

Principios en Derecho Económico-Constitucional

Jean Claude Tron Petit

| | |
|--|-----------|
| PRINCIPIOS EN DERECHO ECONÓMICO-CONSTITUCIONAL | 1 |
| Constitución | 1 |
| Objetivo y contenido de los derechos fundamentales | 4 |
| Principios económicos | 5 |
| Mercado | 7 |
| Constitución Económica | 9 |
| Orden jurídico | 10 |
| Sistemas jurídicos: Componentes | 13 |
| Clases de normas constitucionales | 15 |
| Valores | 16 |
| Ética privada y pública | 17 |
| Principios | 18 |
| Directrices | 19 |
| Hechos y Derecho, matrimonio indisoluble | 20 |
| Reglas | 21 |
| Derecho, economía y crecimiento | 23 |
| Régimen económico-jurídico de la Constitución | 25 |
| Libertad | 26 |
| Propiedad | 28 |
| Rectoría | 29 |
| Planeación | 32 |
| Mercado y regulación | 33 |
| Principios constitucionales que rigen el funcionamiento de los mercados. | 36 |
| Modelo de economía mixta | 39 |
| Regulación multiprincipios | 40 |
| Bibliografía | 44 |

Constitución

¿Qué es una Constitución? Es una buena pregunta que no fácilmente puede merecer una simple o única respuesta, sobre todo si consideramos que esta creación institucional del hombre, tiene varios aspectos: Político, económico, social, cultural y jurídico.

Una de las funciones que pretende conseguir es que fuerzas dispersas y opuestas sean concertadas y alineadas para un objetivo común.

Es así que la Constitución es el marco o contexto para hacer que operen y coexistan fuerzas políticas, sociales y económicas, con ideologías diferentes, si bien, bajo un esquema de tensión, pero en plenitud.

De ahí la idea que es un pacto político, con forma jurídica, para la funcionalidad de intereses dispares, en cohabitación y regidos con un pluralismo tanto en lo político como en lo social y económico.

Es en ese contexto, que el subsuelo socioeconómico busca garantizar la convivencia democrática, dentro de la Constitución y de las leyes, conforme a un orden económico y social justo. De esta afirmación apreciamos la relación de complementariedad y sinergia de los variados intereses que las constituciones distinguen.¹

La Constitución como pacto que es, constituye un punto de acuerdo, encuentro y funcionalidad de diferentes factores sociológicos, políticos, de poder, económicos, culturales, históricos, internacionales e intelectuales.

No es un documento sino que responde a una función viva, cambiante y transformadora, al concepto de «*ethos*»² que es la manera de comportarse de la sociedad; su eficacia o funcionalidad depende del nivel de concertación y liderazgo para encausarla.

Para Karl Loewenstein en toda sociedad existe una Constitución real u ontológica. La connotación ontológica es el ser de cada sociedad, es la cultura social real, son las formas de conducta reconocidas, son los principios políticos en los que se basa toda comunidad y que se formaliza en una Constitución escrita.

Georges Burdeau dice que la Constitución es el *status* del poder político convertido en instituciones estatales; es la institucionalización del poder.

Según Maurice Hauriou la Constitución es un conjunto de reglas en materia de gobierno y de la vida de la comunidad.

Jorge Carpizo la considera como un juego dialéctico entre el ser y el deber ser, la Constitución de un país es dinámica, es un duelo permanente entre el ser y el deber ser, un duelo permanente entre la norma y la realidad.³

Puede afirmarse que es un consenso —si bien, de naturaleza y carácter móvil, inestable, no estático y, en cambio, dinámico— pero que expresa las reglas del juego que están operando, día con día, en nuestra comunicación y convivencia con los demás.

Estos conceptos o ideas, si bien relativamente modernos, están en vías de convertirse en referentes históricos al ser superados por la globalización económica que está transformando, entre otros aspectos, la estructura y funciones de los Estados tradicionales.

*... la globalización, al combinar las operaciones del capital transnacional con el progreso tecnológico, sería un “tsunami” que arrasaría con los Estados territoriales y, con ellos, con la democracia nacional. El resultado sería una sociedad fragmentada, gobernada por diferentes grupos de intereses con acceso a recursos globales a través del comercio y las inversiones internacionales.*⁴

García Herrera y Maestro Buelga (2006: 137 y 175) consideran que tanto las instituciones comunitarias como la Europa económica y la supervivencia del modelo social están en transición, ya que la idea de equilibrio entre lo social y lo económico se desnaturalizó con la introducción de la competencia comunitaria en materia económica, pues en la medida que la integración progresaba, ha sido creciente la inoculación del ideario neoliberal en el campo social y su consiguiente

¹ Escámez López Alfonso (1994: 161).

² Entendido como manera de ser, costumbre, comportamiento, modo de ser, carácter, actitud.

³ http://es.wikipedia.org/wiki/Constituci%C3%B3n#Concepto_de_Constituci.C3.B3n.

⁴ Väyrynen Raimo (2006: 35).

subordinación. Es así que la racionalización producida en el Estado social, debido a la dirección pública de la economía, retrocede ante la primacía de la política monetaria comunitaria basada en la estabilidad de los precios y de las finanzas públicas. Por tanto, el vínculo social es sustituido por el vínculo económico.

Sin perjuicio de lo anterior, existe una problemática y conflicto muy peculiar en el caso mexicano, concerniente a la vigencia de los derechos sociales. Cossío (2001: 141-143) plantea que la sucesiva introducción de tales derechos ⁵ tenía más un propósito legitimador que un verdadero intento por mejorar las condiciones de los más necesitados a través del otorgamiento de prestaciones sociales, ya que, consolidar esa mejoría, hubiera significado un cambio completo a las condiciones económicas nacionales, situación que el régimen no hubiera podido enfrentar por la diversidad de los intereses de las clientelas que lo sustentaba y que resultarían seriamente afectados y desacreditados.

Y es así que, en un afán de pretender legitimar tales prácticas y conductas oportunistas, surgen las explicaciones de ciertos juristas, referentes a la naturaleza jurídica de los derechos sociales, pero que nada aportan sino que niegan atributos funcionales y de eficacia en cuanto a resultados. ⁶

Por ende, la opción que pareció más adecuada para ocultar ese doble juego, ⁷ ha sido enfatizar el carácter político de la Constitución, al punto de hacerla aparecer como el mero resultado de los factores reales de poder e invocando el carácter programático de los derechos sociales, entendidos, sólo y apenas, como fines, buenos deseos y anhelos de prestaciones sociales pero nunca exigibles jurídicamente ni accionables en juicio, sin coacción posible en favor de los acreedores frustrados y, por ende, víctimas; aduciéndose que la única responsabilidad por incumplimiento se dará en las urnas. ⁸

Con esta estrategia se vació a la Constitución de sentido normativo —y de responsabilidad a los actores— lo cual parecía preciso conseguir no obstante lo perverso que resultara para las clases más vulnerables y defraudadas, ya que otorgar las prestaciones hubiera llevado a una situación en extremo comprometedora para el Estado —entiéndase a las personas en el poder— por la política económica que implicaba haber implementado, lo que consolidó la inutilidad e ineficacia de los preceptos, extraordinariamente garantistas y de alto contenido social y popular, pero sólo funcionales a nivel de las arengas oficiales.

Sólo así se pudo sostener, en el discurso, que el régimen representaba a la Revolución, siendo la clase política triunfante el único depositario de la interpretación pura y auténtica de las decisiones fundamentales, eludiendo enfrentar, afrontar y resolver los diversos costos y problemas prácticos y

⁵ Educación obligatoria y gratuita como actividad prestacional (3), protección y desarrollo de la familia (4), protección de la salud (4), vivienda digna y decorosa para la familia (4), composición pluricultural y protección de las culturas indígenas (2), derecho a la información garantizada por el Estado (6), modalidades de tenencia y propiedad de la tierra rústica y atribuciones al Estado para promover el desarrollo rural integral y elevar las condiciones materiales de campesinos y productividad del campo (27), competencia económica, precios máximos a ciertos productos y reglas para una adecuada distribución y protección del consumidor (28), prestaciones laborales (123).

⁶ Diría yo frustrante, distractora, envolvente y manipuladora.

⁷ Ofrecer en palabras aunque luego nunca se cumpliera en los hechos.

⁸ Dicho en otras palabras, una fantasía o estrategia propia del surrealismo mexicano.

funcionales a que da lugar el cumplimiento serio, honorable y eficaz de los derechos sociales.

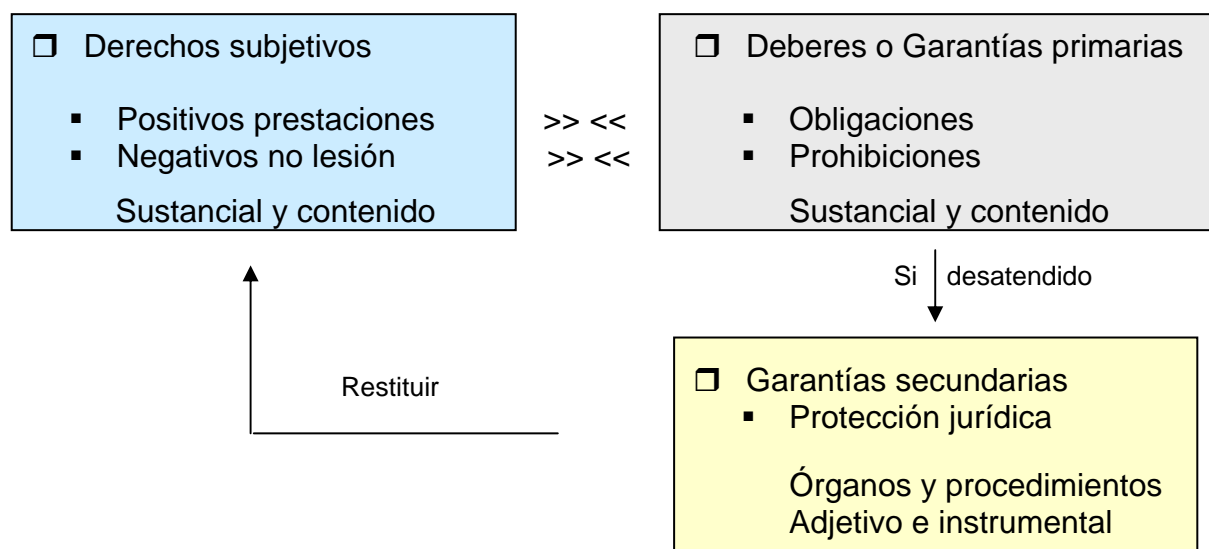
Objetivo y contenido de los derechos fundamentales

Pérez Luño ⁹ por considerar que el concepto de derechos fundamentales, es de contornos amplios e imprecisos, estima pertinente hacer referencia previa a la fuente de estos, que son los derechos humanos. Es así que expone:

Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.

Ferrajoli (1999: 59) considera que los derechos fundamentales deben distinguirse conceptualmente de las garantías pero, a la vez, ser considerados en su relación nomodinámica.

Los derechos, dice, son expectativas positivas —de prestaciones— o negativas —de no lesiones—, atribuidas a un sujeto por una norma jurídica; correlativamente, las garantías primarias, son las obligaciones o prohibiciones, simétricas y proporcionales, a cargo de las autoridades o clases sociales vinculadas, con el propósito de hacer efectivos, en la práctica, a los derechos; finalmente existen las garantías secundarias, entendidas como obligaciones de segundo grado, consistentes en órganos y procedimientos diseñados con el fin de aplicar una sanción, corrección, dejar indemne la afectación o declarar la nulidad de actuaciones que impliquen violaciones; lo que incluye cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo. Estas ideas se plasman en el siguiente cuadro:

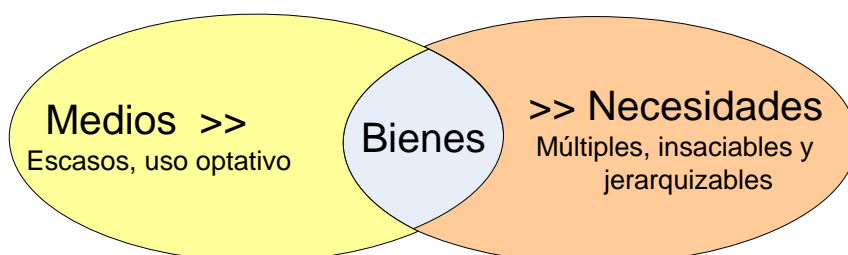


⁹ Pérez Luño Antonio E, citado por Carbonell 2006: 9.

El derecho subjetivo implica: a) una facultad, prerrogativa o poder jurídico de su titular, cuando hay un interés tutelado; frente a, b) un deber jurídico que es exigible a la contraparte, respecto a la exigibilidad o sustancia del derecho; y, c) una facultad —acción— para exigir la tutela a través de una sanción por el incumplimiento y la protección consecuente.

Principios económicos

Las personas que vivimos en una sociedad tenemos necesidades o fines ¹⁰ 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.



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 optativo.

Bajo 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. ¹¹

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. ¹²

Y es así que varias constituciones contemplan un régimen mixto de economía privada que alterna con participaciones estatales, ¹³ dando pautas y cabida para

¹⁰ Biológicas, afectivas, espirituales, culturales, de seguridad, etc., múltiples en cantidad e insaciables por periodicidad y recurrencia de las necesidades.

¹¹ Necesidades de carácter incluso cultural, de salud, de seguridad, etc., requieren para ser satisfechos 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*.

¹² Escámez (1994: 162).

¹³ 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.

modelos basados en ideologías que se antojan antagónicas pero, a su vez, son el presupuesto *sine qua non* para posibilitar un pluralismo en lo ideológico y en lo pragmático.

Un esquema del modelo español en el que participan, en cierta medida, tres distintos modelos económicos, asociados con los principios que los rigen, aparece en el siguiente cuadro:

| Modelo económico ¹⁴ | | Principios | |
|--------------------------------|--|--|--|
| 1. Neoliberalismo | incluye economía social de mercado | Subsidiariedad ¹⁵ | |
| | | Conformidad con el mercado | |
| 2. Socialismo democrático | | Compatibilidad Solidaridad ¹⁶ | (predominio de iniciativa económica pública sobre privada) |
| 3. Socialcapitalismo | Continuación racionalizada del Welfare State | Compatibilidad | (predominio de iniciativa económica privada sobre pública) |
| | | Conformidad con el mercado | |

Esta variedad de ideologías permite a los operadores políticos y económicos, diseñar políticas e implementar soluciones híbridas y variadas de acuerdo a las circunstancias, acorde a la oportunidad y mérito adecuado.

Otro ejemplo es la Constitución mexicana que, como muchas otras, prevé un complejo modelo socioeconómico plural, mixto y evolutivo a las oportunidades, necesidades y circunstancias. ¹⁷

¹⁴ De Juan Asenjo (1984: 19-21).

¹⁵ Es un modelo o sistema básico de organización económica presidido por la libre iniciativa y decisión empresarial, no se da en estado puro. Tiene varios enfoques o vertientes, tales como: Institucional es que no deben centralizarse al más alto nivel aquellas decisiones que puedan ser adoptadas con igual o mayor eficiencia a un nivel político y administrativo inferior y más próximo a los ciudadanos. Criterio sustancial, se refiere a las relaciones entre el individuo y el Estado tocante al grado de intervención y protagonismo del Estado en la vida económica y social de un país, definiendo el ámbito de libre actuación de los ciudadanos y los grupos sociales intermedios.

La libertad se considera prerrogativa esencial de las personas y el Estado debe garantizarla de manera que las autoridades y organizaciones permitan a cada ciudadano ejercer su iniciativa y exigir su responsabilidad; es el fundamento último del principio de subsidiariedad en todos los ámbitos: económico, educativo, cultural, artístico e intelectual, porque estos son los grandes espacios de la creatividad humana que requieren un sustrato y base económica como instrumento y actividad medial de los fines del espíritu. Las condiciones básicas son: 1) derecho de propiedad privada, y 2) libre mercado y libertad de empresa. (Ariño 1993: 63-67).

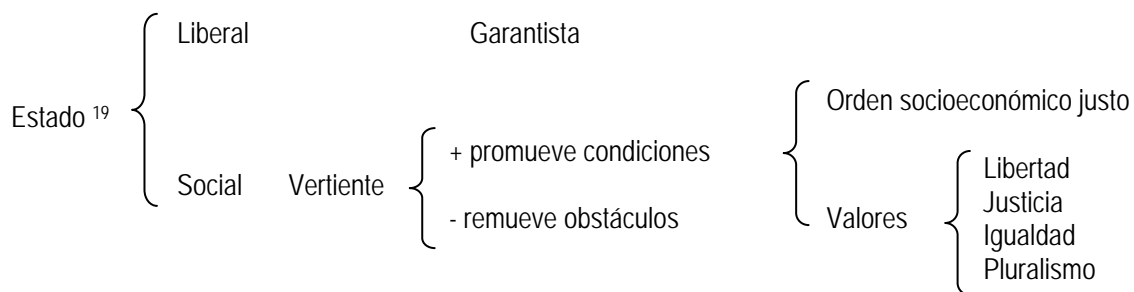
¹⁶ La solidaridad originalmente ligada al concepto cristiano del amor, es uno de los principios básicos de la organización social y política que expresa una idea de unidad, cohesión y colaboración. Para el derecho, implica una relación de responsabilidad compartida, de obligación conjunta e igualdad de oportunidades y desarrollo.

¹⁷ En ese modelo interactúan en una relación de sinergia valores, principios y directrices diversos que deben ser armonizados para optimizar el bienestar general en los casos particulares que puedan llegar a presentarse.

La economía de mercado —por muy liberal que sea la ideología constitucional— siempre tendrá una intervención del Estado ¹⁸ y ésta opera en tres dimensiones, fines y contextos:

- ≈ Económica de asignación eficaz de recursos;
- ≈ Social, de igualdad y solidaridad; y,
- ≈ Política.

A la fecha parece que los niveles de desarrollo y bienestar más altos u óptimos, en conjunto, se han alcanzado en aquellas sociedades donde el Estado mantiene un equilibrio y ponderación constante e incesante que conduce a un Estado social de derecho como la mejor opción, sin que ello implique, pueda haber otra mejor. Un esquema de esas tendencias, su contenido sintético y las consecuencias que se pretenden alcanzar, directa y mediatamente, aparecen en el siguiente cuadro:



Mercado

Dice Coloma (2001: 18) sobre la institución que es:

Una creación jurídica que consiste en una serie de normas más o menos generales que permiten que los potenciales compradores y vendedores de un bien o servicio se pongan en contacto entre sí para comerciarlo.

El trío «*propiedad-contratos-responsabilidad civil*» representa el núcleo esencial en el cual se basa el funcionamiento de cualquier mercado desregulado.

Es así que el mercado, entendido como mecanismo de asignación e intercambio de recursos, basado en la transacción voluntaria, viene a ser un conjunto de normas que:

- Definen los derechos de propiedad de las personas sobre los activos tangibles e intangibles;
- Establecen el modo de celebrar contratos y las obligaciones que los mismos acarrearán; y,
- Los supuestos de responsabilidad civil extracontractual, para los casos en que se producen relaciones entre agentes económicos que no nacen de un contrato. ²⁰

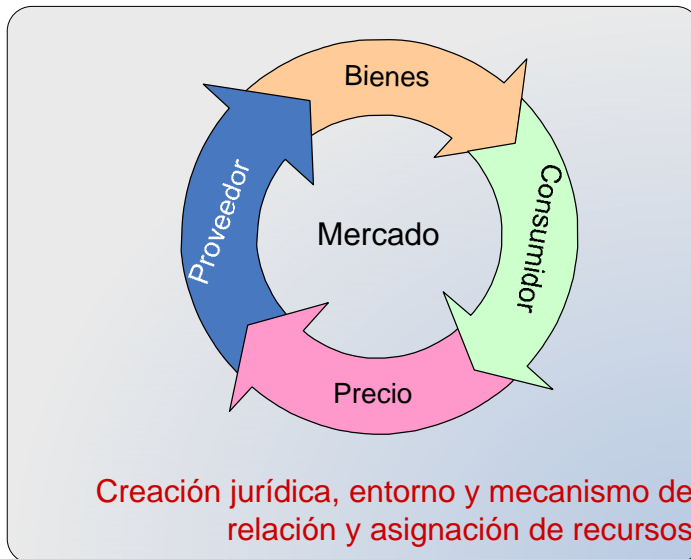
La institución presenta una esencial dinámica circular, basada en la ley de oferta y demanda, que la retroalimenta y hace ir creciendo, pues a mayores ventas, sigue

¹⁸ Esto no porque el sistema sea defectuoso sino por que los hombres, está probado, que abusamos y nos desviamos por pasiones, apetitos y tantas atracciones más que impone, a fin de cuentas, una intervención correctiva y estabilizadora.

¹⁹ De Juan Asenjo (1984: 121).

²⁰ Coloma (2001: 18-19).

más desarrollo y productividad de bienes y a precios más bajos, merced a la competencia y eficiencia resultantes, que promueven el crecimiento del mercado y la actividad de los agentes como oferentes y demandantes, tal y como se aprecia en el gráfico siguiente:



Mercado competitivo es aquel donde participan, tantos compradores y tantos vendedores, que ninguno de ellos puede influir en el precio ni en manipular la oferta y demanda.²¹ Su éxito radica en los incentivos que tienen los agentes para lograr el máximo de utilidades por su esfuerzo empresarial, que los lleva a buscar la máxima eficiencia en precios, calidad y cantidad de bienes o servicios producidos, ya que los consumidores optarán por las mejores ofertas.

La principal finalidad y frutos del mercado son: Satisfacer necesidades de manera eficiente,²² el fomento de la producción, laboriosidad, ahorro, transacciones, iniciativa y libre cooperación.

En la práctica el mercado no es uno sino que a partir de tres dimensiones²³ o ámbitos —geográfico, temporal y del bien o producto ofertado— se establecen nociones de mercados relevantes y consiste en el espacio comercial que durante un lapso un agente económico que comercializa un bien o servicio, en específico, tiene la capacidad para imponer un precio superior al del mercado competitivo. Es decir, el lugar en donde un agente tiene poder de mercado, relacionado con un tipo específico de producto o servicio.

Ahora bien, la totalidad de necesidades personales y sociales, no pueden ser satisfechas con las bondades y funciones que el mercado provee, en tanto que no es la institución idónea o pertinente para conseguir la igualdad social ni efectos de

²¹ Parkin (2004: G-7).

²² Al menor precio posible y con la mayor utilidad y provecho para el comprador y el vendedor.

²³ La clasificación más usual se basa en la dimensión: a) del bien o producto y b) en la geográfica. Sin embargo el tiempo también juega un papel crucial pues si un bien —producto o servicio— llegare a escasear o encarecer, no es inmediato que otros productores puedan ofertar sustitutos en el mercado y, durante tal lapso, queda restringido el suministro y el mercado en poder del único oferente.

redistribución. Luego, si se pretende también obtener ese fin de moral social, deben buscarse otros medios que resulten ser los adecuados.

Por tanto deben ser las estructuras e instituciones políticas y jurídicas las que faciliten u obliguen al ejercicio de la solidaridad, que no es un efecto o consecuencia que el mercado produzca, sino que, en su caso se dará, sea como virtud o como resultado social coactivo. Lo que si resulta claro es que no se obtendrá con la sustitución del mercado por otro sistema de organización económica, que no podría tampoco cambiar o redimir a un mundo insolidario sino que la solución a ese defecto es axiológica ²⁴ y no económica. ²⁵ De ahí, entre otras razones, la necesidad de un matrimonio o maridaje indisoluble y complementario entre lo deseable económica y moralmente, que se supone la política y otras ciencias sociales buscan obtener, en sinergia y complementariedad, apoyadas en el derecho, para exigir y obtener comportamientos de manera coactiva, dado lo imperioso que es satisfacer todas las otras necesidades vitales de la mejor y más eficiente manera, incluyendo a las económicas pero también a las morales de alto contenido social. ²⁶

Constitución Económica

Ariño (1993: 13) comenta que hay dos fuerzas que rigen —en sinergia— el porvenir de los hombres en sociedad: la política y la economía; y su estudio debe abordarse desde tres perspectivas: la económica, la política y la jurídica, a partir de un tratamiento integrador que refiera a la vida económico-social.

Más adelante expone una noción muy clara del concepto de Constitución económica, consistente en:

El conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económico-social de un país según un orden que se encuentra reconocido en la Constitución. Este «orden económico constitucional» no es una pieza aislada sino un elemento más dentro de la estructura básica de la ley fundamental. ²⁷

Böhm ²⁸ comenta que la constitución política y la económica son dos subsistemas de un mismo conjunto y se influyen mutuamente, agregando que:

Las constituciones políticas con sus metas espirituales y morales fijan amplia y anticipadamente el margen dentro del cual deben moverse los órdenes técnicos de la economía.

Y, en ese contexto propone, que las Constituciones deberían concentrarse en prever aspectos procedimentales y declaraciones fundamentales, al tiempo de minimizar su contenido sustantivo, facilitando así la modificabilidad de este último de acuerdo a una dinámica socio-económica que está en constante cambio, superación y evolución.

²⁴ Con fines de solidaridad, justicia e igualdad social.

²⁵ Con un propósito de productividad y eficiencia.

²⁶ No obstante ello, la política se apoya en criterios y principios de marketing y lo propio sucede con varias religiones, aunque los incentivos no son totalmente especulatorios como sucede con las actividades indiscutiblemente económicas.

²⁷ Ariño (1993: 95).

²⁸ Citado por: De Juan Asenjo Oscar (1984: 191-203).

Por cuanto a la regulación del régimen económico-social constitucional mexicano, se prevé en diversos y variados numerales y funciones:

| | | | |
|-------------------|---|-------------|---|
| Régimen económico | } | 3 | Democracia integral |
| | | 5 | Libertad de trabajo |
| | | 25 | Rectoría del desarrollo |
| | | 26 | Planeación del desarrollo |
| | | 27 | Propiedad privada |
| | | 28 | Mercados y actividades estratégicas |
| | | 31 | Régimen impositivo |
| | | 73, 74 y 89 | Facultades y competencia de órganos |
| | | 115 | Municipio y régimen económico |
| | | 117 | Régimen económico de entidades y Federación |
| | | 118 | Prohibiciones fiscales a estados |
| | | 123 | Relaciones entre capital y trabajo |
| | | 131 | Intervención económica de la Federación |
| | | 134 | Recursos económicos manejo y licitaciones |

Orden jurídico

Considerando que los fines y contenidos constitucionales son, preferentemente, de carácter económico, social, moral y político, es menester que una ciencia de carácter regulativo los enmarque y coordine de manera funcional y eficiente.

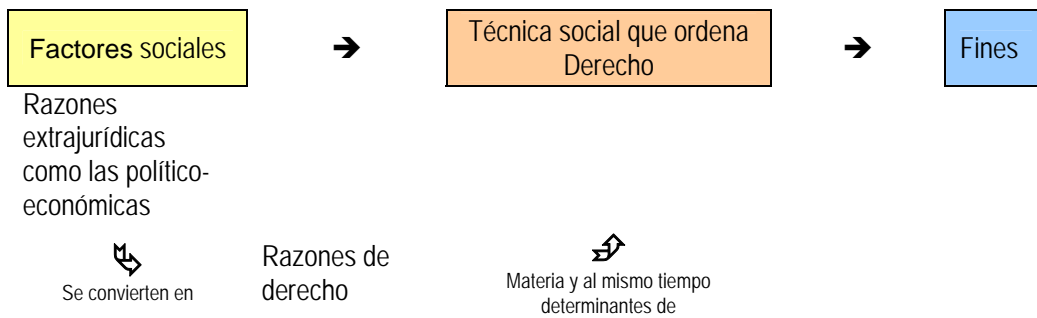
Es así que el orden jurídico viene a ser un conjunto de normas que reconocen valores, fines y propósitos de muy variada etiología, vigentes en una comunidad política determinada, que regulan la convivencia social y permiten resolver los conflictos interpersonales, creando un tejido de relaciones jurídicas, poderes y deberes que interactúan entre sí y están interconectadas, por lo que se denomina, sistema jurídico.

El resultado viene a ser una técnica social que induce a las personas para que asuman la conducta socialmente deseada ante la amenaza de una medida coercitiva en su contra.²⁹

Luego entonces, si la economía es juridificada o reconocida por el derecho, sus leyes son adoptadas y ahora tiene la encomienda de obtener y alcanzar los fines económicos y sociales pertinentes. Es así que 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.³⁰ Estas ideas se ilustran en el esquema siguiente:

²⁹ Kelsen (1983: 22). Estas ideas pueden ser ampliadas tomando en cuenta el concepto de normas de reconocimiento de Hart y positivismo incluyente. En el análisis económico del derecho se pretende disuadir por incosteable y onerosa toda conducta ilegal.

³⁰ Roldán Xopa (2004: 9).



La norma jurídica es una regla u ordenación del comportamiento humano, dictado por autoridad competente, de acuerdo a un criterio de valor y cuyo incumplimiento trae aparejada una sanción; en tanto que, habitualmente, impone deberes y confiere derechos.

Para el profesor Diez Picazo el ordenamiento jurídico es una realidad orgánica, lo que implica no sólo un conjunto de normas sino que también son las formas de elaboración, desarrollo, aplicación y enjuiciamiento.³¹

Es así, que un conjunto o agrupación de normas con una funcionalidad sistémica y dinámica, puede ser aplicable a todos o solo a determinados sujetos, regir en una o varias materias, en una determinada época, espacio y lugar; donde los componentes interactúan entre sí, creando un sistema jurídico completo de elementos tales como: reglas, principios, subprincipios³² o directrices, a través o por donde se representa la organización y funciones de un grupo social.

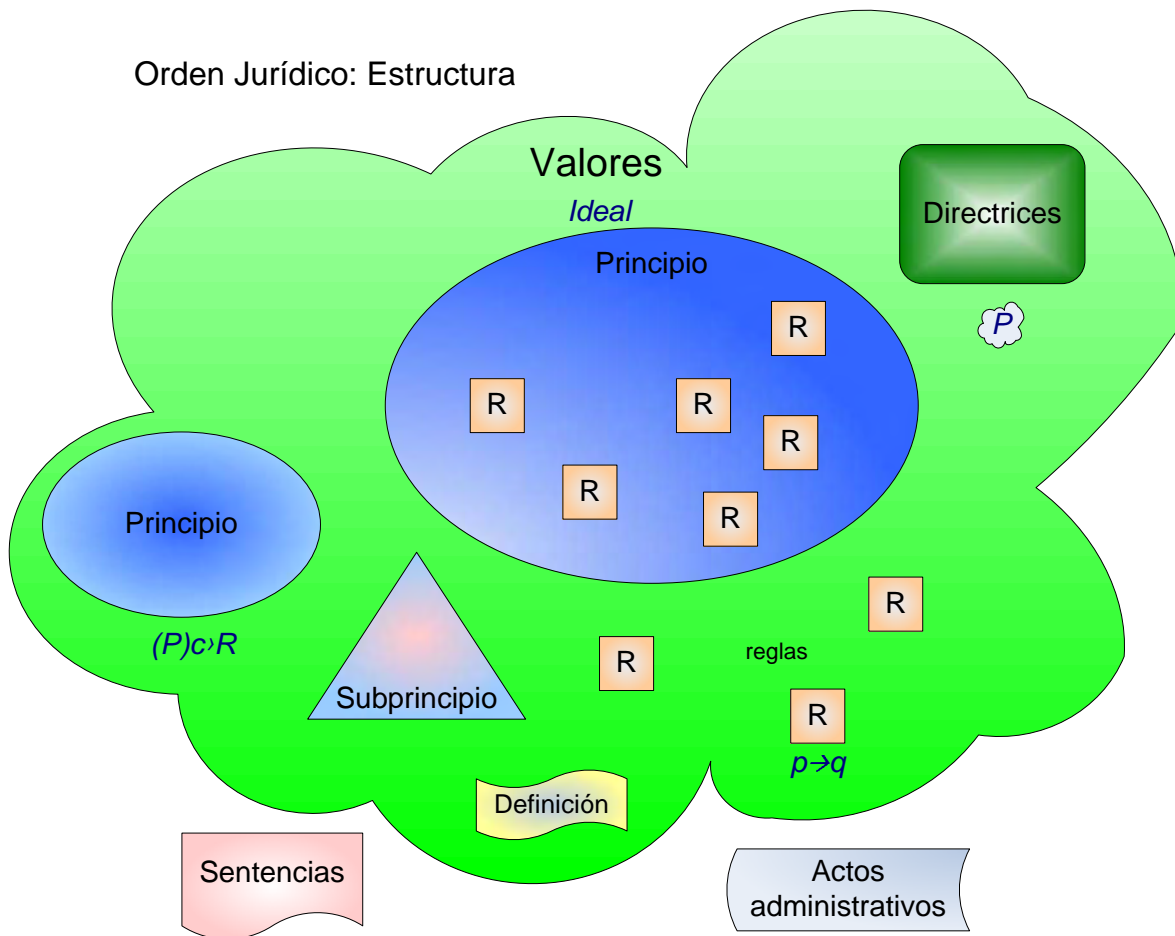
Hay normas generales (actos legislativos) y particulares (sentencias y actos administrativos) que, en conjunto y simbiosis, deben operar.

Una descripción general y *prima facie* de lo que es el orden jurídico, cuando menos en el aspecto estructural, aparece en el siguiente diagrama:

³¹ http://es.wikipedia.org/wiki/Ordenamiento_jur%C3%ADdico#El_ordenamiento_jur.C3.ADdico_como_sistema.

³² Usualmente los tribunales ante lo amplio y abstracto de la comprensión e intensidad de los principios, deben concretarlos en compartimentos y conceptos menores que permitan su manejo para decidir conflictos. Un ejemplo es la proporcionalidad de las contribuciones que la jurisprudencia ha particularizado para las diversas clases de tributos (impuestos, derechos, aportaciones de seguridad social, etc.) o en el caso de los impuestos donde se atiende al objeto económico que lleva a distinguir impuestos dirigidos al ingreso, el patrimonio, los gastos o consumos; variantes todas que obligan a discriminar conceptos específicos y ad hoc.

Orden Jurídico: Estructura



En este marco se inscribe la regulación económica que, como técnica social, se concreta y propone ³³ ordenar las múltiples y variadas relaciones que surgen entre el poder político y la economía.

La función original fue responder y corregir, en la medida de lo posible, los fallos del mercado; actualmente también y adicionalmente se utiliza como instrumento para la elección pública —*public choice*— de los intereses particulares.

La institución es una interferencia o restricción intencional de las conductas y elecciones de los agentes económicos, ³⁴ por una entidad ajena, de acuerdo con uno o varios objetivos, de conformidad con una regla prescrita, para atender el interés público en el que tengan cabida, por supuesto, los fines individuales y se desarrolla a través de un proceso.

En cuanto a la trascendencia e implicaciones debe comprender todo el complejo entramado del quehacer social y, por ende, incluir los fines, incentivos, motivaciones, objetivos, medios, procedimientos y presupuestos de naturaleza y carácter multidisciplinario, suponiendo los científicos, tecnológicos y, además, los

³³ El derecho es la macro regulación que en lo más alto establece un orden y funciones en el espacio social donde se da la vida en común de los individuos pero esta generalidad debe permear hasta lo específico y concreto

³⁴ Es importante connotar que no se trata de cualquier interferencia, ya que las externalidades también lo son pero si intención esencial es otra y solo por consecuencia interfieren.

pertinentes a las ciencias sociales como el derecho, economía, ciencia política, sociología y la moral. Como puede apreciarse toda una «geometría variable» que refleja la pluralidad del espacio regulativo. (Larrañaga 2007: 2-7).

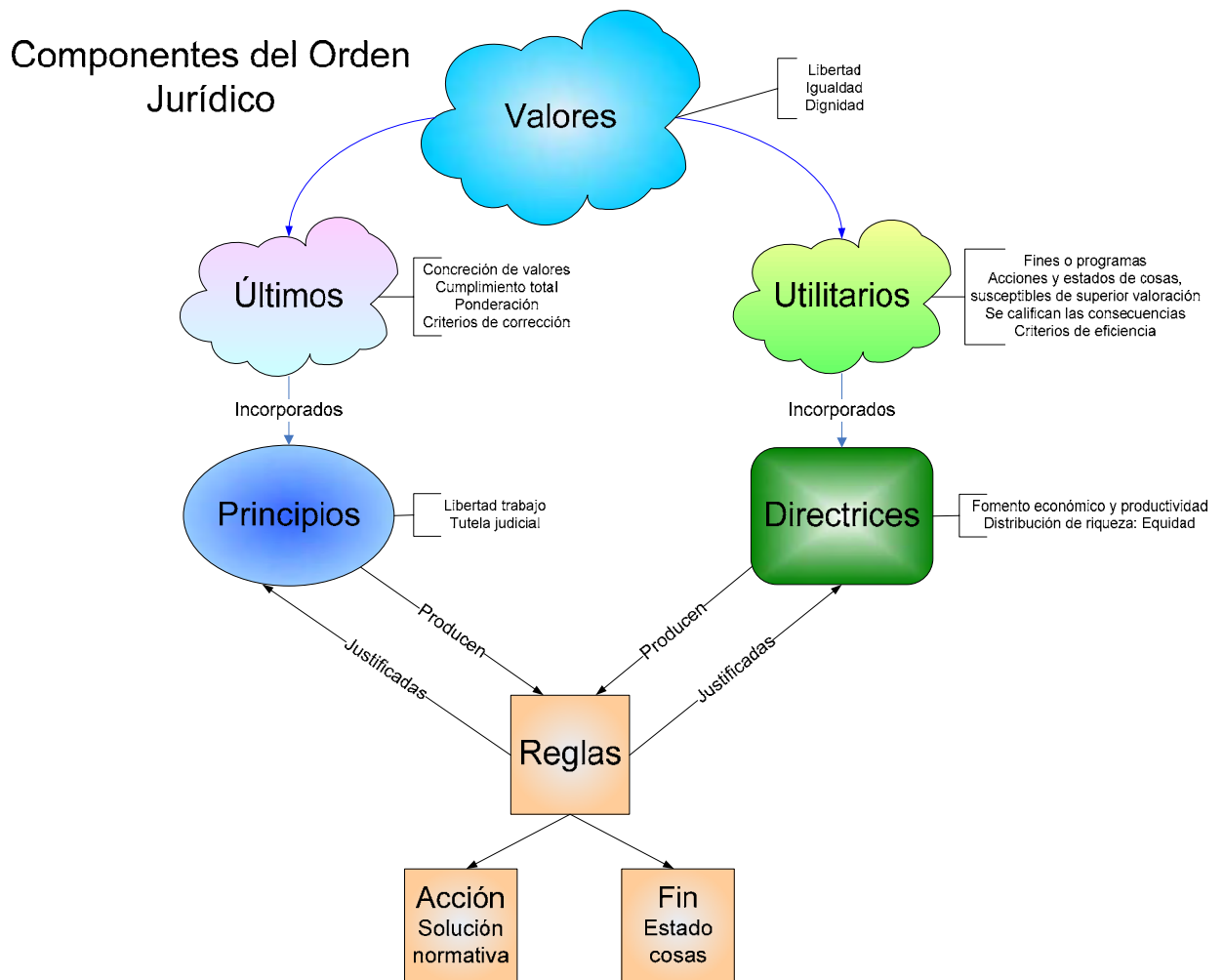
Sistemas jurídicos: Componentes

El Derecho constitucional resulta especialmente complejo, por la diversidad y naturaleza plural de las materias que comprende, aunado a las varias funciones y vocaciones que está llamado a realizar, así como los fines y valores que debe consolidar.

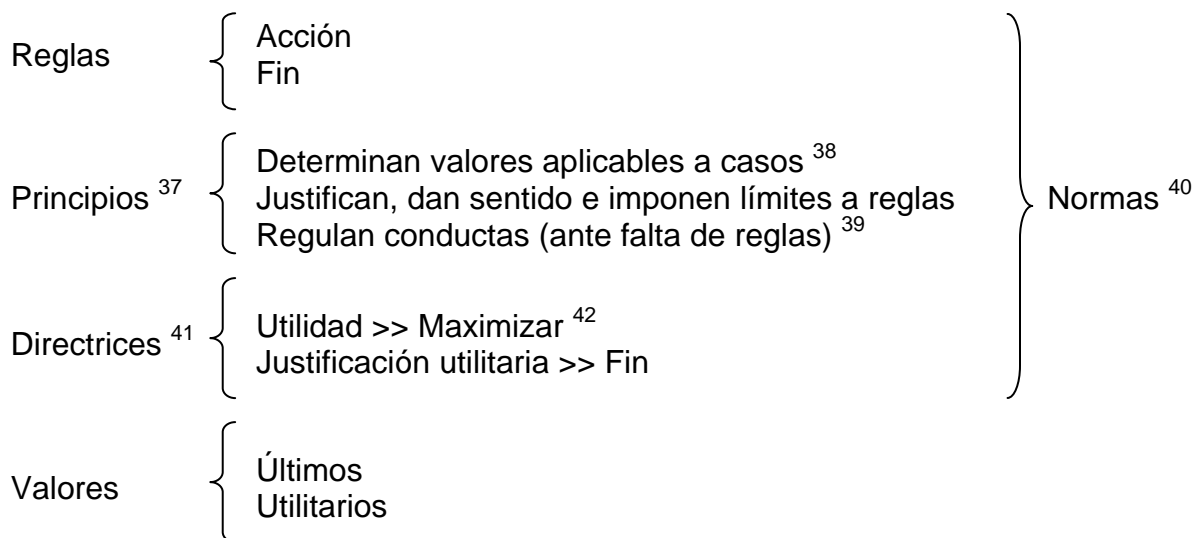
En ese contexto, resulta claro que una estructura basada sólo en reglas ³⁵ es insuficiente, por lo que es menester, existan e interactúen variados elementos normativos y axiológicos que lo componen, van determinando su desarrollo y jerárquicamente estableciendo relaciones, fines y propósitos. En ese tenor, resulta que a partir de los valores surgen principios y directrices que producen legislativamente reglas ³⁶ cuyo contenido estará justificado si reproducen y reflejan los valores y propósitos de sus antecedentes, tal como aparecen dispuestos en el siguiente esquema:

³⁵ Con una forma condicional hipotética donde se plantea una hipótesis, una razón suficiente y una consecuencia con la notación lógica $p \rightarrow q$ (si p entonces q).

³⁶ No todos los principios y directrices generan reglas aunque lo deseable es que así fuera ya que las omisiones legislativas, en muchos casos, sobre todo referidas a las directrices, provocan su ineficiencia, tema que más adelante retomaré al analizar estas modalidades de normas.



Todos estos componentes y sus funciones se sintetizan en el cuadro siguiente:



Clases de normas constitucionales

Las normas constitucionales tienen diversa naturaleza y funcionalidad trascendiendo y manifestándose al momento en que son aplicadas.

Con referencia a las normas constitucionales aplicables al derecho de defensa de la competencia económica, advertimos un concurso de principios, directrices, y reglas ⁴³ que participan dentro de un sistema de manera dinámica, funcional y en sinergia a la vez que generan tensiones por las múltiples interacciones que se dan y los intereses variados que tutelan.

Esta multiplicidad de variables, las circunstancias de cada caso y las eventuales consecuencias, son aspectos que hacen difícil definir, *a priori* y para todos los casos, la premisa normativa aplicable, ya que es menester ponderar valores. En ese contexto resulta que los principios aplicables son influidos en su interpretación por las directrices que confluyen y, además, las reglas que se ven influenciadas y hasta derrotadas o sujetas a corrección porque deben prevalecer los valores que inspiran al conjunto y cuya jerarquía y eficacia se debe privilegiar. Este sistema, como he dicho, actúa de manera dinámica, en sinergia y holísticamente. En

³⁷ En el antecedente o condición de aplicación se prevé la oportunidad que, de realizarse la conducta prescrita en el consecuente, se aplique la solución normativa (prohibir, obligar o permitir).

³⁸ El legislador y Administración deben determinar bajo que condiciones un principio prevalece sobre otro.

³⁹ También por indeterminación, antinomias o cuando reglas entran en conflicto con los principios que las justifican o con otros del sistema. El juez debe ponderar entre principios para construir así la regla del caso particular y concreto.

⁴⁰ Varias ideas y conceptos que aparecen en este cuadro son tomados de Atienza Manuel y Ruiz Manero Juan (2000: 18).

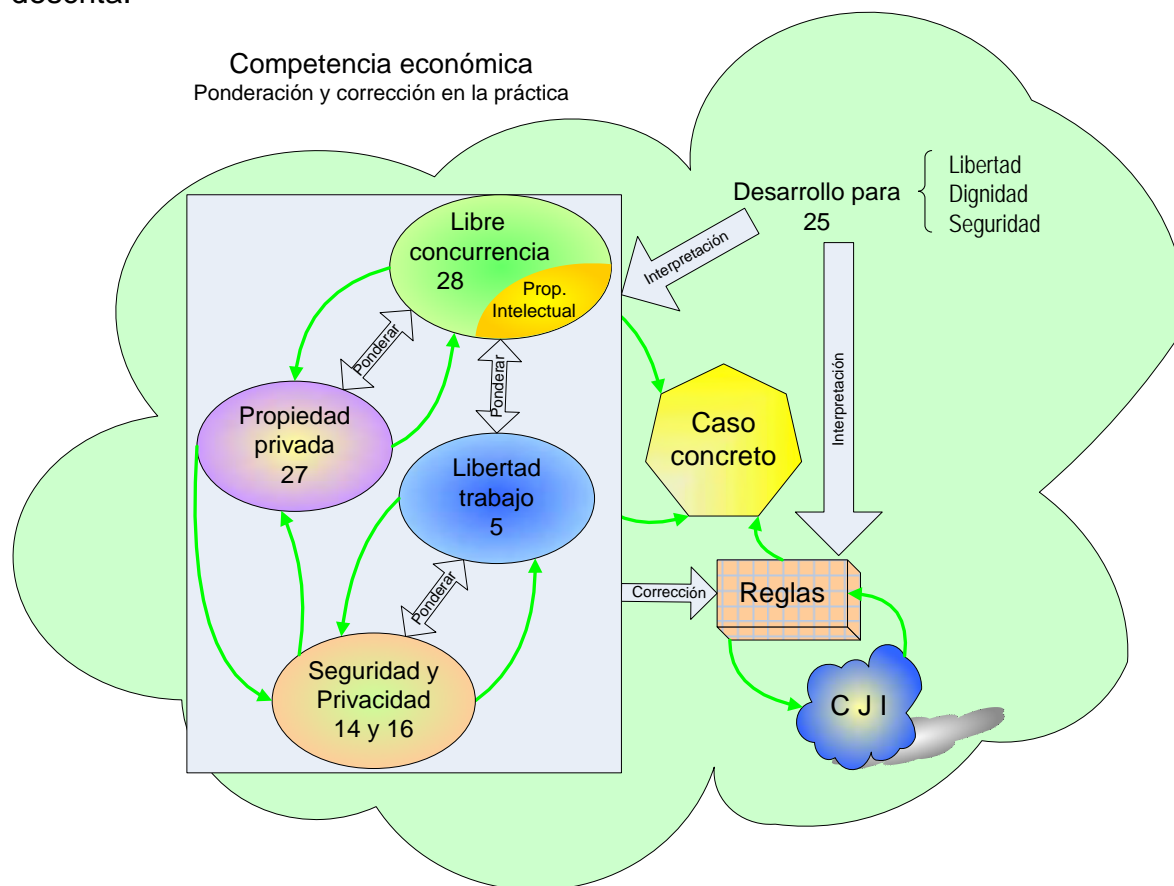
⁴¹ El objetivo es dar lugar a un cierto estado de cosas en la mayor medida posible. Trazar cursos de acción que aseguren la obtención mediante reglas de fin o de acción idóneas para facilitar el objetivo propuesto. Discrecionalidad para seleccionar los cursos de acción. Se conocen también como normas programáticas.

⁴² Una acción estará justificada cuando (respetando las normas del ordenamiento que derivan de los principios) es la más eficiente en tanto facilita la obtención del estado de cosas ordenado con el menor sacrificio de los otros fines.

⁴³ Que en casos tienen la estructura de conceptos jurídicos indeterminados.

verdad, resulta evidente que no es un problema fácil para modelizar, ya que los hechos del caso particular y las mejores consecuencias resultarán también determinantes.

En seguida presento un esquema mínimo que ilustra sobre la problemática descrita:



Valores

Para Max Scheler los valores son cualidades ⁴⁴ de orden especial, que descansan en sí mismos y se justifican por su contenido.

Es así que existen valores instrumentales que son comportamientos alternativos mediante los cuales se consiguen los fines deseados y valores terminales que son los estados finales o metas que al individuo le gustaría conseguir a lo largo de su vida. ⁴⁵

Los previstos en la Constitución son los medios o presupuestos últimos y trascendentes o útiles para la convivencia en sociedad y se identifican con la moral pública. La dignidad, felicidad, bienestar y el desarrollo integral de las personas, parecen ser valores indiscutibles en muchas latitudes.

⁴⁴ Atribuibles a las personas, bienes, instituciones, sistemas, etc.

⁴⁵ <http://www.monografias.com/trabajos15/valores-humanos/valores-humanos.shtml>H.

Ética privada y pública

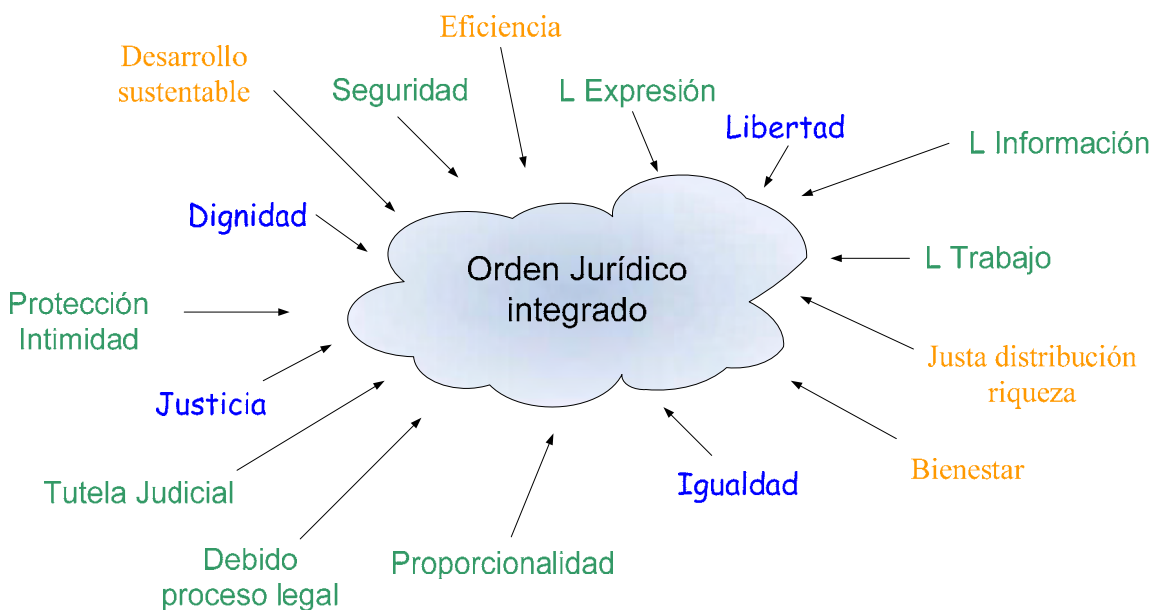
Las constituciones actuales no son documentos axiológicamente homogéneos y unitarios, sino que su contenido es plural y está formado por criterios de valor tendencialmente contradictorios.⁴⁶

Es así que las constituciones deben ser recipientes de variados valores haciéndolos cohabitar en sinergia y colaboración holística constructiva, tal como le propone Zagrebelsky:

... la exigencia de una dogmática jurídica «líquida» o «fluida» que pueda contener los elementos del derecho constitucional de nuestra época, aunque sean heterogéneos, agrupándolos en una construcción necesariamente no rígida que de cabida a las combinaciones que deriven no ya del derecho constitucional, sino de la política constitucional. ... La dogmática constitucional debe ser como el líquido donde las sustancias que se vierten —los conceptos— mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos, aunque con ciertos movimientos de oscilación, y, en todo caso, sin que jamás un solo componente pueda imponerse o eliminar a los demás. ... El único contenido «sólido» ... es el de la pluralidad de valores y principios.⁴⁷

El siguiente esquema refleja, en parte y sólo a nivel de ejemplo de ciertos elementos, la complejidad, sistema e interacciones que se dan en los órdenes jurídicos de valores, principios y directrices.

Una cultura sustentable requiere de una filosofía holística e interdisciplinaria



"No podemos resolver problemas utilizando la misma manera de pensar que utilizamos cuando los creamos"
Albert Einstein

⁴⁶ Prieto (1998: 61).

⁴⁷ Zagrebelsky (1997: 17).

Principios

De una manera muy sintética, los «principios axiológicos» son el desarrollo, reglamentación, aplicaciones o particularizaciones de los valores; o bien, derechos concentrados que se busca optimizar.

En líneas generales se puede establecer que los principios señalan aquellas conductas que se consideran valiosas y, por tanto, deben ser realizadas. En consecuencia, establecen indicaciones acerca de cuál debe ser el comportamiento adecuado y constituyen un tipo de normas, en la medida que siempre orientan la acción prescribiendo o prohibiendo algo.⁴⁸

En tanto que los «principios legales» son la síntesis y abstracción de notas comunes y objetivos implícitos en las reglas.

Para Dworkin (2002: 72) un principio es:

... un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

Según Zagrebelsky (1997: 111 y 114) son el intento de «positivizar» la determinación de la justicia y de los derechos humanos, y permite que cuando la realidad exija de nosotros una «reacción» se «tome posición» ante ésta de conformidad con ellos.

Son estándares débiles y carentes de *pedigree* por no tener un origen formal legislativo,⁴⁹ pero las prácticas consuetudinariamente aceptadas por los tribunales, decisiones que estos dictan en concurrencia y diversas reglas de reconocimiento que paulatinamente van incorporándolos, permiten dar cuenta de ellos.

Su estructura es la de mandatos de optimización.⁵⁰

*“que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.*⁵¹

Por tanto, se representan como $(P) c \rightarrow R$, fórmula que se lee en el sentido que cada principio debe ser ponderado o pesado y connotado en los casos particulares de manera que se obtenga el máximo provecho posible. Es típica la constante colisión y tensión entre varios principios cuando se aplican a casos concretos.

La finalidad es conseguir, ya sea: i) las soluciones más valiosas en lo axiológico; ii) las mejores y más eficaces consecuencias o resultados prácticos en casos

⁴⁸ Junquera (2004).

⁴⁹ Frase célebre de Dworkin para denotar que la teoría de validez propuesta por el positivismo actúa al modo de una *pedigree theory* que identifica a las normas o reglas como pertenecientes al sistema, recurriendo a datos relativos a su origen (quién la dictó, a través de qué procedimientos...) En cambio los principios o *standards*, a diferencia de las reglas carecen de esa génesis y surgen por invocaciones judiciales.

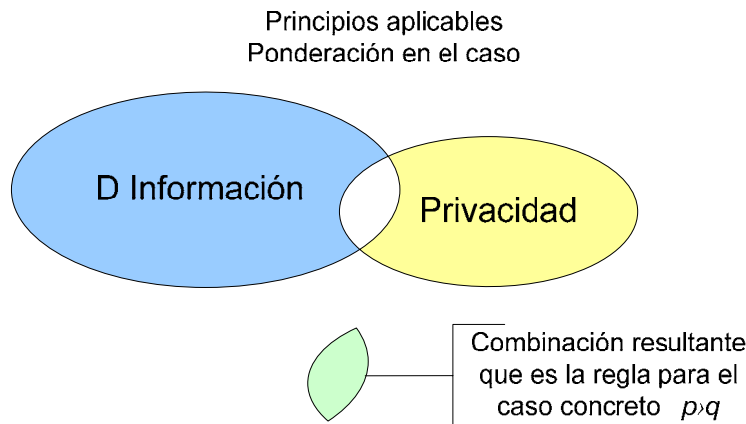
⁵⁰ No obstante ser concreciones de valores últimos que involucran un cumplimiento total, sucede que al entrar en tensión con otros principios (Derecho a la información ↔ Intimidad) su cumplimiento es en la mayor medida posible después de la ponderación, admiten ser cumplidos en grados diferentes, conforme al peso que tengan en cada caso concreto, son mandatos *prima facie*.

En el caso de las directrices (principios *lato sensu*) se buscan aproximaciones lo más completas (justa distribución de la riqueza).

⁵¹ Alexy Robert (1993: 86), posición criticada por Atienza en tanto comprende a los principios *strictu sensu* y a las directrices, sería válida si por principios, *lato sensu*, se incluye a ambos.

concretos; o bien, iii) informar, orientar, integrar, corregir, perfeccionar y definir el alcance de las reglas, por ser el sustrato axiológico.

No se excluye la aplicación de un principio en razón de la aplicación de otro sino se pondera cual pesa más en el caso y una proporción o énfasis mayor del más valioso se impone sobre el otro pero siempre coexistiendo ambos en una cierta medida que las circunstancias del caso y la ponderación determinen. Una representación grafica en seguida se expone:

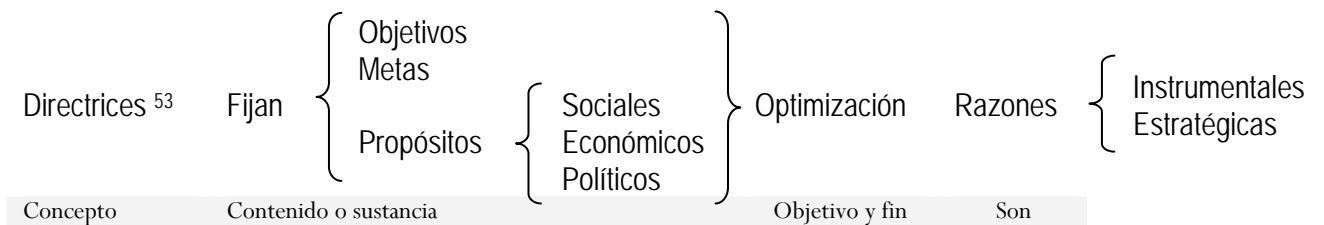


Directrices

Para Dworkin una directriz es:

*... el tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos).*⁵²

Una descripción de su estructura, naturaleza y funciones es la siguiente:



También se les conoce como normas programáticas, *policies* o directivas de acción para conseguir determinados fines, siendo marcos referenciales y obligatorios para el legislador, en cuanto le estipulan la obligación de emitir las normas que den concreción y, así, hacer reales esos proyectos. Son peculiares y muy usuales en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales.

Una debilidad que en la praxis las caracteriza, es que, como directivas de acción,⁵⁴ no son reguladores directos de conductas concretas. No obstante, ante omisiones legislativas, son pautas importantes para la interpretación y deben ser

⁵² Dworkin (2002: 72).

⁵³ Eficacia de la acción administrativa es un ejemplo claro.

⁵⁴ Para algunos autores son derechos vacíos de contenido en cuanto faltan garantías para su eficacia.

observadas por la autoridad administrativa en el ejercicio de facultades discrecionales. En sede judicial puede llegarse, incluso, a una interpretación correctiva o la integración normativa, sobre todo cuando es claro que se está ante lagunas axiológicas.

Un ejemplo es el artículo 51 de la Constitución española al establecer que:

«los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos».

Comenta Posner que el derecho *antitrust* es un sistema de principios y directrices (*standards*) y reglas (*rules*) lo que obliga a tomar en cuenta aspectos amplios que respondan a la vaguedad o textura abierta de las disposiciones.

Es el caso que la regulación *antitrust* sanciona y condena todos los actos que conlleven a una fijación de precios, pero si producen un beneficio social o eficiencia⁵⁵ —caso que preferentemente se da en las prácticas verticales—⁵⁶ tal conducta puede merecer una justificación en razón de las ventajas que por eficiencia implica. En este mismo sentido el derecho de defensa de la competencia no está gobernado ni regido exclusivamente por reglas (*rules*) sino por principios y directrices ya que el objetivo es ponderar conductas a la luz de referentes más amplios (*standards*) y no concretarse a tipificar, como sucede en el derecho administrativo sancionador, ciertas conductas con resultados específicos y cerrados, sino a mejorar resultados de manera creativa y evolutiva.

Para racionalizar y justificar adecuadamente estas resoluciones que, por supuesto, destilan justicia y sentido común, los tribunales norteamericanos y europeos han orientado sus decisiones, aplicando la *rule of reason* en lugar de la *rule of law* pues la experiencia indica que las instituciones siempre son insuficientes o no están en armonía ni construidas para dar respuesta a los retos cotidianos de mayor eficiencia y justicia, lo que debe ser atendido por jueces creativos a través del Derecho jurisprudencial perfectamente reconocido en los Estados Unidos de Norteamérica y Europa como la más adecuada respuesta a las deficiencias legislativas.

Hechos y Derecho, matrimonio indisoluble

Los enunciados jurídicos⁵⁷ siempre tienen un componente fáctico —real y concreto—, así como otro normativo. Por tanto es artificial la distinción que sentencias y resoluciones hacen de premisas fácticas y normativas ya que los

⁵⁵ La cual es un claro y típico ejemplo de una directriz en cuanto son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas en casos concretos, siendo, por consiguiente, *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Esta eficiencia debe buscarse en la producción (con el mínimo costo) en el consumo (donde el valor es igual al costo marginal) y asignativa a diferentes grupos o sectores. En forma agregada, un mercado competitivo es eficiente en la medida en que los costos sociales y beneficios sociales coinciden. González de Cossío (2005: 25-26).

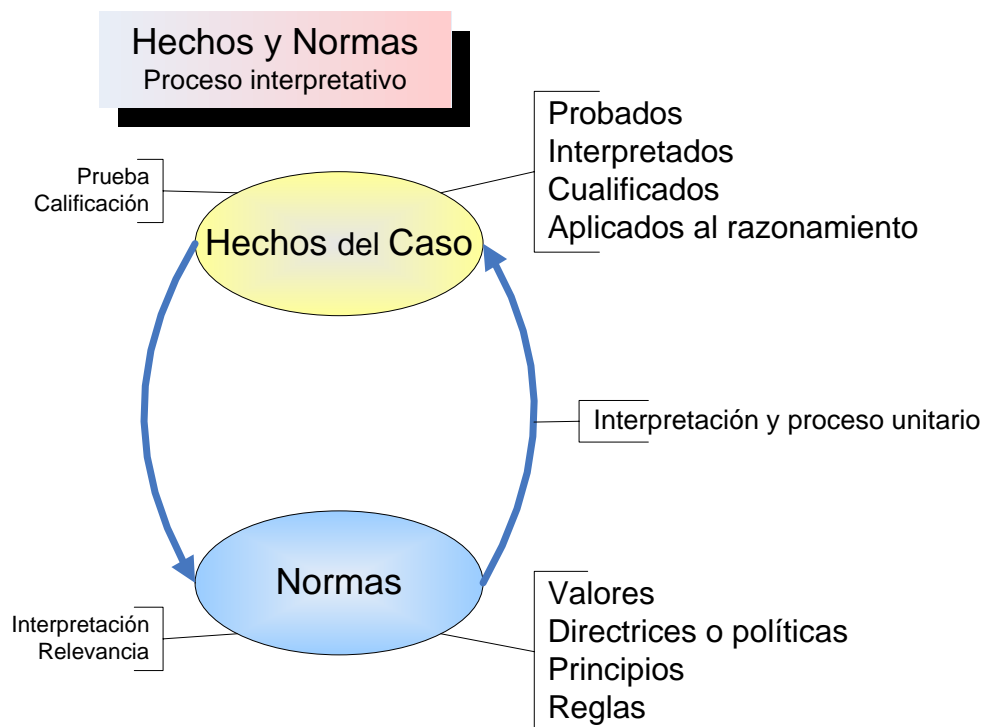
⁵⁶ Un ejemplo muy claro es que en los contratos de distribución no se deben imponer los precios de venta al distribuidor pero si ello trasciende en que varios compitan ofreciendo mejor servicio a los consumidores, con esas consecuencias se legitima la práctica, *prima facie* ilegal.

⁵⁷ Que son los elementos de toda demanda o sentencia, entre otros documentos jurídicos.

hechos concretos son los que permiten seleccionar una norma como relevante y esta incide, a su vez, estableciendo consecuencias y un cierto tratamiento a esos hechos.

Es así que la práctica cotidiana requiere de un proceso en forma de bucle y recursivo donde ciertos hechos deben ser connotados según criterios jurídicos para asegurar si satisfacen y pueden configurar un cierto enunciado que, a la postre, coincida o no con el supuesto de hecho de la norma para retribuir a esa situación particular la respuesta y consecuencia normativa. Ello implica un ejercicio circular hasta poder construir los argumentos que justifiquen plenamente la conclusión.

Las ideas anteriores —integrantes de todo proceso de interpretación y aplicación normativa— se esquematizan de la siguiente manera:



Reglas

El modelo lógico formal y estructural de la norma jurídica, básica o prototipo, es el de una regla $p \rightarrow q$, dotada de un supuesto o hipótesis, un nexos o cópula y una consecuencia.

La función es ordenar coactivamente el comportamiento humano y el incumplimiento trae aparejada una sanción.

Generalmente, impone deberes y confiere derechos de manera recíproca y los atributos son mandatos generales, abstractos, unilaterales, impersonales, permanentes, imperativos y coercitivos.

Conforme al principio de reserva legal las elabora el legislador pero cada día se delega, mediante leyes marco a la Administración y agencias o comisiones, sobre

todo en temas de discrecionalidad técnica y la regulación de actividades de interés social y los servicios al gran público.

Ampliando la idea de la estructura y contenido de las reglas, se tienen los elementos siguientes:

1. **Supuesto de Hecho:** Son los requisitos o hipótesis establecidos en la norma de cuya realización se hace depender la producción de efectos jurídicos. El contenido de lo previsto son usualmente elementos fácticos pero también pueden ser de naturaleza jurídica, axiológica o intenciones anímicas.⁵⁸ En ciertos casos el supuesto puede asumir las características de un concepto jurídico indeterminado.⁵⁹
2. **Deber ser:** es el enlace lógico entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. Esencialmente se distinguen relaciones, nexos o cópulas de causa efecto necesarias y predeterminadas o reservando una libre apreciación y decisión a un sujeto como sucede con las facultades discrecionales.
3. **Consecuencia Jurídica:** contiene los efectos jurídicos, frutos de la valoración que ha hecho el legislador ante otros supuestos jurídicos contenidos en el supuesto de hecho de la norma.

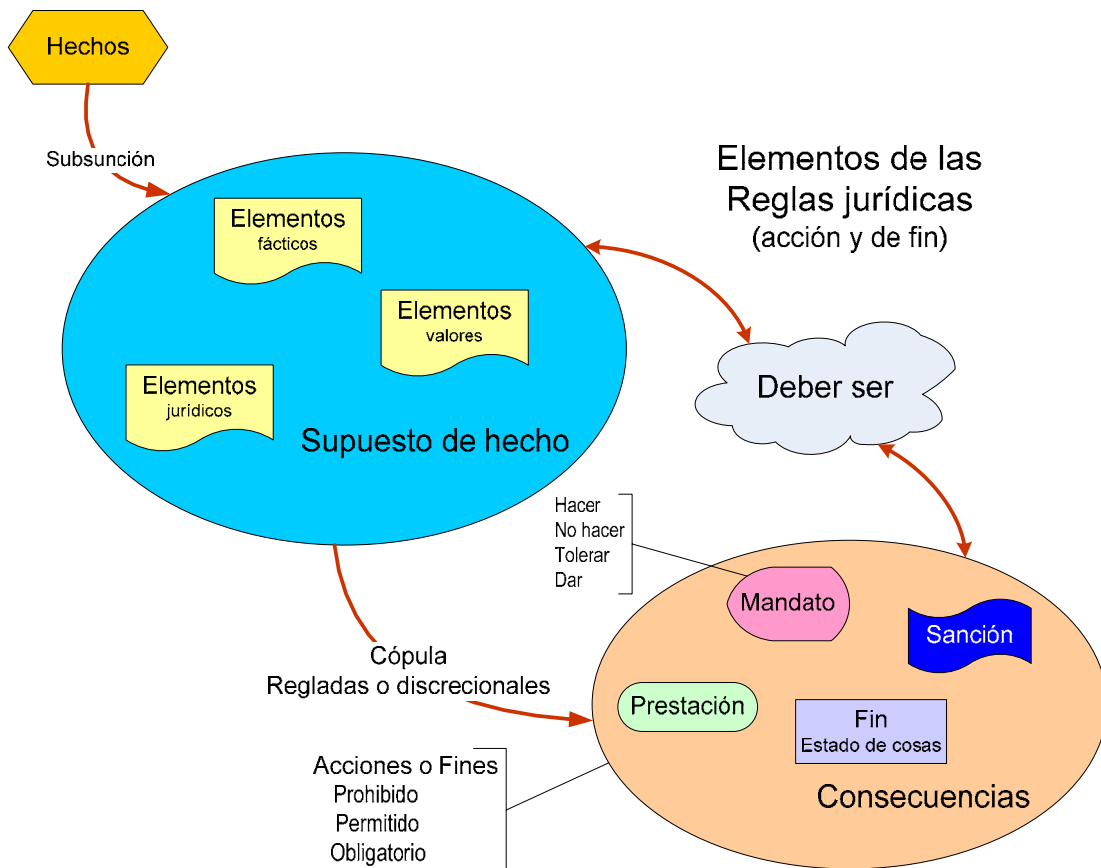
Los sentidos del mandato legal pueden ser: prohibiendo, permitiendo u obligando a realizar cierta conducta, consistente en acciones de hacer, no hacer, tolerar o dar, realizar cierta prestación; también puede ser alcanzar un fin o estado de cosas específico con los medios que el caso recomiende; o determinado una cierta sanción.⁶⁰

Estas ideas se plasman en el siguiente esquema:

⁵⁸ En el caso de ciertos ilícitos es el ánimo de engañar, aprovecharse o abusar de una posición de dominio. En otros son elementos morales como dignidad, honradez; pueden ser también de eficiencia, jurídicos, materiales o intangibles, en fin cualquier circunstancia o vivencia que surja o incida en las personas.

⁵⁹ Ejemplos de ello son el uso de expresiones flexibles o universales tales como *fumus boni iuris*, mercado relevante, utilidad pública, autonomía, etc., que ameritan una ponderación y discrecionalidad cognoscitiva de los hechos de casos concretos para corroborar si surten o no las exigencias de la hipótesis y como el contenido puede ser científico, tecnológico, axiológico, económico, político, sociológico es menester acudir a otras disciplinas además que la vaguedad del concepto adquiere un significado específico, preciso y concreto, sólo y a partir de estar en presencia de las circunstancias definidas de cada caso particular; esto es, al ser contextualizados con los hechos del caso. Ver tesis [TC014076.9AK1](#).

⁶⁰ Una regla de acción es la que prohíbe prácticas monopólicas y una de fines ordena al juez conservar viva la materia del juicio para restituir, valiéndose de cualquier medio que estime necesario o idóneo.



Derecho, economía y crecimiento

El Derecho juega un papel crucial para el funcionamiento de los mercados ⁶¹ y si se pretende que el desempeño económico sea bueno u óptimo, necesariamente dependerá de la idoneidad y eficacia del sistema jurídico ⁶² pero, en todo caso, siempre es determinante la eficacia ⁶³ y eficiencia de los tribunales.

Sobre el tema James M. Buchanan ⁶⁴ 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 económicos ⁶⁵ 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 pueden elegirse alternativas

⁶¹ Que son una creación jurídica para contextualizar y permitir las relaciones entre los agentes.

⁶² El desarrollo de los mercados y la economía requiere se protejan las libertades y la propiedad (caso de Estados Unidos de Norteamérica) en todos sus aspectos; en adición, si el énfasis está en los individuos y la sociedad (caso de Europa), adicionalmente se buscará enfatizar, promover y desarrollar la igualdad y la dignidad de las personas.

⁶³ Su capacidad para resolver conflictos o facilitar negociaciones al tenor del artículo 17 constitucional.

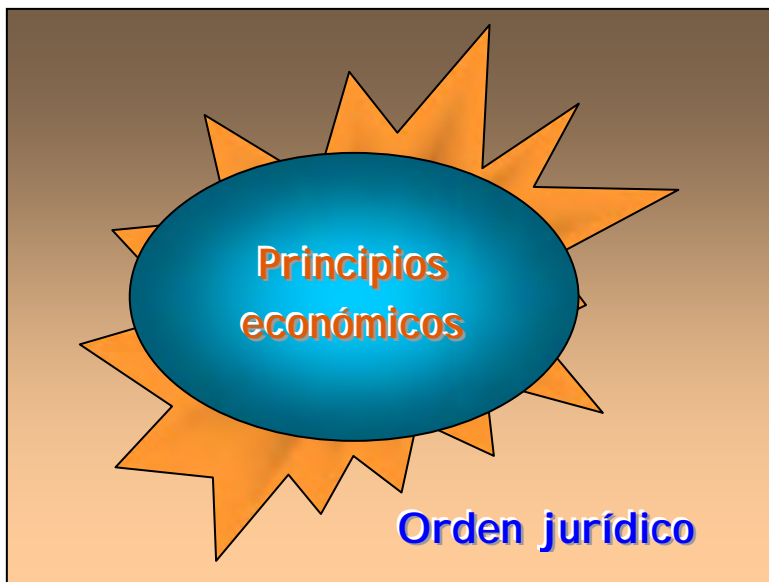
⁶⁴ Buchanan (1979: 123-135).

⁶⁵ A manera como de ondas expansivas que deben ser respetadas, intocadas y dejarse funcionar libremente.

sin afectar la osadía y denuedo para determinar o escoger el comportamiento más idóneo;⁶⁶ 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:



Conforme al concepto materia de este esquema, puede decirse que, como resultado de la norma de reconocimiento⁶⁷ 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.

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.

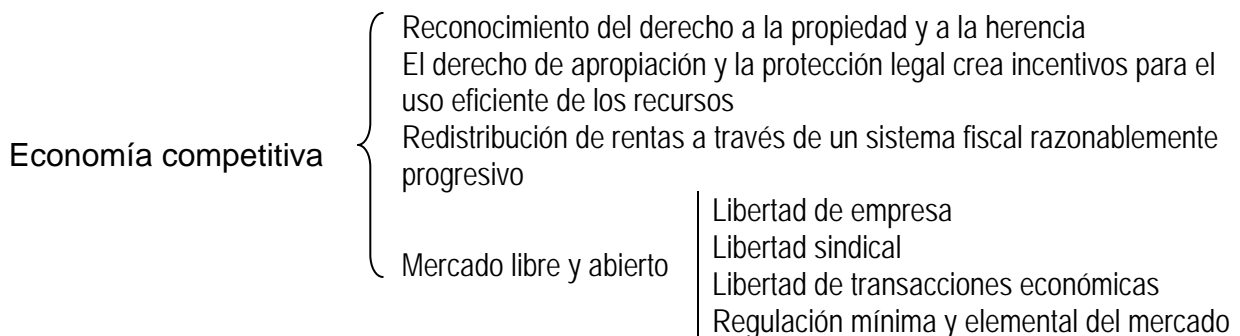
La adecuada regulación económica debe controlar o corregir mediante incentivos pero, además, organizar a la economía sobre la base de las demandas justificadas de los individuos. El efecto final debe ser

- Organizar a la economía mediante controles; aunado a,
- Dotar de significado económico a las relaciones sociales y jurídicas; incluyendo también,

⁶⁶ Imaginemos un caudal que pretendemos controlar con un dique (entendido como técnica o medio para el control de conductas), 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.

⁶⁷ Que hace jurídico el contenido y finalidades económicos.

□ Conferir una orientación y fin social y jurídico a las relaciones económicas.⁶⁸ Ariño (1993: 98-100), en términos semejantes, considera como ingredientes de la eficiencia y condiciones para el desarrollo económico, los siguientes aspectos:



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. Las nuevas tecnologías, estrategias de mercadotecnia, las necesidades e intereses cambiantes y dúctiles de los consumidores y agentes económicos, determinan que el Derecho debe 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.

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.

La tendencia de las constituciones, a partir de los años 80, es reducir la regulación y retomar ideas del liberalismo que, hace años proclamó Adam Smith con su teoría de la «mano invisible» la cuál, dice que afirma, arregla y corrige muchos de los problemas que se dan en los mercados, por lo que la intervención estatal, debe ser subsidiaria.⁶⁹ Es así que los embates neoliberales fundados en la experiencia práctica de los mercados más eficientes y funcionales que tenemos en la actualidad,⁷⁰ impone y justifica ahora el «neoliberalismo constitucional» que

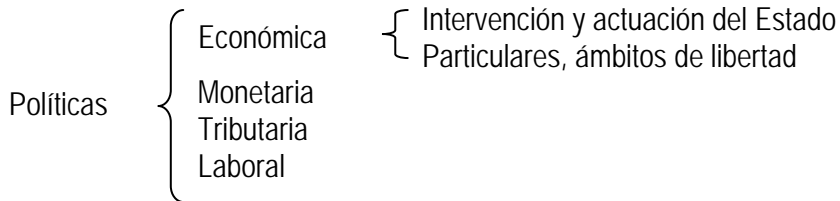
⁶⁸ Larrañaga 2007: 7

⁶⁹ 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.

⁷⁰ 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.

proclama la máxima libertad con la menor regulación, esto es, sólo la intervención estrictamente indispensable se acepta.

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:



Libertad

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 sujeciones ⁷¹ 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. ⁷² 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, pero que en la generalidad oscila en zonas de gris con más o menos intensidad. No tiene eficacia alguna conceder libertad jurídica «de» a las personas si en su interior están encadenadas «para» tomar decisiones con autonomía.

Para algunos autores ⁷³ 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 quién hay que servir, no al Estado ni a instituciones políticas, sociales o religiosas que pretendan ponerlo 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.

⁷¹ 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, cualquier decisión verdaderamente humana. La protección social como objetivo de la libertad es la clave del bienestar y riqueza de hombres y países, esa es una razón fundamental que distingue a los países desarrollados y a los que están en vías de desarrollo, Ariño 1993: 15.

⁷² Libertad **de** expresión, trabajo, tránsito, etc., 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.

⁷³ Como es el caso de Ariño (1993: 14), con una tendencia al derecho natural.

En un contexto jurídico la libertad se conceptúa como:⁷⁴

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 por nadie, y en ello consiste la grandeza máxima del hombre

Tratadistas de la talla de Ariño (1993: 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 auto controle 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 independientes no hay derechos fundamentales. Son sólo *flatus vocis*.

Estas razones, en mucho, son las determinantes de por que 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. 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—.

El liberalismo defiende la reducción del Estado a sus tareas esenciales, sobre todo cuando estas se han tenido que ampliar —por un déficit de la iniciativa social— 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.⁷⁵

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:

⁷⁴ Ariño 1993: 14.

⁷⁵ Ariño (1993: 16).

*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.*⁷⁶

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.

Estas ideas se concretan en el cuadro siguiente:

Actividades estratégicas 25-4 y 28-4 ⁷⁷

Actividades prioritarias 25-5 ⁷⁸ Servicios públicos (actividades económicas) 28-10 y 11 ⁷⁹

| | | |
|---|-----------------|--|
| 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 | |
| | Fomento | Interés general 25-2 |
| | Precio y abasto | |

Propiedad

Actualmente el derecho de propiedad dista mucho del concepto romano de un derecho absoluto.

Es así que actualmente se considera como:

- a) Un derecho de apropiación o apropiabilidad de beneficios provenientes de la explotación de bienes tangibles e intangibles; o,
- b) Los rendimientos que produzcan las inversiones; por lo que, con más corrección, debe hablarse de las propiedades sobre esos provechos o privilegios.

⁷⁶ Ariño (1993: 21).

⁷⁷ De la exclusiva titularidad y gestión por el Estado a través del denominado sector público.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ 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”. Sarmiento (1996: 18) Pueden ser concesionables a particulares.

Por otra parte, concurren ahora variadas ideologías sociales que imprimen modalidades y límites al derecho, antes absoluto, de propiedad. Se basan en el derecho a la igualdad y en el principio de solidaridad concomitante a los beneficios, a las cargas públicas y una cierta compensación o simetría por las externalidades, aspectos que, en mayor o menor medida, aplican las constituciones en todos los sistemas, cambiando sólo el énfasis.

Estas intensidades en la intervención provocan que, en ocasiones, sea difícil ver la demarcación entre limitación y privación a la propiedad que, por supuesto, será enfocada de diversa manera según la ideología y tendencia de quien opine.

Posner⁸⁰ entiende y reconoce a los «*property rights*» o derechos de apropiación una importante función económica, base para la creación de incentivos y el uso eficiente de los recursos.

Comenta Ariño (1993: 68) respecto de la propiedad que:

Una de las características esenciales de las sociedades libres sea la existencia de un marco legal, jurídico, que imponga el respeto a la propiedad privada y el cumplimiento de los contratos, tal como fueron pactados. Sin respeto de la ley, no puede subsistir la propiedad, ni el mercado, ni la libertad. Cuando no hay ley —y un sistema judicial capaz de hacerlos efectivos— la única libertad es la del navajero o el estafador.

Rectoría

La actividad económica tiene como fin satisfacer necesidades de: a) consumidores y b) proveedores.⁸¹ *Prima facie* la iniciativa privada a través del mercado consigue ese fin, optimizando los beneficios para ambas partes. Pero también hay bienes públicos y amplias necesidades que el sector privado no puede o no le conviene proveer, ya sea porque faltan alicientes o posibilidades retributivas adecuadas y, en esos casos, el Estado debe gestionar y producir bienes o prestar servicios subsidiariamente o adquirirlos de la iniciativa privada pero pagando el precio en sustitución de los beneficiados.⁸²

Es en ese contexto que la rectoría se inscribe para hacer posible y real que el desarrollo resulte integral a partir de un mercado, que auxiliado o complementado de la gestión del sector público, concluya en que la provisión y abasto sea eficiente, suficiente y satisfactorio, especialmente para los grandes sectores sociales.⁸³

Una idea general del concepto, es que consiste en la facultad y capacidad del Estado para dirigir o conducir la actividad de los agentes económicos, al logro de los objetivos y metas del desarrollo económico-social de las personas y del país.

⁸⁰ Ariño (1993: 98).

⁸¹ Para los consumidores la provisión de bienes y servicios al costo más bajo, con calidad y en cantidades suficientes son los objetivos, en tanto que a los proveedores interesan las utilidades y el desarrollo de sus empresas. Todo eso solo se consigue con una economía próspera y cuya productividad tenga crecimiento para lo cual las instituciones y el clima político y social debe estar regido por la libertad y la seguridad.

⁸² Claro es que el financiamiento recae en la propia sociedad quien a través de impuestos o endeudamientos debe financiar los costos de esa actividad prestacional o de gestión de la Administración. Los derechos económicos y sociales son un claro ejemplo, también servicios como educación, seguridad, urbanos en general (agua, drenaje, recolección de basura, transporte, pensiones) a sectores económicamente insolventes.

⁸³ Parece ser que en esta época la esclavitud tiene que ver con las necesidades insatisfechas y, en ese tema, hablar de las básicas o las derivadas por formas de vida o de consumo que muchas veces son creadas artificialmente por la publicidad y la mercadotecnia.

Ese proceso rector, implica lograr la confluencia de las actividades a través de la concertación e inducción de los sectores social y privado, utilizando los instrumentos de política económica que van desde el otorgamiento de apoyos y subsidios hasta la participación directa en la producción mediante las empresas paraestatales. Estos extremos dependen de las ideologías, políticas y circunstancias que pueden privilegiar la iniciativa privada o bien, sustituirla con un mayor o menor énfasis y medida intervencionista.⁸⁴

Para decirlo en otras palabras, es un programa o directiva⁸⁵ pero con metas concretas que alcanzar, optimizar y evaluar a fin de corroborar así, la manera y términos de como es que en la realidad esos objetivos se alcanzan. Por tanto, implica acciones, regulaciones y también abstenciones, para inducir, fortalecer y corregir que las leyes del mercado —y la mano oculta que tantas cosas arregla según Adam Smith— cumplan su cometido, en la medida y alcance de sus posibilidades y, solo de manera subsidiaria, haya intervención estatal cuando no se obtenga el funcionamiento previsto.

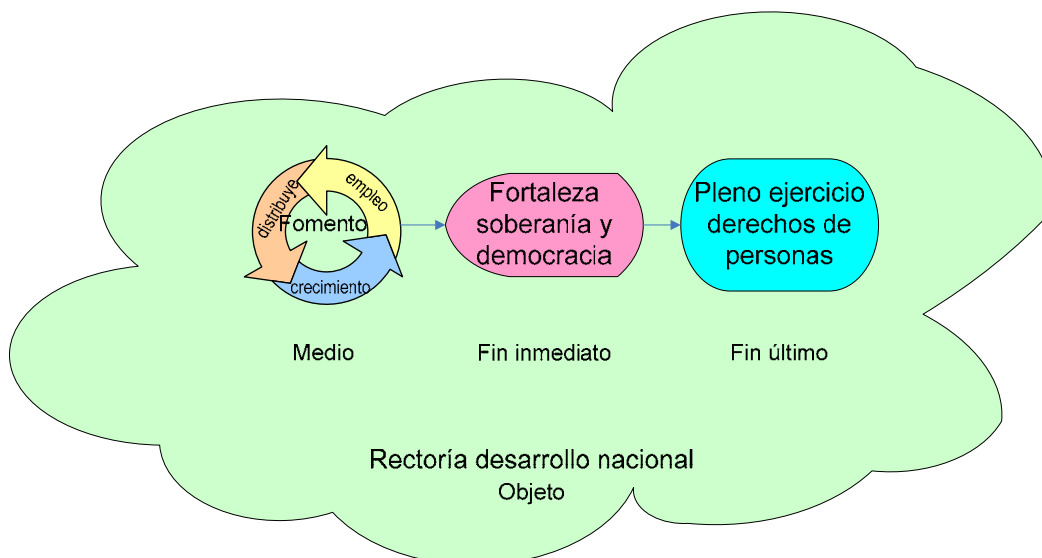
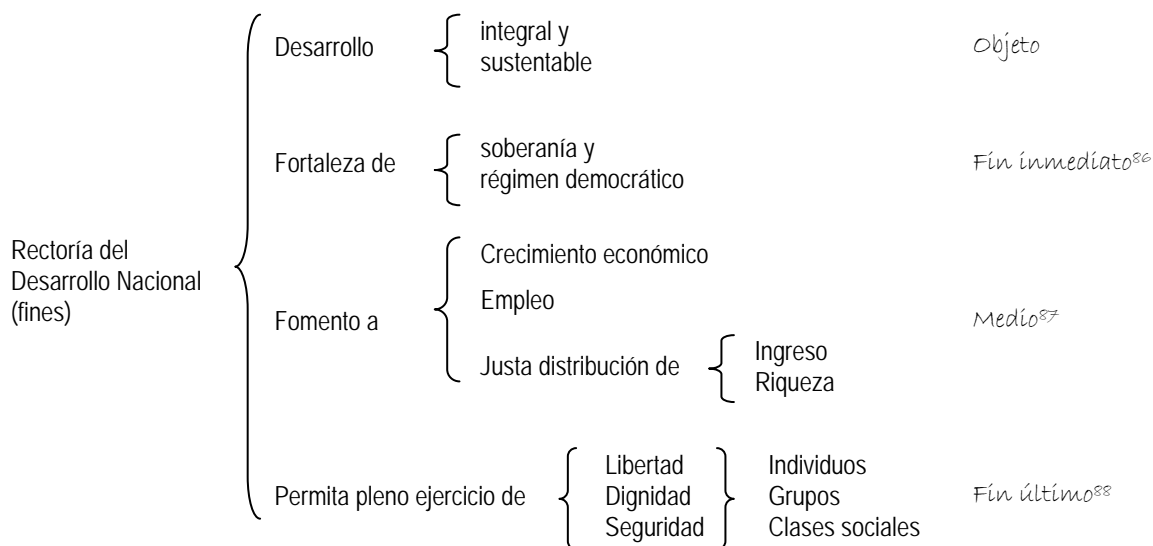
La naturaleza y alcance del concepto es muy amplia en tanto que incide en todos los amplios y complejos aspectos del desarrollo nacional, siendo los ejes en que opera:

- Político,
- Económico y
- Social.

El instrumento del que se vale la rectoría del desarrollo nacional es la economía pero los resultados deben implicar, incidir y abarcar aspectos variados, tales como el mejoramiento económico, social y cultural, en términos del artículo 3, fracción II, inciso a), constitucional; así como los temas y objetivos previstos en el numeral 25. El cuadro y esquema siguiente analizan la estructura, contenido, sustancia y dinámica funcional de éste dispositivo muy amplio y rico en posibilidades:

⁸⁴ <http://www.definicion.org/rectoria-economica-del-estado>.

⁸⁵ Que se dispersa y desarrolla en múltiples ordenamientos y actos administrativos.



89

⁸⁶ Se trata de conceptos jurídicos indeterminados relacionados con la materia política prevista en los artículos 39 a 41 y el amplio concepto de democracia consignado en el numeral 3 (sistema jurídico y de vida fundado en el mejoramiento económico, social y cultural del pueblo con profundo carácter político e ideológico). La soberanía nacional se entiende como espacio privilegiado de los factores reales de poder, internos y externos y reglas internacionales que infieren un nacionalismo económico.

La globalización enfrenta al Estado-nación a una apertura que acarrea presencia de poderes económicos públicos y privados. (Roldán Xopa 2004: 197-200).

⁸⁷ Se identifica con la eficiencia (hacer el pastel lo más grande posible, idea de Posner) y con la igualdad (distribuir el pastel de la manera más equilibrada). Convergen los principios y las tensiones entre libertad y subsidiariedad (tendente a la eficiencia de la iniciativa privada) con igualdad y solidaridad social (tendente a la justicia y equidad igualitaria acciones estatales de intervención).

⁸⁸ Es la *ratio* final de toda la actividad rectora, el bienestar completo de las personas. Esta idea permite entender que la prohibición a los monopolios prevista en el artículo 28 es un medio, para propiciar un mercado libre y eficiente, sin fallos o reducidos para que el destinatario o beneficiado sea el consumidor.

Planeación

Implica elaborar un plan, esto es, determinar el **qué** se busca obtener con el desarrollo nacional, aludiendo también al **cómo**, **cuándo** y **con qué** medios. Es así que viene a ser el objetivo pero también la especificación de los medios o técnicas para conseguirlo.

En México esta planeación debe ser democrática, tendente al crecimiento económico para lograr la independencia y democratización política, social y cultural de la Nación y, en mucho, implica o coincide con lo que se conoce en otras latitudes como tercera vía o Estado Social de Derecho.

En el caso español, Urrutia⁹⁰ comenta que la planificación estatal ante los fallos del mercado fue proveer bienes públicos, recursos y servicios que exija el interés general, imponer contribuciones en los casos de externalidades y, en su caso, acordar la intervención de empresas.

Sin embargo, ahora el enfoque y soluciones son otras. Y esto es porque, las más de las veces, no se trata de fallos de mercado sino más bien de falta de mercados, ante lo cual, ahora el papel del Estado consiste en crear o definir derechos de propiedad privada y minimizar los costes de transacción de los creadores del mercado.

Esta es la lección que hemos aprendido donde una rápida, irreflexiva e inmediata reacción del Estado para corregir, puede llevar implícitos costes sociales que los «fallos del Estado» ocasionan en mayor medida a los ocasionados por los «fallos del mercado», por lo que el remedio ha resultado ser más caro y tóxico que la enfermedad y a costa de la sociedad que termina pagando en deudas, en carencia de abasto de bienes o en precios excesivos y pobreza.

En México la planeación se prevé, fundamentalmente, en el artículo 26 constitucional. El objetivo es obtener un desarrollo adecuado de la economía como palanca o presupuesto para la independencia y democratización política, social y cultural de la nación, que imprima consistencia a los programas y acciones de la Administración con las normas, principios y objetivos tanto constitucionales como legales, en un afán de seguridad y certidumbre para todos los sectores; al propio tiempo que sirva como brújula y referente de evaluación y control para los casos de desvíos y definir supuestos de responsabilidad del Estado.

También su busca dejar en claro el papel que debe desarrollar cada sector — público, social y privado— coherentemente con los objetivos y prioridades del plan y sus programas. La actividad económica y social debe correlacionarse con las acciones de gobierno en unidad y sinergia.

El plan debe indicar los programas —sectoriales, institucionales, regionales y especiales— y precisar los objetivos, estrategias, prioridades, recursos asignados, instrumentos y responsables.

Conforme lo dispone la Ley de Planeación las modalidades y atributos de la institución adjetiva o instrumental son:

⁸⁹ El desarrollo se propone sea: a) integral, que abarque todas las áreas y facetas de la vida social y económica; además de, b) sustentable, para garantizar un medio ambiente sano y adecuado para el desarrollo y bienestar de todas las personas.

⁹⁰ Urrutia 1994: 191-203).

- Obligatoria, conforme al plan y programas definidos.
- Coordinada, entre los gobiernos federal y estatales.
- Concertada, a través de pactos y acuerdos con la sociedad.
- Inductiva, para propiciar conductas de los particulares que apoyen objetivos y acciones de la planeación.

Mercado y regulación

El mercado, como institución que permite el intercambio, las transacciones y satisfacción de necesidades de la manera más eficiente y menos onerosa, requiere que ambas partes obtengan un beneficio —de ser posible, el óptimo para las dos—. ⁹¹ Es en ese sentido que Adam Smith recomienda como ineludibles e indispensables la: a) competencia y b) libertad de elegir.

Una particularidad de los mercados es que varios oferentes compiten en: **precio**, **cantidad** y **calidad**, con opciones ventajosas, para ganar la aceptación de consumidores o demandantes.

En la práctica, es el modelo que ha demostrado, fehacientemente en el mundo, ser el más eficaz, por lo que debe alentarse su cabal desarrollo, velando porque no se den perversiones que atenten al respeto del ser humano en su dignidad, desarrollo y bienestar, así como al orden social y, de esta manera, cumpla plenamente con su responsabilidad social.

Pero es el caso de ciertas actividades, especialmente las que inciden sobre intereses y necesidades del gran público, donde la dependencia respecto de ciertos bienes o de la prestación de determinados servicios es decisiva y hasta vital, pues sobre ellas descansa, de un modo particular, la vida social.

En esos supuestos, el régimen de la práctica empresarial interesa al Estado por lo que la colectividad lo establece, moldea y controla a través de un marco claro de principios, reglas y mecanismos para asegurar la continuidad, regularidad, permanencia, calidad, precio y cantidad en los bienes y servicios.

También sucede que, en ciertos sectores de la actividad económica, la estructura y el número de las empresas están determinados y limitados por los costos y la eficiencia, en razón de la propia naturaleza y aspectos tecnológicos inmersos en la gestión mercantil. Es así que surgen los monopolios naturales donde sólo existe uno o muy pocos oferentes; tal es el caso de las economías de escala o alcance.

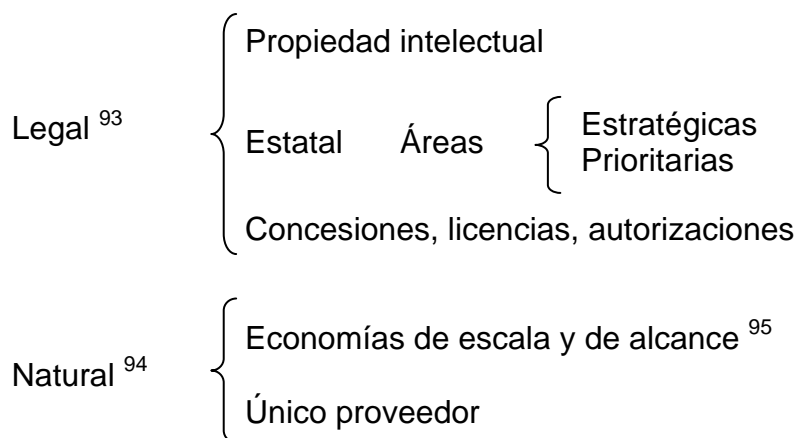
Pero incluso puede ser que las condiciones de acceso a los mercados o de ejercicio, estén controladas y limitadas, implicando barreras en razón de autorizaciones, licencias o concesiones por lo que, de hecho, quiénes son titulares de autorizaciones, ostentan una posición dominante sobre los usuarios. ⁹²

Otro supuesto análogo, es el de ciertas prerrogativas o exclusividades, derivadas de títulos por propiedad intelectual.

En síntesis y por las razones expuestas, hay varias clases o modalidades de monopolios, como son:

⁹¹ Este es el principio enunciado y proclamado por Pareto.

⁹² Es el caso de las empresas aseguradoras o el sector bancario donde existen, incluso, asimetrías informativas.



Por las razones citadas, en ciertos sectores y actividades económicas, no existe una verdadera y real competencia o sucede que las leyes del mercado se cumplen débilmente, lo que justifica una regulación más intensa que venga a ordenar y suplir, de alguna manera, la inexistencia y el control que ejerce, *per se*, la libre competencia. ⁹⁶

Y es que las oportunidades de especulación o los altos riesgos derivados de la competencia efectiva ⁹⁷ pueden crear incentivos en ciertos agentes económicos para aprovechar su poder de dominio, sea económico o jurídico, a efecto de imponer precios o la cantidad de bienes que ofertan.

Otra costumbre son pactos entre competidores para asignar segmentos de un mercado, como pueden ser territorios o actividades, fijar precios mínimos de venta que los consumidores deben aceptar, necesariamente, o limitando la oferta a través del abasto o la producción artificial y estratégicamente controlada para mantener precios más altos que los provenientes de un ambiente de plena competitividad. El objetivo es claro, evitar una rivalidad que les obligue a someterse a la ley de oferta y demanda, que acotaría sus ganancias y sin optimizar precios que beneficiaran al desarrollo nacional y al nivel de vida de los consumidores. ⁹⁸

Como estas prácticas anticompetitivas dañan la economía nacional y, especialmente, a los consumidores, es que los gobiernos deben intervenir para corregir, controlar, mitigar o evitar esas desviaciones y abusos.

Por tanto, el resultado de las medidas y políticas que se adopten debe ser en favor del desarrollo nacional pero, sobre todo, beneficiando a los consumidores y para

⁹³ La entrada al mercado esta restringida por la concesión de una franquicia pública, licencia gubernamental, patente o derecho de autor.

⁹⁴ Una empresa puede abastecer a todo el mercado a un precio más bajo que dos o más empresas.

⁹⁵ Si el tamaño del mercado no crece provocan a la larga haya un solo proveedor.

⁹⁶ Ariño 1993: 266.

⁹⁷ Hay que agregar también los países o mercados donde existen altos costos de transacción, incertidumbre por mala definición e ineficacia de los derechos de propiedad, volatilidad de mercados financieros o inestabilidad macroeconómica, etc. Los riesgos son dos: a) Incentivo a la cooperación o colusión por el juego repetido de los competidores; y, b) Intensa rivalidad incentiva cambios diferenciados en eficiencia que eventualmente pueden llevar a concentrar el mercado.

⁹⁸ Es lo que se conoce como cárteles.

fomentar la actividad económica que produzca más bienes y servicios así como empleos permanentes y bien remunerados.

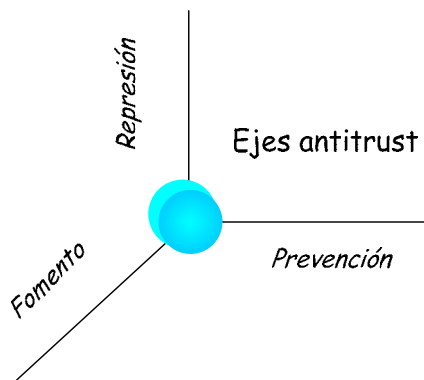
Las alternativas pueden ser:

- ❑ Que la intervención sea previa o anterior a que se den las disfunciones, *ex ante* por medio de la regulación —atendiendo a las prácticas más perniciosas o las actividades que mayores riesgos o peligros conlleven para una economía libre de mercado, en desarrollo y la satisfacción de consumidores—; o en su caso,
- ❑ Dejar el mercado expuesto a la competencia de los agentes y, sólo en los casos de fallos en la actividad mercantil, participar con medidas regulatorias que controlen *ex post*, lo que se conoce, también, como el Derecho *antitrust*.⁹⁹

Estas ideas aparecen en el siguiente cuadro:



Surge entonces, como una alternativa regulatoria, el derecho de defensa de la competencia conocido también como *antitrust*, con los siguientes ejes y fines:¹⁰¹



⁹⁹ Reglas y controles a los que se benefician y pueden abusar del libre mercado. surge en Estados Unidos de Norteamérica por el abuso de las empresas de ferrocarriles y la revolución económica que crea los grandes *trusts*. Tiene un componente económico-político en tanto pone en riesgo la gobernabilidad del Estado e implica se consoliden poderes muy intensos.

¹⁰⁰ El objetivo es entrar y operar antes de que puedan darse prácticas anticompetitivas. Puede la intervención ir desde asignar un precio máximo hasta otros elementos pro competitivos menos intensos, tal como abrir accesos; se establece la competencia como un principio. En el caso de economías de escala o monopolios naturales o legales la ley fomenta y alienta que entren al mercado otras empresas.

¹⁰¹ La represión es incondicional y se aplican sanciones severas en los casos de los cárteles, seguidas de las prácticas donde prima el abuso por dominancia en el mercado. En cambio se aprecian márgenes de tolerancia o incluso impunidad o inmunidad en los supuestos de prácticas que si bien pueden ser colusivas o de competencia desleal pero que traen aparejadas importantes ganancias en eficiencia o ventajas para los consumidores.

Principios constitucionales que rigen el funcionamiento de los mercados.

La actividad económica y, más concretamente los mercados, son instrumentos para un 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:

- ≈ 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, 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 en cuanto a sus procedimientos y méritos.¹⁰²
- ≈ 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 aspectos negativos son excesos legalistas y formalistas que desatienden la ponderación de los principios y descuidan la obtención de las mejores consecuencias. Se dan también los abusos 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*» que pretende conciliar y mediar entre la:

- Eficiencia de: Empresas, el mercado y la competencia; sin desatender el,
- Interés social y especialmente de los consumidores y personas con menor poder adquisitivo.

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.

Una política de fomento a ultranza a favor de pequeñas y medianas empresas y ayudas desproporcionadas o asimétricas, obstaculizará el crecimiento y desarrollo de las grandes.¹⁰³

- ≈ Derecho de defensa de la competencia, consiste en normas de derecho duro y puro.

¹⁰² 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.

¹⁰³ 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 sospechosismo. Todo esto con el fin de promover y fomentar también la eficiencia y el crecimiento de los mercados y la economía nacional.

Pero aún en este contexto, tales reglas se sustentan en dos sistemas uno de prohibición con finalidades esencialmente restrictivas, 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.¹⁰⁴

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, 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*» donde es preciso invocar y atender a los valores, principios y directrices constitucionales.

Al fin y al cabo, el Derecho de la Competencia no es Justicia sino 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.

≈ Excepciones a prohibiciones, especialmente fundadas por la aplicación de la «*rule of reason*» ante insuficiencia práctica de regulación y la enorme cantidad de principios y valores que deben tutelarse y hacer que funcionen 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.

¹⁰⁴ 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 externalidades que privilegien la eficiencia o situación de los consumidores, eventos en que las ilegalidades se pueden, válidamente, legitimar.

Pedigree del Derecho de Competencia



Los mercados ¹⁰⁵ entendidos como el ámbito en que coinciden: a) demandantes y b) oferentes de mercancías y servicios para intercambiarlos de manera libre y voluntaria, ¹⁰⁶ requieren para su funcionamiento de:

- ≈ Acceso libre al mercado, libre concurrencia de agentes (oferentes y demandantes) sin barreras que obstaculicen,
- ≈ Derechos de propiedad ¹⁰⁷ reconocidos y tutelados por los tribunales en caso de convenciones incumplidas, y
- ≈ Información pertinente para una plena participación.

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

| | | | |
|----------------------------------|---|-------------------------------------|-------------------------|
| Derecho de la Competencia: Fines | { | Consumidores | Precio, abasto, calidad |
| | | Eficiencia del mercado y desarrollo | Productividad |
| | | Integración de áreas | Versatilidad |
| | | Inversión extranjera | Fomento y seguridad |

En Europa, tanto el Derecho de la competencia comunitario como los nacionales, han renunciado a ofrecer, con éxito, un concepto unitario y cerrado de

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ Implica que estén reconocidos institucionalmente con reglas y su funcionalidad y flujos garantizados por tribunales. Lo importante no es sólo considerar que ES la propiedad sino cuales deben ser los EFECTOS y CONSECUENCIAS y que tanto SE CUMPLEN estos. ¿Realmente se da seguridad para la inversión, el ahorro y el fomento a los emprendedores? ¿Es práctica y útil la regulación y su aplicación por operadores y, especialmente, tribunales?

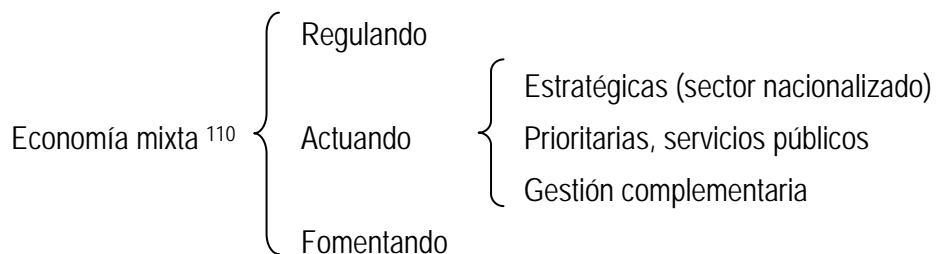
competencia, favoreciendo y privilegiando una conceptualización implícita, plural y flexible.¹⁰⁸

Un concepto unitario y cerrado no es posible ni deseable sino que, en aras de la eficacia de la ley, lo conveniente es que las autoridades, dentro del marco determinado por el concepto legal básico, decidan la política competencial que estimen más oportuna y sin que ello signifique indeterminación o arbitrariedad, antes bien, el tratamiento flexible permite distintas aproximaciones conducentes a decisiones y respuestas justas y plausibles.

Modelo de economía mixta

La Constitución mexicana¹⁰⁹ aporta grandes pautas, amplias, abiertas y flexibles para que el liderazgo político prevaleciente y en razón de las circunstancias, elija de entre variados modelos o formas de ordenar la vida económica, la óptima. Esto será en razón de aplicar un mayor o menor protagonismo del Estado, privilegiando y adoptando, más liberalismo o más igualdad social, lo que, obviamente, implica mayor intervención.

Las acciones del Estado pueden darse en tres grandes géneros de funciones como en seguida se enuncian:



La intervención estatal puede ser a través de:

- ≈ Expropiación.
- ≈ Regulación y concesiones.
- ≈ Fomento y sustentabilidad.
- ≈ Participación exclusiva sector público (régimen monopolio o estanco).
- ≈ Gestión de ciertas actividades empresariales o servicios públicos.
- ≈ Políticas fiscales redistributivas.
- ≈ Policía económica, de defensa de la competencia y financiera.¹¹¹

¹⁰⁸ Pellisé Capell Jaume (2002: 45-49). La pluralidad significa que no hay una definición unitaria que de modo general pueda ser aplicada sin variación a todos los preceptos, sino que más bien habrá de inferirse de cada precepto el concepto de competencia en el que piensa el legislador.

¹⁰⁹ Al igual que la española que permite una flexible cohabitación de ideologías, políticas y prácticas.

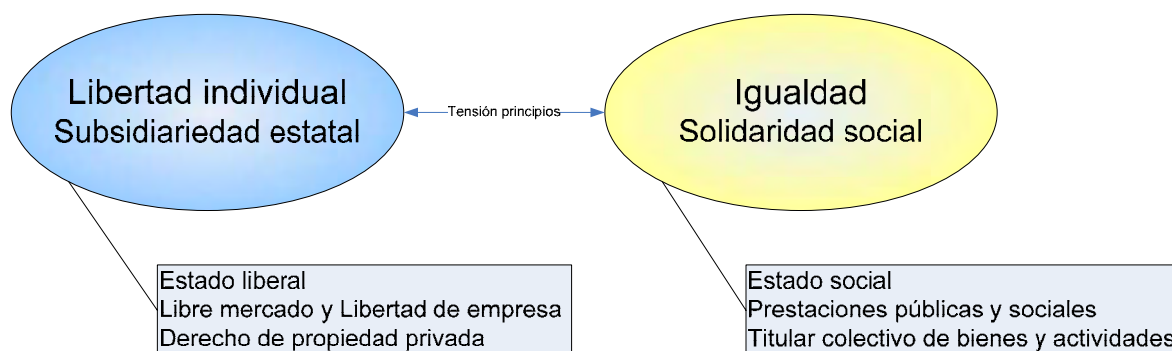
¹¹⁰ Las modalidades o intensidades pueden variar y darse en un amplio margen donde pueden arbitrarse e incluso combinar funciones y particularidades *ad hoc*.

¹¹¹ Este contexto de facultades involucra que, cada día y con mayor énfasis, se amplíen los supuestos de orden público, con la consecuente limitación a la iniciativa privada.

Regulación multiprincipios

La ideología, políticas y práctica de la actual regulación económico-social, se da en un contexto o variante ecléctica y de tensiones entre las originales posiciones radicales del liberalismo y 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; solo 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.¹¹²

«*Le coeur a gauche mais a droit la poche*»¹¹³ parece ser la tendencia de la actual izquierda europea. Existe ahora un «*common ground*» 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, a las políticas tanto del mundo occidental como a 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 a 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 solo tiene ojos para la especulación, trascendiendo en desigualdades e injusticias que, por lo menos, en Europa, se estaba en vías de ir superando.

Es así que 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». Entendido como un

¹¹² Comenta Ariño (1993: 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.

¹¹³ El corazón a la izquierda pero la bolsa a la derecha.

concepto jurídico indeterminado que aglutina y concede justa dimensión y funcionalidad, en cada caso concreto, a los variados intereses, valores, principios, reglas, etc., 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 28.¹¹⁴ Sin embargo, la dinámica de este numeral 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 monopolio¹¹⁵ legal. Su justificación se pretende fundar en la eficiencia de los agentes económicos¹¹⁶ 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.¹¹⁷

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 derrotan¹¹⁸ a las normas en forma de regla que aparecen previstas en leyes reglamentarias, muchas de las cuales, 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.¹¹⁹

¹¹⁴ La LFCE dispone que es reglamentaria sólo del artículo 28 constitucional pero, en realidad, lo es de muchos más numerales que se complementan y actúan en sinergia.

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ Los inventores y autores sean personas físicas o empresas son los sujetos privilegiados.

¹¹⁷ 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.

¹¹⁸ 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 conforme con aquellos e incluso pueden concretar una corrección en el mero sentido que se deduce de una simple interpretación literal y aislada de los textos.

¹¹⁹ 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

En el Derecho español, comenta Urrutia (1994: 192-194), se advierten declaraciones sustantivas incompatibles. Es así que 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, 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.¹²⁰ Por estas razones y otras más, afirma 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?¹²¹

Estas ideas, referentes a principios constitucionales, hasta cierto punto contrapuestos o, si se prefiere verlos, como complementarios y de equilibrio,¹²² Ariño (1993: 101-102) las compendia en la tabla siguiente:

Tabla de principios contrapuestos

| | |
|---|---|
| Derecho a la propiedad y libre transmisión de la misma (art. 33.1) | Función social de la propiedad y subordinación de toda riqueza al interés general (arts. 33 y 128.1). |
| Libertad de emprender, libre elección de profesión y oficio (arts. 35.1 y 38). | Iniciativa pública y reservas al sector público (art. 128.2). |
| Economía de mercado y defensa de la competencia (art. 38). | Planificación de la actividad económica general, modernización y desarrollo de todos los sectores económicos, distribución de la renta, tanto personal como regional, más equitativa (arts. 130 y 131). |
| Derecho del empresario a su empresa: poder de dirección y autonomía de gestión (art. 38). | Subordinación de la actividad empresarial privada a las exigencias de la economía general. Intervención de empresas cuando lo exija el interés general; participación de los trabajadores en la empresa en sus diversas formas (art. 38, in fine; arts. 128.1 y |

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.

¹²⁰ 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 va implícita en la justa distribución.

¹²¹ 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, buscando hallar o construir la óptima para casos particulares, es evolucionar a una justicia pretoriana fundada y que persigue la equidad.

¹²² Perfectamente aplicables y análogos al caso mexicano.

128.2, in fine).

Derecho a la negociación colectiva y defensa de la productividad. (arts. 37 y 38).

Derecho de huelga (incluida la huelga política) (art. 37.2).

Libertad de comercio e industria, libertad de circulación de personas y bienes (arts. 38 y 139).

Defensa y protección de los consumidores; régimen de autorización de los productos comerciales (art. 51).

(Las citas de artículos corresponden a la Constitución española de 1978.)

En México la planeación del desarrollo debe ser democrática, tendente al crecimiento económico para lograr la independencia y democratización política, social y cultural de la nación. En España, respecto de una previsión análoga, comenta Ariño (1993: 102), debe entenderse que no es centralizada ni basada en la propiedad colectiva, ya que ese extremo lo prohíbe su Constitución aunque tampoco está basada en una economía liberal clásica de corte *manchesteriano*, sino que apunta a una tercera vía media que en el mundo se conoce como «Economía Social de Mercado» en su expresión económica o «Estado Social de Derecho» en su acepción jurídica.

Adicionalmente a lo dicho, hay múltiples razones y causas de indeterminación y vaguedad que pueden conducir a conductas discrecionales que, por su sentido y alcance de afectación, pueden ser tachadas de arbitrarias.

En efecto, sucede que al momento de resolver casos reales y concretos aparece una serie de instituciones y prácticas tales como el monopolio —legales o naturales—, mercado, desarrollo sustentable y otras más, que no están suficientemente definidas ni en economía, en cuanto a elementos, fines, o propósitos —Vg., la libre competencia, eficiencia, etc.—, es ambiguo el señalamiento y concreción de los bienes tutelados, valores sobre los que inciden y las consecuencias que se espera, induzcan, fomenten o restrinjan.

Luego entonces, si todos estos presupuestos, elementos, fines y consecuencias no están determinados ni concretados tanto en la disciplina sustantiva —economía— como en la axiológica —política—, esa indefinición se proyecta y acarrea que en la diversa disciplina regulatoria y formal —derecho— se presente la vaguedad e indeterminación de los conceptos, elementos y propósitos de las respectivas instituciones y prácticas.

Como ya lo he dicho, la alternativa práctica que han asumido los tribunales norteamericanos y europeos para afrontar esa problemática, ha sido la ponderación de principios, aunada a utilizar como la mejor alternativa argumentativa la «*rule of reason*», a fin de buscar las soluciones más razonables y útiles para enfrentar dificultades que no tienen precedente y deben ser adecuadamente resueltas.

En este sentido es plausible la manera de como lo están logrando, tribunales activistas y comprometidos ¹²³ con la prosperidad de las personas, preferentemente el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y en segundo plano los tribunales norteamericanos, que han visto en la eficacia y justicia de un mercado funcional, la mejor, si no es que la única opción, para impulsar y financiar el desarrollo y bienestar de las personas.

Bibliografía

- ≈ Alexy Robert Teoría de los derechos fundamentales, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 1993
- ≈ Atienza Manuel y Ruiz Manero Juan, Ilícitos atípicos, Madrid, Trotta, 2000
- ≈ Ariño Gaspar, Economía y Estado, Madrid, Marcial Pons, 1993
- ≈ Buchanan James M., What Should Economists Do?, Liberty Press, 1979
- ≈ Carbonell Miguel, Los Derechos fundamentales en México, México IJ UNAM y CNDH, 2006
- ≈ Coloma Germán, Análisis económico del derecho privado y regulatorio, Buenos aires, Ciudad Argentina, 2001
- ≈ Cossío Díaz José Ramón, Cambio social y cambio jurídico, México, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, 2001
- ≈ De Juan Asenjo Oscar, La Constitución Económica Española, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984
- ≈ Diccionario Jurídico Espasa Lex, Madrid, Espasa Calpe, S.A. 2001
- ≈ Dworkin Ronald, Los derechos en serio, Barcelona, Ariel, 2002
- ≈ Escámez López Alfonso, Estudios sobre la Constitución Española, Madrid, Universidad Carlos III, 1994
- ≈ Ferrajoli Luigi: Derechos y Garantías, Madrid, Editorial Trotta, 1999
- ≈ García Herrera Miguel Ángel y Maestro Buelga Gonzalo, Dirección Económica y Mercado en la Constitución Europea, Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, IJ UNAM, Número 15, Julio-Diciembre 2006

¹²³ Vale la pena considerar que hacen falta muchos jueces Hércules según el modelo de super juez que Dworkin propone.

- ≈ González de Cossío, Competencia Económica, México, Porrúa, 2005
- ≈ Junquera de Estéfani Rafael, Principio, regla o norma y ley, artículo publicado en Manual de teoría del derecho, Benito de Castro Cid (coordinador), Editorial Universitas, 2004, <http://premium.vlex.com/doctrina/Manual-teoria-derecho/Principio-regla-norma-ley/2100-269146,01.html>
- ≈ Kelsen Hans, Teoría general del derecho y del estado, México, UNAM-Facultad de Derecho, 1983
- ≈ Larrañaga Pablo, El ámbito de la regulación económica. (borrador), ITAM 2007
- ≈ Parkin Michael, Economía, México, Pearson, 2004
- ≈ Pellisé Capell Jaume, La «Explotación Abusiva» de una posición dominante, Madrid, Civitas, Estudios de Derecho Mercantil, 2002
- ≈ Prieto Sanchís Luis, Ley, principios, derechos, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson, 1998
- ≈ Roldán Xopa José, Constitución y Mercado, México, Porrúa, 2004
- ≈ Urrutia Juan, 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, 1994
- ≈ Väyrynen Raimo, Globalización, Democracia y Mercado Laboral, Isonomía 25, Octubre de 2006, ITAM Fontamara
- ≈ Zagrebelsky Gustavo, El derecho dúctil, Madrid, Trotta, 1997