *Administración de pequeñas empresas: lanzamiento y crecimiento de iniciativas de emprendimiento*, trad. de Érika Jasso Hernán D´Borneville y Magda Elizabeth Treviño Rosales, 16ª ed., México, Cengage learning Editores, 2012.

Lozano, José María, *Tratado de los derechos del hombre*, México, Senado de la República, 2016.

Luna Pla, Issa, *Derecho de los consumidores y la publicidad*, México, Editorial Porrúa, 2016.

Marín Hita, Luis, *La limitación de la responsabilidad del empresario individual. La sociedad unipersonal*, España, Ediciones Laborum, 2002.

Martínez García, Hugo, *El nuevo juicio de amparo en México*, México, Rehtikal, 2016.

Morales, Gladys, *Implementación de las sentencias interamericanas en México*, México, Editorial Novum, 2015.

Moré Olivares, Elías, *Sistemas económicos y modelos de economía moderna*, Colombia, Universidad Autónoma de Colombia, 2014.

Muñoz Fraga, Rafael, *Derecho económico*, México, Editorial Porrúa, 2011.

Negrete Reveles, Oscar (coord.), *Nuevo derecho de los consumidores en México*, México, Editorial Porrúa, 2015.

Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

Nogueira Alcalá, Humberto (coord.), *Diálogo judicial multinível y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidade*, Chile, Editorial Librotecnia, 2013.

Oliva Gómez, Eduardo (comp.), *Los impactos de la globalización en los sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, 2013.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), *Temas y políticas clave sobre PYMEs y emprendimiento en México*, OECD Publishing, 2013.

Ovalle Favela, José, *Derechos de los consumidores*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

Paoli Bolio, Francisco José, *La Constitución de Cádiz en Iberoamérica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.

Pascual y Vicente, Julio, *Mercado, competencia y Estado*, España, Marcial Pons, 2013.

Peces-Barba Martínez, Gregorio, *La constitución y los derechos*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2006.

Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Lecciones de derechos fundamentales*, España, Editorial Dykinson, 2004.

Peña, Carlos, *Globalización y enseñanza del derecho*, México, Editorial Fontamara, 2017.

Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco (dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, España, Instituto de Estudios Económicos, 2005.

Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho constitucional*, 15ª ed., España, Marcial Pons, 2016.

Ponce de León Armenta, Luis, *Metodología del derecho*, 13ª ed., México, Editorial Porrúa, 2015.

Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, España, Editorial Trotta, 2003.

Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación*, México, Editorial Ubijus, 2014.

Ramírez Cleves, Gonzalo Andrés y Marín Arangures, Erli Margarita, *Comercio justo, globalización y medio ambiente*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro de Jesús, *Derechos humanos*, México, Oxford University Press, 2011.

Rey Martínez, Fernando, *La dignidad humana en serio. Desafíos actuales de los derechos fundamentales*, México, Editorial Porrúa, 2013.

Reyes Mendoza, Libia, *Derecho laboral*, México, Red Tercer Milenio, 2012.

Robles Martínez, Reynaldo, *El municipio*, 2ª ed., México, Editorial Porrúa, 1993.

Rodríguez Santibañez, Iliana, *El altermundismo como vía ciudadana en la globalización*, México, Editorial Porrúa, 2015, p. XV.

Rodrik, Dani, *La paradoja de la globalización*, trad. de María Dolores Crispín Sanchis, España, Antoni Bosch Editor, 2012.

Rojas Castro, Ma. Ovidia, *Derecho económico en México. Legislación y realidad*, México, Editorial Porrúa, 2016.

Roldán Xopa, José, *Constitución y mercado*, México, Editorial Porrúa, 2004.

Romero Michel, Jessica C., *Derecho económico*, México, Editorial Oxford, 2015.

Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

Santoro, Emilio, *Derecho y derechos. El Estado de derecho en la era de la globalización*, trad. de Juan Manuel Otero, Argentina, Editorial Ad-Hoc, 2014.

Saucedo González, José isidro, *Los procesos de integración en Europa y América. ¿Hacia un estado comunitario?*, México, Editorial Porrúa, 2013.

Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 4ª ed., México, Editorial Porrúa, 2012.

Smith, Steve y Baylis, John, *The globalization of world politics*, Estados Unidos de América, Oxford University Press, 2001.

Somma, Alessandro, *Introducción al derecho comparado*, trad. de Esteban Conde Naranjo, España, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

Stiglitz, Joseph E., *Cómo hacer que funcione la globalización*, trad. de Amado Diéguez y Paloma Gómez Crespo, España, Editorial Taurus, 2006.

Stiglitz, Joseph E., *El malestar en la globalización*, trad. de Carlos Rodríguez Brown, España, Punto de Lectura, 2007.

Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 16ª ed., México, Editorial Porrúa, 1978.

Tobar, Federico y Fernández Pardo, Carlos Alberto, *Organizaciones solidarias. Gestión e innovación en el tercer sector*, Argentina, Lugar Editorial.

Tudela Aranda, José y Kölling, Mario (eds.), *Descentralización constitucional y organización local en Iberoamérica*, España, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico.

Valencia Tello, Diana Carolina, *El Estado en la era de la globalización y las nuevas tecnologías*, Colombia, Grupo Editorial Ibáñez, 2015.

Vicente Blanco, Dámaso-Javier y Rivero Ortega, Ricardo (dirs.), *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, España, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Castilla y León, 2010.

Vovelle, Michel, *Introducción a la historia de la Revolución francesa*, trad. de Marco Aurelio Galmarini, España, Biblioteca de Bolsillo, 2000.

Zarkín Cortés, Sergio Salomón, *Derecho corporativo*, México, Editorial Porrúa, 2015.

Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *Introducción al derecho comparado*, México, Oxford University Press, 2002.

Hemerográficas.

Alberti, Enoch, “El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la actividad económica”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, núm. 76, enero-abril de 2006.

Alvear Téllez, Julio, “Hacia una concepción comprehensiva de la libertad económica. Un paradigma a desarrollar”, *Estudios Constitucionales*, Chile, año 13, núm. 1, 2015.

Anzures Gurría, José Juan, “La dimensión objetiva de los derechos fundamentales en México”, *Díkaion*, vol. 26, núm. 1, 2017.

Castillo Córdova, Luis, “El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales”, *Foro Jurídico*, Perú, núm. 13, 2014.

Cidoncha Martín, Antonio, “Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial”, *UNED Teoría y Realidad Constitucional*, España, núm. 23, 2009.

Cidoncha Martín, Antonio, “Sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado: Una reflexión jurídico-constitucional”, *Revista CEFLEGAL*, España, núm. 179, 2015.

Fernandois Vöhringer, Arturo, “La reserva legal: Una garantía sustantiva que desaparece”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 28, núm. 2, 2001.

Ferrante, Alfredo, "Entre derecho comparado y derecho extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica", *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 43, núm. 2, agosto de 2016.

García Amado, Juan Antonio, "Justicia distributiva y Estado social. ¿Debe ser el Estado social un Estado igualitario?", *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, España, núm. 9, 2017.

García Figueroa, Alfonso, "Neoconstitucionalismo: Dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, núm. 34, 2012.

Giménez, Gilberto, "Cultura, identidad y metropolitano global", *Revista Mexicana de Sociología*, México, vol. 67, núm. 3, julio-septiembre de 2005.

Giménez, Gilberto, "Identidades en globalización", *Espiral*, México, año 7, núm. 19, septiembre-diciembre de 2000.

Irureta Uriarte, Pedro, "El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de empresa", *Estudios Constitucionales*, Chile, año 11, núm. 2, 2013.

Jahan, Sarwat y Saber Mahmud, Ahmed, "¿Qué es el capitalismo?", *Finanzas & Desarrollo*, Fondo Monetario Internacional, junio de 2015.

López Sánchez. Rogelio, “Indeterminación y contenido esencial de los derechos humanos en la Constitución Mexicana”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 37, julio-diciembre de 2017.

Morales Sánchez, Julieta, “Reforma constitucional de derechos humanos: hacia un nuevo derecho en México”, *Programa Universitario de Derechos Humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México*, núm. 19, septiembre de 2014.

Nogueira Alcalá, Humberto, “Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución Chilena vigente”, *Revista de Dereitos Fundamentais e Democracia*, Brasil, vol. 16, núm. 16, julio-diciembre de 2014.

Ovalle Favela, José, “Derechos humanos y garantías constitucionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 49, núm. 146, mayo-agosto de 2016.

Pöschl, Magdalena, “La garantía de los estándares de derechos humanos y fundamentales ante las nuevas amenazas que generan los particulares y los actores extranjeros”, *Teoría y Realidad Constitucional*, España, núm. 36, 2015.

Ríos Pimentel, Óscar Fernando, “La reforma constitucional en derechos humanos y amparo, una luz para los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 30, enero-junio de 2014.

Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “Dimensiones del Estado social y derechos fundamentales sociales”, *Revista de Investigações Constitucionais*, Brasil, vol. 2, núm. 2, mayo-agosto de 2015.

Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Colombia, año 9, núm. especial, abril de 2007.

Sabogal Bernal, Luis Fernando, “Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia”, *Mercatoria*, Colombia, vol. 4, núm. 1, 2005.

Sassen, Saskia, “Una sociología de la globalización”, *Análisis Político*, Colombia, núm. 61, septiembre-diciembre de 2007.

Suárez-Rodríguez, José Julián, “Derechos naturales, derechos humanos y derechos fundamentales”, *Díkaion*, Colombia, año 30, vol. 25, núm. 2, diciembre de 2016.

Informáticas.

Acuña, José Manuel, *El caso Mini Numa. Nuevos rumbos para la protección de los derechos sociales a través de juicio de amparo en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3065/4.pdf> (consultado el 01 de septiembre de 2016).

Aguiar de Luque, Luis, *Los límites de los derechos fundamentales*, España, Universidad Carlos III de Madrid, visible en el sitio de internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1051173.pdf> (consultado el 05 de marzo de 2018).

Aguilar Cavallo, Gonzalo, *Derechos fundamentales-Derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex127/BMD000012701.pdf> (consultado el 01 de septiembre de 2016).

Anzures Gurría, José Juan, *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas en la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst22/CUC000002201.pdf> (consultado el 12 de marzo de 2017).

Aparisi Miralles, M. A., *La Declaración de Independencia Americana de 1776 y los derechos del hombre*, visible en el sitio de internet:

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/27087.pdf> (consultado el 17 de julio de 2017).

Aranha de Castro, Aldo y Genovez, Simone, *A aplicabilidade dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência com vistas ao desenvolvimento econômico*, visible en el sitio de internet: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=48af87b587036693> (consultado el 11 de diciembre de 2017).

Arellano García, Carlos, *Evolución de la cláusula calvo y la zona prohibica en el Derecho constitucional mexicano y en el Derecho internacional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/librosfac/pdf/pub05/02DrARELLANO.pdf> (consultado el 12 de febrero de 2018).

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Sobre principios y reglas*, visible en el sitio de internet: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10763/1/doxa10_04.pdf (consultado el 11 de enero de 2017).

Baker & Mckenzie, visible en el sitio de internet: <http://www.bakermckenzie.com/en> (consultado el 19 de marzo de 2017).

Barandas, César R., *Historia del liberalismo*, México, Universidad Veracruzana, visible en el sitio de internet: <https://www.uv.mx/personal/cebarradas/files/2012/09/LIBERALISMO.pdf> (consultado el 18 de julio de 2017).

Bastida, Francisco J. *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, España, Universidad de Oviedo, visible en el sitio de internet: <https://www.unioviedo.es/constitucional/miemb/alaez/librodf.PDF> (consultado el 21 de marzo de 2018).

Bastidas Mora, Patricia, *El modelo constitucional del estado social y democrático de derecho, sus desafíos y la constitucionalización del proceso*, visible en el sitio de internet: <http://www.redalyc.org/pdf/2739/273920959005.pdf> (consultado el 24 de enero de 2017).

Be Berlín, *Berlín, la ciudad del cambio*, visible en el sitio de internet: http://www.be.berlin.de/sites/default/files/coc_spa_rollups_120412_screen_0.pdf (consultado el 15 de septiembre de 2016).

Becerra Ramírez, Manuel *et al.*, *La soberanía en la era de la globalización*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2790/5.pdf> (consultado el 23 de septiembre de 2016).

Bello, Eduardo, *¿Utopía o fracaso de la democracia social en 1793?*, visible en el sitio de internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2153086.pdf> (consultado el 20 de julio de 2017).

Belorgey, Jean-Michel, *La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales*, visible en el sitio de internet: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:Derechopolitico-2007-70-5FEF2A71&dsID=carta_social.pdf (consultado el 25 de septiembre de 2017).

Bergaglio, Renata, *Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos*, Perú, Pontificia Universidad Católica de Perú, visible en el sitio de internet: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/Cap3.pdf (consultado el 03 de octubre de 2017).

Bray, David. B., *Las empresas forestales comunitarias en México*, México, Comisión Nacional Forestal, visible en el sitio de internet: http://www.conafor.gob.mx/innovacion_forestal/?p=5116 (consultado el 19 de febrero de 2018).

Brewer-Carias, Allan R., *Los aportes de la Revolución Francesa al constitucionalismo moderno y su repercusión en Hispanoamérica a comienzos del siglo XX*, visible en el sitio de internet: <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/ART.3-BREWER.pdf> (consultado el 19 de julio de 2017).

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Leyes Federales vigentes*, visible en el sitio de internet: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/> (consultado a lo largo de la investigación).

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Reformas a la Constitución*, visible en el sitio de internet: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm> (consultado a lo largo de la investigación).

Carbonell, Miguel, *Historia constitucional y derecho comparado: Notas sobre el futuro del constitucionalismo en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/5.pdf> (consultado el 06 de junio de 2017).

Carbonell, Miguel, *Las obligaciones del Estado en el artículo 1° de la Constitución Mexicana*, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/5.pdf> (consultado el 16 de agosto de 2018).

Carbonell, Miguel, *Los orígenes del Estado constitucional y de la filosofía del constitucionalismo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4038/6.pdf> (consultado el 18 de julio de 2017).

Carpizo, Jorge, *Derecho constitucional latinoamericano y comparado*, visible en el sitio de internet: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3851/4816> (consultado el 12 de diciembre de 2017).

Carpizo, Jorge, *Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n25/n25a1.pdf> (consultado el 01 de octubre de 2016).

Carreón Gallegos, Ramón Gil, *Los derechos fundamentales en México. Su génesis y evolución*, España, Universidad Carlos III de Madrid, visible en el sitio de internet: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/24365> (consultado el 31 de mayo de 2018).

Castán Vázquez, José Ma., *El derecho español en América*, visible en el sitio de internet: <http://www.fundacionspeiro.org/verbo/1993/V-319-320-P-1081-1094.pdf> (consultado el 29 de noviembre de 2017).

Cattafi, Carmelo, *Derecho internacional público*, México, Editorial Digital Tecnológico de Monterrey, visible en el sitio de internet: <http://prod77ms.itesm.mx/podcast/EDTM/ID262.pdf> (consultado el 22 de diciembre de 2017).

Centro de Diseño Industrial de la Facultad de Arquitectura, Diseño y Urbanismo de la Universidad de la República de Uruguay, visible en el sitio de internet: http://www.fadu.edu.uy/marketing/files/2013/04/punto_equilibrio.pdf (consultado el 26 de febrero de 2018).

Chávez Hayhoe, Luis, *Fideicomiso de extranjeros en la zona prohibida*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revnot/cont/2/cnt/cnt7.pdf> (consultado el 12 de febrero de 2018).

Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *La medición multidimensional de la pobreza*, visible en el sitio de internet: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/16433/S2013236_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y (consultado el 04 de abril de 2018).

Comisión Federal de Competencia Económica, *15/2017 Acciones relevantes*, visible en el sitio de internet: <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/02/HITOS-RELEVANTES-COFECE-2017.pdf#pdf> (consultado el 20 de febrero de 2018).

Comisión Federal de Competencia Económica, *Sobre la COFECE*, visible en el sitio de internet: <https://www.cofece.mx/conocenos/> (consultado el 17 de marzo de 2018).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Historia de la Corte IDH*, visible en el sitio de internet: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh> (consultado el 20 de noviembre de 2017).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, Organización de los Estados Americanos, visible en el sitio de internet: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf> (consultado el 04 de abril de 2018).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *¿Qué es la CIDH?*, visible en el sitio de internet: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp> (consultado el 15 de noviembre de 2017).

Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, visible en el sitio de internet: http://www.cndh.org.mx/Cuales_son_Derechos_Humanos (consultado el 12 de mayo de 2017).

Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos (COPREDEH), *Declaración Universal. Versión comentada*, Guatemala, visible en el sitio de internet: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28141.pdf> (consultado el 06 de noviembre de 2017).

Consejo de Europa, *Carta Social Europea: Procedimiento de Reclamaciones Colectivas*, visible en el sitio de internet: <http://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter/collective-complaints-procedure1> (consultado el 25 de septiembre de 2017).

Consejo de Europa, *Carta Social Europea: Sistema de Informes Nacionales*, visible en el sitio de internet: <http://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter/reporting-system> (consultado el 25 de septiembre de 2017).

Consejo de Europa, *Comité Europeo de Derechos Sociales*, visible en el sitio de internet: <http://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter/european-committee-of-social-rights> (consultado el 25 de septiembre de 2017).

Consejo de Europa, *La Carta Social Europea*, visible en el sitio de internet: <http://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter/about-the-charter> (consultado el 25 de septiembre de 2017).

Consejo de Europa, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Preguntas y Respuestas*, visible en el sitio de internet: http://www.echr.coe.int/Documents/Questions_Answers_SPA.pdf (consultado el 18 de septiembre de 2017).

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, visible en el sitio de internet: <http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/habitantes.aspx?tema=P> (consultado el 04 de abril de 2018).

Corte Constitucional de Colombia, *Relatoría*, visible en el sitio de internet: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/> (consultado a lo largo de la investigación).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Buscador de jurisprudencia*, visible en el sitio de internet: <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/> (consultado a lo largo de la investigación).

Dávalos Torres, María Susana, *Manual de introducción al derecho mercantil*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3259/1.pdf> (consultado el 12 de febrero de 2018).

De Dienheim, Barriguete, Cuauhtémoc Manuel, *La protección internacional de los derechos humanos*, visible en el sitio de internet: <http://www.poderjudicialmichoacan.gob.mx/instituto/material/Sexto%20Curso%20de%20Formaci%F3n%20en%20Impartici%F3n%20y%20Administraci%F3n%20de%20Justicia/Derechos%20Humanos/LA%20PROTECCION%20INTERNACIONAL%20DE%20LOS%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf> (consultado el 02 de octubre de 2017).

De la Rúa Albuquerque, Ayuzabet, *La micro, pequeña y mediana empresa en México: sus saberes, mitos y problemática*, visible en el sitio de internet: asoea.azc.uaem.mx/f_uam_mipymes/textos/m2_1.pdf (consultado el 08 de agosto de 2017).

Durand Carrión, Julio Baltazar, *El Derecho del consumidor y sus efectos en el Derecho civil frente a la contratación de consumo en el mercado*, visible en el sitio de internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5171123.pdf> (consultado el 05 de febrero de 2017).

Echaiz Moreno, Daniel, *Derecho & empresa. Bases para la moderna Concepción del derecho empresarial*, visible en el sitio de internet: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/libertad-jurisprudencia-constitucional-437650118> (consultado el 11 de diciembre de 2017).

Fernández Tomás, Antonio, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Estructura, ámbito de aplicación, invocabilidad y contenido*, visible en el sitio de internet: http://institucional.us.es/revistas/derecho/2/art_8.pdf (consultado el 03 de septiembre de 2017).

Ferrer Muñoz, Manuel y Luna, Carrasco, Juan Roberto, *Presencia de doctrinas constitucionales extranjeras en el primer liberalismo mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/804/4.pdf> (consultado el 19 de julio de 2017).

Fondo Monetario Internacional, visible en el sitio de internet: <https://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/glances.htm> (consultado el 23 de septiembre de 2016).

Fundación Carlos Slim, visible en el sitio de internet: <http://fundacioncarlosslim.org/> (consultado el 19 de marzo de 2017).

Fundación televisa, visible en el sitio de internet: <https://fundaciontelevisa.org/> (consultado el 19 de marzo de 2017).

García González, Vicente, *Constituciones que ha tenido México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3436/7.pdf> (consultado el 22 de julio de 2017).

Garro Vargas, Anamari, *La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, visible en el sitio de internet: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31244.pdf> (consultado el 29 de noviembre de 2017).

Gobierno de la República Mexicana, *Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018*, visible en el sitio de internet: <http://pnd.gob.mx/wp-content/uploads/2013/05/PND.pdf> (consultado el 13 de febrero de 2017).

Gómez Pérez, Mara, La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084751.pdf> (consultado el 29 de septiembre de 2017).

González Martín, Nuria, *Sistemas jurídicos contemporáneos: Nociones introductorias y familia jurídica romano-germánica*, visible en el sitio de internet: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11424/10471> (consultado el 27 de noviembre de 2017).

González Núñez, Verónica, *La división celular*, Universidad de Salamanca, visible en el sitio de internet: <http://diarium.usal.es/vgnunez/files/2012/10/03.-La-divisi%C3%B3n-celular.pdf> (consultado el 14 de septiembre de 2016).

González, Enrique Jorge, *Los antecedentes de la Constitución de 1917*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/649/7.pdf> (consultado el 31 de julio de 2017).

Gouverneur, Jacques, *Los fundamentos de la economía capitalista. Una introducción al análisis económico marxista del capitalismo contemporáneo*, trad. de Alejandro Ramos Martínez, visible en el sitio de internet: http://resistir.info/livros/gouverneur_esp_a5.pdf (consultado el 19 de enero de 2017).

Graillet Juárez, Eduardo M. et al., *Los modelos económicos en México, sus políticas e instrumentos de desarrollo en el sector agropecuario*, Universidad veracruzana, visible en el sitio de internet: <https://www.uv.mx/iiesca/files/2013/01/politicas2006-2.pdf> (consultado el 14 de mayo de 2017).

Guerrero González, Joel, *El concepto de soberanía en nuestra historia constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/2/721/32.pdf> (consultado el 20 de abril de 2017).

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, visible en el sitio de internet: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx> (consultado el 15 de febrero de 2017).

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Censos económicos 2014. Resultados definitivos, julio de 2015*, visible en el sitio de internet: www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/ce/ce2014/doc/presentacion/pprd_ce2014.pdf (consultado el 18 de febrero de 2017).

Instituto Nacional del Emprendedor, visible en el sitio de internet: <https://www.inadem.gob.mx/fondo-nacional-emprendedor/> (consultado el 14 de febrero de 2017).

Instituto Nacional del Emprendedor de la Secretaría de Economía, *Diagnóstico 2016 del Fondo Nacional Emprendedor*, visible en el sitio de internet: https://inadem-ntfg9dkg301jobi1zkue.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2017/02/Diagno%CC%81stico_FNE-2016.pdf (consultado el 14 de febrero de 2017).

Kierszenbaum, Mariano, *El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual*, Argentina, Universidad de Buenos Aires, visible en el sitio de internet: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf> (consultado el 12 de febrero de 2018).

La Jornada, visible en el sitio de internet: <http://www.jornada.unam.mx/ultimas> (consultado el 06 de marzo de 2017).

Landa Uribe, Víctor, *Administración de micro, mediana y pequeña empresa*, visible en el sitio de internet: fcasua.contad.unam.mx/apuntes/interiores/docs/2005/administración/optativas/0091.pdf (consultado el 24 de mayo de 2017).

Landa, César, *Teorías de los derechos fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5638/7359> (consultado el 21 de marzo de 2018).

Landaverde Monterrubio, Laura Isabel, *La globalización en México, ¿un reto para las MIPYMES?*, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, visible en el sitio de internet: https://www.uaeh.edu.mx/cexticea/memorias/ensayos_de_divulgacion/Laura_Isabel_Landaverde_Monterrubio/CNE098.pdf (consultado el 14 de mayo de 2017).

Lerner, Pablo, *Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos*, visible en el sitio de internet: <https://academic.microsoft.com/#/detail/2121387199> (consultado el 24 de noviembre de 2017).

Leyva Rayón, Elitania, *Controles de precios: Precios mínimos y precios máximos*, visible en el sitio de internet: <http://www.e-consulta.com/opinion/2016-02-16/controles-de-precios-precios-minimos-y-precios-maximos> (consultado el 26 de febrero de 2018).

López Ruf, María, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, España, Universidad de Alicante, visible en el sitio de internet: <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/EI%20principio%20de%20proporcionalidad%20-%20LOPEZ%20RUF,%20MARIA.pdf> (consultado el 06 de febrero de 2017).

Lions, Monique, *Los grandes principios de 1789 en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/410/9.pdf> (consultado el 18 de julio de 2017).

Magallanes Martínez, Víctor Hugo Hiram, *Contenido esencial de los derechos fundamentales y Juez Constitucional*, México, Instituto de la Judicatura Federal del Consejo de la Judicatura Federal, visible en el sitio de internet: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2016/1erencuentroNMyJbuenaspract/Ponencias/Grupo%20B/Mesa%20A/Livia%20Larumbe%20Radilla.pdf> (consultado el 01 de agosto de 2017).

Martínez Herrera, Karla Georgina, *Límites al ejercicio de la libertad de empresa*, col. Tesis doctorales, Universidad de Alicante, visible en el sitio de internet: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/54467/1/tesis_karla_georgia_martinez_herrera.pdf (consultado el 11 de septiembre de 2017).

Martínez Val, José María, *Reflexiones sobre la Constitución de los Estados Unidos de América*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2104/11.pdf> (consultado el 06 de julio de 2017).

Méndez Royo, Daniela, *Sistemas de protección internacional de los derechos fundamentales: ¿son los sistemas regionales más efectivos que los órganos de Naciones Unidas?*, visible en el sitio de internet: http://www.fbioyf.unr.edu.ar/evirtual/pluginfile.php/109002/mod_resource/content/1/Sistemas%20de%20Proteccion%20DDHH.pdf (consultado el 04 de octubre de 2017).

Mercado Pacheco, Pedro, *Libertades económicas y derechos fundamentales. La libertad de empresa en el ordenamiento multinivel europeo*, visible en el sitio de internet: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/viewFile/1990/3046> (consultado el 15 de septiembre de 2017).

Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación del Gobierno de España, *Consejo de Europa*, visible en el sitio de internet: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/Paginas/Inicio.aspx> (consultado el 18 de septiembre de 2017).

Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación del Gobierno de España, *Historia y actividad del Consejo de Europa*, visible en el sitio de internet: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/Documents/Estatuto%20Consejo%20Europa.pdf> (consultado el 18 de septiembre de 2017).

Moncho Pascual, Josep Rafael, *Sobre la dignidad humana*, España, Universitat de Valencia, visible en el sitio de internet: https://dspace.usc.es/bitstream/10347/1224/1/pg_191-204_agora21-2.pdf (consultado el 01 de septiembre de 2016).

Montoya Zamora, Raúl y Arroyo Cisneros, Edgar Alán, *La aplicación directa de la Constitución Mexicana. Algunos casos relevantes en materia electoral*, visible en el sitio de internet: http://cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/articulos/revista_No1/ARTICULO-2-2016.pdf (consultado el 30 de julio de 2018).

Morán, Gloria M., *El derecho comparado como disciplina jurídica: La importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico*, visible en el sitio de internet: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2179/AD-6-25.pdf;jsessionid=E84C36B6308550CFD433BAF22E2D22AF?sequence=1> (consultado el 24 de noviembre de 2017).

Morte Gómez, Carmen, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos: primeros pasos para una nueva reforma*, visible en el sitio de internet: <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/index> (consultado el 18 de septiembre de 2017).

Museo de las Constituciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <http://www.museodelasconstituciones.unam.mx/Exposiciones/page14/page6/page6.html> (consultado el 28 de julio de 2017).

Naciones Unidas, visible en el sitio de internet: <http://www.un.org/es/sections/about-un/overview/index.html> (consultado el 15 de septiembre de 2016).

Naciones Unidas, *Comisión de Derechos Humanos*, visible en el sitio de internet: <http://www.cinu.org.mx/temas/dh/cdh.htm> (consultado el 03 de octubre de 2017).

Naciones Unidas, *Derechos Humanos*, visible en el sitio de internet: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx> (consultado el 23 de septiembre de 2016).

Naciones Unidas, *Examen ONU Venezuela*, visible en el sitio de internet: <http://www.examenonuvenezuela.com/sistemas-de-proteccion-de-ddhh/sistemas-de-proteccion> (consultado el 04 de octubre de 2017).

Naciones Unidas, *Historia de las Naciones Unidas*, visible en el sitio de internet: <http://www.un.org/es/sections/history/history-united-nations/index.html> (consultado el 03 de octubre de 2017).

Naciones Unidas, *Órganos principales*, visible en el sitio de internet: <http://www.un.org/es/sections/about-un/main-organs/index.html> (consultado el 03 de octubre de 2017).

Nash Rojas, Claudio y Sarmiento Ramírez, Claudia, *Reseña de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, visible en el sitio de internet: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/11518/11877> (consultado el 06 de febrero de 2017).

Negro, Dante M., *El Sistema interamericano de Derechos Humanos: aspectos jurídicos y políticos*, Departamento de Derecho Internacional de la OEA, visible en el sitio de internet: www.oda-alc.org/documentos/1374530871.pdf (consultado el 20 de octubre de 2016).

Nieves López, Francisco, *Modelos económicos en México*, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, visible en el sitio de internet: <http://delfos.mty.itesm.mx/Articulos/modeloseco.html> (consultado el 14 de mayo de 2017).

Nikken, Pedro, *Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos: la perspectiva del acceso a la justicia y la pobreza*, visible en el sitio de internet: <http://www.oda-alc.org/documentos/1362509364.pdf> (consultado el 29 de septiembre de 2017).

Nikken, Pedro, *Sobre el concepto de derechos humanos*, México, visible en el sitio de internet: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2062/5.pdf> (consultado el 01 de septiembre de 2016).

Nogueira Alcalá, Humberto, *Las características de los derechos esenciales o derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1094/6.pdf> (consultado el 01 de octubre de 2016).

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, visible en el sitio de internet: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx> (consultado el 01 de septiembre de 2016).

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, visible en el sitio de internet: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/ESCR/FAQ%20on%20ESCR-sp.pdf> (consultado el 08 de mayo de 2017).

Organización de los Estados Americanos, *Miembros*, visible en el sitio de internet: www.oas.org/es/acerca/estados_miembros.asp (consultado el 20 de octubre de 2016).

Organización de los Estados Americanos, *Tratados multilaterales interamericanos*, visible en el sitio de internet: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_texto_materia.asp#DEREHUM (consultado el 20 de noviembre de 2017).

Organización de los Estados Americanos, *¿Quiénes somos?*, visible en el sitio de internet: www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp (consultado el 20 de octubre de 2016).

Organización Mundial del Comercio, visible en el sitio de internet: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact4_s.htm (consultado el 15 de septiembre de 2016).

Parlamento de Europa, *La Carta Social en resumen*, visible en el sitio de internet: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/chartesocialedepliant-/CharteSocialedepliant-es.pdf (consultado el 25 de septiembre de 2017).

Parlamento Europeo, *La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, visible en el sitio de internet: http://www.europarl.europa.eu/charter/default_es.htm (consultado el 22 de agosto de 2017).

Parlamento Europeo, *Tratado de Lisboa*, visible en el sitio de internet: <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/es/20150201PVL00008/EI-Tratado-de-Lisboa> (consultado el 13 de septiembre de 2017).

Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Los derechos del hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa*, visible en el sitio de internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1985289.pdf> (consultado el 18 de julio de 2017).

Peirano Basso, Jorge, *La Carta Social Europea*, visible en el sitio de internet: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/6/dtr/dtr3.pdf> (consultado el 25 de septiembre de 2017).

Procuraduría Federal del Consumidor, *7 derechos básicos del consumidor*, visible en el sitio de internet: https://www.profeco.gob.mx/Folletos/7_derechos_basicos.pdf (consultado el 28 de febrero de 2018).

Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, *¿Qué hacemos?*, visible en el sitio de internet: <https://www.gob.mx/profepa/que-hacemos> (consultado el 02 de marzo de 2018).

Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, *Guía de auto evaluación ambiental*, visible en el sitio de internet: http://www.profepa.gob.mx/innovaportal/file/26/1/guia_de_autoevaluacion_ambiental.pdf (consultado el 02 de marzo de 2018).

Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, *Guía de derechos y obligaciones de los inspeccionados*, visible en el sitio de internet: http://www.profepa.gob.mx/innovaportal/v/1369/1/mx/guia_de_derechos_y_obligaciones_de_los_inspeccionados.html (consultado el 02 de marzo de 2018).

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, visible en el sitio de internet: <http://dle.rae.es> (consultado el 10 de abril de 2017).

Reglas de Operación del Fondo Nacional Emprendedor para el ejercicio fiscal 2017, visible en el sitio de internet: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5468221&fecha=30/12/2016 (consultado el 14 de febrero de 2017).

Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *El Sistema Europeo de Protección Internacional de los Derechos Humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1740/11.pdf> (consultado el 18 de septiembre de 2017).

Rubio Correa, Marcial, *La libertad de industria y comercio en el régimen constitucional peruano*, visible en el sitio de internet: http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/49165/libertad_industria_marcial_rubio.pdf?sequence=1 (consulta el 11 de diciembre de 2017).

Rubio Moraga, Ángel L., *Historia e Internet: Aproximación al futuro de la labor investigadora*, España, Universidad Complutense de Madrid, visible en el sitio de internet: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/hcs/angel/articulos/historiaeinternet.pdf> (consultado el 15 de septiembre de 2016).

Salvador Martínez, María, *Derecho constitucional comparado en el contexto de la integración supranacional y la globalización*, visible en el sitio de internet: <https://academic.microsoft.com/#/detail/2154260815> (consultado el 27 de noviembre de 2017).

Sánchez Barajas, Genaro, *Perspectivas de las micro y pequeñas empresas como factores del desarrollo económico de México*, Universidad nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: www.economia.unam.mx/profesor/barajas/perspec.pdf (consultado el 24 de mayo de 2017).

Sánchez Sánchez, José, *La caída de la URSS y la difícil recomposición del espacio exsoviético*, España, Universidad Nacional de Educación a Distancia, visible en el sitio de internet: <http://revistas.um.es/geografia/article/view/45231/43281> (consultado el 17 de enero de 2017).

Sastre Ariza, Santiago, *Derecho y garantías*, visible en el sitio de internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174824.pdf> (consultado el 14 de agosto de 2017).

Serna de la Garza, José Ma., *Influencia de la Constitución de Cádiz en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3525/21.pdf> (consultado el 24 de julio de 2017).

Sobrino Mejía, Pablo *et al.*, *Teoría del caos: Efecto mariposa*, Universidad Ada A. Byron, Perú, visible en el sitio de internet: <http://exordio.qfb.umich.mx/archivos%20pdf%20de%20trabajo%20umsnh/libros/Teoria-del-Caos-Efecto-Mariposa.pdf> (consultado el 10 de abril de 2017).

Soro Mateo, Blanca *et al.*, *Derecho ambiental. Concepto y principios*, España, universidad de Murcia, visible en el sitio de internet: <http://ocw.um.es/cc-juridicas/materiales-digitales-para-el-estudio-del-derecho/material-de-clase-1/leccion-bloque1.pdf> (consultado el 05 de febrero de 2017).

Stiefelmann Leal, Roger, *Atividades profissionais e direitos fundamentais: breves considerações sobre o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão*, visible en el sitio de internet: <http://www.profpito.com/ativprofdirfund.html> (consultado el 11 de diciembre de 2017).

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Invalidez de las reformas a las leyes federales de comunicaciones y de radio y televisión*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2763/1.pdf> (consultado el 19 de enero de 2017).

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, visible en el sitio de internet: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx> (consultado a lo largo de la investigación).

Tapia Rocha, José Luis, *La libre empresa como derecho humano*, Perú, Instituto de Libre Empresa, visible en el sitio de internet: <http://ile.pe/wp-content/uploads/2016/02/tapia-libre-empresa-derecho-humano.pdf> (consultado el 07 de noviembre de 2017).

Tole Martínez, Julián, *La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El Estado de cosas constitucionales, un ejemplo de su aplicación*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1510.pdf> (consultado el 24 de enero de 2017).

Torruco Salcedo, Sitali, *El principio de legalidad en el ordenamiento jurídico mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas en la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2724/4.pdf> (consultado el 05 de marzo de 2018).

Tribunal Constitucional de España, *Buscador de jurisprudencia constitucional*, visible en el sitio de internet: <http://hj.tribunalconstitucional.es/> (consultado a lo largo de la investigación).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, visible en el sitio de internet: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/es/ (consultado el 18 de septiembre de 2017).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Jurisprudencia*, visible en el sitio de internet: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106308/es/ (consultado a lo largo de la investigación).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Colección de documentos: Sentencias y decisiones*, visible en el sitio de internet: [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22languageisocode%22:\[%22SPA%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22JUDGMENTS%22,%22DECISIONS%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22languageisocode%22:[%22SPA%22],%22documentcollectionid%22:[%22JUDGMENTS%22,%22DECISIONS%22]}) (consultado a lo largo de la investigación).

Unión Europea, visible en el sitio de internet: https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_es#28members (consultado el 22 de agosto de 2017).

Unión Europea, *Derechos Humanos*, visible en el sitio de internet: https://europa.eu/european-union/topics/human-rights_es (consultado el 18 de septiembre de 2017).

Unión Europea, *Reglamentos, directivas y otros actos legislativos*, visible en el sitio de internet: https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_es (consultado el 06 de agosto de 2018).

Unión Europea, *Tratados de la UE*, visible en el sitio de internet: https://europa.eu/european-union/law/treaties_es (consultado el 06 de agosto de 2018).

Vallado Berrón, Fausto E., *El derecho subjetivo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/viewFile/25431/22833> (consultado el 26 de enero de 2017).

Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica*, México, visible en el sitio de internet: <http://corteidh.or.cr/tablas/r29011.pdf> (consultado el 30 de septiembre de 2016).

Viera Álvarez, Christian, *La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado social*, visible en el sitio de internet: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/viewFile/6021/6484> (consultado el 15 de septiembre de 2017).

Villabella Armengol, Carlos Manuel, *Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/46.pdf> (consultado el 20 de junio de 2017).

Villagra de Biedemann, Soledad, *El Sistema Universal de Derechos Humanos: Los mecanismos convencionales y los mecanismos basados en la Carta*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2226/13.pdf> (consultado el 08 de noviembre de 2017).

Villareal Sandoval, Eduardo, *Análisis a través de la historia de las constituciones mexicanas*, visible en el sitio de internet: <https://eduardovillareal.files.wordpress.com/2010/08/las-constituciones-mexicanas.pdf> (consultado el 22 de julio de 2017).

Wilhelmi, Marco Aparicio y Pisarello, Gerardo, *Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas*, visible en el sitio de internet: http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Aparicio_y_Pisarello_DD_HH_y_Garantias.pdf (consultado el 01 de septiembre de 2016).

Witker, Jorge, *Derechos de los extranjeros*, México, Cámara de Diputados y Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/61/tc.pdf> (consultado el 12 de febrero de 2018).



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS

Cuernavaca, Morelos a 14 de octubre de 2019.

**COORDINACIÓN DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS SUPERIORES DE POSGRADO
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS
P R E S E N T E:**

Por medio de la presente me dirijo a usted para manifestarle que, en virtud del cargo que tuvo a bien conferirme mediante oficio 279/09/19/DESF, tengo el carácter de revisor de la tesis tendiente a la obtención del grado académico de Doctor en Derecho y Globalización, dentro del programa acreditado ante el PNP (CONACYT), elaborada por el maestro en derecho **JUAN LUIS GARCÍA ARELLANO**, con número de matrícula **6920140701**, bajo el título **“LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO MEXICANO. SU SIGNIFICADO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN Y DE LOS DERECHOS HUMANOS”**; trabajo de investigación que, previa revisión, comentarios y correcciones sugeridas por el suscrito, en mi opinión merece ser aprobado, por lo cual otorgo mi **VOTO APROBATORIO** de conformidad los siguientes razonamientos:

Se trata de una investigación original e innovadora en la cual el sustentante demuestra con plenitud la hipótesis planteada, en la que sigue un método de investigación científica con sustento en el derecho internacional y en el derecho comparado, con fuentes de investigación amplias, especializadas y pertinentes, mismas que refuerzan su aparato teórico y que incluyen también las conclusiones y propuestas de la tesis.

El sustentante presenta una tesis que se desarrolla en cuatro capítulos en los que se abordan los siguientes temas:

- a) En el primer capítulo, el tesista aborda el marco teórico de la globalización, haciendo énfasis en las consecuencias que este fenómeno produce en los derechos humanos y en los micro, pequeños y medianos empresarios.
- b) En el capítulo segundo, el sustentante realiza un estudio histórico de la libertad de empresa, haciendo énfasis en los rasgos esenciales que, en la actualidad, tiene la libertad de empresa en el sistema jurídico mexicano.

- c) En el capítulo tercero, el tesista realiza un estudio profundo de la libertad de empresa en el derecho internacional y en el derecho comparado.
- d) En el capítulo cuarto, el tesista aterriza su propuesta principal, pues ahí realiza un estudio crítico-propositivo de qué significa y cómo debe interpretarse la libertad de empresa en el derecho mexicano.
- e) Finalmente, en el apartado de propuestas, el tesista sugiere como propuesta periférica el reconocer expresamente la libertad de empresa como un derecho fundamental en el seno de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mediante una enmienda al Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La investigación en comento presenta un estudio profundo de lo que significa la libertad de empresa en el derecho mexicano, con lo que presenta una forma de entender los derechos fundamentales que mejor protege y tutela la actividad que desarrollan los micro, pequeños y medianos empresarios en la actividad económica de nuestro país.

En virtud de lo expuesto y razonado anteriormente, manifiesto a usted que, en mi carácter de revisor de la tesis que nos ocupa, la apruebo plenamente a efecto de que el interesado pueda continuar con los trámites pertinentes para la celebración de su examen profesional, otorgando en consecuencia mi **VOTO APROBATORIO**.

ATENTAMENTE



DR. VÍCTOR MANUEL CASTRILLÓN Y LUNA
Profesor Investigador de Tiempo Completo
del Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos



Universidad Autónoma
del Estado de Morelos

Coordinación de la División de Estudios Superiores de Posgrado



Cuernavaca, Morelos a 26 de septiembre de 2019.
Of. 279/09/19/DESFD

DR. VÍCTOR MANUEL CASTRILLÓN Y LUNA
PROFESOR INVESTIGADOR DE TIEMPO COMPLETO
Presente

Por este conducto, me permito informarle que ha sido nombrado miembro de la Comisión Revisora en el trabajo de tesis intitulado: **"LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO MEXICANO. SU SIGNIFICADO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN Y DE LOS DERECHOS HUMANOS"** del alumno **C. JUAN LUÍS GARCÍA ARELLANO**, del Programa Educativo de Doctorado en Derecho y Globalización acreditado ante el **PNPC (CONACYT)**.

La aceptación del cargo solicitado, implica la responsabilidad de revisar la metodología teórica y práctica del alumno en la elaboración del trabajo de investigación, para lo cual cuenta usted con un **periodo de 5 días** contados a partir de la fecha de aceptación, haciendo notar que hasta en tanto la alumna realice las observaciones que usted le señale de forma y de fondo tendientes a la mejora de la investigación, no se emitirá el voto correspondiente.

Sin más por el momento, quedo de usted.

ATENTAMENTE
"POR UNA HUMANIDAD CULTA"

MTRO. PEDRO HURTADO OBISPO
COORDINADOR DEL PROGRAMA EDUCATIVO

Acepto: _____

No acepto: _____

Fecha: 11/10/19

Omr***

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Teléfono: 3.29.70.42 posgradoderecho@uaem.mx



Bernardo Alfonso Sierra Becerra
Doctor en Derecho
Doctor en Ciencias Políticas y Sociales



Facultad de Derecho y C.S. UAEM

Profesor de Asignatura

Cuernavaca, Morelos, octubre 9 de 2019.

DR. VÍCTOR MANUEL CASTRILLÓN Y LUNA
JEFE DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS
SUPERIORES DE LA FDCYS DE LA UAEM.
P R E S E N T E .

Me permito hacer de su conocimiento que he terminado de revisar el trabajo de investigación del alumno **Juan Luis García Arellano**, intitulado *“La libertad de empresa en el derecho mexicano. Su significado en la era de la globalización y de los derechos humanos”*, del programa educativo de Doctorado en Derecho y Globalización.

De la lectura y análisis que se realiza del trabajo en comento, devienen los siguientes comentarios:

La metodología empleada parte de conocer los aspectos generales a los aspectos particulares, utilizando como técnicas de investigación principalmente la documental.

El trabajo de investigación contiene apartados teóricos y conceptuales que dan sustento a su investigación. La estructura de la investigación tiene un orden lógico y coherente, asimismo, el sustentante realiza análisis argumentativos interesantes.

La investigación en criterio del suscrito cumple con el requisito de manejar fuentes de información suficientes y bastantes, sobre el tema planteado.



Bernardo Alfonso Sierra Becerra
Doctor en Derecho
Doctor en Ciencias Políticas y Sociales



Facultad de Derecho y C.S. UAEM

Profesor de Asignatura

En suma y tomando en consideración lo señalado hasta ahora, considero que se trata de una investigación de calidad, presentando una contribución científica en la materia, por lo que emito **mi voto aprobatorio**, deseando que el sustentante tenga un excelente desempeño en su examen profesional que realizará en breve y continúe el éxito profesional que le caracteriza.

ATENTAMENTE



Universidad Autónoma
del Estado de Morelos

Coordinación de la División de Estudios Superiores de Posgrado



Cuernavaca, Morelos a 26 de septiembre de 2019.
Of. 279/09/19/DESFD

DR. BERNARDO ALFONSO SIERRA BECERRA
PROFESOR INVESTIGADOR DE TIEMPO COMPLETO
Presente

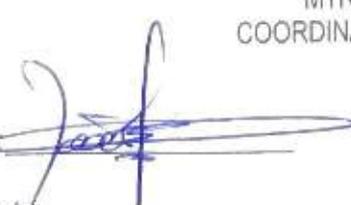
Por este conducto, me permito informarle que ha sido nombrado miembro de la Comisión Revisora en el trabajo de tesis intitulado: **"LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO MEXICANO. SU SIGNIFICADO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN Y DE LOS DERECHOS HUMANOS"** del alumno **C. JUAN LUÍS GARCÍA ARELLANO**, del Programa Educativo de Doctorado en Derecho y Globalización acreditado ante el **PNPC (CONACYT)**.

La aceptación del cargo solicitado, implica la responsabilidad de revisar la metodología teórica y práctica del alumno en la elaboración del trabajo de investigación, para lo cual cuenta usted con un **periodo de 5 días** contados a partir de la fecha de aceptación, haciendo notar que hasta en tanto la alumna realice las observaciones que usted le señale de forma y de fondo tendientes a la mejora de la investigación, no se emitirá el voto correspondiente.

Sin más por el momento, quedo de usted.

ATENTAMENTE
"POR UNA HUMANIDAD CULTA"

MTRO. PEDRO HURTADO OBISPO
COORDINADOR DEL PROGRAMA EDUCATIVO

Acepto: 

No acepto: _____

Fecha: 7/10/2019

Omr***

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Teléfono: 3.29.70.42 posgradoderecho@uaem.mx



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS

DR. VÍCTOR MANUEL CASTRILLÓN Y LUNA
JEFE DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS SUPERIORES DE POSGRADO
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS
P R E S E N T E:

Por medio de la presente tengo el gusto de dirigirme a usted, además de enviarle un cordial y atento saludo, para hacer de su conocimiento que, en mi carácter de revisor de la tesis tendiente a la obtención del grado académico de Doctor en Derecho y Globalización, dentro del programa de Doctorado en Derecho y Globalización acreditado ante el PNPC (CONACYT), elaborada por el alumno **JUAN LUIS GARCÍA ARELLANO**, con matrícula número **6920140701**, y que se denomina "**LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO MEXICANO. SU SIGNIFICADO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN Y DE LOS DERECHOS HUMANOS**", previa revisión y correcciones propuestas por el suscrito, tengo a bien hacer de su conocimiento que la investigación que nos ocupa, en mi consideración, se ha concluido de manera satisfactoria, por lo que otorgo mi **VOTO APROBATORIO**.

En virtud de lo anterior, manifiesto que la apruebo en su totalidad, a efecto de que el interesado pueda continuar con los trámites tendientes a la celebración de su examen profesional.

La presente se extiende en la ciudad de Cuernavaca, Morelos, a los once días del mes de octubre de dos mil diecinueve, para los efectos conducentes.

ATENTAMENTE

DR. FRANCISCO XAVIER GARCÍA JIMÉNEZ
Profesor Investigador de Tiempo Completo
del Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos



Universidad Autónoma
del Estado de Morelos

Coordinación de la División de Estudios Superiores de Posgrado



Cuernavaca, Morelos a 26 de septiembre de 2019.
Of. 279/09/19/DESFD

DR. FRANCISCO XAVIER GARCÍA JIMÉNEZ
PROFESOR INVESTIGADOR DE TIEMPO COMPLETO
Presente

Por este conducto, me permito informarle que ha sido nombrado miembro de la Comisión Revisora en el trabajo de tesis intitulado: **"LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO MEXICANO. SU SIGNIFICADO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN Y DE LOS DERECHOS HUMANOS"** del alumno C. **JUAN LUÍS GARCÍA ARELLANO**, del Programa Educativo de Doctorado en Derecho y Globalización acreditado ante el PNPC (CONACYT).

La aceptación del cargo solicitado, implica la responsabilidad de revisar la metodología teórica y práctica del alumno en la elaboración del trabajo de investigación, para lo cual cuenta usted con un **periodo de 5 días** contados a partir de la fecha de aceptación, haciendo notar que hasta en tanto la alumna realice las observaciones que usted le señale de forma y de fondo tendientes a la mejora de la investigación, no se emitirá el voto correspondiente.

Sin más por el momento, quedo de usted.

ATENTAMENTE
"POR UNA HUMANIDAD CULTA"

MTRO. PEDRO HURTADO OBISPO
COORDINADOR DEL PROGRAMA EDUCATIVO

Acepto: SI

No acepto: _____

Fecha: 10/09/2019

Omr*** [Firma]

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Teléfono: 3.29.70.42 posgradoderecho@uaem.mx



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS

Cuernavaca, Morelos a 23 de octubre de 2019.

**MTRO. PEDRO HURTADO OBISPO
COORDINADOR DEL PROGRAMA EDUCATIVO
DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES
P R E S E N T E.**

Por medio de la presente me dirijo a usted para manifestarle que habiendo sido designado por usted como miembro de la comisión revisora en el desarrollo del trabajo de tesis tendente a la obtención del grado académico de Doctor en Derecho y Globalización, dentro del programa de Doctorado en Derecho y Globalización acreditado ante el PNPC (CONACYT), elaborado por el Maestro en Derecho **JUAN LUIS GARCÍA ARELLANO**, y que se intitula "**LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO MEXICANO. SU SIGNIFICADO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN Y DE LOS DERECHOS HUMANOS**", dicha investigación a mi parecer se ha concluido satisfactoriamente, por lo que otorgo mi **VOTO APROBATORIO**, ya que se trata de un trabajo de investigación original, en el cual el sustentante demuestra la hipótesis que plantea y en la que sigue métodos de investigación científica, y un sustento en el derecho interno, contrastado y analizado en relación al derecho internacional y en al derecho comparado, con una amplia y especializada fuente de consultas que refuerzan su aparato crítico, y que incluye también las conclusiones y propuestas, con una propuesta de modificación al Protocolo de San Salvador que aterriza la misma a un instrumento jurídico internacional.

Por todo lo anterior, manifiesto a usted que, en mi carácter de revisor de la citada investigación, la apruebo plenamente a efecto de que el interesado pueda continuar con los trámites pertinentes para la celebración de su examen recepcional.

ATENTAMENTE

DR. RICARDO TAPIA VEGA
Profesor de Tiempo Completo "C" de
la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UAEM



Universidad Autónoma
del Estado de Morelos

Coordinación de la División de Estudios Superiores de Posgrado



Cuernavaca, Morelos a 26 de septiembre de 2019.
Of. 279/09/19/DESFD

DR. RICARDO TAPIA VEGA
PROFESOR DE ASIGNATURA
Presente

Por este conducto, me permito informarle que ha sido nombrado miembro de la Comisión Revisora en el trabajo de tesis intitulado: **"LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO MEXICANO. SU SIGNIFICADO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN Y DE LOS DERECHOS HUMANOS"** del alumno **C. JUAN LUÍS GARCÍA ARELLANO**, del Programa Educativo de Doctorado en Derecho y Globalización acreditado ante el **PNPC (CONACYT)**.

La aceptación del cargo solicitado, implica la responsabilidad de revisar la metodología teórica y práctica del alumno en la elaboración del trabajo de investigación, para lo cual cuenta usted con un **periodo de 5 días** contados a partir de la fecha de aceptación, haciendo notar que hasta en tanto la alumna realice las observaciones que usted le señale de forma y de fondo tendientes a la mejora de la investigación, no se emitirá el voto correspondiente.

Sin más por el momento, quedo de usted.

ATENTAMENTE
"POR UNA HUMANIDAD CULTA"

MTRO. PEDRO HURTADO OBISPO
COORDINADOR DEL PROGRAMA EDUCATIVO

Acepto: _____

No acepto: _____

Fecha: 17/09/19

Omr***

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Teléfono: 3.29.70.42 posgradoderecho@uaem.mx

Cuernavaca, Morelos a 23 de octubre de 2019.

DR. VÍCTOR MANUEL CASTRILLÓN Y LUNA
JEFE DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS SUPERIORES DE POSGRADO
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS
P R E S E N T E:

Por medio de la presente me dirijo a usted, en mi carácter de REVISOR EXTERNO de la tesis titulada **“LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO MEXICANO. SU SIGNIFICADO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN Y DE LOS DERECHOS HUMANOS”**, elaborada por el maestro en derecho **JUAN LUIS GARCÍA ARELLANO**, con número de matrícula **6920140701**, para la obtención del grado académico de Doctor en Derecho y Globalización dentro del programa acreditado ante el PNPC (CONACYT) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, manifestándole que el sustentante atendió todas y cada una de las observaciones formuladas, por lo que, en consecuencia, otorgo mi **VOTO APROBATORIO**.

La tesis que nos ocupa se aprueba en su totalidad, por lo que manifestó mi conformidad para que el sustentante pueda continuar con los trámites necesarios para la celebración de su examen profesional.

ATENTAMENTE



DR. JOSÉ JUAN RAMOS MILLÁN



Universidad Autónoma
del Estado de Morelos

Coordinación de la División de Estudios Superiores de Posgrado



Cuernavaca, Morelos a 26 de septiembre de 2019.
Of. 279/09/19/DESFD

DR. JOSÉ JUAN RAMOS MILLÁN
PROFESOR EVALUADOR EXTERNO
Presente

Por este conducto, me permito informarle que ha sido nombrado miembro de la Comisión Revisora en el trabajo de tesis intitulado: **"LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO MEXICANO. SU SIGNIFICADO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN Y DE LOS DERECHOS HUMANOS"** del alumno **C. JUAN LUÍS GARCÍA ARELLANO**, del Programa Educativo de Doctorado en Derecho y Globalización acreditado ante el PNPC (CONACYT).

La aceptación del cargo solicitado, implica la responsabilidad de revisar la metodología teórica y práctica del alumno en la elaboración del trabajo de investigación, para lo cual cuenta usted con un **periodo de 5 días** contados a partir de la fecha de aceptación, haciendo notar que hasta en tanto la alumna realice las observaciones que usted le señale de forma y de fondo tendientes a la mejora de la investigación, no se emitirá el voto correspondiente.

Sin más por el momento, quedo de usted.

ATENTAMENTE
"POR UNA HUMANIDAD MELTA"

MTRO. PEDRO HUERTADO OBISPO
COORDINADOR DEL PROGRAMA EDUCATIVO

Acepto:  _____

No acepto: _____

Fecha: 18 de 19

Omr***

Cuernavaca, Morelos a 23 de octubre de 2019.

DR. VÍCTOR MANUEL CASTRILLÓN Y LUNA
JEFE DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS SUPERIORES DE POSGRADO
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS
P R E S E N T E:

PAULINO ERNESTO ARELLANES JIMÉNEZ, en mi carácter de **REVISOR EXTERNO**, manifiesto que **APRUEBO EN SU TOTALIDAD** la tesis titulada **“LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO MEXICANO. SU SIGNIFICADO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN Y DE LOS DERECHOS HUMANOS”**, elaborada por el maestro en derecho **JUAN LUIS GARCÍA ARELLANO**, con número de matrícula **6920140701**, para la obtención del grado académico de Doctor en Derecho y Globalización dentro del programa acreditado ante el PNP (CONACYT) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.

El sustentante atendió puntualmente todas y cada una de las observaciones formuladas por el suscrito, por lo que, en consecuencia, otorgo mi **VOTO APROBATORIO** y manifestó mi conformidad para que el sustentante pueda continuar con los trámites necesarios para la celebración de su examen profesional.

ATENTAMENTE



DR. PAULINO ERNESTO ARELLANES JIMÉNEZ



Universidad Autónoma
del Estado de Morelos

Coordinación de la División de Estudios Superiores de Posgrado



Cuernavaca, Morelos a 26 de septiembre de 2019.
Of. 279/09/19/DESF

DR. PAULINO ERNESTO ARELLANES JIMÉNEZ
PROFESOR EVALUADOR EXTERNO
Presente

Por este conducto, me permito informarle que ha sido nombrado miembro de la Comisión Revisora en el trabajo de tesis intitulado: **"LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO MEXICANO. SU SIGNIFICADO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN Y DE LOS DERECHOS HUMANOS"** del alumno **C. JUAN LUÍS GARCÍA ARELLANO**, del Programa Educativo de Doctorado en Derecho y Globalización acreditado ante el **PNPC (CONACYT)**.

La aceptación del cargo solicitado, implica la responsabilidad de revisar la metodología teórica y práctica del alumno en la elaboración del trabajo de investigación, para lo cual cuenta usted con un **período de 5 días** contados a partir de la fecha de aceptación, haciendo notar que hasta en tanto la alumna realice las observaciones que usted le señale de forma y de fondo tendientes a la mejora de la investigación, no se emitirá el voto correspondiente.

Sin más por el momento, quedo de usted.

ATENTAMENTE
"POR UNA HUMANIDAD CULTA"

MTRO. PEDRO HURTADO OBISPO
COORDINADOR DEL PROGRAMA EDUCATIVO

Acepto: Si

No acepto: _____

Fecha: 18-10-2019

Omr***

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Teléfono: 3.29.70.42 posgradoderecho@uaem.mx

DR. VÍCTOR MANUEL CASTRILLÓN Y LUNA
JEFE DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS SUPERIORES DE POSGRADO DE LA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS.
P R E S E N T E.

En relación al trabajo de tesis intitulado: "LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO MEXICANO. SU SIGNIFICADO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN Y DE LOS DERECHOS HUMANOS", que presenta el C. Maestro JUAN LUIS GARCÍA ARELLANO, con el objeto de optar por el grado de DOCTOR EN DERECHO Y GLOBALIZACIÓN en el Programa Educativo de Doctorado en Derecho y Globalización, acreditado como programa de calidad ante el PNPC de CONACYT, y en el cual se me ha concedido el honor de designarme como miembro de la Comisión Revisora, me permito manifestarle lo siguiente:

PRIMERO.- Después de haber realizado el estudio y revisión minuciosa del contenido del trabajo de investigación antes mencionado, sobre el cual me permito manifestar que he constatado cumple de manera plena con la metodología que una investigación jurídica de este nivel requiere, y considerando además que el C. Maestro JUAN LUIS GARCÍA ARELLANO, ha desarrollado un trabajo de tipo analítico-propositivo para atender el problema materia de la investigación, **tengo el agrado de otorgar MI VOTO APROBATORIO** a dicha tesis de grado, misma que la sustentante deberá exponer y defender al momento de presentar su examen de grado.

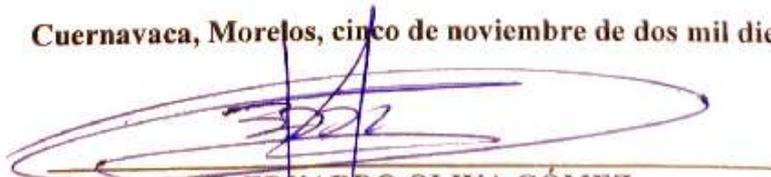
SEGUNDO.- La investigación jurídica que presenta el C. JUAN LUIS GARCÍA ARELLANO, es un trabajo interesante en el que se hace un estudio relacionado con la propuesta de la regulación de las empresas como un derecho fundamental en el sistema jurídico mexicano.

En el aspecto metodológico se cumplen con las reglas y características que debe observarse en un trabajo de investigación de esta naturaleza y además se recurre a la consulta de una amplia, actual y reconocida bibliografía.

Como consecuencia de la revisión realizada a dicho trabajo de investigación, reitero con agrado, **otorgar mi VOTO APROBATORIO** y felicito al C. Maestro JUAN LUIS GARCÍA ARELLANO, por el logro alcanzado en la culminación de su trabajo de tesis, el cual considero lo sustentará y defenderá con calidad al momento de presentar su examen de grado.

Sin otro particular, le reitero mi afecto y le envío un cordial saludo.

Cuernavaca, Morelos, cinco de noviembre de dos mil diecinueve.



DR. EDUARDO OLIVA GÓMEZ.
PROFESOR INVESTIGADOR DE TIEMPO COMPLETO.



Universidad Autónoma
del Estado de Morelos

Coordinación de la División de Estudios Superiores de Posgrado



Cuernavaca, Morelos a 26 de septiembre de 2019.
Of. 279/09/19/DESF

DR. EDUARDO OLIVA GÓMEZ
PROFESOR INVESTIGADOR DE TIEMPO COMPLETO
Presente

Por este conducto, me permito informarle que ha sido nombrado miembro de la Comisión Revisora en el trabajo de tesis intitulado: **"LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO MEXICANO. SU SIGNIFICADO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN Y DE LOS DERECHOS HUMANOS"** del alumno **C. JUAN LUÍS GARCÍA ARELLANO**, del Programa Educativo de Doctorado en Derecho y Globalización acreditado ante el **PNPC (CONACYT)**.

La aceptación del cargo solicitado, implica la responsabilidad de revisar la metodología teórica y práctica del alumno en la elaboración del trabajo de investigación, para lo cual cuenta usted con un **periodo de 5 días** contados a partir de la fecha de aceptación, haciendo notar que hasta en tanto la alumna realice las observaciones que usted le señale de forma y de fondo tendientes a la mejora de la investigación, no se emitirá el voto correspondiente.

Sin más por el momento, quedo de usted.

ATENTAMENTE
"POR UNA HUMANIDAD CULTA"

MTRO. PEDRO HURTADO OBISPO
COORDINADOR DEL PROGRAMA EDUCATIVO

Acepto:

No acepto:

Fecha:

Omr***

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Teléfono: 3.29.70.42 posgradoderecho@uaem.mx