

CAPÍTULO CUARTO

LIBERTADES ECONÓMICAS Y METODOLOGÍAS DE ADJUDICACIÓN. LOS CASOS *UBER*

Desde las primeras horas del 3 de junio de 2019, miles de taxistas del Movimiento Nacional Taxista comenzaron a bloquear las principales avenidas y entradas a la Ciudad de México, argumentando que las autoridades imponen condiciones injustas y les discriminan. Más tarde durante ese día, los taxistas se reunieron en el Zócalo para protestar en contra de la reglamentación administrativa de aplicaciones como Uber o Cabify, al considerar que las autoridades privilegiaban esos servicios. Asimismo, los taxistas informaron a la jefa de gobierno de la Ciudad de México, Claudia Sheinbaum Pardo, que, de no alcanzarse un acuerdo con igualdad de oportunidades, seguirían las protestas.¹ La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ya se ha pronunciado en dos ocasiones en relación con la regulación de estas plataformas y es más que probable que lo tendrá que hacer en un futuro cercano otra vez.

El uso de plataformas tecnológicas como Uber presenta retos importantes al derecho constitucional relacionados con el derecho a la privacidad y el uso de datos personales de los usuarios, los derechos laborales de los conductores, el derecho como usuario a no ser discriminado en la prestación del servicio y la regulación del mercado. La Suprema Corte solo se ha pronunciado en dos ocasiones sobre la regulación del mercado prevista en la legislación de los estados de Yucatán y Colima.² Sus sentencias han sido consideradas importantes precedentes para América Latina.³

¹ Redacción *Animal Político*, “Taxistas comienzan a liberar vialidades principales; buscan ser atendidos en Segob”, <https://www.animalpolitico.com/2019/06/taxistas-manifestaciones-cierre-cdmx/>; Redacción *Aristegui Noticias*, “Taxistas provocan caos en la CDMX; protestan contra Uber, Didi y Cabify”, <https://aristeginoticias.com/0306/mexico/taxistas-provocan-caos-en-la-cdmx-protestan-contra-uber-didi-y-cabify/>; Redacción *El Universal*, “Taxistas se crucifican para protestar contra Uber y Cabify”, <https://www.eluniversal.com.mx/metropoli/cdmx/taxistas-se-crucifican-para-protestar-contra-uber-y-cabify>

² SCJN, acción de inconstitucionalidad 63/2016, 22 de mayo de 2017; acción de inconstitucionalidad 13/2017, 16 de octubre de 2018.

³ American Bar Association Section of Labor & Employment Law, *International Labor and Employment Law Committee Midyear Meeting*, 47, 2018.

Quiero enfatizar que las impugnaciones llegaron a la Corte a través de acciones de inconstitucionalidad, pues, de acuerdo con el artículo 105 de la Constitución, para la declaratoria de invalidez debe reunirse una mayoría calificada de ocho de los 11 ministros y ministras que integran el Pleno de la Suprema Corte. Por ejemplo, puede suceder que una mayoría simple de seis o siete ministros estimen que alguna disposición es inconstitucional, pero no puede declararse como tal al no conformarse la mayoría calificada. De hecho, este fue el caso de varias medidas impugnadas sobre la regulación del mercado de Uber. Es importante tener esto en cuenta, porque en el juicio de amparo basta con una mayoría simple de los ministros para declarar la inconstitucionalidad de la disposición en favor de los quejosos que lo presentan.

En las resoluciones de la Corte sobre la regulación del mercado de plataformas tecnológicas, una mayoría simple de los ministros consideró inconstitucionales medidas como un valor mínimo del automóvil, requisitos de aire acondicionado y sistemas de sonido, el requisito de la propiedad del vehículo y la posibilidad de pago únicamente mediante tarjetas de crédito. Estas medidas se estimaron violatorias de los derechos de acceso al mercado de los conductores, de la libertad de trabajo y de la libertad de comercio, es decir, violación a sus libertades económicas. Por otro lado, una mayoría calificada de los ministros consideró inconstitucionales medidas como el máximo de 4% para el servicio prestado mediante plataformas tecnológicas del total del servicio de transporte, el límite de una licencia por persona, la capacidad del vehículo de cinco a nueve pasajeros, el requisito de frenos ABS y de por lo menos cuatro puertas, de bolsas de aire, las dimensiones mínimas del vehículo y de ventanas eléctricas.

El propósito de este capítulo es reflexionar sobre las preguntas que la regulación del mercado de Uber presenta a la justicia constitucional, como un servicio que —algunos consideran— exige la flexibilización del mercado y la desregulación, por cuanto el consumidor puede velar por sus propios intereses, ya que las plataformas sirven para solucionar los problemas de coordinación y asimetrías de información que se presentan en la prestación del servicio de los taxis. Por ejemplo, de acuerdo con la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), las asimetrías de información en la prestación del servicio público de taxis que Uber solventa son: 1) que al momento de requerir el servicio, los usuarios no tienen información suficiente sobre aspectos importantes como la confiabilidad del conductor; 2) las condiciones de seguridad y de calidad del servicio; 3) el conocimiento de la ciudad, y 4) la predictibilidad del precio. Lo anterior puede resultar en

riesgos de seguridad para los usuarios y abusos por el prestador del servicio, por ejemplo, la utilización de vehículos en malas condiciones, la elección de rutas más largas o cargos excesivos. Adicionalmente, esta situación reduce los incentivos para que los proveedores mejoren la calidad del servicio, pues se benefician de la posición cautiva del usuario. Por otro lado, los problemas de coordinación consisten en que los pasajeros potenciales no saben exactamente dónde tomar el taxi, así como los conductores ignoran el lugar donde pueden recoger pasajeros, lo que puede generar una falta de oferta en lugares con una demanda alta y sobreoferta en lugares con baja demanda, además de implicar altos tiempos de espera y subutilización de vehículos.

Como veremos, algunas de las preguntas que se presentaron a la Suprema Corte también se han hecho en el derecho comparado. La primera es si Uber debe categorizarse como un servicio de transporte o de intermediación a través de plataformas tecnológicas. Al respecto, Uber ha buscado que el servicio sea clasificado como de intermediación, para evitar cualquier comparación con el servicio de taxis y evadir el reconocimiento de derechos laborales a los conductores. Asimismo, Uber se presenta como un intermediario para que la relación contractual sea vista como un acuerdo entre dos partes iguales —los consumidores y los conductores—, pero no como un pacto entre la empresa y los consumidores. En segundo lugar, estos casos requieren que la justicia constitucional defina si la cuestión planteada consiste en una restricción de las libertades fundamentales de los conductores o un conflicto de intereses entre los conductores, los conductores de taxis, los usuarios y la empresa. Uber ha buscado y logrado que la cuestión sea estudiada como un problema de restricción de derechos fundamentales de los conductores, específicamente sus derechos de acceso al mercado, libertad de trabajo y libertad de comercio. En tercer lugar, debe decidirse qué metodología emplear para analizar la constitucionalidad de la regulación. En el caso de la Suprema Corte, aun cuando la mayoría no utilizó el test de proporcionalidad, sí aplicó un test de razonabilidad.

Este capítulo está dividido en tres secciones. En la primera analizaré brevemente cómo la tecnología complica la categorización del servicio. En segundo lugar, estudiaré los problemas que derivan de encuadrar la cuestión como una restricción a los derechos fundamentales de los conductores y no como un conflicto de intereses. La implicación más importante de este encuadre es la prioridad normativa de los intereses de los conductores y las fuertes razones que se necesitan para su limitación; más aún, se genera la percepción de que se trata de un problema individual, esto es, la restricción de la libertad de cada conductor que quiere proveer ese servicio. En tercer

lugar, reflexionaré sobre las metodologías usadas por la mayoría y la minoría de los ministros de la Corte para analizar la constitucionalidad de la legislación cuestionada, ya que la mayoría utilizó el test de razonabilidad, mientras que algunos de los ministros utilizaron el test de proporcionalidad, siendo que ninguno de los dos métodos es óptimo. Es cierto que el test de proporcionalidad es más adecuado que el test de razonabilidad en este caso, ya que da espacio para el conflicto entre derechos,⁴ pero tiene el problema de darle una prioridad normativa a los intereses de los conductores. Para ejemplificar las fallas del test de proporcionalidad en este supuesto, compararé este asunto con el caso *Marihuana* que vimos en el capítulo segundo.

México, como otros países del Sur global, sigue el modelo global de los derechos constitucionales.⁵ Por esta razón, la Suprema Corte utiliza la gramática del Norte global,⁶ incluyendo las distintas metodologías para analizar la constitucionalidad de normas, como el test de razonabilidad importado de Estados Unidos y el test de proporcionalidad importado de Europa. La utilización de estos test determina las preguntas que hacemos y las posibles respuestas a esos interrogantes.⁷ Sin embargo, deberíamos estar más atentos sobre cómo y en qué casos debemos aplicar esas metodologías. De hecho, nuestra corta tradición de judicialización de derechos constitucionales nos da mayor margen al aplicar dichos test, si comparamos con lo que sucede en sus países de origen, en los que hay mayor reticencia a importar otras metodologías.

Finalmente, argumentaré que en esta nueva era de derechos de la Suprema Corte, debe explorar la posibilidad de aplicar diferentes metodologías dependiendo del derecho o el interés en juego.⁸ Al decidir qué metodología aplicar, la Corte debe tener en cuenta las restricciones de libertades y

⁴ Green, Jamal, “Foreword: Rights as trumps?”, *Harvard Law Review*, vol. 132, 2018, pp. 74 y 82.

⁵ Möller, Kai, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 2-15. También véase Weinrib, Lorraine E., “Constitutional Conceptions and Constitutional Comparativism”, en Jackson, Vicki C. y Tushnet, Mark (eds.), *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, Westport, Praeger, 2002, p. 15.

⁶ Green, Jamal, *op. cit.*, p. 33. También véase Beatty, David M., *The Ultimate Rule of Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, p. 169; Schlink, Bernhard, “Proportionality”, en Rosenfeld, Michel y Sajó, András (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Reino Unido, Oxford University Press, 2012, p. 736.

⁷ Bonilla Maldonado, Daniel, “Toward a Constitutionalism of the Global South”, en Bonilla Maldonado, Daniel (ed.), *Constitutionalism of the Global South*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

⁸ Green, Jamal, *op. cit.*, p. 69. También véase Möller, Kai, *The Global Model of Constitutional Rights*, *cit.*, p. 143.

el sistema autoritario que México padeció durante mucho tiempo y cuyas consecuencias culturales siguen vigentes, así como las profundas desigualdades sociales que existen en nuestro país.⁹ Asimismo, es necesario poner atención en los distintos orígenes que tienen las metodologías. Por ejemplo, el test de proporcionalidad “[...] fue creado como parte de un proyecto para proteger las libertades individuales frente a la falta de texto legal para su protección, mientras que el *balancing* fue creado para el propósito contrario —limitar la sobreprotección (libertaria) de derechos por la Corte Suprema de Estados Unidos, basada en una lectura literal del texto constitucional [...]”.¹⁰ En mi opinión, en casos relacionados con derechos y libertades, una perspectiva maximizadora del test de proporcionalidad es la mejor, mientras que, tratándose de libertades económicas como las que se protegieron en el caso *Uber*, corresponde aplicar un *balancing* test formal de intereses.¹¹

I. CATEGORIZACIÓN COMO SERVICIO DE TRANSPORTE O COMO SERVICIO DE INTERMEDIACIÓN POR PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS

En los dos casos en los que la Corte ha resuelto sobre la constitucionalidad de la regulación de Uber, la compañía ha ganado la batalla legal. Ambos casos llegaron a la Corte a través de acciones de inconstitucionalidad presentadas por minorías parlamentarias, es decir, procesos concentrados y abstractos de control de constitucionalidad de normas generales.

Una de las primeras cuestiones que la Corte tuvo que resolver fue si Uber debía ser considerado un transporte de servicio o un transporte de intermediación mediante plataformas tecnológicas. De hecho, Uber se describe de la siguiente manera: “The Services comprise mobile applications and related services (each, an “Application”), which enable users to arrange and schedule transportation, logistics and/or delivery services and/

⁹ Niembro Ortega, Roberto, “Conceptualizing authoritarian constitutionalism”, *Verfassung und Recht in Übersee VRÜ*, vol. 49, 2016.

¹⁰ Cohen-Eliya, Moshe y Porat, Iddo, “American Balancing and German Proportionality: The historical origins”, *International Journal Constitutional Law*, vol. 8, núm. 2, 2010, p. 266.

¹¹ Empleo “formal interests-based balancing” como una metodología que combina la idea del *balancing* formal de Kai Möller y el *balancing* equilibrado de intereses de Iddo Porat. Véase Möller, Kai, *The Global Model of Constitutional Rights*, cit., p. 139; Porat, Iddo, *From Interests-Based Balancing to Rights-Based Balancing: Two Models of Balancing in the Early Days of American Constitutional Balancing*, septiembre de 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1012592; Aleinikoff, T. Alexander, “Constitutional law in the Age of Balancing”, *Yale Law Journal*, vol. 96, 1987.

or to purchase certain goods, including with third party providers of such services and goods under agreement with Uber or certain of Uber's affiliates ("Third Party Providers").¹²

Al respecto, la Suprema Corte clasificó el servicio de Uber como un servicio de transporte diferente al de taxis, por lo que el argumento de violación al principio de igualdad resultó infundado. Su categorización como servicio de transporte también fue relevante para determinar la competencia para legislar, pues la materia de transporte corresponde a las entidades federativas. En este mismo sentido, la Corte de Justicia de la Unión Europea clasificó a Uber como un servicio de transporte, lo que permitió que fuera regulado por los estados nacionales.¹³

Asimismo, aun cuando el servicio de Uber involucra a tres partes (la empresa, los conductores y los usuarios), la empresa busca no ser parte de la disputa y enfocarse en argumentar la violación de los derechos de los conductores, con el fin de proteger sus propios intereses. Esto no significa que los conductores se beneficien de la regulación, pues no son considerados trabajadores de Uber y, por tanto, no tienen derechos laborales, sino son considerados terceros proveedores de servicios. Esta es una lógica similar a los conflictos entre dos partes, como en el emblemático caso *Lochner vs. New York* (1905), en el que se argumentó que la legislación que imponía un límite de horas diarias y semanales que podían trabajar los pasteleros violaba la libertad de contratación. En *Lochner*, uno de los argumentos principales para declarar la inconstitucionalidad de la legislación fue que los pasteleros no eran el tipo de trabajadores que no podía negociar las horas de trabajo, ya que tienen la inteligencia y capacidad para hacer valer sus derechos y cuidar sus intereses sin necesidad de la protección del Estado. De igual manera, la contratación a través de plataformas tecnológicas le permite a Uber quedar fuera de la relación contractual y asemejarse a las típicas relaciones entre dos partes que contratan sus servicios en igualdad de condiciones, para que la regulación se enfoque en la relación entre los conductores y consumidores. Esto facilita que el principal argumento de inconstitucionalidad sea la violación de los derechos de los conductores. Así, se argumenta que una mejor protección de sus derechos se logra a través del libre mercado y no por medio de la intervención estatal. En otras palabras, al enfocarse en los conductores y consumidores se aparenta que hay una relación contractual

¹² Legal U.S. Terms of Use. Effective December 13, 2017, <https://www.uber.com/legal/terms/us/>

¹³ *Asociación Profesional Élite Taxi vs. Uber Systems Spain*, Caso C-434/15, Tribunal de Justicia (Gran Sala) [GSTJ] [Grand Chamber of the Justice Tribunal], 20 de diciembre de 2017.

con igual poder de negociación, pues los conductores y consumidores están en una relación de libre mercado.

II. LA CLASIFICACIÓN LEGAL DE LA DISPUTA. DERECHOS *VS.* INTERESES

Una de las estrategias que utiliza Uber para beneficiarse es el encuadre que se hace del fenómeno que debe regularse.¹⁴ Como dije, Uber no presenta la acción como una empresa directamente afectada, sino que una minoría legislativa fue la que presentó el asunto argumentado que se violaban los derechos de los conductores. De esta manera, Uber logró que se estudiara como un tema de limitación de derechos de los conductores, siendo que en realidad se trata de un conflicto de intereses entre la empresa, sus conductores, los conductores de taxi y los consumidores. Como Stuart Scheingold llama la atención, hay una cierta dignidad en hacer valer un derecho porque se hacen prevalecer símbolos de legitimidad que trascienden sus problemas personales. En este sentido, una vez que se reclama un derecho, la maximización de la libertad individual toma prioridad.¹⁵

De esta manera, dado que el asunto fue presentado como una restricción de libertades de los conductores de Uber, la Corte se planteó el problema como una posible violación de sus derechos. Una de las consecuencias de considerar el conflicto como una violación de libertades es que el análisis se hace desde una perspectiva individual, la de la persona titular del derecho,¹⁶ en este caso, los derechos de los conductores de Uber. Así, la Corte consideró que la legislación violaba las libertades de acceso al mercado, de trabajo y de comercio de los conductores, mismas que fueron conceptualizadas como libertades fundamentales que tienen prioridad normativa frente a otros intereses, esto es, que necesitan de razones fuertes para ser limitadas, las que deben ser analizadas por la Corte.¹⁷ La categorización como libertades fundamentales tiene, en parte, una base en el texto de la Constitución, pues el

¹⁴ Zwick, Austin, “Welcome to the Gig Economy: neoliberal industrial relations and the cases of Uber”, *GeoJournal Springer*, vol. 83, 2017.

¹⁵ Scheingold, Stuart A., *The politics of Rights*, Michigan, University of Michigan Press, 2004.

¹⁶ Urbina, Francisco, *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 24.

¹⁷ Julian Rivers lo llama “state-limiting” como alternativa al de proporcionalidad. Véase Rivers, Julian, “Proportionality and variable intensity of review”, *Cambridge Law Journal*, núm. 1, 12 de marzo de 2006, p. 176.

artículo 5 establece la libertad de trabajo y de comercio;¹⁸ sin embargo, es más debatible si el artículo 28 de la Constitución establece un derecho fundamental de acceso al mercado:

Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria. En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tengan por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

¹⁸ Art. 5. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad solo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial. La ley determinará en cada entidad federativa, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.

Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123. En cuanto a los servicios públicos, solo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito, pero serán retribuidas aquellas que se realicen profesionalmente en los términos de esta Constitución y las leyes correspondientes. Los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que esta señale.

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

Tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio. El contrato de trabajo solo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles. La falta de cumplimiento de dicho contrato, por lo que respecta al trabajador, solo obligará a este a la correspondiente responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona.

Al respecto, es interesante notar la evolución de la jurisprudencia de la Corte. En primer término, el acceso al mercado fue considerado como una libertad para tomar parte en cualquier actividad económica, la que solo podía ser limitada por el interés colectivo o de terceros;¹⁹ sin embargo, en una jurisprudencia más reciente, el acceso al mercado ha sido considerado un interés constitucional, pero no una libertad fundamental. Entenderlo como un interés y no como un derecho implica que debe ser balanceado con los intereses de los consumidores.²⁰

En este sentido, estimar a la libertad de mercado como una libertad fundamental fue una decisión valorativa de los jueces constitucionales, pues el texto puede ser interpretado de maneras distintas. Considerarla una libertad fundamental conlleva la utilización de un test de razonabilidad o proporcionalidad, este último un test más estricto de revisión constitucional.²¹ Así, esta conceptualización como libertades fundamentales refleja una valoración social de los jueces²² y una orientación hacia la desregulación.²³ De hecho, en la acción de inconstitucionalidad 13/2017 se dijo que “[...] las restricciones deben fundarse en las características propias del servicio y no relacionarse con los demás tipos o variedades de prestación de servicio de transporte, ya que de este modo se generaría una regulación con un alto potencial de establecer barreras a la entrada o de distorsionar los elementos del mercado, como lo son la oferta y la demanda, afectando la competitividad de los distintos tipos de servicio [...]”.

Puede argumentarse que, de acuerdo con algunos precedentes de la Suprema Corte, la participación en el mercado es una libertad fundamen-

¹⁹ SCJN, Pleno, “CACAO, OPERACIONES DE COMRAVENTA DE PRIMERA MANO DE. EL IMPUESTO CREADO POR LA LEY DE INGRESOS DE LA FEDERACIÓN PARA EL EJERCICIO FISCAL DE 1963, VIOLA LOS ARTÍCULOS 4o. Y 28 CONSTITUCIONALES”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Séptima Época, vol. 35 (primera parte), noviembre de 1971, p. 19.

²⁰ SCJN, Pleno, “PRÁCTICAS MONOPÓLICAS. BIENES JURÍDICOS TUTELADOS EN ESTA MATERIA POR EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, Tesis: 2a./J. 9/2017, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. 39, t. I, febrero de 2017, p. 398.

²¹ Stone Sweet, Alec, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 75, 2008, p. 78. También véase Mathews, Jud y Stone Sweet, Alec, “All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing”, *Emory Law Journal*, vol. 60, núm. 4, 2011, p. 800.

²² Barak, Aharon, *Proportionality Constitutional Rights and its limitations*, Nueva York, Cambridge University Press, 2012, p. 359.

²³ Véase Choudry, Sujit, “The Lochner era and comparative constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, núm. 1, 2004, p. 12. También véase Tushnet, Mark, “The globalization of constitutional law a weakly neo-liberal project”, *Global Constitutionalism*, vol. 8, núm. 1, 2019, p. 35.

tal, por lo que siguió sus precedentes y no tenía razones para separarse de ellos. Ahora bien, también existe la posibilidad de seguir considerando el acceso al mercado como una libertad fundamental, pero sin darle prioridad normativa, por lo que no sería necesario dar fuertes razones para su limitación.²⁴

III. LA METODOLOGÍA ES SUBSTANCIA. RAZONABILIDAD, PROPORCIONALIDAD O *BALANCING*

Como he mencionado, en los dos casos *Uber*, la Suprema Corte utilizó un test de razonabilidad para resolver. Este consiste en identificar un fin legítimo de la medida y una relación racional entre la medida y el fin buscado, similar a los dos primeros pasos del test de proporcionalidad.²⁵ En la acción de inconstitucionalidad 63/2016, la Corte estableció que un motivo legítimo es garantizar la seguridad de los pasajeros y los conductores. Ahora bien, en la acción de inconstitucionalidad 13/2017 aceptó más fines como legítimos, como compatibilizar con el servicio de taxi, la compensación de externalidades, la protección del medioambiente, el mejoramiento de la calidad de vida y la garantía de acceso al mercado.²⁶ Por esa razón, consideró inconstitucional cualquier medida que no persiga uno de esos fines legítimos. Además, en los dos casos *Uber*, la mayoría de los ministros aplicó un test de razonabilidad, mientras que algunos de los ministros aplicaron un test de proporcionalidad. Quienes utilizaron el segundo concluyeron que más medidas previstas en la regulación eran inconstitucionales, lo que resulta lógico, pues este último es un test más estricto.²⁷

En México, como en muchos otros países de América Latina, la metodología para analizar la constitucionalidad de las restricciones de derechos fundamentales es el test de proporcionalidad. Como David Beatty señala, “En todas las áreas de la regulación, no importa la naturaleza del derecho o de la libertad que se alegue violada, y sin importar las características perso-

²⁴ Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *The constitutional structure of proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 16-42. También véase Vries, Sybre A., “Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice”, *Utrecht Law Review*, vol. 9, 2013, p. 177.

²⁵ Véase Young, Katharine, “Proportionality, Reasonableness, and Economic Social Rights”, en Tushnet, Mark y Jackson, Vicki (eds.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 252.

²⁶ SCJN, acción de inconstitucionalidad 13/2017.

²⁷ Rivers, Julian, *op. cit.*, p. 202.

nales de quien presenta el caso, el test siempre es el mismo.”²⁸ El test de proporcionalidad tiene cuatro pasos y fue incorporado a nuestra jurisprudencia a través del estudio de la doctrina del Tribunal Constitucional alemán y, particularmente, por el libro de Robert Alexy.²⁹ Desde sus orígenes, el test de proporcionalidad fue pensado para maximizar las libertades individuales, sobre todo las libertades políticas y económicas.³⁰ Además de los dos test referidos, en México no hemos considerado la aplicación de otros test dependiendo el derecho en disputa, ni la de un *balancing* de interés en el cual las libertades económicas no tendrían una prioridad normativa.³¹

Lo que analizamos a través del test de proporcionalidad es si la regulación legislativa, la determinación administrativa o judicial, o la actuación de los particulares sobre esos derechos subjetivos, libertades, etc., se justifican a la luz de los fines, la relación medio-fin y el balance entre principios. Además, a través del test de proporcionalidad podemos evaluar si se justifican las condiciones que se imponen al titular del derecho, libertad, etc., para que este se cumpla; por ejemplo, si el titular debe o puede exigir, facilitar, hacer posible o colaborar con el sujeto pasivo para que ese derecho, libertad, etc., se cumpla.³² Ahora bien, para llevar a cabo dicho análisis, el test de proporcionalidad verifica lo siguiente:

1. El para qué de la restricción a un derecho fundamental o afectación de un principio, es decir, el fin que se busca proteger, cuya definición puede estar dentro del ámbito de discrecionalidad de la autoridad o mandado o excluido por la Constitución.³³ Ese fin puede ser un bien colectivo u otro derecho fundamental.
2. El cómo de la restricción: ¿hay una relación (idónea) entre el medio y el fin (2.1) y los medios son los menos lesivos para el derecho fun-

²⁸ Beatty, David M., *op. cit.*, p. 161.

²⁹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2008.

³⁰ Cohen-Eliya, Moshe y Porat, Iddo, *op. cit.*, pp. 272 y 274.

³¹ Porat, Iddo, *op. cit.*

³² Sobre esas condiciones y su carácter deóntico también llama la atención Atienza, Manuel, “Una clasificación de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos, Homenaje a Joaquín Ruiz Giménez*, núm. 4, 1986-1987, p. 36.

³³ Alexy habla del margen de acción estructural para la fijación de fines cuando el derecho fundamental contiene una reserva competencial de intervención que deja abiertas las razones para la intervención legislativa, o menciona las razones para intervenir, pero no ordena que se produzca la intervención legislativa, sino que solo permite que esto suceda en caso de que concurren dichas razones. Alexy, Robert, “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año XXII, núm. 66, septiembre-diciembre de 2002, p. 23.

damental afectado siendo igualmente efectivos (necesidad) (2.2)? El grado de idoneidad entre el medio y el fin admite distintos niveles, cuya exigencia dependerá del escrutinio que se aplique.³⁴ Por ejemplo, se puede utilizar la idoneidad como un criterio negativo para excluir los medios que no son idóneos, o como un criterio para exigir el medio más idóneo.³⁵

3. ¿La intensidad de la restricción de un derecho fundamental o de afectación a un principio³⁶ se justifica a la luz de la importancia³⁷ y satisfacción del fin buscado y otros principios en juego?³⁸

En la literatura especializada suele afirmarse que el punto de partida del test de proporcionalidad es la existencia de una pretensión protegida por un derecho fundamental *prima facie*, por lo que tiene cierta prioridad, y las razones para negarla deben tener una fuerza especial.³⁹

³⁴ *Ibidem*, p. 25. Para Alexy, el margen para la elección de medios no origina demasiados problemas cuando los diversos medios son igualmente idóneos para alcanzar o fomentar el fin y, desde la perspectiva de otros fines o principios relevantes, no tienen un significado destacable. Esto no ocurre, sin embargo, cuando los diversos medios fomentan el fin en diferente medida o cuando no es seguro en qué medida lo hacen; o cuando los diversos medios comportan negativamente una medida distinta en relación con otros fines o principios, o cuando no es seguro en qué medida lo hacen.

³⁵ *Ibidem*, pp. 28 y 29. De acuerdo con Alexy, al legislador no le está categóricamente prescrito adoptar el medio más benigno. No se trata de una optimización hacia un determinado punto máximo.

³⁶ *Ibidem*, p. 33. Alexy habla de afectación leve, intermedia y grave, que siempre son concretas.

³⁷ *Ibidem*, p. 38. La importancia de los principios puede ser abstracta, aunque se termina definiendo en los casos concretos. De acuerdo con Alexy, los elementos del caso concreto que resultan esenciales para la decisión son la medida examinada y las consecuencias que su ejecución y no ejecución tienen para los principios implicados.

³⁸ Se podría decir que las preguntas que plantea el test de proporcionalidad buscan sacar a la luz errores de la deliberación como: *a*) se tomen decisiones sin comprender cabalmente las alternativas y consecuencias; *b*) se tengan visiones incompletas de las opciones que tiene la institución, o *c*) solo se tomen en cuenta las necesidades e intereses de una fracción de la comunidad. Eskridge, William N. y Ferejohn, John, "Constitutional Horticulture: Deliberation-Respecting Judicial Review", *Texas Law Review*, vol. 87, 2009, p. 1227. En palabras de Pettit, el control judicial es un mecanismo de réplica que nos permite evitar falsos positivos, es decir, la identificación errónea de políticas que son en beneficio de intereses de fracciones; mientras que las instituciones parlamentarias son las indicadas para evitar falsos negativos, es decir, fallas en percibir opciones públicas. Pettit, Philip, "Depoliticizing Democracy", *Ratio Juris*, vol. 17, núm. 1, 2004, pp. 60-63.

³⁹ A este modelo Tremblay lo denomina modelo de prioridad de derechos, que contrapone al modelo de optimización. Tremblay, Luc B., "An egalitarian defense of proportionality-based balancing", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, núm. 4, 2014, p. 866.

Así, por cuanto la aplicación del test exige la posible violación a un derecho *prima facie*, esto provoca la inflación de los derechos, lo que conlleva que todos los problemas legales, por triviales que sean, se planteen en términos de derechos y libertades.⁴⁰ Es lo que —según Kai Möller— ha pasado en Alemania, en donde, a través del derecho al libre desarrollo de la personalidad, cualquier tipo de interés alegado puede encuadrarse dentro de un derecho fundamental.⁴¹

Si esto es así, es decir, que todo tipo de pretensión esté protegida en principio por algún derecho fundamental —pues, en última instancia, si no se puede enmarcar en un derecho específico está el libre desarrollo de la personalidad—, resulta que la pretendida contribución de la justicia constitucional de poner en el centro de la discusión a “los derechos fundamentales” no es tal, ya que solo cambia de nombre a los conflictos. En otras palabras, lo que afuera de los tribunales es un conflicto sobre un interés x, una vez que se presenta en una demanda judicial y se encuadrada en un derecho fundamental *prima facie* lo que sucedió fue un cambio de *nomen iuris*, porque seguimos discutiendo sobre el mismo tipo de conflicto, pero con la peculiaridad de que para negar la pretensión —en tanto enmarcada *prima facie* en un derecho fundamental— exigimos, según la visión tradicional, razones especiales.

El test de proporcionalidad ha sido utilizado por la Suprema Corte para analizar temas de igualdad, libertad y derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Asimismo, como hemos visto en este capítulo, lo utiliza para estudiar restricciones al acceso al mercado previsto en el artículo 28 de la Constitución, al considerarlo como una libertad fundamental. Por regla general en la jurisprudencia de la Corte, los cuatro pasos son estudiados de manera secuencial y de manera excluyente, es decir, una vez que uno de los pasos no se supera no se continúa con el siguiente. Esta forma de aplicar el test no es necesaria, pues, como señala una de las expertas en el test de proporcionalidad, los pasos pueden estudiarse en un orden distinto o como un estudio global.⁴²

Cabe aclarar que no en todas las concepciones los derechos tienen cierta prioridad especial sobre otros intereses. Véase Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *op. cit.*, pp. 16-42.

⁴⁰ Möller, Kai, “Proportionality and Rights Inflation”, en Huscroft, Grant; Miller, Bradley W. y Webber, Grégoire (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 155.

⁴¹ *Ibidem*, p. 159.

⁴² Clérico, Laura, *Proportionality and balancing*, en Hübner Mendes, Conrado y Gargarella, Roberto (eds.), *Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, en prensa.

Como mencioné, desde su incorporación en la jurisprudencia mexicana, el test de proporcionalidad ha servido como metodología estándar para analizar cualquier tipo de limitación a derechos y, además, se han desarrollado dos niveles de escrutinio, el ordinario y el estricto, este último para casos en los que se estudia la clasificación basada en categorías sospechosas previstas en el artículo 1 constitucional, libertad de expresión en materia política, o cuando se afecta el núcleo esencial de un derecho fundamental.⁴³ Sin embargo, no ha sido cuestionado si el test de proporcionalidad deba ser aplicado para estudiar la limitación de cualquier tipo de derecho⁴⁴ o si los pasos pueden aplicarse en un orden distinto.

Como vimos en el capítulo segundo, en el caso *Marihuana*, la Corte aplicó una aproximación maximalista e individualista del test de proporcionalidad. Consideró correctamente que la libertad individual tenía una prioridad normativa frente a otros intereses, por lo que debían darse razones fuertes para su limitación. En mi opinión, esta aproximación fue la correcta, al tratarse de un asunto que protegió la autonomía individual, la que durante años fue severamente restringida por el Estado y la cultura autoritaria. Sin embargo, la pregunta es si, tratándose de libertades económicas, debe aplicarse esta misma aproximación del test de proporcionalidad, dada la enorme desigualdad política, social y económica que existe entre los ciudadanos, que demanda la intervención del Estado para compensar la situación.

En mi opinión, ni el test de razonabilidad ni el de proporcionalidad son adecuados para analizar la constitucionalidad de medidas legislativas que supuestamente violan las libertades de mercado, de comercio y de trabajo

⁴³ Tesis 1a. CII/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, diciembre de 2012, p. 964; Tesis 1a. CCX/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, abril de 2015, p. 585; Tesis 1a. CI/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, diciembre 2012, p. 958; P./J. 28/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, 2011, p. 5; Tesis 1a. CII/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, enero de 2010, p. 185; Tesis 1a./J. 37/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, septiembre de 2004, p. 175; Tesis 1a. C/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, noviembre de 2013, p. 523; Tesis 1a. XCV/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, mayo 2012, p. 1112; Tesis 1a. CIV/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. XXXII, septiembre de 2010, p. 183; Tesis 1a. XCIX/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, marzo de 2014, p. 524; Tesis P. VII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, marzo de 2014, p. 24; Tesis 1a. XLIII/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. I, febrero de 2014, p. 644.

⁴⁴ Vicki Jackson lo propone para el derecho constitucional de Estados Unidos. Véase Jackson, Vicki, "Constitutional Law in an Age of Proportionality", *Yale Law Journal*, vol. 124, núm. 8, 2015.

de los conductores. Por un lado, aun cuando se pueda considerar al test de razonabilidad más deferente frente al legislador que el test de proporcionalidad —pues solo analiza el fin legítimo y la relación de medio a fin—, tiene la deficiencia de no incluir una ponderación entre los intereses en conflicto de los taxistas, los consumidores, los conductores de Uber y la empresa. Esta es una metodología formal que no considera los diferentes intereses en conflicto ni la realidad social.

Más aún, la aplicación de un test de razonabilidad no es necesariamente deferente frente al legislador. Todo depende de qué tan flexible sea la Suprema Corte al permitir diferentes fines para la legislación. Como mencioné, la Corte considera inconstitucionales varias medidas aplicando el test de razonabilidad, pues no tenían un fin legítimo. Por su parte, si bien el test de proporcionalidad da espacio para los intereses en conflicto, lo hace de manera abstracta, cuestionándose la compatibilidad de la norma con la Constitución, por lo que el estudio se limita al análisis de los antecedentes legislativos sin tener en cuenta los hechos de la realidad,⁴⁵ por ejemplo, el número de accidentes en taxis u otros servicios de transporte. En mi opinión, es necesario tener en cuenta este tipo de hechos para llevar a cabo un *balancing* de los requisitos impuestos por la legislación; sin embargo, en el test de proporcionalidad esta ponderación solo se lleva a cabo hasta el cuarto paso, al que no se llega, dado que la inconstitucionalidad se fundamentó en la ausencia de un fin legítimo de las medidas o en la falta de idoneidad de la relación medio-fin.

En efecto, el test de proporcionalidad implica un tercer paso de necesidad excesivamente demandante, similar al escrutinio estricto de la jurisprudencia estadounidense, que exige una “adecuación estrecha”.⁴⁶ Al aplicar este análisis, las medidas tienen una alta posibilidad de ser declaradas inconstitucionales, sin necesidad de tener en cuenta el conflicto de intereses de los taxistas, los consumidores, los conductores de Uber y la empresa, pues la ponderación o *balancing* no se lleva a cabo, ya que el cuarto paso del test de proporcionalidad no se alcanza a realizar. Efectivamente, de acuerdo con la teoría económica que sostienen las sentencias, es evidente que la desregulación es la medida menos restrictiva e igualmente efectiva. Esto es así porque el paso respecto de la necesidad de la medida está enfocado en analizar su eficiencia,⁴⁷ y es un ejercicio valorativo hecho desde la perspec-

⁴⁵ Green, Jamal, *op. cit.*, p. 63.

⁴⁶ Mathews, Jud y Stone Sweet, Alec, *op. cit.*, p. 1295.

⁴⁷ Rivers, Julian, *op. cit.*, pp. 190 y 200. También véase Barak, Aharon, *op. cit.*, p. 320.

tiva de la persona que sufre la interferencia,⁴⁸ en este caso, los conductores de Uber.

Un argumento a favor de aplicar un test de proporcionalidad en los casos *Uber*, incluyendo el paso de necesidad, puede ser “[...] que la razonabilidad de la política solo puede ser evaluada comparándola con todas las otras políticas posibles. En particular, no puede ser evaluada comparándola únicamente con la política alternativa consistente en la no interferencia”;⁴⁹ sin embargo, nada nos asegura que así se haga al aplicarse el test de proporcionalidad.

En otras palabras, es cierto que en el test de proporcionalidad se hace una ponderación en el cuarto paso del test, conocido como test de proporcionalidad en sentido estricto; empero, este *balancing* solo se lleva a cabo si es que se superan los tres primeros pasos del test que, no obstante, resultan ser los más exigentes, particularmente el de la necesidad. De esta manera, la libertad de mercado sin restricciones tiene a su favor la protección constitucional, pues, de acuerdo con una ideología de desregulación, es la medida menos restrictiva y más efectiva para la protección del acceso al mercado.

Además, como expuse al tratar el caso *Marihuana*, la Corte adopta una perspectiva maximalista del test de proporcionalidad. Lo que la distingue es que “[...] las limitaciones de derechos humanos deben justificarse con beneficios para otros intereses, principios o valores. La pregunta es si los beneficios son suficientes para compensar por las pérdidas del lado del derecho afectado por la medida”. Como señala Urbina, esta perspectiva es pertinente cuando es un derecho lo que se quiere maximizar.⁵⁰ En otras palabras, tratándose de conflictos de intereses entre varios afectados, como sucede en los casos *Uber*, resulta más conveniente analizarlos a través de una ponderación en el que ninguno de ellos tiene una prioridad normativa frente a los otros.

Por ejemplo, en el caso *Marihuana*, que involucra la autonomía individual, es pertinente utilizar un test de proporcionalidad en el que se adopta la perspectiva del agente cuya autonomía está siendo limitada.⁵¹ Ahora bien, alguien podría argumentar que la mejor metodología para analizar la limitación de libertades económicas es un test de proporcionalidad que maximice el acceso al mercado. Sin embargo, el inconveniente es que aplica

⁴⁸ Schlink, Bernhard, *op. cit.*, p. 724.

⁴⁹ Möller, Kai, “Proportionality and Rights Inflation”, *cit.*, p. 196.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 104 y 105.

⁵¹ Möller, Kai, “Proportionality and Rights Inflation”, *cit.*, p. 137. También véase Cohen-Eliya, Moshe y Porat, Iddo, *op. cit.*, p. 272.

una perspectiva individualista orientada únicamente a los intereses de los conductores. De esta manera, lo que se logra es enfocarse únicamente en tales intereses, buscando su maximización.

Por su parte, en el *balancing* formal de intereses, “[...] ninguno de los dos (o más) intereses en conflicto tienen una prioridad incondicional, hay un compromiso entre los dos intereses y es posible decir que la forma correcta de resolver el conflicto es a través de una ponderación”.⁵² Así, las libertades económicas son solo intereses que deben ser ponderados con otros intereses.⁵³

En otras palabras, la aplicación de un *balancing* de intereses sin necesidad de llevar a cabo los tres primeros pasos del test de proporcionalidad sobre el fin legítimo, la relación de medio a fin y medidas menos restrictivas permiten a la Corte ponderar el peso que debe darse al acceso al mercado frente a los derechos de los consumidores y los intereses de los taxistas.⁵⁴ En este sentido, no se utiliza una perspectiva individualista, conforme a la cual los únicos intereses que se deben maximizar son los de los conductores de Uber. Por el contrario, la aplicación directa del *balancing* exige una perspectiva holista que considere todos los intereses en conflicto, en el que ninguno tiene prioridad ante los demás. Adicionalmente, no habría necesidad de maximizar el acceso al mercado de los conductores; más bien, la Corte debe dar cabida a los intereses en conflicto.⁵⁵ Si tomamos en cuenta que en algunos de los precedentes de la Suprema Corte el acceso al mercado fue considerado como un medio para proteger los derechos de los consumidores, es posible que no se analice como una libertad fundamental, sino como un medio para la protección de otros intereses.

Es cierto que la aplicación de un test formal de *balancing* de intereses es muy similar al ejercicio que lleva a cabo el poder legislativo al determinar la ponderación entre los intereses en conflicto.⁵⁶ Más aún cuando la Corte lleva a cabo esa ponderación en abstracto, como en la acción de inconstitucionalidad, sin tener en su mesa un caso particular o la afectación de las partes. Por esta razón, debe haber una fuerte presunción a favor de la constitucionalidad de las normas,⁵⁷ en las cuales el poder legislativo refle-

⁵² Möller, Kai, “Proportionality and Rights Inflation”, *cit.*, p. 139.

⁵³ Cohen-Eliya, Moshe y Porat, Iddo, *op. cit.*, p. 275. También véase Porat, Iddo, *op. cit.*

⁵⁴ Schlink, Bernhard, *op. cit.*, p. 722.

⁵⁵ Esto es similar al *balancing* formal propuesto por Möller. Véase Möller, Kai, “Proportionality and Rights Inflation”, *cit.*, p. 139.

⁵⁶ Vries, Sybre A., *op. cit.*, p. 186.

⁵⁷ Rivers, Julian, *op. cit.*, p. 200. También véase Schlink, Bernhard, *op. cit.*, p. 734.

ja el compromiso al que se llegó en la arena política entre los intereses en disputa.⁵⁸

En contra del *balancing* test se ha dicho que la decisión no es del todo transparente y que permite a los jueces imponer sus visiones sobre política pública.⁵⁹ Por el contrario, se ha dicho que el test de proporcionalidad es una metodología que organiza y transparenta la argumentación, por lo que sirve para disciplinar y racionalizar las decisiones judiciales,⁶⁰ pues los fines, los medios, la relación medio a fin, la fuerza de los principios y otras consideraciones particulares se especifican y evalúan.

Desde mi punto de vista, ninguna metodología impide que los jueces, al analizar la constitucionalidad de la regulación, introduzcan su propia visión sobre política pública y teoría económica,⁶¹ sin embargo, a través del *balancing* tienen que tener presente los derechos de los consumidores y de los taxistas. Por el contrario, al aplicar el test de proporcionalidad o razonabilidad se estudian en orden la finalidad, la relación de medio a fin, las medidas menos restrictivas y hasta el final la ponderación de intereses en juego. De esta manera, la teoría económica, que guía todo el test, no se transparenta hasta el último paso del análisis de constitucionalidad.⁶² En otras palabras, sería conveniente que en el caso de intereses económicos en conflicto se haga, en primer término, la ponderación de intereses, aplicando directamente el cuarto paso del test de proporcionalidad.

La propuesta que aquí se defiende, de utilizar el *balancing* formal de intereses en casos de libertades económicas, nos obliga a los abogados mexicanos a explorar y conocer otras metodologías utilizadas en el derecho comparado, pues es posible pensar en el uso de diferentes metodologías según el derecho de que se trate o de los conflictos de intereses presentes, particularmente si lo que está de por medio es un conflicto entre derechos y libertades económicas.

Argumentar a favor de la aplicación, en este tipo de casos, de un test de *balancing* de intereses conlleva aceptar que los jueces tienen un papel importante que jugar en el sistema constitucional mexicano. Asimismo, es

⁵⁸ Tushnet, Mark, "Making Easy Cases Harder", en Tushnet, Mark y Jackson, Vicki (eds.), *op. cit.*, pp. 318 y 320.

⁵⁹ Aleinikoff, T. Alexander, *op. cit.*, pp. 984-995. Jackson, Vicki, *op. cit.*, pp. 31-42.

⁶⁰ Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *op. cit.*, p. 8. También veasé Mathews, Jud y Stone Sweet, Alec, *op. cit.*, p. 807.

⁶¹ Tushnet, Mark, "Making Easy Cases Harder", *cit.*, p. 303. También véase Schlink, Bernhard, *op. cit.*, p. 725.

⁶² Véase Tsakyrakis, Stavros, "Proportionality: An assault on human rights", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, 2009, p. 493.

reconocer que en algunas ocasiones lo que hacen —porque así se los manda la Constitución— es resolver disputas entre intereses ordinarios contrapuestos, más que interpretar derechos fundamentales. Es momento de considerar que no todos los intereses que se presentan ante la Corte a través del lenguaje de los derechos⁶³ deben tener la misma prioridad normativa y pensar cuáles son las metodologías más indicadas para resolver los diversos tipos de conflictos.

IV. CONCLUSIÓN

Como he reiterado, la Suprema Corte vive una época distinta en la cual los derechos humanos están entre las prioridades de su agenda. Por esta razón, es importante reflexionar sobre las metodologías de adjudicación de derechos que utiliza y cómo encuadra los intereses y los derechos en disputa. En esta tesitura, es indispensable que académicos y jueces conozcan la forma en que otros países han abordado la justiciabilidad de las libertades económicas, sin que necesariamente importemos sus soluciones concretas a nuestra doctrina. Finalmente, en el futuro cercano será interesante ver cómo sus resoluciones serán utilizadas políticamente por los taxistas y los prestadores de servicios como Uber.⁶⁴

⁶³ Cruz Parceró, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.

⁶⁴ Scheingold, Stuart A., *op. cit.*, pp. 6 y 7.