

Derecho, economía y crecimiento

Jean Claude Tron Petit*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Régimen económico-jurídico de la Constitución*. III. *Libertad*. IV. *Libertad de trabajo*. V. *Límites constitucionales generales y concretos*. VI. *Principios constitucionales que rigen el funcionamiento de los mercados*. VII. *Derecho de las empresas*. VIII. *Libre concurrencia y competencia efectiva*. IX. *Regulación multiprincipios*. X. *Interpretación jurisprudencial por la SCJN*.

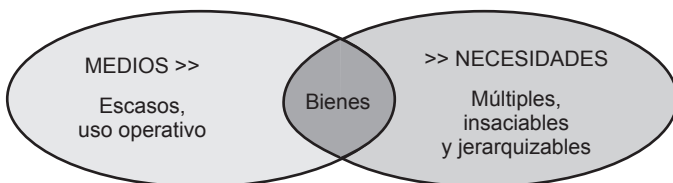
I. INTRODUCCIÓN

Las sociedades actuales se debaten en constantes y permanentes tensiones tendentes a conseguir, en la mayor medida posible, prosperidad, cohesión social y libertades; a manera de un triángulo virtuoso ideal.

Las personas que vivimos en una sociedad tenemos necesidades o fines¹ que satisfacer, y de una manera jerarquizada. Para atenderlos existen medios o recursos escasos y de uso optativo en varias actividades. El factor de enlace son los bienes o satisfactores económicos.

* Magistrado del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

¹ Biológicas, afectivas, espirituales, culturales, de seguridad, etcétera, múltiples en cantidad e insaciables por periodicidad y recurrencia de las necesidades.



Es así que con los medios o recursos se producen bienes que son capaces de resolver necesidades o alcanzar fines de las personas y comunidades.

La *economía* es la ciencia que estudia la forma en que la sociedad resuelve, de la manera más eficiente, el problema que resulta de la relación entre fines o necesidades múltiples y jerarquizables, en contraste con medios escasos y de uso operativo.

En este contexto de necesidades y la satisfacción eficiente, resulta que los principios rectores de la política social y económica son conceptos interdependientes, en tanto que los objetivos sociales que pretende alcanzar, y hasta tutela la Constitución, se apoyan en un desarrollo económico que los haga posibles y efectivos para concretar los requerimientos sociales de un Estado social y democrático de Derecho, cuyo objetivo final es el beneficio real y concreto de las personas.²

Es así que los principios axiológicos se inspiran en valores que tienden, mediante su capacidad transformadora, articulada en la normativa correspondiente, a optimizar el bienestar general (Escámez, 1994, p. 162).

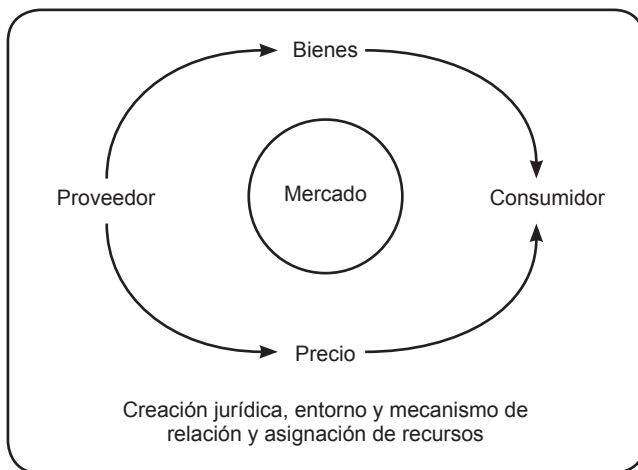
Por eso varias constituciones contemplan un régimen mixto de economía privada que alterna con participaciones estatales,³ dando pautas y cabida para modelos basados en ideologías que se antojan

² Necesidades de carácter incluso cultural, de salud, de seguridad, etcétera, requieren para ser satisfechas de una sociedad donde exista un desarrollo económico que permita financiarlo. De ahí la interdependencia y complementariedad de necesidades si se quiere espirituales y recursos materiales, como instrumentos *sine qua non*.

³ Son ejemplo de ello la Constitución española o la mexicana, entre otras, donde cohabita de manera complementaria y subsidiaria la gestión pública y la privada.

antagónicas pero, a su vez, son el presupuesto *sine qua non* para posibilitar un pluralismo en lo ideológico y en lo pragmático.

El *comercio* entendido como la forma pacífica⁴ en que las personas intercambian, de manera libre y voluntaria, bienes y servicios es la base del sistema de libre mercado.



Esta actividad requiere del reconocimiento pleno de la propiedad como institución jurídica que restringe en exclusiva el uso y aprovechamiento de ciertos bienes o prerrogativas a determinadas personas, a fin de poder comerciar —cambiar o vender—, únicamente lo que es propio. Y es así que de no estar plenamente reconocidos y garantizados en su eficacia los derechos de propiedad, se dificulta o impide el comercio ante la incertidumbre e inseguridad que en el tráfico jurídico se da, provocando, en el mejor de los casos, sólo impedimentos pero con costos de transacción que deben erogar y soportar quienes comercian. Dicho en otras palabras, al obstaculizar el flujo y funcionamiento de los mercados, el desarrollo se detiene o, de plano, no se da.

⁴ Existe otra que es violenta, como el despojo, robo o fraude (Pazos, 2006: 59).

El Derecho juega un papel crucial para el funcionamiento de los mercados⁵ y si se pretende que el desempeño económico sea bueno u óptimo, necesariamente dependerá de la idoneidad y eficacia del sistema jurídico⁶ pero, en todo caso, siempre es determinante la eficacia⁷ y eficiencia de los tribunales.

Resulta importante advertir cómo los efectos económicos son determinantes para elegir campos o ámbitos materiales donde se legisla precisamente para dotar de garantías a las transacciones. Obedece, en muchos casos, a los propósitos que los Estados se plantean como fines prioritarios de contenido social, ya que el desarrollo de las personas está encadenado, subordinado y depende del bienestar y crecimiento económico o, cuando menos, lo requiere.

En ese contexto resulta que el contenido, sustancia y finalidad de las normas jurídicas son tan vastos e indeterminados como la dinámica social, ya que sobre esa realidad o expectativa es que se plantean diversas reglas de conducta. Es así que las reglas de reconocimiento incorporan contenidos de diversa índole al sistema jurídico, además de que permiten identificar la naturaleza de las normas que lo configuran; incluso, el positivismo incluyente acepta como normas a aquellas que están más allá de lo convencional y admite la tesis del valor moral contingente del derecho y que, a partir de criterios de esa entidad, dependa la validez jurídica.

Luego, si la economía es juridificada o reconocida por el derecho, sus leyes son adoptadas por el ordenamiento jurídico, y ahora éste tiene la encomienda de obtener y alcanzar los fines económicos, pero asociados e interdependientes, también, junto con los sociales, polí-

⁵ Que son una creación jurídica para contextualizar y permitir las relaciones comerciales entre los agentes.

⁶ El desarrollo de los mercados y la economía requiere se protejan las libertades y la propiedad en todos sus aspectos (cuyo prototipo son los Estados Unidos de Norteamérica); en adición, si el énfasis se extiende al bienestar y prosperidad de los individuos y la sociedad (caso de Europa), adicionalmente se buscará enfatizar, promover y desarrollar la igualdad y la dignidad de las personas.

⁷ Su capacidad para resolver conflictos o facilitar negociaciones al tenor del artículo 17 constitucional y garantizar que las transacciones comerciales se realicen y, en caso que haya fallos o incumplimientos, éstos se corrijan.

ticos, morales, etcétera, pues todo ese variopinto conjunto viene a ser materia de regulación dentro de un sistema integrador y holista.

Así, razones extrajurídicas, como pueden ser las político-económicas, se convierten en razones del derecho y, en consecuencia, deben ahora lograrse los fines respectivos de la mejor manera posible: la óptima.⁸

Sobre el tema, James M. Buchanan (1979: 123-135) dice que:

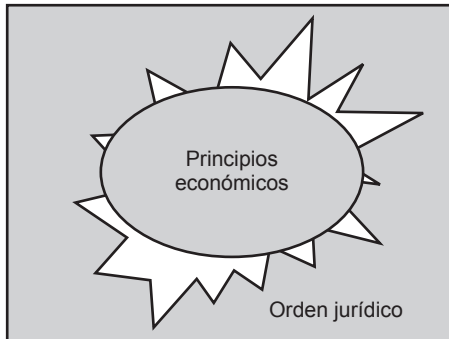
- a) la *economía*, concretamente los principios que la inspiran, determina **objetivos** y alcances expansivos de extensión o funcionalidad de ámbitos de libertad e iniciativa para los agentes económicos⁹ que apenas deben ser bloqueadas o interferidas por las restricciones, regulaciones, obligaciones o coerción que impone el derecho a las interacciones humanas; significa dejar autonomía para que puedan elegirse alternativas sin afectar la osadía y denuedo para determinar o escoger el comportamiento más idóneo;¹⁰ en cambio,
- b) el *derecho* es una estructura, armazón o **marco** pertinente para la economía que busca explicar las interrelaciones humanas dentro de un ambiente o entorno institucional que emerge y envuelve, suplido por el sistema legal que condiciona ciertas elecciones de los agentes, sobre todo por razones sociales y conducentes a una igualdad y de lealtad a reglas mínimas.

Una representación gráfica de estas ideas es la siguiente:

⁸ Para mayor detalle sobre este tema, favor de consultar Roldán (2004: p. 9).

⁹ A manera de ondas expansivas que deben ser respetadas, intocadas y dejarse funcionar libremente.

¹⁰ Imaginemos un caudal que pretendemos controlar con un dique (entendido como técnica o medio para el control de conductas como la sanción por fabricar productos piratas cuando los costos de originales son inalcanzables para muchos y la publicidad orienta y provoca compulsivamente al consumo a toda costa), si resulta inadecuado, contra-intuitivo o artificial, tarde o temprano el torrente lo desborda o destruye y, en tanto, obstaculiza y crea barreras o interferencias al flujo natural del fenómeno.



Conforme al concepto materia de este esquema, puede decirse que, como resultado de la norma de reconocimiento¹¹ y la tutela de la libertad de empresa, la economía inspira, aporta dirección, sentido, racionalidad y establece objetivos; es la sustancia, condiciones y resultados. En tanto que el derecho controla, sujeta a que se cumplan los valores y aporta medios para encauzar, fomentar o limitar, corrigiendo y controlando desvíos.

La adecuada regulación económica debe controlar o corregir mediante incentivos, pero, además, organizar a la economía sobre la base de las demandas justificadas de los individuos. El efecto final debe ser:

- organizar a la economía mediante controles; aunado a,
- dotar de significado económico a las relaciones sociales y jurídicas; incluyendo también,
- conferir una orientación y fin social y jurídico a las relaciones económicas. (Larrañaga, 2007: p. 7)

Comenta Pazos (2006: p. 81 y ss.) que para alcanzar un crecimiento económico duradero es indispensable que los gobiernos protejan los derechos de propiedad mediante la permanencia y estabilidad de los sistemas legales. La estabilidad jurídica implica institucio-

¹¹ Que hace jurídico el contenido y finalidades económicos.

nes¹² que reduzcan la incertidumbre y establezcan una estructura estable para las interacciones humanas y que desempeñan un papel clave en los costos de producción —información y negociación—.

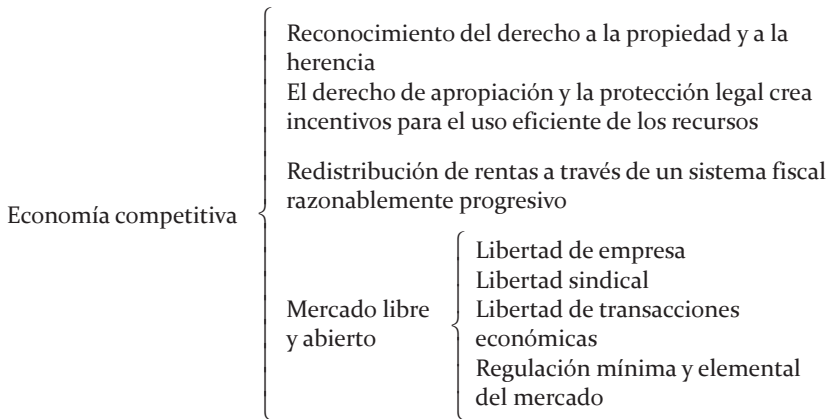
Resulta así que el *derecho* puede ser: el cauce e instrumento para que la *economía* funcione y tenga eficacia; o bien, el factor que limite y frustre los mejores planes y esfuerzos.

Para conseguir la prosperidad, el binomio —*economía-derecho*— debe actuar concertadamente y de manera dinámica a la consecución de objetivos y fines, a veces contradictorios o antitéticos, como libertad y seguridad, crecimiento e igualdad, solidaridad y cohesión, y muchas combinaciones más que, en momentos, suenan difíciles de alcanzar, pero que las circunstancias y momentos determinan buscar, construir y elegir la alternativa meritoria. La economía produce desarrollo, en tanto que la política moralizada, igualdad y justicia social. A cada una se le debe pedir lo que es capaz de producir. Por eso la convergencia que tenemos en la Constitución en el capítulo económico de normas políticas y económicas.

En efecto, las instituciones —reglas del juego que debieran tener la formalidad jurídica o cuando menos un reconocimiento práctico— afectan el desempeño de la economía debido a su efecto sobre los costos de los intercambios y de la producción. Por tanto, junto con la tecnología empleada, determinan los costos de transacción y transformación —producción— que constituyen la suma de los costos totales.

Ariño (1993: p. 98-100), en términos semejantes, considera como ingredientes de la eficiencia y condiciones para el desarrollo económico, los siguientes aspectos:

¹² Reglas de juego en una sociedad: límites puestos por el hombre (creación humana) para organizar la interacción humana. Su objetivo es reducir la incertidumbre en la medida que proporcionan una estructura a la vida diaria y son una guía para la interacción humana, ya que definen y limitan el conjunto de las elecciones de los individuos. (North Douglas C., *Neoinstitucionalismo*, resumido por Lucila Basurto, consultado en www.iigg.fsoc.uba.ar/sepure/Docencia/resumenes-clase/clases%2022y29-03/NORTH%20_integrado.doc).



Una peculiaridad de los países subdesarrollados —que por supuesto se presenta en el caso de México— es el constante cambio, inconsistencia e incoherencia de las reglas del juego —político, social y económico—, circunstancia que reduce o ahuyenta las inversiones, el ahorro y la actividad comercial. Pero, incluso de no llegar a ese extremo, de cualquier manera incrementa los costos de transacción, que inciden en reducir, encarecer, ahogar y limitar a la actividad económica.

Con igual efecto, las instituciones o la sobrerregulación que agobia a los agentes con limitaciones, complicaciones y reglamentaciones excesivas y ociosas que, a la postre, las pagamos los consumidores, ya sea, en precios mayores o en menor abasto (Pazos, 2006: p. 81).

Los campos económicos y sociales incididos y afectados de manera muy especial por las instituciones jurídicas son:

- Competencia económica
- Comercio exterior
- Inmuebles
- Telecomunicaciones
- Medios de comunicación
- Propiedad intelectual
- Energía

- Transparencia, datos personales e información comercial
- Sector financiero y bursátil
- Publicidad
- Alimentos, bebidas y medicinas
- Mejora regulatoria
- Laboral
- Eficiencia y eficacia judicial
- Comunicaciones (aéreas y ferroviarias)
- Medio ambiente y desarrollo sustentable

En este contexto, se aprecia y resulta esencial, para que los mercados funcionen eficientemente, la protección jurídica a la propiedad privada y a las libertades empresariales, aunado a la tutela y salvaguarda de los derechos de los agentes económicos a efecto de que realicen de manera óptima su función.

Es así que cuando el sistema jurídico y el poder judicial cumplen, especialmente, el cometido de seguridad jurídica y libertad de comercio, están dados los presupuestos que determinan la prosperidad y eficacia del mercado o, de no darse, el fracaso de la economía. Esa es la lección de las economías más prósperas —aunque no necesariamente las más justas e igualitarias— que a la fecha parece son la europea y japonesa.

Las nuevas tecnologías, estrategias de mercadotecnia, las necesidades e intereses cambiantes y dúctiles de los consumidores y agentes económicos determinan que el Derecho deba estar evolucionando, actualizándose y acomodándose, creando reglas *ad hoc* para facilitar, promover y no estorbar la actividad empresarial en función de las distintas circunstancias inconsistentes y novedosas del mundo económico.

II. RÉGIMEN ECONÓMICO-JURÍDICO DE LA CONSTITUCIÓN

La importancia de regular la economía nacional en muchas constituciones obedece a que, sin productividad y desarrollo económico, el bienestar social es imposible. Pero, además, el financiamiento de recursos para la consecución de los fines político-sociales y la mejora

o el mantenimiento de la calidad de vida de las personas tiene, como presupuesto o insumo indispensable, la prosperidad económica.

Dice Carbonell (2004: p.191-192) que el constitucionalismo contemporáneo supone una regulación de la economía por tener implicaciones en lo referente a:

- I) Derechos fundamentales por cuanto asegura a los particulares esferas subjetivas inmunes frente a la acción del Estado, de forma que no se pueda abolir la institución de la propiedad privada ni confiscar los bienes obtenidos lícitamente en el tráfico comercial, por poner algunos ejemplos; o bien, asegurar que el Estado pueda hacerse cargo de las obligaciones o prestaciones que le generan los derechos sociales y que suponen costos pecuniarios considerables (sistema educativo, asistencia sanitaria o sistema digno de pensiones) que la iniciativa privada no está interesada en atender o satisfacer.

Otra consideración más es que se establecen pautas referentes al margen de libertad de trabajo y de comercio, las reglas que regirán el mercado y los sectores de intervención estatal que, preferentemente, se dan en la macroeconomía, las políticas monetarias del banco central y el régimen del sector financiero, por supuesto, cuidando de mantener una política de defensa de la competencia y la regulación de servicios públicos o los que se ofrecen y demandan por el público.

- II) División de poderes para establecer regulaciones que distribuyan facultades y obligaciones entre los órganos públicos, de tal forma que la Administración proporcione una serie de servicios públicos o se reserve para sí algunas áreas estratégicas en las que la intervención de los particulares no se considera oportuna.

A partir de los años 80, la tendencia de las constituciones es reducir la regulación y retomar ideas del liberalismo que, hace años, proclamó Adam Smith con su teoría de la “mano invisible”, la cual, según ese autor, afirma, arregla y corrige muchos de los problemas que se dan en los mercados, por lo que la intervención estatal debe ser sub-

sidiaria.¹³ Es así que los embates neoliberales fundados en la experiencia práctica de los mercados más eficientes y funcionales que tenemos en la actualidad¹⁴ imponen y justifican ahora el “neoliberalismo constitucional”, que proclama la máxima libertad con la menor regulación, esto es, sólo la intervención estrictamente indispensable se acepta.

La historia constitucional en México ha sido de un marcado liberalismo en la Constitución de 1857. Este régimen reveló su insuficiencia frente a los abusos, lo que trajo como resultado que el constituyente en 1917 propusiera preceptos con signos redistributivos y de carácter social en favor de la igualdad y la educación de los campesinos y trabajadores. Tal tendencia ha evolucionado en una proliferación de los derechos económicos, sociales y culturales que son ya de aceptación casi universal.

Con las reformas de 1983 se recogen instituciones como I) la rectoría económica del Estado (25); II) la economía mixta (25 y 28); III) la planeación democrática del desarrollo (26); y IV) el banco central que defina e instrumente, con autonomía, la política y estabilidad macroeconómica, control de la inflación, paridad cambiaria, intermediación y servicios financieros (28).¹⁵

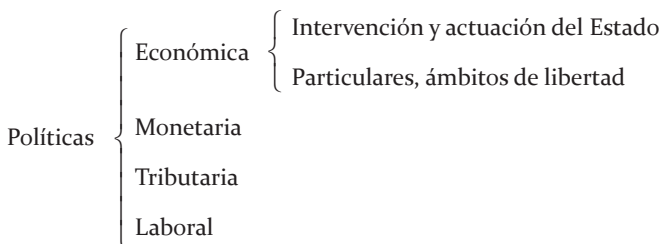
¹³ Sigue siendo válida y debe resolverse con criterios de oportunidad, mérito, conveniencia y hasta temporalero del cómo, para qué, cuándo y cuánto de la intervención del Estado. Sin embargo, en esta época debe verse con ciertas reservas y condicionamientos en razón de los intereses oligopólicos que son peculiares en las economías. Dice alguien que si Adam Smith viviera, es factible que planteara su teoría de otra manera.

¹⁴ En este sentido destaca el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, de Europa, de Asia y especialmente de China donde se busca conciliar ideologías de igualdad y prosperidad social, pero con especial tutela al derecho de propiedad que es la base de los mercados competitivos.

¹⁵ La rectoría económica, social y política requiere de una política financiera adecuada y congruente con la planeación del desarrollo para el bienestar. En el artículo 3 de la Ley Orgánica del Banco de México, se le otorgan estas facultades: a) regular la emisión y circulación de la moneda, los cambios, la intermediación y los servicios financieros, así como los sistemas de pagos; b) operar con las instituciones de crédito como banco de reserva y acreditante de última instancia; c) prestar servicios de tesorería al gobierno federal y actuar como agente financiero del mismo; d) fungir como asesor del gobierno federal en materia económica y, particularmente,

Complementa lo anterior un sistema tributario que se planea con la pretensión de ser justo, redistributivo y promotor del desarrollo (artículos 31-IV en relación ahora con el 3 y 25), así como el tradicional reconocimiento de libertades, de seguridad y tutela a la propiedad, que enmarcan al contexto global del capítulo económico de la Constitución.¹⁶

La regulación de la vida económica en la Constitución tiene como objetivo ser el medio para optimizar la productividad y, así, atender y proveer necesidades y mejores niveles de vida para la población —entendida o comprendida en una clase social especialmente tutelada como es la de los consumidores— y, para ese fin, aunado al progreso y bienestar de los agentes económicos, es que se promueve el desarrollo nacional que alcanza objetivos instrumentales también de carácter social y político. Todo esto a partir de distintas pero complementarias políticas como son:



financiera; e) participar en el Fondo Monetario Internacional y en otros organismos de cooperación financiera internacional, o que agrupen a bancos centrales, y f) operar con diversos organismos, bancos centrales y otras personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad en materia financiera.

¹⁶ Libertad de trabajo (profesión, industria, comercio) 5; seguridad 14, 16; propiedad privada pero con provecho o inclinación social 27; libre concurrencia y competencia, economía de mercado 28.

III. LIBERTAD

La libertad es un concepto que puede ser entendido como¹⁷

(Del lat. *libertas*, *-ātis*). 1. Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos.¹⁸

4. Falta de sujeción y subordinación. A los jóvenes los pierde la libertad.

5. Facultad que se disfruta en las naciones bien gobernadas de hacer y decir cuanto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres.

6. Prerrogativa, privilegio, licencia. U. m. en pl.

7. Condición de las personas no obligadas por su estado al cumplimiento de ciertos deberes.

Es un término ambiguo en tanto que implica dos conceptos y objetivos distintos como son “libertad para” y “libertad de”. El primero es de carácter sustancial y evoca a esa autonomía, potestad, habilidad o facultad que nos permite a los hombres, sin coacción, determinismo o imposición, optar o decidir, a manera de una disyunción, de entre varias opciones, por la que más nos agrade, convenga o satisfaga, especialmente atendiendo a las consecuencias. Tiene su asiento, preferentemente, en el ámbito de la voluntad¹⁹ y, en ella, pueden concurrir razones axiológicas, prácticas o de muy diversa índole. Esta capacidad de elección es un presupuesto y *conditio sine qua non* del libre albedrío.

¹⁷ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=libertad.

¹⁸ En caso que no se cumpla lo atinente a la responsabilidad, se estaría hablando de libertinaje.

¹⁹ Determinadas razones, emociones y prejuicios pueden ser determinantes. Actualmente, la publicidad, el *marketing* y los actores políticos a través de los medios, dicen respetar y coadyuvar en formar la libertad pero más bien pretenda inducir una decisión, elección o hábito de consumo. La información se estima valiosa porque coadyuva a formar una opinión pública que sea conducente a la libre elección, aunque a veces también se utiliza para deformar y condicionar a los hombres como esclavos intelectuales y emocionales; en este sentido Giovanni Sartori nos habla de ello en *Homo videns*.

La libertad implica una autonomía básica para tomar decisiones, siempre a partir de tener solventadas las necesidades y exigencias primarias o vitales, sea por causas naturales o por la dependencia que se tenga en razón de hábitos u otras circunstancias vinculantes o impuestas. Para el caso de que se tengan esas sujeciones²⁰ y carencias básicas, se entiende que hay carencia de libertad e implica cargar con servidumbres en tanto no sean superadas.

En su connotación “de”, es un valor y al mismo tiempo una potestad con vocación y funcionalidad externa a la persona.²¹

Pero al mismo tiempo, en la connotación “para”, consiste en una cualidad *intuitu personae* que en el extremo positivo es el libre albedrío, y en el negativo, el determinismo. Este concepto, en la generalidad, oscila en zonas de gris con más o menos intensidad.

Por otra parte, no tiene eficacia alguna conceder libertad jurídica “de” a las personas si en su interior están encadenadas “para” tomar decisiones con autonomía. La libertad “para” es equivalente a la interior, capaz de darnos sensibilidad y opciones en lo emocional y discernir valores y fines más allá de lo que puede concebir una máquina, con la posibilidad de crear y construir aún en la adversidad. La falta de esa libertad produce una insensibilidad y aplanamiento de nuestros sentidos y emociones, ámbito en el que reaccionamos sólo a las pasiones más bajas y destructivas del ser humano.

Para algunos autores,²² la política liberal debe tener una concepción personalista de la sociedad, no colectivista, y el hombre creador, inteligente y libre debe ser el centro y a quien hay que servir, no al Estado ni a instituciones políticas, sociales o religiosas que pretendan poner-

²⁰ Que pueden operar como ataduras, grilletes, cadenas, dependencias, ligaduras o vínculos. “Liberar” al hombre de aquellas necesidades y exigencias más primarias: el hambre, la enfermedad, la ignorancia, la esclavitud económica que al que las padece le impiden, de raíz, tomar cualquier decisión verdaderamente humana. La protección social como objetivo de la libertad es la clave del bienestar y riqueza de hombres y países, ésa es una razón fundamental que distingue a los países desarrollados y a los que están en vías de desarrollo (Ariño, 1993: p. 15).

²¹ Libertad de expresión, trabajo, tránsito, etcétera, que tiene una vertiente social y jurídica. Sólo en la medida que tenga eficacia y plenitud en ese ámbito será posible pretender un enfoque social o comunitario que favorezca al interés público.

²² Como es el caso de Ariño (1993: p. 14), con una tendencia al derecho natural.

lo al servicio de sus fines; el hombre es titular de derechos inalienables, inherentes a su naturaleza y origen, anteriores al Estado y a la Ley que, por ningún motivo, pueden ser violados.

La segunda acepción es de carácter formal y se relaciona con el título y facultad de exigencia, respeto y garantía que tenemos ante autoridades o particulares para hacer uso de la libertad sustantiva o autonomía de la voluntad. En este sentido, los conceptos libertad de trabajo, de expresión, de conciencia, derecho a la información, etcétera.

Conviene aclarar que la política y el derecho no pueden hacer al hombre internamente libre —dotarle de una libertad para— pero sí establecer un entorno, contexto o marco social en el cual aquélla sea posible, sirviendo, promoviendo mejores niveles de riqueza y bienestar, asegurando oportunidades para todos, pero sin convertirse en aparato de dominación. Estas ideas son las que en la jurisprudencia norteamericana justifican la validez de las leyes a la luz del *due process of law* sustantivo.

Es así que tener la habilidad o aptitud para elegir y ejercer nuestras voliciones es diferente de tener el derecho o título jurídico para hacer uso de esa potestad del alma o del espíritu.

Otra idea general sobre el tema es:²³

Libertad, capacidad de autodeterminación de la voluntad, que permite a los seres humanos actuar como deseen. En este sentido, suele ser denominada libertad individual. El término se vincula al de la soberanía de un país en su vertiente de 'libertad nacional'. Aunque desde estas perspectivas tradicionales la libertad puede ser civil o política, el concepto moderno incluye un conjunto general de derechos individuales, como la igualdad de oportunidades o el derecho a la educación.

En un contexto jurídico, la libertad se conceptúa como

Ausencia de toda coacción, de toda opresión sobre las gentes, para que cada uno pueda adoptar las decisiones como seres verdaderamente humanos. La libertad es capacidad de disposición, de decisión no forzada

²³ <http://es.wikipedia.org/wiki/Libertad>.

por nadie, y en ello consiste la grandeza máxima del hombre (Ariño, 1993: p. 14).

Algunas citas sobre la libertad son:²⁴

- “La libertad política es la condición previa del desarrollo económico y del cambio social”: John Fitzgerald Kennedy.
- “Nadie combate la libertad; a lo sumo combate la libertad de los demás. La libertad ha existido siempre, pero unas veces como privilegio de algunos, otras veces como derecho de todos”: Karl Marx.

En la cotidianeidad tenemos que los conflictos surgen por deficiencias de libertades concretas —que se reclaman con la vocación de ser útiles y tener un sentido y aplicación práctica— y no se dan por supuestos de una libertad en abstracto.

Resumiendo algunas ideas, tenemos que la libertad no es un fin *per se* sino una de las claves, instrumentos o medios para alcanzar el desarrollo, dignidad, bienestar, riqueza y felicidad de los hombres.

Las ideas anteriores se dan en un contexto ideal o utópico, a partir del cual se considera bueno o moralmente neutro al hombre. Sin embargo, eso no es real, ya que el ser humano es malo y hasta perverso, al grado de que Hobbes propone la tesis de que el hombre es el lobo del hombre, “*homo homini lupus*”, especialmente porque está en una constante competencia con los demás hombres, lo que conduce a la aparición de la envidia y el odio y, finalmente, a la guerra. Correlativamente, para san Pablo “no hay quien haga lo bueno, no hay ni siquiera uno”.²⁵

En razón de esta realidad y evidencias se requiere que la libertad sea controlada en la medida y posibilidad de que pueden darse abusos y excesos de los más fuertes, inteligentes o mejor dotados que degeneran en libertinaje²⁶ cuando la libertad se ejerce sin responsabilidad, respeto y amor.

²⁴ *Ídem*.

²⁵ Carta a los romanos, 3:12.

²⁶ Desenfreno en las obras o en las palabras, falta de respeto a la religión.

Usualmente se reconoce que las personas somos libres de hacer todo lo que no está prohibido y, en el punto opuesto, se tiene que la justificación o valor de las restricciones radica en que los demás también tienen libertades que no debemos de impedir o disminuir por un ejercicio abusivo de las propias, o bien, porque existen otras razones conducentes para la igualdad, bienestar y superación de las personas en general; de ahí, el concepto de leyes prohibitivas por razones de orden público. La libertad es indivisible pero no ilimitada,²⁷ ya que la libertad individual o del más fuerte no puede anular la de los demás y, así, los intereses comunitarios se justifican en función de un mejor servicio o de la mayor protección a la libertad de cada persona, pero en el contexto de una sociedad abierta.

Tratadistas de la talla de Ariño (1993: p. 96-97) consideran que una sociedad libre requiere de varios elementos o componentes tales como:

- Constitución democrática dotada de pesos y contrapesos de modo que el poder frene al poder, el objetivo es la organización del poder en un sistema que se autocontrole o compense (*checks and balances*).
- Derechos fundamentales reconocidos y funcionales en favor de todas las personas, sin excepción y sin posibilidades de negociación, que es la razón del Estado y el marco o formato de la ley.
- Tribunales independientes capaces de concluir en un garantismo eficaz al interpretar, decidir y ejecutar la ley en la solución de los conflictos cotidianos. Los derechos fundamentales no requieren demasiado desarrollo legislativo, basta con formularlos y poder acudir a los tribunales directamente en apoyo o defensa de ellos con base en la Constitución; lo importante es que estos órganos los hagan valer y sean respetados por autoridades y particulares. Por tanto, si no hay tribunales

²⁷ Debe entenderse justificada por un bien tutelado en armonía con los de otros también tutelados.

independientes y eficientes, no hay derechos fundamentales. Son sólo *flatus vocis*.

Estas razones, en mucho, son las determinantes de por qué se privatiza el servicio público de impartición de justicia a través de arbitraje y medios alternos, ya que el desarrollo y la economía pujante no toleran tribunales ineficientes y anquilosados, ajenos a una dinámica social que debe ser protegida y fomentada de manera razonable e inteligente, diría yo. La justicia lenta e ineficiente para controlar no tiene alternativas de perdurar ni futuro prometedor.

- Una economía abierta y competitiva descansa y requiere de un reconocimiento pleno y funcionalidad de un régimen de propiedad privada y de libertades económicas —información, no barreras ni prebendas—.

Resumiendo esta ideas, se tiene:

| | | |
|-----------------|------------------------------------|---|
| Sociedad libre: | Constitución democrática | { Con pesos y contrapesos de modo que el poder frene al poder, es organización del poder (<i>checks and balances</i>) |
| | Derechos fundamentales reconocidos | { La razón del Estado Marco o formato de la ley |
| | Tribunales independientes | { Garantismo eficaz al interpretar, decidir y ejecutar Justicia lenta e ineficiente para controlar, no subsiste |
| | Economía abierta y competitiva | { Propiedad privada Libertades económicas (información, no barreras ni prebendas) |

El liberalismo defiende la reducción del Estado a sus tareas esenciales, sobre todo cuando éstas se han tenido que ampliar —por un déficit

de la iniciativa privada— a ciertas áreas vitales en las que es preciso dar cobertura a todos los ciudadanos frente a las contingencias, riesgos y necesidades que se presentan en la vida y en una cultura con tendencias al egoísmo, la discriminación, la marginación y la desigualdad (Ariño, 1993: p. 16).

En razón de estas circunstancias y realidades, comenta Ariño (1993: p. 14) que la actual brecha entre liberales y socialistas en Europa se ha reducido y ahora es, fundamentalmente, un enfoque o postura de máximos o mínimos en temas tales como libertad e intervención.²⁸

Un presupuesto que parece esencial para alcanzar la libertad es el reconocimiento y eficacia de la propiedad privada en el orden de causalidad, que sería:

Propiedad privada → libertad económica → libertad política → Libertad

Conseguir el punto de equilibrio y funcionalidad de la libertad y la igualdad a partir de un Estado rector no es fácil ni diseñable *a priori* ni a partir de presupuestos o condiciones determinados; lejos de ello, es un constante analizar la realidad, considerar las alternativas o herramientas disponibles, diseñar los planes, ponerlos en práctica y ejercer un control estratégico que corrija y rectifique en el devenir (*on the job*). Al respecto son elocuentes las siguientes palabras:

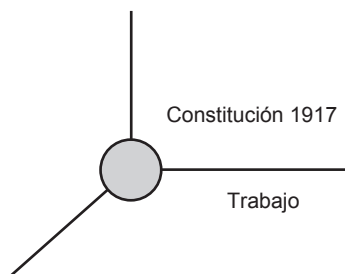
Una política liberal tiene, así, que enfrentarse con estas dos cuestiones fundamentales: cómo ordenar la sociedad para que permita al hombre, en la medida de lo posible, ser libre; y cómo organizar al Estado para que éste, sin dejar de cumplir las funciones que tiene que asumir en un Estado social, no asfixie al individuo (Ariño, 1993: p. 21).

IV. LIBERTAD DE TRABAJO

Don Antonio Carrillo Flores en alguna ocasión acuñó una expresión que es significativa sobre este aspecto constitucional. Decía que la

²⁸ Para los liberales, deben primar enfoques que favorezcan y privilegien la libertad, al máximo posible, para fomentar el desarrollo y la eficiencia, en tanto que la intervención debe ser la mínima, sólo para corregir desviaciones máximas. Los socialistas, en cambio, propugnan por la máxima intervención para favorecer y consolidar la igualdad pero también basados en un sustrato de desarrollo y eficiencia.

Revolución mexicana había tenido tres columnas o ejes fundamentales: **la tierra, el trabajo y el municipio libre**.



Y tan es así que fue en uno de los debates más enconados del Constituyente de Querétaro, donde se pudo evolucionar y superar aquel liberalismo puro que nos había heredado la Constitución del 57 y que se traducían en una manifiesta injusticia de carácter laboral, en tanto que no se hacía eco de la concepción aristotélica de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

El resultado se condensa en reconocer y tutelar la facultad del hombre para elegir o escoger, entre la multitud de ocupaciones lícitas que existen, la que más le convenga o agrade para el logro de su bienestar, superación, talentos y conveniencias, respetando su dignidad personal.

El artículo 5° protege la libertad del individuo.

Por otra parte el artículo 123 protege al trabajo como actividad en función del grupo social de trabajadores.

Como es peculiar en los derechos fundamentales, el ejercicio de esta libertad no es irrestricto o absoluto sino que está acotado por límites internos y restricciones que se justifican atendiendo al equilibrio que debe regir entre:

- I) el respeto a los derechos humanos y
- II) la facultad estatal de imponer el orden y regir la actividad particular atendiendo a los intereses de la sociedad.

Las limitaciones son auténticas prohibiciones o restricciones y, por ello, se consignan en la propia Constitución, algunas veces en forma

específica, concreta o regulativa y, en otras, sólo a título declarativo o enunciativo, remitiendo a la ley secundaria local o federal la especificación o pormenorización que deberá apegarse al texto constitucional, tal como se prevé en la Carta Magna y diversos tratados que México ha suscrito, destacando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica, por mencionar solo algunos.

A este respecto comenta Vidal (1977: p. XVII-XVIII) que las razones técnicas, demográficas, económicas, sociales y culturales, aunque se prevean en leyes, son insuficientes para restringir los derechos fundamentales, pues para ello es menester un criterio ético que debe estar al mismo o superior nivel de importancia de aquel que se pretende afectar, para tener así una adecuada justificación y legitimación de la restricción.

Esta dificultad de reglamentar y así justificar o legitimar los límites de los derechos fundamentales se acentúa cuando la Constitución se remite a términos jurídicos indeterminados o de textura abierta como pautas o parámetros de la restricción, tal y como sucede en el artículo 5º constitucional que hace referencia al concepto laxo de la ilicitud, orden público e interés social.

Sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia ha establecido el siguiente criterio:

LIBERTAD DE TRABAJO. NO ES ABSOLUTA DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE LA RIGEN (ARTÍCULO 5º, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). La garantía individual de libertad de trabajo que consagra el artículo 5º, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no es absoluta, irrestricta e ilimitada, sino que, con base en los principios fundamentales que deben atenderse, su ejercicio se condiciona a la satisfacción de los siguientes presupuestos: a) que no se trate de una actividad ilícita; b) que no se afecten derechos de terceros; y, c) que no se afecten derechos de la sociedad en general. En lo referente al primer presupuesto, la garantía constitucional cobra vigencia

en la medida que se refiera a una actividad lícita, esto es, que esté permitida por la ley. El segundo presupuesto normativo implica que la garantía no podrá ser exigida si la actividad a la que pretende dedicarse la persona conlleva a su vez la afectación de un derecho preferente tutelado por la ley en favor de otro. Finalmente, el tercer presupuesto implica que la garantía será exigible siempre y cuando la actividad, aunque lícita, no afecte el derecho de la sociedad, esto es, existe un imperativo que subyace frente al derecho de los gobernados en lo individual, en tanto que existe un valor que se pondera y asegura, que se traduce en la convivencia y bienestar social, lo que significa que se protege el interés de la sociedad por encima del particular y, en aras de ese interés mayor se limita o condiciona el individual cuando con éste puede afectarse aquél en una proporción mayor del beneficio que obtendría el gobernado [Pleno, tesis P./J. 28/99, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tomo IX, abril de 1999, p. 260].

De acuerdo con la ley, implica que ésta responda a: 1) valores, 2) principios y 3) fines de los derechos fundamentales.

V. LÍMITES CONSTITUCIONALES GENERALES Y CONCRETOS

Las limitaciones, licitud y posibilidades de intervención estatal en la libre empresa deben analizarse en el siguiente contexto:

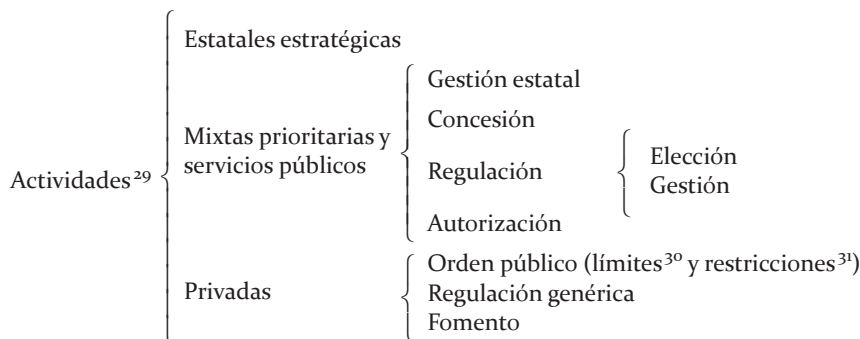
En la propia Constitución se dispone que la libertad de trabajo o de empresa tenga previstos límites que se reflejan e inciden también en la libre concurrencia, y son:

- Prohibición de monopolios, privilegios y exenciones fiscales que generen privilegios y atenten a la libre concurrencia (28).
- Precio máximo y abasto suficiente de bienes de consumo necesario y otros básicos para la economía nacional(28).
- Áreas estratégicas y banco central donde exclusivamente participa el Estado (28).
- Áreas prioritarias, servicios públicos asequibles mediante concesión o autorización especial y con una regulación muy estricta e intensa (28).

- Propiedad intelectual que otorga prerrogativas a inventores, autores, titulares de marcas, etcétera, para explotar por un tiempo los derechos patrimoniales (28).
- Sustentabilidad en el desarrollo (4 y 25).
- Orden público en general y derechos sociales tendentes a la igualdad (5 y 28).

La catalogación de las actividades económicas que se deduce de la Constitución es como sigue:

- Estatales por ser las estratégicas.
- Mixtas, son las prioritarias y los servicios públicos, en principio de la titularidad del Estado, pero que pueden ser concesionadas e intensamente reguladas.
- Privadas, donde cualquier particular puede participar con libertad de acceso, sujetas a regulación genérica por razones de orden público y de fomento.



²⁹ Quedan, *prima facie*, excluidas las funciones de policía o de Derecho público aunque la zona gris se extiende, ciertas funciones de fiscalización, otrora del exclusivo resorte incumbencia de las autoridades, ahora se concesionan, es el caso del control fiscal en España y del reconocimiento aduanero en México, etcétera.

³⁰ Internos.

³¹ Externas.

Estas ideas se concretan en el cuadro siguiente:

| | | | |
|--|---|---|--|
| | | Actividades estratégicas 25-4 y 28-4 ³² | |
| | | Actividades prioritarias 25-5 ³³ Servicios públicos (actividades económicas) 28-10 y 11 ³⁴ | |
| Libre mercado bienes y servicios al público | { | Prohibiciones | { Titularidad pública 25 Delito e ilícito 5 Afecta libre concurrencia 28 |
| | | Restricciones | Ofensa derechos sociedad 5 |
| | | Modalidades | Dicte interés público 25-6 |
| | | Regulación | { Interés general 25-2 |
| | | Fomento | |
| | | Precio y abasto | |

VI. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN EL FUNCIONAMIENTO DE LOS MERCADOS

La actividad económica y, más concretamente, la eficiencia de los mercados son instrumentos para el desarrollo que, a su vez, es un medio para lograr la dignidad, plenitud y funcionalidad de todos los intereses de las personas en materia de bienestar.

Por tanto, la actividad política, económica y jurisdiccional del Estado, al momento de tomar decisiones o verificarlas, debe darse a partir de los objetivos y referentes siguientes:

³² De la exclusiva titularidad y gestión por el Estado a través del denominado sector público.

³³ Son propias del Estado pero puede concesionar o autorizar a los sectores privado y social para que las ejerzan o participando con el sector público.

³⁴ El servicio público es una “*pars*” de la actividad administrativa, básicamente industrial o comercial, actividad o función del poder político mediante la cual se tiende a alcanzar cometidos o funciones del Estado, en la especie, de bienestar y progreso social; actividades que si bien no son necesarias al ser del Estado, sino de mera “utilidad”, resultan indispensables para la “buena vida en común”. Pueden ser concesionables a particulares.

- *Ideología política y social*, basada en los valores y los criterios de dignidad, bienestar, moral pública y desarrollo.
- *Política económica*. Esencialmente son directrices donde predomina o rige la discrecionalidad y creatividad de los actores políticos, conducente a obtener los máximos u óptimos posibles de eficiencia en cada época, sobre todo por razones de oportunidad y poca previsibilidad de las variables que convergen e interactúan, por lo que, en la práctica, no es controlable ni judicializable conforme a reglas o parámetros convencionales respecto a su desempeño en cuanto a los procedimientos y méritos.³⁵
- *Política de competencia*. Rigen criterios económicos y sociales conducentes a la productividad, desarrollo y eficiencia de agentes económicos, pero también confluyen fines redistributivos en favor de la sociedad.

Los problemas y casos críticos surgen por excesos legalistas y formalistas que desatienden la ponderación de los principios y descuidan la obtención de las mejores consecuencias. Se dan también los abusos —tanto de agentes económicos como de las autoridades— derivados de “*econotrucos*” y la imposición de modelos teóricos a veces absurdos.

La mejor solución, en la práctica, consiste en aplicar la *rule of reason*³⁶ que pretende conciliar y mediar entre la

³⁵ Entendiendo por ello la ideología, los valores, principios y directrices en que se desdobra y son elementos estructurales. Es una estrategia, actitud, manejo, régimen a partir de esos grandes derroteros. Prueba de ello son las facultades legislativas y normativas que se confieren al Ejecutivo en el artículo 131 constitucional y en la Ley de comercio exterior, así como la amplia facultad para contraer oportunos compromisos vía tratados y acuerdos, formando parte del denominado derecho y orden jurídico nacional. La idea es dejar un espacio donde se puedan asumir decisiones estratégicas al margen de formalidades y largos procedimientos parlamentarios que responden tarde a la dinámica de los mercados.

³⁶ Aunque una conducta produzca un efecto restrictivo de la competencia, si éste va acompañado por otro procompetitivo de mayor magnitud, la posibilidad de que finalmente prevalezca este último efecto neto procompetitivo permite considerar tal conducta compatible con la regulación *antitrust*.

- Eficiencia de empresas, el mercado y la competencia, sin desatender el
- Interés social y especialmente el de los consumidores y personas con menor poder adquisitivo o una posición más débil o precaria.

Otro problema puede ser que una empresa socialmente responsable y con alto grado de eficiencia y rentabilidad sea elegida por los órganos políticos para imponerle financiar gastos sociales, esto es, aprovecharse o abusar de su potencialidad y, si eso sucede, desalentará esas actitudes plausibles y cívicas.

Una política de fomento a ultranza en favor tan sólo de pequeñas y medianas empresas, así como de ayudas desproporcionadas o asimétricas, obstaculizará el crecimiento y desarrollo de las grandes.³⁷

- *Derecho de defensa de la competencia.* Consiste en normas de derecho duro y puro.

Pero, aun en este contexto, tales reglas se sustentan en dos sistemas: uno de prohibición con finalidades esencialmente restrictivas y punitivas, donde prevalecen ciertas prohibiciones denominadas *per se*; y otro de abuso, donde el poder sustancial, apenas cuando se ejerce de manera injustificada y sin algún beneficio colateral que lo legitime, es sancionado; caso este último difícil de argumentar y más aún de evaluar con referentes jurídicos formales.³⁸

³⁷ Durante años se satanizó a las empresas con poder sustancial y se les imponía una serie de límites e, incluso, eran sospechosas, *prima facie*, de prácticas anticompetitivas y abusivas. La tendencia se revierte en las decisiones de tribunales norteamericanos y europeos donde el abuso del poder sustancial debe ser efectivamente acreditado y no imputado “sólo por sospechismo”. Todo esto con el fin de promover y fomentar también la eficiencia y el crecimiento de los mercados y la economía nacional.

³⁸ La Ley Federal de Competencia Económica, en su artículo 9, prevé las prácticas absolutas que no ameritan ponderaciones; en cambio, las prácticas relativas previstas en el numeral 10 y las concentraciones en el 18 son casos donde debe ponderarse si hay abuso en el dominio del mercado y que no haya efectos colaterales o

Como resultado de esta bivalencia de sistemas surgen extremos de interpretación literal y estrictos procedimientos que parecen ser hasta ritualistas, pero también sucede que otros casos son resueltos con gran discrecionalidad, flexibilidad y sentido práctico, en razón de los conceptos jurídicos indeterminados, las directrices y principios que prevalecen y deben primar, característicos en la disciplina.

Por supuesto que estas amplias facultades pueden ser utilizadas, en ocasiones, sin una adecuada ponderación y argumentación, conduciendo a un clima de poca seguridad y confianza. Parece ser que aún no se ha conseguido rija el método *ceteris paribus* para la solución de los casos difíciles y todo queda en manos de tribunales prudentes e inteligentes que artísticamente apliquen la *rule of reason*,³⁹ donde es preciso invocar y atender a los valores, principios y directrices constitucionales.

externalidades que privilegien la eficiencia o situación de los consumidores, eventos en que las ilegalidades se pueden, válidamente, legitimar.

³⁹ Doctrina y metodología judicial que analiza ciertos abusos de poder de mercado u otras prácticas restrictivas de la competencia según las características especiales del mercado en que se desarrollan, evaluando los daños que produce a la par de los beneficios procompetitivos o de eficiencia que la práctica puede implicar y la elección de las mejores alternativas que coadyuven a optimizar resultados.

La regla de la razón es una tentativa de establecer un marco flexible para analizar la variedad casi infinita de posibles barreras o restricciones, *no per se*, en una variedad igualmente infinita de contextos posibles del mercado, Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. Balancear o ponderar ventajas y perjuicios, caso a caso o por categorías.

El tribunal ha de tener en cuenta normalmente los hechos concretos del asunto en que se produjo la práctica restrictiva, su situación antes y después de que la restricción tuviera lugar, la naturaleza de la práctica restrictiva y su efecto real y probable. Los antecedentes de la práctica restrictiva, el daño que se supone que causó, la intención o el objeto buscado con la misma, son todos hechos relevantes. Y esto no es así porque una buena intención absolverá una práctica otrora condenable, o al revés, sino porque el conocimiento de la intención ayudará al tribunal a interpretar los hechos y a predecir las consecuencias. Juez Brandeis en “Chicago Board of Trade versus United States”, 246 U.S. 1918. Soriano García, José Eugenio, *Desregulación, privatización y Derecho administrativo*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, Studia Albornotiana 1993, p. 15

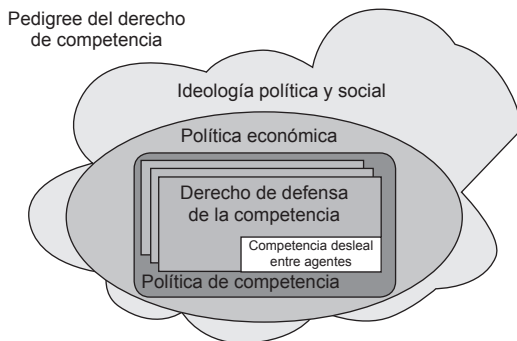
Caso emblemático en el derecho estadounidense: Un agente fija a sus distribuidores o agencias un precio fijo o mínimo con lo que elimina la competitividad en

Al fin y al cabo, el Derecho de la Competencia no es tanto de justicia sino más bien una «policía de mercados» que responde a la concepción política de la economía que haya de fondo y se ajusta a la visión política de la economía que se quiera promover en una cierta época o tendencia política.⁴⁰

- *Excepciones a prohibiciones*, especialmente fundadas por la aplicación de la *rule of reason* ante una insuficiencia práctica de regulación y la enorme cantidad de principios, consecuencias y valores que deben tutelarse y hacer que funcionen de la mejor manera en ambientes de tensión.

En resumidas cuentas, es patente la diversidad y complejidad de variables y elementos evaluatorios que, con una buena intención de flexibilizar y hacer más justas y equitativas las decisiones, al final trascienden en un clima de ambigüedad y poca certidumbre.

El siguiente esquema muestra la posición y contexto en el que se da y opera el derecho de defensa de la competencia, o *antitrust*, a manera de círculos concéntricos, ilustrativos de una jerarquía y una relación de causa efecto.

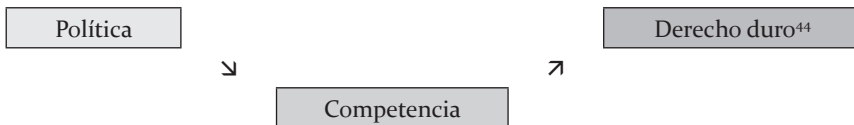


precios pero, en cambio, los incentiva a ser competitivos en proporcionar el mejor servicio, atención a cliente, disposición de partes, etcétera, lo cual es más conveniente, eficiente y redituable para los consumidores, por lo que se legitima la restricción ante el mayor peso del beneficio procompetitivo en favor de los consumidores.

⁴⁰ http://www.cincodias.com/articulo/opinion/dimension/mercado/frente/competencia/cdscdi/20070402cdscdiopi_6/Tes/.

El fin de la política económica⁴¹ es la mejora de la economía nacional y, finalmente, de la población a través de medios indirectos que facilitan o hacen posible la competencia, cuyas metas son, principalmente:

- Efectos de la eficiencia
- Distribución de la riqueza
- Mejora del desarrollo tecnológico
- Bienestar de los consumidores (Ginebra, 2001: p. 5).



Los mercados⁴³ entendidos como el ámbito en que coinciden: a) demandantes y b) oferentes de mercancías y servicios para intercambiarlos de manera libre y voluntaria,⁴⁴ requieren para su funcionamiento de:

- acceso libre al mercado, libre concurrencia de agentes (oferentes y demandantes) sin barreras que obstaculicen,
- derechos de propiedad⁴⁵ reconocidos y tutelados por los tribunales en caso de convenciones incumplidas, e
- información pertinente para una plena participación.

⁴¹ De la que forma parte y es dependiente se tiene a la política de competencia como una parte de la económica.

⁴² Esta expresión viene a ser muy relativa y variable en la medida en que las decisiones de política influyen en el contenido, sentido e interpretación, oportunista y “temporalera” de las reglas jurídicas que deben cooperar y no estorbar a los fines y planes nacionales; de ahí, una de las razones que la *rule of reason* tenga una marcada y definitiva superioridad sobre criterios formalistas basados en la *rule of law*

⁴³ Conjunto de reglas e instituciones que orientan, rigen, controlan y reparan las conductas humanas de los agentes, para hacer posible de la manera más eficiente los intercambios conducentes a la mejora de personas.

⁴⁴ El resultado es que ambos ganan en tanto que para cada uno el bien que adquiere representa una utilidad marginal mayor que la del bien que poseía antes del intercambio.

⁴⁵ Implica que estén reconocidos institucionalmente con reglas, y su funcionalidad y flujos, garantizados por tribunales. Lo importante no es sólo considerar qué es la propiedad sino cuáles deben ser los EFECTOS y CONSECUENCIAS y qué tanto SE CUMPLEN éstos. ¿Realmente se da seguridad para la inversión, el ahorro y el fomento

Para alcanzar los fines que un modelo económico de libre mercado requiere, son imprescindibles los instrumentos jurídicos que definan reglas y garanticen su funcionalidad. La síntesis de esos fines es:

Derecho adecuado para {
Eficiencia de agentes Optimalidad (Pareto)
Competencia Mercado eficiente

Los Estados, y más concretamente los gobiernos, en lo concerniente a su política respecto a la competencia, deben obrar en dos direcciones que, en ocasiones, pueden parecer opuestas y hasta contradictorias, propias de un dilema, pero que en realidad son complementarias en relación con la concurrencia, en los siguientes términos:

Competencia {
Promover {
Desarrollo
Libertad (objetivo haya más ricos)⁴⁶
Igualdad (objetivo haya menos pobres y diferencias)⁴⁷
Control {
Indebida competencia
Fallos de mercado
Barreras y abusos en exclusividad⁴⁸

a los emprendedores? ¿Es práctica y útil la regulación y su aplicación por operadores y, especialmente, tribunales?

⁴⁶ Son las ideas de la Escuela de Chicago, de la que es un ilustre representante Richard Posner. Para los seguidores de esta escuela, lo importante es que el pastel sea lo más grande posible, y todo lo que coadyuve al desarrollo y crecimiento es justificado.

⁴⁷ Son las tendencias europeas y norteamericanas más recientes y de carácter social cuyo objetivo es el crecimiento pero como un medio para un más equitativo reparto. Parece ser que ésa es la ideología que permea en la Constitución mexicana. No es un objetivo ni un fin de los mercados sino de la política social que se impone y matiza como expresión de moral pública a la actividad económica y social

⁴⁸ Para Engels y Marx, el Derecho igualitario es de corte burgués y es parte de un Estado que resulta ser un instrumento de dominación de clase que impide la circulación e intercambio de bienes y el reparto de la riqueza en tanto es la patente o título en que se escudan los capitalistas para someter y mantener en pobreza al proletariado. En el otro extremo, para Foucault, el Derecho, y especialmente los trámites que

VII. DERECHO DE LAS EMPRESAS

El Derecho mercantil resulta ya insuficiente para comprender y abarcar el conjunto variopinto de principios y reglas que los comerciantes deben cumplir y a los que están sujetos.

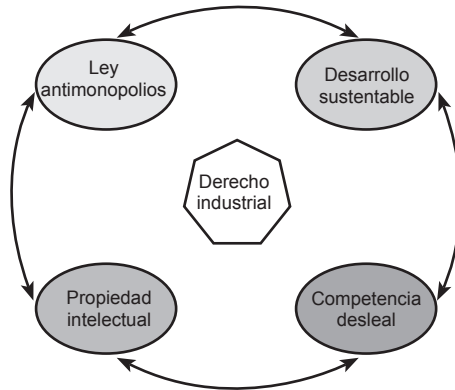
Actualmente, el Derecho mercantil ha iniciado una muy importante evolución y está pasando a ser un Derecho del mercado. Esta evolución se manifiesta en que: a) el régimen de los profesionales liberales, forma en que se organizan y actúan, los aproxima significativamente a los empresarios; b) irrumpe la figura del consumidor con normas que lo tutelan; c) coexisten normas públicas y privadas, lo que da lugar a un Derecho mixto que establece las reglas del mercado, aspectos institucionales de los operadores económicos e instrumentos jurídicos del tráfico —contratos, títulos-valores, etcétera— (Uría, 2006: p. 42-43).

En efecto, las empresas deben incorporar y adecuar sus estructuras, políticas, conductas y transacciones privadas⁴⁹ a un cada día mayor conjunto de disposiciones de orden público, aceptando y sometién-dose al Derecho de la competencia, de la propiedad intelectual, protección a consumidores, medio ambiente, policía financiera, bursátil y muchas más.

De momento centramos la atención en el siguiente esquema:

naturalmente derivan —conducentes las más de las veces a una regulación excesiva— constituyen un instrumento de dominación de la burocracia en el interior de la sociedad a través y por medio del Derecho. Así llegamos al Estado de Derecho o de derechos y la pregunta es ¿El derecho de quién?, del más fuerte o del más organizado y eficiente. El supercapitalismo, parece, nos conduce a un imperialismo económico “legitimado” en el Derecho.

⁴⁹ La autonomía de la voluntad como ley suprema de los contratos es ahora matizada y redefinida por las normas que, en beneficio de terceros y de intereses sociales y nacionales, los particulares deben acatar, y por reglas a las cuales resultan vinculados.



VIII. LIBRE CONCURRENCIA Y COMPETENCIA EFECTIVA

La política de competencia, en general, tiene como fines la concurrencia como un medio para conseguir eficiencia en los mercados y desarrollo económico, conducente a la mejoría de las condiciones y bienestar de los consumidores, con más abasto, menores precios, más calidad y servicio, y más fuentes de empleo.

Es pertinente diferenciar: a) la pluralidad y concurrencia de agentes económicos, con un enfoque marcadamente estructural, de b) la competencia que tiene una expresión funcional.

La concurrencia implica, en términos ideales, disponer de una pluralidad de empresas que rivalicen con actitud antagonica,⁵⁰ ofreciendo mejores precios, bienes, servicios u otras condiciones económicas para obtener la mayor cuota de mercado posible, en un contexto plural de consumidores o adquirentes (Ginebra, 2001: p. 1-3).

Para conseguir el objetivo citado es indispensable eliminar o reducir a su mínima expresión las barreras que obstaculicen o dificulten la entrada de nuevos competidores y fomentar un flujo de información sobre el comportamiento y características de los mercados, así como

⁵⁰ No existe responsabilidad en tanto las conductas sean conformes a reglas de lealtad, aunque se cause perjuicio a otras empresas e incluso la expulsión del mercado.

conseguir que los derechos de propiedad sean reconocidos y tutelados para que sean eficientes.

Fundamentan a la institución los principios de

- Mercado abierto,
- Autonomía de la estrategia empresarial y
- Soberanía del consumidor.

En cambio, la competencia tiene una vocación funcional y práctica, donde es crucial buscar, en cada caso y época, la máxima eficiencia⁵¹ en el uso, explotación y aprovechamiento de recursos escasos para conseguir el máximo posible de satisfactores que reditúen en mejoría para la sociedad.

Conseguir la competencia puede resultar arduo, especialmente en sectores económicos donde existen monopolios naturales o economías de escala, supuestos en que no es posible la pluralidad de agentes.

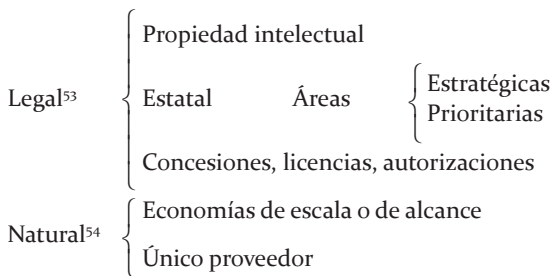
En esos casos, el Derecho, en una vertiente económica, juega un papel crucial, ya que será entonces por medio de regulaciones que se intentará minimizar o evitar los abusos de una posición dominante.

Surge así el concepto real de competencia efectiva, o *workable competition*, tendente a la máxima eficacia, lo que se obtiene cuando las empresas no limitan de forma excesiva o artificial la venta o producción; en cambio, responden a la demanda o hacen participar a los consumidores en los beneficios del progreso técnico y económico que su especial posición en el mercado les permite obtener.

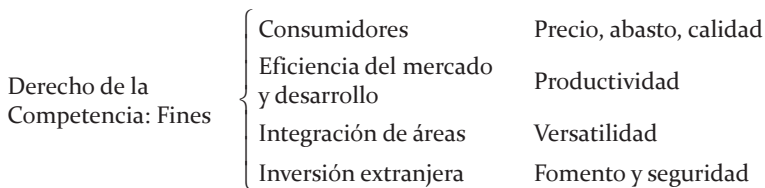
Cabe mencionar que los monopolios⁵² están previstos y autorizados por el orden jurídico, no así los abusos de su comportamiento desleal y sólo especulativo. Como clases, existen las siguientes:

⁵¹ En términos generales es producir u obtener lo máximo con el mínimo costo y puede ser en vertientes tales como productiva y técnica, asignativa de recursos productivos de la sociedad y distributiva a todos los sectores sociales.

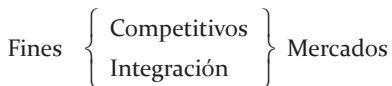
⁵² Entendidos como un solo oferente o un número muy reducido y exclusivo, no con enfoque peyorativo.



Los fines del Derecho de defensa de la competencia son variados pero, de momento, baste tomar en cuenta los siguientes:



Estos mismos fines también se pueden ver desde la óptica de



El o los derechos de propiedad (especialmente intelectual, con la peculiar problemática que se da por las tensiones entre el acceso y los incentivos) tienen como vocación y propósito asignar la explotación de bienes en provecho de una persona y con exclusión de los demás (oponible *erga omnes*), lo que conduce a una determinada y concreta exclusividad. Para evitar abusos, el artículo 27, párrafo tercero, constitucional faculta al Estado para imponer las medidas que el interés

⁵³ La entrada al mercado está restringida por la concesión de una franquicia pública, licencia gubernamental, patente o derecho de autor.

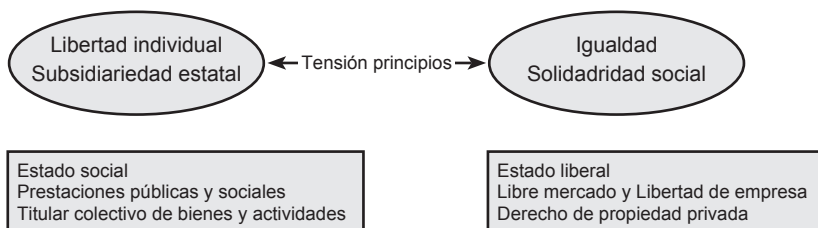
⁵⁴ Una empresa puede abastecer a todo el mercado a un precio más bajo que dos o más empresas.

social aconseje. Los abusos que se puedan dar en el ejercicio del derecho de la propiedad serán pauta de los monopolios, sean naturales o legales.

IX. REGULACIÓN MULTIPRINCIPIOS

La ideología, políticas y práctica de la actual regulación económico-social se dan en un contexto o variante ecléctica y de tensiones entre las originales posiciones radicales del liberalismo y del socialismo.

En principio hay las grandes tendencias antitéticas que se van matizando, relativizando y compartiendo fortalezas y debilidades, ventajas y desventajas, en un proceso de ponderación, simbiosis y sinergia, cambiante, evolutivo y reactivo, pertinente a las necesidades, retos y problemas de la economía y la política; sólo que antes eran locales y sectoriales, y ahora atienden a una globalización. Los extremos aparecen en el esquema siguiente:



En Europa hay una tercera vía que implica una ideología y política ecléctica entre las tendencias liberales y socialistas, con el resultado y ambiente plural donde la derecha ya no lo es tanto igual que la izquierda tampoco; tienen ahora posturas más cercanas entre sí, menos radicales.⁵⁵

⁵⁵ Comenta Ariño (1993: p. 12 y 17), la izquierda en España se ha “derechizado”. Se han superado posturas maniqueas como el engaño de la utopía socialista enfrentada con el error de la locura liberal.

*Le coeur à gauche mais à droit la poche*⁵⁶ parece ser la tendencia de la actual izquierda europea. Existe ahora un *common ground* (un terreno común), donde hay más razones y menos pasiones. Es así que el socialismo europeo ha tenido que replantearse muchos de sus postulados, así como también el neoliberalismo que, si bien ha ganado nominalmente la batalla e inspira, en lo fundamental, las políticas tanto del mundo occidental como las más exitosas de oriente, es objeto de críticas muy serias y de matizaciones que cada día apuestan más por modelos híbridos.

Sin embargo, lo que parece indiscutible e infrenable es que la tendencia globalizadora mundial boicotea y erosiona las alternativas sociales tendentes a la igualdad, desarrollo y dignidad de las personas, y, en cambio, retorna triunfante el paleo-capitalismo, ahora más como un capitalismo salvaje que sólo tiene ojos para la especulación, trascendiendo en desigualdades e injusticias que, por lo menos en Europa, estaba en vías de irse superando.

Así, un elemento concentrador, ponderador, unificador, conciliador y comprensivo de intereses en tensión—incluyendo, por supuesto, los dos grandes vectores que dan razón de ser a la regulación económica: la protección de los derechos y el desarrollo—viene a ser el “interés general”. Éste es entendido como un concepto jurídico indeterminado que aglutina y concede justa dimensión y funcionalidad, en cada caso concreto, a los variados intereses, valores, principios, reglas, etcétera, que interactúan en sinergia con la particularidad que los concreta, ajustando a la autoridad y expandiendo el desarrollo económico y social.

En consecuencia, la autoridad y los agentes económicos deben cooperar en hallar o construir las fórmulas que realicen, en la mayor medida posible, el interés general.

En México, a nivel constitucional, la actividad económica y el libre mercado se prevén, especialmente, en el artículo 28.⁵⁷ Sin embargo, la

⁵⁶ El corazón a la izquierda pero la bolsa a la derecha.

⁵⁷ La Ley Federal para Competencia Económica dispone que es reglamentaria sólo del artículo 28 constitucional, pero, en realidad, lo es de muchas más disposiciones que se complementan y actúan en sinergia.

dinámica de este precepto no es simple, en tanto que interactúa con varios dispositivos más como son el 5, 16, 25 y 27, entre otros, que determinan el contexto general del régimen de libre concurrencia en los mercados y establecen los elementos básicos de seguridad y de sujeción a legalidad. Ante esta multiplicidad de regulaciones y tutelas, parece ser que la actividad de los agentes económicos en los mercados y la intervención o abstención de actuar de las autoridades es algo que dependerá de los casos concretos.

Una mención especial debe hacerse a la materia de propiedad intelectual que, si bien se inscribe en la *ratio essendi* del artículo 28 constitucional, es una excepción limítrofe a la libre concurrencia; es más, constituye un monopolio⁵⁸ legal. Su justificación se pretende fundar en la eficiencia de los agentes económicos⁵⁹ en razón y para el efecto de posibilitar conseguir mejores condiciones de crecimiento económico, I+D —inversión y desarrollo— entendido como requisito para asegurar e incrementar el abasto, calidad y los precios más bajos en favor y provecho de los consumidores.⁶⁰

A fin de cuentas tenemos que el resultado terminal se obtiene a partir de un proceso de ponderación y en una relación de sinergia de múltiples principios y directrices que, incluso, impactan o derrotan⁶¹ a las normas en forma de regla que aparecen previstas en leyes

⁵⁸ Esta calificación no es pacífica; para algunos tiene ese alcance, para otros es apenas una limitación a una cierta actividad, pero en ciertos casos puede llegar a conceptuarse como anticompetitiva.

⁵⁹ Los inventores y autores, sean personas físicas o empresas, son los sujetos privilegiados.

⁶⁰ En el artículo 28, el bien tutelado principal es el bienestar y las mejores condiciones para los consumidores, lo que requiere como instrumento de un mercado libre pero como límite se inscribe la propiedad intelectual cuyo objetivo es la solvencia, protección y fomento a la actividad inventiva. El *quid* es que los abusos o excesos en este objetivo, por supuesto que inciden y pueden afectar a los intereses de los consumidores. Las leyes, directrices y su aplicación por autoridades administrativas y tribunales deben de cuidar la ponderación de todos estos intereses y que sea óptimo su aprovechamiento en conjunto.

⁶¹ La derrotabilidad normativa es un concepto que surge de la interpretación hermenéutica y principalista de los órdenes jurídicos donde los valores, principios y directrices que inspiran a la política, al ser jerárquicamente preferentes a los mandatos previstos en reglas, las determinan e influyen y hasta conducen a una interpretación

reglamentarias. Muchas de ellas, a su vez, tienen la estructura de conceptos jurídicos indeterminados, por lo que se impone y requiere de una interpretación principalista y consecuencialista en virtud de hechos o circunstancias de casos concretos.⁶²

En el Derecho español, comenta Urrutia (1994: p. 192-194), se advierten declaraciones sustantivas incompatibles. Así, en el preámbulo, la Constitución garantiza un orden económico justo, lo que él traduce en *equidad*, pero que contrasta frente a la obligación de promover el progreso de la economía, para lo cual, la *eficiencia* es imprescindible. Con este ejemplo pone de relieve que los objetivos prescritos, las más de las veces, entran en tensión.

Este mismo conflicto vuelve a presentarse en el artículo 131 constitucional, al prever como uno de los propósitos de la planificación, *estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución*; aspiraciones que tampoco marchan en paralelo.⁶³ Por estas razones y otras más, afirma Urrutia, que los aspectos económico-sustantivos, previstos en la Constitución, son inconsistentes e incompatibles, sin que puedan satisfacerse simultáneamente. Concluye que la abundancia de aspectos sustantivos determina que la pretendida estabilidad y concurrencia se consiga al precio de la inoperancia y, si ese es el resultado, ¿cuál es la razón de su previsión legislativa?⁶⁴

conforme con aquéllos; incluso pueden concretar una corrección en el mero sentido que se deduce de una simple interpretación literal y aislada de los textos.

⁶² Recientemente la SCJN ha reiterado esta interpretación principalista que derrota a la literal o de las reglas de manera aislada, reconociendo que el orden jurídico es un ejercicio armónico, derivado de la interacción de varios postulados esenciales, principios rectores y valores democráticos, primando sobre preceptos aislados y discordantes del sistema en razón de obtener los objetivos esenciales o preferentes sobre la base de consistencia lógica de los principios que inspiran al sistema. P. XXXVII/2006, 2ª/J. 67/2006, 1ª. CLXXIX/2006.

⁶³ Los objetivos y metas de desarrollo de la renta y riqueza, en muchas ocasiones, pueden ser rivales furibundos de la igualdad y del bienestar social que van implícitos en la justa distribución.

⁶⁴ Como respuesta a esta problemática y aparente contrariedad, los tribunales constitucionales europeos han ensayado con éxito un método y teoría de ponderación, basado en la proporcionalidad de los principios o derechos fundamentales en tensión que se resuelve en casos concretos con soluciones originales, *ad hoc* y pragmáticas,

X. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL POR LA SCJN

Como punto de partida del análisis aparece que el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 2617/96 promovido por Grupo Warner Lambert México, sociedad anónima de capital variable, en sesión del 15 de mayo de 2000, se pronunció respecto de la materia de los monopolios a partir de la interpretación del artículo 28 constitucional.

Sobre el particular estableció que la prohibición constitucional de los monopolios no sólo se orientaba a tutelar las libertades individuales de contratación, comercio y trabajo, sino además a proteger el interés de la sociedad que podía verse afectado por la realización de prácticas monopólicas.

Igualmente sostuvo que la prohibición no se constreñía a prohibir la explotación exclusiva de cierta área de la industria o del comercio, sino también a proscribir cualquier práctica que afectase el sistema de libre concurrencia de manera que incidiera en las condiciones de precio y calidad de los productos en el mercado.

Así se desprende del fragmento de la ejecutoria que dice:

El artículo 28 de la Ley Fundamental, en la parte que interesa, encuentra su antecedente inmediato en el artículo correlativo de la Constitución del año de mil ochocientos cincuenta y siete, que decía:

“ARTÍCULO 28. No habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria. Exceptuándose 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”.

Este texto, al cual se atribuyó en su momento una ideología puramente liberal, en cuyos términos la prohibición de establecer monopolios no era sino un mecanismo alternativo de protección de la libertad individual en materias de comercio, trabajo y contratación, ya consagrada en los en-

buscando hallar o construir la óptima para casos particulares; esto es evolucionar a una justicia pretoriana fundada y que persigue la equidad.

tonces artículos 4º y 5º como uno de los postulados fundamentales del sistema de los derechos fundamentales del hombre, fue recogido y adoptado, con un sentido orientado más hacia la protección del núcleo social y del interés general por el redactor de la Constitución del año de mil novecientos dieciséis, para quedar así:

“ARTÍCULO 28. En los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios ni estancos de ninguna clase; ni exención de impuestos; ni prohibiciones a título de protección a la industria; exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, telégrafos, radiotelegrafía, a la emisión de billetes por medio de un solo banco que controlará el Gobierno Federal, y a los privilegios que por determinado tiempo se concederán a los autores y artistas para la reproducción de sus obras y a los que, para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

“En consecuencia, la ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario, y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público; todo acuerdo o combinación de cualquier manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transportes o de algún otro servicio, para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

“No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses.

“Tampoco constituyen monopolios las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan, y que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo la vigilancia o amparo del Gobierno Federal o de los estados, y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso. Las mismas legislaturas, por sí o a propuesta del Ejecutivo, podrán derogar, cuando las necesidades públicas así lo exijan, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata”.

De estas disposiciones se sigue que mientras el Constituyente de mil ochocientos cincuenta y siete concibió a los monopolios como una práctica atentatoria fundamentalmente de la libertad individual en la materia económica, el Constituyente de mil novecientos diecisiete los prohibió no sólo por ser contrarios a las libertades clásicas de comercio, industria y contratación que habían sido objeto de tutela en la normatividad constitucional desde la consagración del Estado de Derecho, sino también en cuanto constituían un ataque a bienes de la colectividad que debía ser reprimido.

La doble dimensión individual-social de la prohibición de los monopolios y figuras afines se halla reflejada tanto en los textos legales producidos en la materia —Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios, expedida el veinticinco de agosto de mil novecientos treinta y cuatro y en vigor hasta el veintidós de junio de mil novecientos noventa y tres en que fue derogada por la ley reclamada— como en la interpretación jurisprudencial elaborada por este alto tribunal a propósito del artículo 28.

Es de interés en este punto transcribir algunos textos legales que en su momento pormenorizaron el mandato constitucional y diversas tesis de este alto tribunal a guisa de ejemplo:

LEY ORGÁNICA DEL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE MONOPOLIOS.

“ARTÍCULO 1º. En los términos del artículo 28 de la Constitución, se prohíbe la existencia de monopolios y estancos, así como los actos que tiendan a evitar la libre concurrencia de la producción, distribución o comercialización de bienes y servicios, y los acuerdos, combinaciones o prácticas de cualquier naturaleza que celebren los productores, industriales, comerciantes o empresarios, para evitar la competencia entre sí o para desplazar a terceros del mercado, o imponer los precios de los artículos o las tarifas de los servicios de manera arbitraria”.

“ARTÍCULO 3º. Para los efectos de la presente ley se entiende por monopolio toda concentración o acaparamiento industrial o comercial y toda situación deliberadamente creada, que permitan a una o varias personas determinadas imponer los precios de los artículos o las cuotas de los servicios, con perjuicio del público en general o de alguna clase social”.

“ARTÍCULO 5º. Se presumirán tendientes al monopolio:

La venta de artículos o la prestación de servicios a menos del costo de producción, a no ser que concurra cualquiera de las siguientes circunstancias...

La importación de aquellas mercancías que por las condiciones en que se produzcan, puedan venderse en el país a base de concurrencia desleal;

La destrucción voluntaria de productos hecha por productores o comerciantes sin autorización del Ejecutivo Federal, cuando pueda producir escasez o alza en los precios;

Los sistemas comerciales de venta por medio de sorteos, sin autorización del Ejecutivo Federal, de acuerdo con los reglamentos de la presente ley;

El ofrecimiento o entrega al consumidor de vales, cupones, contraseñas u objetos similares que den derecho a una cantidad de dinero o efectos así como el ofrecimiento, entrega o prestación de cualquier objeto, servicio o estímulo adicional, sin autorización del Ejecutivo Federal y sin sujetarse a lo dispuesto por los reglamentos de esta ley;

La destrucción de empaques y envases de los competidores;

La realización de actos, convenios, acuerdos o combinaciones que tengan por objeto constituir una ventaja exclusiva indebida en favor de una o varias personas determinadas;

Los demás considerados como tales por otras leyes o disposiciones reglamentarias”.

“ARTÍCULO 21. Los actos que tiendan a la constitución de monopolios o que atenten contra la libre concurrencia se sancionarán administrativamente con las multas establecidas para el caso de monopolio, reducidas en un cincuenta por ciento. Estas multas podrán duplicarse en caso de reincidencia”.

“MONOPOLIOS. Por monopolio se entiende el aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, bien provenga de algún privilegio, bien de otra causa cualquiera; y el artículo 28 constitucional equipara al monopolio, todo acto que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industrial o comercial y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva e indebida a favor de una o varias personas, con perjuicio del pueblo en general o de una clase social; de manera que cuando una ley establece la exención de un impuesto, para los productores que acepten condiciones que les impongan instituciones privadas, indudablemente tiende a evitar la libre competencia, creando el monopolio en perjuicio de los demás. Por las razones anteriores el Decreto de 30 de agosto de 1927 que establece la bonificación del impuesto del 13% en favor de los industriales que acepten las tarifas de la Convención Industrial Obrera, constituye una violación al artículo 28 constitucional.” (Apéndice al Tomo xxxvi del *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, pág. 950).

“MONOPOLIOS. El artículo 28 constitucional, aun cuando comienza por establecer, en términos concretos, la prohibición de que en la República existan monopolios, no se ocupa exclusivamente de éstos, en el sentido estricto de la palabra, esto es, entendiendo como monopolio la concentración en una persona o corporación, de determinada rama del comercio o de la industria, sino que teniendo en cuenta que la mayor parte de los economistas juzgan que hay monopolios, no solamente en esos casos de concentración individual, sino en muchas actividades económicas en las que, si bien no falta en absoluto la concurrencia, ésta sólo puede existir de una manera limitada, en perjuicio del bien general, dicta prevenciones encaminadas a combatir esas actividades de monopolio parcial.” (Tomo XL del citado *Semanario*, Quinta Época, pág. 3477).

“COMERCIO, DERECHO DEL ESTADO PARA ESTABLECER LIMITACIONES A LA LIBRE CONCURRENCIA. Para establecer si el Estado puede, de acuerdo con la Constitución, poner limitaciones a la libre concurrencia, hay que estudiar si dicha Constitución autoriza al Estado para dirigir la economía del país y defender los derechos de la sociedad, en contra de las maniobras de los industriales y comerciantes, o si está obligado a permanecer inactivo en estos casos, de acuerdo con el principio de la libre concurrencia. El lema de la doctrina económica sostenida por la escuela liberal de “dejar hacer”, prohíbe al Estado toda intervención en la industria y en el comercio, y a eso se llama libre concurrencia; esta extremada libertad conduce al libertinaje y al dominio desleal y absoluto de los grandes capitales, en perjuicio de los pequeños industriales, de los trabajadores y del público en general, lo cual ha traído como consecuencia el enorme desnivel económico y el desproporcionado reparto de la riqueza que se nota en las sociedades actuales. La Constitución de 1917 vino a destruir los principios básicos de la escuela liberal y a sostener teorías contrarias a esa doctrina, como las contenidas en los artículos 27 y 123; así pues, no es lógico ni congruente sostener que el mismo cuerpo de leyes que alega y destruye los postulados de la doctrina liberal, acepte, en su artículo 28, en toda su extensión, el más individualista de todos los principios liberales, o sea, la libre concurrencia, interpretada en el sentido de prohibición absoluta al Estado para intervenir en la vida económica del País. El origen netamente liberal de los derechos que garantiza el artículo 28 constitucional, puede conducir erróneamente a la conclusión de que en materia de comercio, la Constitución sostiene el principio de “dejar hacer”; pero por la forma en que está redactado dicho precepto, se entiende que más que garantizar a los individuos en particular, trata de proteger a la sociedad y a los derechos de la colectividad y que en vez de impedir la intervención del Estado, la exige, pues en su segundo párrafo dice textualmente: ‘En consecuencia, la ley castigará severamente y las autoridades

perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento, en una o pocas manos, de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios públicos; todo acuerdo con fines de cualquiera manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transporte o de algún otro servicio, para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva e indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social". Para cumplir con el deber que el artículo 28 impone a las autoridades, fueron promulgadas las Leyes Orgánicas y Reglamentaria del citado artículo 28 y de acuerdo con sus preceptos, se hizo el Reglamento de la Industria del Pan; por consecuencia, la aplicación del decreto que fió el requisito de distancia que debe mediar de una panadería a otra, no es violatoria de garantía individual alguna." (Tomo XLV del citado *Semanario*, Quinta Época, pág. 1978).

La tarea interpretativa desarrollada en esta materia revela que el concepto constitucional de monopolio, desde su elaboración original, no debía entenderse de manera estricta, a modo de designar únicamente el aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, sino que debía designarse con él a las prácticas, acuerdos y procedimientos descritos por el propio Constituyente en el segundo párrafo del numeral en examen, cuando prohibía cualquier acto que en general evitara la libre concurrencia o constituyera una ventaja exclusiva e indebida a favor de una o varias personas con perjuicio del pueblo en general o de una clase social.

Siendo tal la interpretación que correspondió al texto original del artículo 28, resulta claro que su reforma por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, única producida en la parte de interés, no vino sino a desarrollar, en el lenguaje constitucional, los conceptos que de suyo se consideraban comprendidos en el término de monopolio y así se deduce, precisamente, de la exposición de motivos de la iniciativa respectiva, que en lo conducente expresa:

“El artículo 28 se reforma y adiciona de acuerdo con la filosofía y los principios que se establecen en el artículo 25 que, a su vez, son correspondientes con la filosofía de todo el texto constitucional. Esta reforma ha

sido planteada como necesaria para actualizarlo y hacerlo consistente en su orientación.

El texto vigente del artículo 28 protege fundamentalmente la libertad de industria, comercio y trabajo dentro del marco de una libre competencia que históricamente no se ha dado en nuestro país ni en ninguna otra realidad nacional. Ello no concuerda con la evolución de una economía que, si bien garantiza libertades económicas, está sujeta a relación social bajo la rectoría del estado con estricto apego al principio de legalidad.

“Se introduce ahora el concepto de práctica monopólica, sin quitarle fuerza a la prohibición anterior de los monopolios, para adecuar la regulación de la concentración y los nuevos fenómenos de oligopolio y para evaluar las consecuencias de la acción de las empresas en bienestar de los ciudadanos y de los consumidores.

“No se trata pues de volver a un mundo de productores individuales aislados sino de establecer las bases normativas para regular los efectos nocivos de la acción de las concentraciones económicas y propiciar su fragmentación en todos aquellos casos que resulten perjudiciales para la sociedad, fortaleciendo al mismo tiempo a las medianas y pequeñas empresas, que junto con los consumidores resultan perjudicadas por las prácticas monopólicas.

“De no adoptar una decisión realista y sustantiva para regular la concentración económica, el poder económico quedaría en unas cuantas manos, distanciándose y haciéndose depender las principales decisiones de la voluntad de unos cuantos individuos. Ello generaría condiciones de polarización sin capacidad de transformación social de deficiencias y costos crecientes para la sociedad.

“El país requiere eliminar concertaciones injustificadas en la economía, romper situaciones de monopolio, dar mayores oportunidades a la iniciativa personal de los mexicanos y difundir y multiplicar la propiedad sin dejar de adoptar las formas de organización e incorporación de innovaciones tecnológicas que sean más adecuadas para los propósitos nacionales.

“Se introducen las bases para regular el abasto y los precios, así como para imponer aquellas limitaciones que eviten intermediaciones innecesarias o excesivas que provocan el alza de los precios. Se sientan las bases jurídicas para la vital modernización del comercio interno.

“Se introduce la protección de los consumidores propiciando su organización.

“Se especifican las actividades que tendrá a su cargo el Estado, las cuales no serán sujetas a concesión. Con ello se delimita con precisión el ámbito exclusivo del Sector Público, y los alcances de la participación del Estado.

“Se fundamenta la existencia de instituciones, organismos y empresas que requiere el Estado para su eficaz desempeño en las áreas estratégicas y de carácter prioritario.

“En relación a la reforma que prohíbe la concesión a particulares de los servicios bancarios se mantiene su texto actual.

“Se mantiene la protección a las asociaciones de trabajadores y de cooperativistas así como los autores y artistas para que no estén sujetos a las prohibiciones que rigen para los monopolios.

“Se hace explícito el régimen de concesiones para la prestación de servicios públicos, o la explotación, uso y aprovechamiento de los bienes dominio de la Federación, así como las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios públicos y la utilización social de los bienes dominios de la Federación, y los criterios para evitar fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

“Se sujetan los regímenes de Servicio Público a la Constitución y la ley. Finalmente se fijan normas para reglamentar sobre bases de interés general y social el otorgamiento de subsidios”.

De acuerdo con esta iniciativa, el artículo se reformó en la parte de interés para quedar en la actualidad en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 28. En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

...

“Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

...”

La evolución normativa en la materia revela que nuestro sistema constitucional se ha orientado por la prohibición no solamente de los monopolios entendidos en su acepción más estrecha, sino de todos aquellos actos que tiendan a impedir la libre concurrencia en el mercado, por los perjuicios que ello puede causar tanto a los intereses privados de quienes participan en el mismo en las calidades de oferentes o compradores de bienes y servicios, como al interés de la colectividad en general, en la medida en que las restricciones a la libre competencia implican naturalmente perturbaciones en el nivel de precios de los productos, en su calidad y en su comercialización.

Y en otra parte de la ejecutoria reiteró:

El constituyente de 1917 prohibió los monopolios y las prácticas monopólicas, no sólo por considerarlos contrarios a las libertades clásicas de comercio, industria y contratación que habían sido objeto de tutela en la normatividad constitucional desde la consagración del Estado de Derecho, sino porque estimó que constituían un ataque a bienes de la colectividad que debía ser reprimido. La reforma de mil novecientos ochenta y tres al mencionado artículo se basó también en la necesidad de proteger el interés social, tal como se desprende de la exposición de motivos de la iniciativa respectiva que, aunque ya se transcribió anteriormente, conviene reproducirla en lo conducente (...)

En el sentido de estimar al interés general como el bien jurídico tutelado por el artículo 28 Constitucional, se pronunció este Alto Tribunal al emitir la ejecutoria que dio origen a la tesis que quedó transcrita anteriormente con el rubro: “COMERCIO, DERECHO DEL ESTADO PARA ESTABLECER LIMITACIONES A LA LIBRE CONCURRENCIA” y que en lo que aquí interesa establece:

“El lema de la doctrina económica sostenida por la escuela liberal de “dejar hacer”, prohíbe al Estado toda intervención en la industria y en el comercio, y a eso se llama libre concurrencia; esta extremada libertad conduce al libertinaje y al dominio desleal y absoluto de los grandes capitales, en perjuicio de los pequeños industriales, de los trabajadores y del público en general, lo cual ha traído como consecuencia el enorme desnivel económico y el desproporcionado reparto de la riqueza que se nota en las sociedades actuales. La Constitución de 1917 vino a destruir los principios básicos de la escuela liberal y a sostener teorías contrarias a esa

doctrina, como las contenidas en los artículos 27 y 123; así pues, no es lógico ni congruente sostener que el mismo cuerpo de leyes que alega y destruye los postulados de la doctrina liberal, acepte, en su artículo 28, en toda su extensión, el más individualista de todos los principios liberales, o sea, la libre concurrencia, interpretada en el sentido de prohibición absoluta al Estado para intervenir en la vida económica del País. El origen netamente liberal de los derechos que garantiza el artículo 28 constitucional, puede conducir erróneamente a la conclusión de que en materia de comercio, la Constitución sostiene el principio de “dejar hacer”; pero por la forma en que está redactado dicho precepto, se entiende que más que garantizar a los individuos en particular, trata de proteger a la sociedad y a los derechos de la colectividad y que en vez de impedir la intervención del Estado, la exige, pues en su segundo párrafo dice textualmente: ‘En consecuencia, la ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento, en una o pocas manos, de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios públicos; todo acuerdo con fines de cualquiera manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transporte o de algún otro servicio, para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva e indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social’”.

Es notable y merece mencionarse con énfasis, el mandato contenido en el segundo párrafo del artículo 28 de la Constitución Federal, en el sentido de castigar “severamente” y “perseguir con eficacia” los monopolios y las prácticas monopólicas, pues en ninguna otra parte de la Constitución se utiliza el término “severamente” que, sin duda, tuvo como objetivo llamar la atención del legislador ordinario de que tales monopolios y prácticas monopólicas fueron consideradas por el Constituyente como graves y requerían para su erradicación y corrección, disposiciones legales que las enfrentaran con rigorismo. Es clara la preocupación del Constituyente por orientar al legislador ordinario acerca de la magnitud que debía de darle a la ley reglamentaria correspondiente.

Con base en los lineamientos del Constituyente, en las exposiciones de motivos de la Ley Orgánica del artículo 28 Constitucional en Materia

de Monopolios, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de treinta y uno de agosto de mil novecientos treinta y cuatro y de la Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el mismo órgano de difusión el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos, se destaca la necesidad de proteger los intereses sociales.

En la exposición de motivos de la Ley Orgánica de 1934, en lo que interesa, se expresa:

La orientación general de la nueva ley aparece francamente inspirada en la tendencia a evitar y suprimir todas aquellas situaciones económicas que redundan en perjuicio del público, siguiendo así el concepto más genérico que puede encontrarse en el artículo 28 de la Constitución, pues bien es cierto que este texto en sus orígenes históricos es de raigambre liberal, ya en 1917, al introducirse las modificaciones que en él figuran, o sea todos los preceptos del segundo párrafo de dicho artículo, predominó el criterio de la protección de los intereses sociales, preferentemente a los intereses particulares... Fijado así el espíritu y finalidad social que persigue el texto que se reglamenta, la caracterización de los monopolios, de los privilegios, de las prohibiciones a título de protección a la industria, de la exención de impuestos y de los demás actos que deben prevenirse y reprimirse en los términos del precepto constitucional necesariamente tenían que hacerse sobre la base de evitar perjuicios al público en general o a grupos importantes de la colectividad.

Del contexto general que prescribe la Constitución, se advierte un criterio amplio donde predominan y tienen funcionalidad práctica y efectiva los valores, principios y directrices que en su conjunto proclama.

El objetivo no es, *per se*, prohibir los monopolios, ya que en la actualidad la eficiencia en el uso de recursos económicos escasos es fundamental, lo que lleva a justificar economías de escala que, necesariamente, dan lugar a concentraciones que pueden redundar en monopolios o, cuando menos, oligopolios. Pero, en cambio, se impone la regulación para controlar los posibles excesos, los fallos en el mercado, dando a la tutela de la propiedad y de la libertad de empresa una directriz de beneficio social y, a la postre, favorecer a los consumidores y a la población en general en aras de favorecer los valores de una moral pública de claro beneficio social que recaiga en los sectores o clases menos favorecidos, desarrollo y prosperidad como un motor

para impulsar y financiar el bienestar de los individuos y de la sociedad en su conjunto.

Es así que la interpretación y solución de los casos habrá de orientarse a optimizar las posibilidades de obtener los mejores resultados en el crecimiento económico; promoción del empleo; a incrementar la producción y abasto de bienes y servicios; fomentar e incentivar la inversión y crecimiento; obtener competitividad en un mercado que se esfuerce por reducir precios y costos —entiéndase de producción y de transacción—, con la posibilidad de discernir las intenciones de los agentes para corregir sólo lo pertinente, pero, eso sí, con severidad y eficacia. Además, debe proveer una regulación de ciertas actividades proclives a provocar fallos en el mercado para prevenirlos, pero sin que la intervención sea frustrante de la actividad y desarrollo económico que requiere de libertad para ser eficiente.

BIBLIOGRAFÍA

- Ariño, Gaspar (1993): *Economía y Estado*, Madrid, Marcial Pons.
- Buchanan, James M. (1979): *What Should Economists Do?*, Liberty Press.
- Carbonell, Miguel (2006): *Los Derechos fundamentales en México*, México, IIJ, UNAM y CNDH.
- Escámez López, Alfonso (1994): *Estudios sobre la Constitución Española*, Madrid, Universidad Carlos III.
- Ginebra Serrabou, Xavier (2001) *Derecho de la Competencia*, México, Cárdenas Editor.
- Larrañaga, Pablo (2007): *El ámbito de la regulación económica* (borrador), ITAM.
- North, Douglas C. (1993): *Instituciones: cambio institucional y desempeño económico*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Pazos, Luis (2006): *El Derecho como base del crecimiento económico*, México, Diana.
- Roldán Xopa, José (2004): *Constitución y Mercado*, México, Porrúa.
- Soriano García, José Eugenio (1993): *Desregulación, privatización y Derecho Administrativo*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, Studia Albornotiana.

- Uría, Rodrigo y Aurelio Menéndez (2006): *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, Thomson-Civitas, tomo I.
- Urrutia, Juan (1994): “Una nota sobre Constitución y ciencia económica”, en *Estudios sobre la Constitución Española*, edición de Peces-Barba Gregorio, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, *Boletín Oficial del Estado*.
- Vidal Gómez Alcalá, Rodolfo (1977): *La Ley como límite de los derechos fundamentales*, México, Porrúa.