



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO**

**FACULTAD DE DERECHO  
POSGRADO EN DERECHO**

**CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO Y BIENESTAR**

**TESIS  
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO**

**PRESENTA**

**FERNANDO EUGENIO GARCÍA SAIS**

**TUTOR PRINCIPAL: DR. JOSÉ OVALLE FAVELA (INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS)**

**COTUTOR: DR. DIEGO VALADÉS (INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS)**

**COTUTOR: DR. JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ (ITAM)**

Ciudad Universitaria, Ciudad de México, junio de 2018



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Resumen

***Constitucionalismo Contemporáneo y Bienestar***

por

Fernando Eugenio García Sais

El Constitucionalismo Contemporáneo está enfocado al Bienestar. Si partimos de esta premisa (y así lo hace la presente investigación), resalta la imperativa necesidad de que en nuestro país exista una política jurídica enfocada a que las bondades de nuestra Carta Magna sean tangibles para todos y cada uno de los ciudadanos-

Para alcanzar tal fin, toda instancia jurídica, de la de mayor a la de menor jerarquía, debe estar buscando que se cumplan nuestros *derechos prestacionales* (salud, vivienda digna, educación de calidad, trabajos, agua, protección del medio ambiente), despojándolos de su carácter paternalista, por demás obsoleto y dañino, permitiéndonos ser parte del cambio social. Para tal propósito, el Derecho Mexicano debe ampliar su visión formalista, volverse multidisciplinario y proveer de los elementos aliados que le permitan a los operadores jurídicos e intérpretes normativos buscar soluciones innovadoras y eficaces para potencializar los efectos de los derechos sobre las personas.

En este trabajo (y se espera en el futuro), tal aliado es la Economía, capaz de echar luz sobre las sombras que se ciñen sobre los ciudadanos que, día a día, ven sus derechos fundamentales violados, muchas veces de manera casi imperceptible.

Esta investigación, fincada en teorías económicas (particularmente en lo relativo a las relaciones de consumo) y sociales, se decanta por unas *Disciplinas Jurídicas del Bienestar*, mismas que deben permear el Sistema entero (desde los Tres Poderes de la Unión hasta el ciudadano “de a pie”) para buscar que ese país dibujado en nuestra Constitución deje de ser un sueño utópico, y sea una realidad para todos nosotros.

***Palabras clave:*** *Bienestar, Constitución, Estado, Derecho, Economía, normas, consumidores, derechos prestacionales, igualdad.*

Abstract

***Contemporary Constitutionalism and Well-being***

by

Fernando Eugenio García Sais

Contemporary Constitutionalism is focused on well-being. If we start from this premise (and so does the present investigation), it highlights the imperative need for our country to have a legal policy focused on making the benefits of our Constitution tangible for all citizens to see.

To achieve this goal, every juridical entity, from the highest to the lowest level, must be seeking to fulfill our Rights (health, decent housing, quality education, jobs, watering, environmental protection), depriving them of their paternalistic feature, equally obsolete and harmful, allowing *us* to be part of social change. For this purpose, Mexican Law must broaden its formalist vision and become multidisciplinary, providing those allied elements that allow legal operators and regulatory interpreters to seek innovative and effective solutions that enhance the effects Rights have on people.

In this work (and is expected in the future), such an ally is Economics, which can shed light upon the shadows that surround citizens who, every day, see their fundamental rights violated, often almost imperceptibly.

This investigation, based on economic (particularly those regarding consumer relationships) and social theories, arrives to the Legal Disciplines of Well-being, which must permeate the entire System (from the Three Powers to the law-abiding citizen) to seek that the country outlined in our Constitution stops being a utopian dream, and becomes a reality for all of us.

**Key words:** *Well-being, Constitution, State, Law, Economics, laws, consumers, Rights, equality.*

# CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO Y BIENESTAR

## ÍNDICE

<b>APROXIMACIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>Capítulo I. La Constitución como instrumento del bienestar .....</b>	<b>44</b>
<b>1. Introducción.....</b>	<b>44</b>
<b>2. La relación Justicia-Derecho .....</b>	<b>62</b>
2.1. Del absolutismo monárquico a la libertad.....	74
2.2. Normas programáticas y derechos prestacionales: el Estado Social .....	75
2.3. The Welfare State.....	83
<b>3. Supremacía constitucional .....</b>	<b>86</b>
3.1. El contenido legislativo de la decisión judicial: el mandato de colaboración presupuestal.....	96
3.2. No hay derecho sin obligaciones y deberes ciudadanos .....	106
<b>4. Evolución jurisprudencial .....</b>	<b>111</b>
<b>Capítulo II. Los derechos prestacionales “accionables” .....</b>	<b>123</b>
<b>1. La teoría de los bienes públicos.....</b>	<b>125</b>
<b>2. Los bienes privados y los daños.....</b>	<b>128</b>
<b>3. La regulación de los bienes privados .....</b>	<b>137</b>
<b>4. Análisis de algunos derechos prestacionales.....</b>	<b>145</b>
4.1. Derechos prestacionales de fuente constitucional.....	145
4.1.1.El derecho prestacional a la salud .....	153
4.1.2.El derecho prestacional a la educación de calidad .....	171
4.1.3.El derecho prestacional a la vivienda digna .....	182

4.1.4.El derecho prestacional al trabajo y salarios .....	188
4.1.5.El derecho prestacional al medio ambiente.....	191
4.1.6.El derecho prestacional al buen funcionamiento del mercado .....	196
4.2 Derechos prestacionales de fuente internacional .....	199
<b>5. Hacia un entorno fiscal que posibilite el bienestar y los derechos prestacionales ..</b>	<b>206</b>
5.1. Los impuestos y los derechos prestacionales .....	206
5.2. El costo de los derechos prestacionales .....	214
5.3. ¿Hacer que los ricos paguen más? ¿Y mi herencia, papá? .....	216
5.4. IVA a alimentos y medicinas .....	222
<b>Capítulo III. Derecho y felicidad .....</b>	<b>225</b>
<b>1. Introducción.....</b>	<b>225</b>
<b>2. La felicidad nacional como referente constitucional .....</b>	<b>240</b>
2.1. Bután .....	240
2.2. Reino Unido.....	242
<b>3. El índice de felicidad para México .....</b>	<b>243</b>
<b>Capítulo IV. La orientación normativa hacia el bienestar .....</b>	<b>260</b>
<b>1. Introducción.....</b>	<b>260</b>
<b>2. Disciplinas sustantivas orientadas al bienestar (Derecho del Bienestar) .....</b>	<b>267</b>
2.1. Derecho del Consumidor .....	267
2.2. Derecho de la Competencia Económica.....	313
<b>3. El buen funcionamiento del mercado y el bienestar .....</b>	<b>315</b>
<b>4. El Estado y sus órganos reguladores enfocados al bienestar .....</b>	<b>320</b>
<b>5. La jurisdicción del Derecho del Bienestar .....</b>	<b>327</b>
5.1. El juicio de amparo, del autoritarismo al bienestar .....	330
5.2. Acciones Colectivas.....	334

<b>Capítulo V. Conclusiones.....</b>	<b>353</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>363</b>
<b>Fuentes electrónicas .....</b>	<b>369</b>
<b>Artículos periodísticos .....</b>	<b>372</b>

## CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO Y BIENESTAR

*“After providing security, legality, and liberty, a constitution can look to the prosperity of its citizens. To bring prosperity, the constitution must provide the legal framework for allocating resources efficiently to public and private goods. The legal framework includes competitive markets for private goods and competitive politics for public goods”.*

Robert D. Cooter, *The Strategic Constitution*, 2000.

### APROXIMACIÓN

La historia constitucional mexicana puede resumirse en la lucha por buscar que el país normativo concuerde con el país real. El constitucionalismo contemporáneo se enfoca en buscar herramientas que permitan materializar los derechos prestacionales, igualar condiciones materiales y potencializar las capacidades de las personas para obtener bienestar personal que se traduzca en bienestar colectivo y mayor felicidad. Con ello se cumple con otro fin: darle contenido al Estado de Derecho.

El camino en la persecución de la llamada justicia social<sup>1</sup> está minado. Muchas son las causas por las cuales México no ha alcanzado una sociedad más

---

<sup>1</sup> Véase: Valadés, Diego. *El bienestar social como responsabilidad del Estado constitucional*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, número 19, enero-junio 2012. Seamos aquí conscientes de la evolución histórica del concepto “justicia social” desde la visión conservadora del Contrato Social, con base en la cual,

igualitaria, más próspera, en la que las brechas entre ricos y pobres sean cada vez menores. Las profundas asimetrías atentan contra un principio de colectividad, contra las razones que forjan una sociedad unida, sustentada en la libertad y en la igualdad.

Las añejas reivindicaciones sociales de México, que son anteriores al siglo XX, fueron reconocidas en su segunda década e inscritas políticamente en la Constitución de 1917, pero categorizadas de manera programática (condicionadas, entonces, a “previsión presupuestaria”), por lo que su verificación factual quedaba al arbitrio del poder político al tiempo que los privilegios se concentraron en una porción de la sociedad (con la creación, consecuente, de élites) que tampoco, en términos generales, tuvo un compromiso para igualar el piso y construir bases que permitieran escapar de las condiciones de pobreza.

Con todo ello, el Estado mexicano ha realizado ingentes esfuerzos para combatir las causas que generan la desigualdad. Si bien, quizá se han cometido errores en las políticas públicas, alentados por el clientelismo electoral, lo cierto es que ha habido programas bien diseñados y operados (como el Progreso y sus sucedáneos) que han permitido modificar positivamente las condiciones de los hogares más necesitados.

Los escenarios y vicisitudes económicas, nacionales e internacionales, que afectan la operación de programas sociales aunado a la incorporación de nuevos derechos prestacionales de fuente internacional, importarán para los hacedores de políticas públicas llevar a cabo análisis novedosos y consideraciones presupuestales que antes de la reforma al artículo 1º de la Constitución (de 10 de junio de 2011) eran impensables.<sup>2</sup>

---

siguiendo a Luigi Taparelli, la justicia social permitiría compensar las naturales desigualdades entre los hombres.

<sup>2</sup> Puede agregarse que la Constitución contiene principios y reglas que se contradicen. Por un lado, se plantean ciertos principios organizacionales (competencias) que no parecen comunicarse adecuadamente entre los niveles de gobierno y entre los ámbitos competenciales, junto con un diseño fiscal que

Junto a los nuevos derechos humanos de fuente internacional, los aplicadores de las normas (en sede administrativa y jurisdiccional) deben tener como guía interpretativa el principio *pro persona*, lo que se traduce en buscar las soluciones que expandan los derechos más ampliamente.

No obstante, los niveles de pobreza abarcan a casi el 50% de la población según datos oficiales (Consejo Nacional de Evaluación de las Políticas de Desarrollo Social, CONEVAL)<sup>3</sup>. El contexto normativo vigente apunta hacia un futuro promisorio en lo que a los derechos prestacionales se refiere. El contexto político no es nada halagüeño. Atravesamos en el 2018 por uno de los peores años en lo que a confianza en las instituciones se refiere<sup>4</sup>, mientras que la amenaza de la instalación de un régimen autoritario y populista está más latente que nunca.<sup>5</sup>

---

presume ser justo y equitativo, pero que es poco progresivo, y por el otro lado pretende satisfacer derechos prestacionales, lo que demuestra la poca funcionalidad del sistema.

<sup>3</sup> Consultado en <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezalInicio.aspx>, el 15 de mayo de 2018. Según la CONEVAL, con las últimas cifras de 2016, el 43.6% de la población (53.4 millones de personas) están en situación de pobreza; y 7.6% (9.4 millones de personas) en pobreza extrema. Las carencias y las privaciones lastiman y lesionan la cohesión social.

<sup>4</sup> Según Parametría, el 74% de los mexicanos no confían en su gobierno. Consultado el 15 de mayo de 2018 en [http://www.parametria.com.mx/carta\\_parametrica.php?cp=91](http://www.parametria.com.mx/carta_parametrica.php?cp=91). Los datos sobre la percepción social de la corrupción y de cómo gasta el gobierno los impuestos, tampoco muestran una situación de confianza en las instituciones.

<sup>5</sup> Las elecciones presidenciales del 1 de julio 2018, serán a dos días de que se defienda esta tesis doctoral. El entorno político se ha concentrado en descalificaciones y en demostrar quien es más o menos corrupto. La ciudadanía y los medios de comunicación abonan poco para la discusión y debate fértiles que produzcan frutos para buscar un mejor gobierno.

Las decisiones de los juzgados federales incluyendo, desde luego, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, están en la ruta de materializar derechos esenciales como el de salud, educación, vivienda, implicando retos presupuestarios para el Estado y poniendo de manifiesto que los viejos modelos no son suficientes ni para explicar lo que está sucediendo ni para potencializar los derechos fundamentales.

El tránsito abrupto pero positivo, de lo programático al reconocimiento del carácter normativo de los derechos prestacionales, se traduce en profundos “cambios en las manifestaciones normativas constitucionales” como dice el doctor José Ramón Cossío Díaz<sup>6</sup> en su “Estado Social y Derechos de Prestación” (1999), en la medida que se incorpora a nivel constitucional el valor de la igualdad más que como un principio homogeneizador como un compromiso del Estado para mejorar las condiciones materiales de vida de las personas y de los grupos.

En el lenguaje de esta tesis, a ese efecto y a esas condiciones que se mejoran les llamo bienestar, en cuanto es el resultado tangible y objetivo de la verificación en los hechos de los derechos prestacionales.

Desde mi óptica, dichos derechos se verificarán de una manera más rápida, homogénea y eficiente si junto al Estado, la sociedad asume el compromiso de respetar las normas y si los operadores económicos se arrojan como factores de la producción de no sólo utilidades sino de beneficios sociales.

Me explico. Al Estado le compete proveer normas, diseñar instituciones, emitir resoluciones, llevar a cabo complejas interpretaciones normativas; a las empresas, buscar la satisfacción de “verdaderas necesidades” de los consumidores al tiempo que participan en el mercado mayor número de jugadores que rivalicen para producir mejores satisfactores y a mejores precios.

Por último, y no menos importante, que en todos al interrelacionarse entre sí, tenga preeminencia el comportamiento cívico, aceptable y recíprocamente beneficioso.

---

<sup>6</sup> Cossío Díaz, José Ramón. Estado Social y Derechos de Prestación. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, p. 18.

El ambiente de anomia perceptible tiene una consecuencia hacia el individualismo que lesiona la búsqueda de felicidad colectiva. La insaciable búsqueda, por necesidades impuestas, de saciar aspiraciones personales, se aleja del ideal de búsqueda de una buena sociedad.

En su ensayo *¿Corruptos por naturaleza?*<sup>7</sup>, Héctor Raúl Solís Gadea lo dice claramente: “[s]e trata de que los políticos y los ciudadanos busquemos realizar los propósitos más amplios de la Constitución. Por ejemplo, comprometiéndonos a que la democracia sea algo más que un método para elegir gobernantes: un sistema de vida que mejore las condiciones de todos los mexicanos [...]”.

Efectivamente, coincido con Solís Gadea en su aproximación y en su determinación de que “el pacto que hemos asumido para dar vida a la República y propiciar una sociedad justa, compuesta de seres humanos iguales y con las mismas prerrogativas para buscar la felicidad.”<sup>8</sup>

El reconocimiento político que se hizo en la Constitución de 1917 respecto de los llamados “derechos sociales” y la frustración en su cumplimiento o su constante búsqueda de satisfacción, obligan a los académicos del Derecho (y en general a los operadores normativos) a buscar soluciones y alternativas, que sean compatibles con el deseo expresado por el Constituyente, interpretado tras la reforma al artículo 1º de la Constitución, con base en la cual se proclamó que “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección [...]”.

Junto con el derecho a la igualdad (ante la ley y en la aplicación de la ley, formal y material) los derechos prestacionales encarnan grandes desafíos para el fortalecimiento del Estado de derecho, dado que el discurso constitucional no se satisface con la mera declaratoria de la existencia de derechos de dicha naturaleza, sino que se espera su goce y materialización efectivos.

---

<sup>7</sup> Véase, del autor citado *¿Corruptos por naturaleza?* en *¿Y ahora qué? México ante el 2018*, p. 49. Debate, México, 2018.

<sup>8</sup> *Ibidem.* p.49.

Existe cierto grado de unanimidad entre los intelectuales mexicanos, en el sentido que los derechos sociales del pueblo mexicano (aquí referidos como “derechos prestacionales”) siguen siendo una aspiración noble sin miras a hacerse realidad para muchos de nuestros conciudadanos, como expresamente lo señala el doctor José Narro Robles.<sup>9</sup>

El ilustre constitucionalista, doctor Diego Valadés, ha expuesto que la injusticia social en México es aflictiva, principalmente entre mujeres, menores, ancianos e indígenas.

Tanto al doctor Narro como al distinguido profesor de la UNAM, Diego Valadés, les asiste la razón, sólo que el espectro de olvidados es mucho mayor.

Si bien esos grupos son claramente identificables, los problemas derivados de la insatisfacción de los derechos prestacionales están latentes en la sociedad en general.

México ha tenido grandes avances en el bienestar de su población, no seré catastrofista en el diagnóstico. Reconozco que se han enfrentado con gran éxito los

---

<sup>9</sup> Véase: Narro Robles, José. “Derechos y políticas sociales” en *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*; Fix-Zamudio, Héctor y Diego Valadés, UNAM-El Colegio Nacional, México, 2011, p. 2. El gran esfuerzo nacional, de acuerdo en el propio doctor Narro, ha sido que México enfrentó con éxito ese reto demográfico proporcionando servicios educativos, de salud, infraestructura, trabajo y vivienda a millones de mexicanos, aunque ciertamente —reconoce— hay muchos rezagos e inequidades; cabe reconocer el enorme esfuerzo realizado por el gobierno de México en la creación de cerca de 227,000 nuevos planteles educativos, la edificación y equipamiento de cerca de 20,000 unidades médicas, el incremento de cobertura en servicios médicos para más de 80 millones de mexicanos, la construcción de 19 millones de viviendas y la extensión de 120,000 km de carreteras pavimentadas.

retos presentados, por ejemplo, a partir de la explosión demográfica del último siglo, cuando la población aumentó a cerca de 90 millones de personas de 1950 a 2008<sup>10</sup>.

Para mitigar dichas deficiencias, el Estado no puede ser el único garante de los derechos prestacionales. Las personas y empresas frente a la norma no deben asumirse como sujetos acreedores de derechos. Para que se materialicen los derechos prestaciones, todos debemos ser sujetos de deberes.

El correlato del derecho es el deber (o la obligación), y en el contexto de la materialización de los mínimos vitales para todos, los deberes son tan importantes como los derechos.

Por ello en este trabajo me he propuesto hacer un estudio que parta de esta precondition jurídica; esto es, la existencia de derechos prestacionales con las peculiaridades que se han ido construyendo en el devenir histórico, en un entorno de libre mercado, con fronteras abiertas y de participación corresponsable de operadores económicos, consumidores y personas en general.

Y en ese propósito, lo que procuro formar radica en analizar las áreas de influencia, los puntos de conexión, los roces que se presentan entre tales principios constitucionales (igualdad y derechos humanos que se traducen en la obligación del Estado de garantizar un mínimo vital), junto con ese mundo heterogéneo de derechos prestacionales que involucran condiciones de goce que se materializan con apoyo en la buena administración pública, una judicatura profesional y un mercado eficiente que respete a los consumidores y al medioambiente y, por último, relaciones cotidianas entre las personas sustentadas en el cumplimiento espontáneo de la ley.

Observo que, muchas veces, son los operadores económicos y las personas en sus respectivas relaciones quienes están en mejor posición de garantizar ciertos derechos. Será por el talante de la empresa organizada y de las personas que se potencializará el tránsito de lo programático a lo prestacional. El Estado no puede solo.

---

<sup>10</sup> INEGI, Estadísticas Históricas de México 2009, Presidencia de la República, Anexo Estadístico del Cuarto Informe de Gobierno 2010.

Respecto del lenguaje que utilizó aquí, debo referir que la categorización de “derechos prestacionales” surgió a partir de la lectura que realicé de un texto que me parece basilar en este tema. Me refiero al trabajo previamente citado del doctor Cossío Díaz en el cual, entre muchos otros contenidos relevantes e innovadores, da cuenta de la vaguedad del concepto “derechos sociales”, así como de la unanimidad entre los doctrinarios respecto de su imprecisión, pero que por un mero convencionalismo social han preferido seguir empleando.

No voy a hacer un agotamiento de todas las acepciones, pero si señalo las más comunes, las que el doctor Cossío ha recabado.

Para algunos, dice el profesor de derecho constitucional del ITAM, la locución implica derechos de titularidad colectiva que, precisamente, se reclaman en esa vía e implican tener por objeto mejorar la situación social de los más débiles; para otros se tratan de derechos cuya finalidad más inmediata es la satisfacción de intereses colectivos.

Una tendencia de la doctrina se inclina, afirma, por asignarle a los derechos sociales una imposición a cargo del Estado tendiente a lograr el mejoramiento social, de donde se observa un elemento significativamente de carácter prestacional. La mayoría de la doctrina es consistente en que su peculiaridad consiste en obligar al Estado a conferir prestaciones en favor de grupos y personas.<sup>11</sup>

En atención a dichas peculiaridades constantes prefiero utilizar la expresión “derechos prestacionales” en el sentido de que se trata de obligaciones a cargo del Estado encaminadas a satisfacer el llamado mínimo vital, tal y cual lo postula el profesor Cossío Díaz.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> *Op. cit.*. Cossío Díaz, José Ramón. Estado Social y Derechos de Prestación... , pp. 44 y 45.

<sup>12</sup> *Op. cit.*. Cossío Díaz, José Ramón. Estado Social y Derechos de Prestación... , p. 46.

Sin embargo, como lo he manifestado antes, sin dejar de reconocer que el Estado es el primer obligado, las personas y empresas son un factor primordial en el logro de niveles óptimos de bienestar.

El objeto de estudio de este trabajo es, precisamente, analizar los derechos prestacionales, a cargo del Estado, en un rol de corresponsabilidad con las personas y empresas, considerando que a la Constitución, más allá de su carácter político y normativo, puede atribuírsele una función vinculada con la generación de bienestar —que se traduce en felicidad—; y cómo cada disposición normativa prevista en el ordenamiento jurídico, desde su cúspide normativa hasta la circular de menor jerarquía, deben orientar (en su aplicación) hacia el bienestar.

Para ello, aprovecho la conjunción de algunas herramientas de microeconomía, por considerar que con el análisis económico del derecho<sup>13</sup> se expresan de manera concreta situaciones de eficiencia normativa, luego traducidas en la materialización de los derechos, vía externalidades positivas, y de los fines contemplados por las normas.<sup>14</sup>

Al referirme a “derechos”, lo hago desde un plano meramente descriptivo de lo que existe reconocido en las normas y no desde un plano moral o valorativo.<sup>15</sup>

Abro un breve paréntesis para hacer algunas acotaciones de carácter metodológico, que tienen que ver tanto con el trabajo de investigación realizado y

---

<sup>13</sup> A pesar de que la herramienta del “*Law and Economics*” no es nueva, en México es aún escasa la producción dogmática, siendo las obras de Andrés Roemer y de José Ramón Cossío Díaz, las fuentes básicas en la materia.

<sup>14</sup> Un estudio relevante sobre el papel que juega la microeconomía en los fenómenos sucedidos desde la Constitución y hacia el resto del ordenamiento, particularmente en relación con el mercado (como concepto económico), lo presenta el doctor José Roldán Xopa en *Constitución y Mercado*, Ed. Porrúa-ITAM, México, 2004.

<sup>15</sup> Desde luego que detrás de las normas existe un fundamento moral; pero aquí no me interesa centrarme en el debate de si más allá de las normas existen otros derechos por el solo hecho de ser seres humanos.

su manera de presentarlo, como con el tema mismo. Ello me conduce, pues, a insistir en que la investigación se redactó en forma de ensayo y, como se puede constatar con el aparato crítico, he seleccionado y utilizado de manera cuidadosa la bibliografía que más se acomoda para reflexionar de manera libre el tema a desarrollar.

He elegido la forma de un ensayo para llevar a cabo la aproximación al complejo tema de los derechos prestacionales —desde la perspectiva que hago en mi investigación analizando el problema del bienestar a partir de la utilización de algunas herramientas del “*Law and Economics*” y, consecuentemente, de bibliografía que tradicionalmente ha quedado fuera de la dogmática jurídica—.

Por la naturaleza ensayística del trabajo, opté por seleccionar la literatura científica que, a mi juicio, podía proporcionarme los mayores elementos para soportar la idea central de mi tesis: el Derecho como generador de bienestar.

El enfoque para apreciar al Derecho como factor de generación de bienestar social, en toda su magnitud y con todas sus complejidades, debe ser a partir de los conocimientos aportados por ciencias que al derecho le puedan dotar de elementos analíticos, como es la Economía.

Y es allí donde para la elaboración de este trabajo, nos encontramos frente a un gran reto: la cantidad de bibliografía disponible —tanto de Dogmática Jurídica como de Economía— es vasta y, al igual que en la jurisprudencia, se siguen difundiendo nuevos estudios, análisis, artículos periodísticos, ensayos, etc., que vuelven complejo poder reunir, analizar y profundizar respecto de todo ese material. Aquí cierro el paréntesis.

El Derecho, verdad de Perogrullo, es la disciplina por excelencia que nos puede servir de guía para encontrar soluciones a los añejos problemas derivados de la falta de efectividad en los derechos prestacionales. Como jurista al frente de un trabajo jurídico, debo reconocer que la solución se incardina en el Derecho.

Para Max Weber el Estado tiene el monopolio de la fuerza. De donde se concluye la posibilidad de que haya obediencia a los mandatos (derivado de la coacción). Para Kelsen existe una identidad común entre Estado (cuadro coactivo) y Derecho (orden coactivo). Junto a la coacción como elemento esencial de la

norma jurídica, se debería, y es lo que postulo, considerar al bienestar como un elemento fundamental —entendido como finalidad de la norma y como un elemento de la política económica.<sup>16</sup>

Trato de amalgamar una fórmula que, reconozco, puede enfrentar oposición. El postulado es sencillo: dado que no hay Derecho sin Estado, y el Estado tiene como función garantizar los derechos prestacionales, de su cumplimiento se detona el bienestar de la población.

Por ello sostengo que el bienestar es consustancial al Estado. La Constitución, como lo señalo en la cita del epígrafe (tomada de Cooter) y parafraseándolo: debe buscar la prosperidad de su pueblo. Para ello, el diseño constitucional debe permitir asignar recursos de manera eficiente para la proveeduría de bienes públicos y privados. El diseño legal comprende tener mercados y un sector público competitivos.

Dicha pertenencia del bienestar al Estado no es caprichosa. Está enraizada en los principios y valores constitucionales que se construyen a partir de la igualdad y del discurso de los derechos humanos. Es consecuencia del tránsito del Estado liberal al social, a la búsqueda de igualdad material.

La organización jurídica que supone al Estado debe no sólo proveer de elementos que la sustenten, sino que debe proteger de manera efectiva los derechos de las personas y de los ciudadanos (bien se trate de derechos negativos o derechos positivos<sup>17</sup>).

---

<sup>16</sup> Un análisis de los elementos teóricos del Estado de Weber y Kelsen en “Fundamentos teóricos de la defensa de la constitución en un estado federal”, Schmill, Ulises. Cossío Díaz, José Ramón (comp.), *La defensa de la Constitución*, México, Fontamara, 2015, pp. 11-19.

<sup>17</sup> Un análisis detallado sobre esta dicotomía entre derechos positivos y negativos concluye en que todos los derechos son positivos, y que dicha dicotomía es engañosa, ya que su satisfacción requiere de un servicio público activo. Las llamadas libertades negativas presuponen un deber estatal y tal deber sólo merece ser tomado en serio cuando se destina parte del presupuesto tanto a satisfacerlo en

En consecuencia, el presupuesto público —surgido de los impuestos que el ciudadano paga— debe destinarse para garantizar que esos derechos y libertades sean efectivos.

Detrás de los derechos debe haber recursos públicos que los garanticen, junto con una disciplina en su gasto, que los posibilite en condiciones de igualdad material. Para ello analizaré algunas consideraciones de política fiscal que pueden ser de mucha utilidad en México para recaudar más y distribuir mejor (ISR progresivo, IVA generalizado, impuesto a las herencias).

Los derechos de la población no son efectivos si no hay un presupuesto público destinado a reconocerlos en la práctica. En la medida que el gasto público<sup>18</sup> sea disciplinado, y el gobierno más eficaz, habrá “mayor nivel de derechos”. Una actuación gubernamental, en ese sentido discreta, producirá incertidumbre respecto de qué derechos goza la población y con qué intensidad<sup>19</sup>.

El Estado de Derecho es, ante todo, una cuestión marcada por la cultura, en particular la cultura jurídica. Los operadores jurídicos, pues, desde quienes intervienen en la enseñanza del Derecho hasta quienes participan de manera cotidiana en la práctica profesional, tenemos un papel relevante y un reto esencial:

---

forma directa como a penar su incumplimiento. Véase: Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *El costo de los derechos*, México, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012.

<sup>18</sup> Un análisis novedoso desde la perspectiva fiscal sobre el gasto público, en su vertiente material y formal, vinculado con su naturaleza prestacional, lo presenta Juan Carlos De Obeso Orendain en su tesis doctoral *El Principio de Vinculación al Gasto Público a la Luz de los Derechos Humanos*. Universidad de Guadalajara, México, 2016. Véase en particular pp. 25-40. Del autor rescato esta frase: “[... ] que la riqueza recaudada por las distintas esferas de gobierno sea utilizada o aplicada a la satisfacción de las necesidades colectivas y sociales”.

<sup>19</sup> ¿Deberíamos los gobernados poder participar en las decisiones de gasto que se toman en la esfera administrativa más importante, como los son los ayuntamientos, respecto, por ejemplo, de los servicios públicos?

modificar nuestra percepción del fenómeno jurídico, buscando generar condiciones de igualdad material, potencializando la función del Derecho para crear mayor bienestar.

Los juristas, desde la dogmática jurídica desde la Ciencia Jurídica, debemos proveer de contenidos a los conceptos jurídicos, a los derechos humanos y a los derechos prestacionales establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales.

La academia jurídica no puede, solamente, contentarse con señalar que existen un conjunto de derechos humanos, sin comprometerse de manera activa, junto con las legislaturas y los tribunales constitucionales, a producir “instrucciones de uso”: para qué son y para qué sirven, qué posibilidades tienen, cómo pueden usarse para generar mejores condiciones de vida.

Aquí, de manera respetuosa pero enérgica, sostengo que la academia mexicana, la SCJN y los congresos (federal y locales) y los órganos jurisdiccionales de naturaleza administrativa han fallado. La reproducción de textos legales carentes de reflexión, son ya un lugar común.

Las librerías son una exhibición constante de ello. El repertorio jurisprudencial, también: muchas resoluciones judiciales, sustentadas en el formalismo (en oposición al pronunciamiento sobre aspectos relevantes del fondo de las cuestiones planteadas). Dichos procesos judiciales constituyen gastos y esfuerzos innecesarios; cuerpos normativos producidos en sede legislativa mal diseñados y, a veces, hasta con una clara intención de que no funcionen.

También sería significativamente importante que las personas ajenas a la profesión jurídica, inevitablemente sujetas al Derecho evolucionen la concepción que se han formado del fenómeno jurídico. Dicho cambio de pensamiento no ocurrirá por decreto sino cuando los “abogados” nos transformemos para servir de manera más humana a la sociedad. Los abogados estamos en deuda con la sociedad.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Que el dicho “pleitos tengas y entre abogados te veas” deje de tener sentido peyorativo.

El ciudadano debe estar consciente de que las normas más allá de la coerción, desde la Constitución hasta las de menor jerarquía, tienen una clara función social. La norma se debe cumplir por el bienestar que produce, en sí mismo considerado y no por el temor al castigo.

La noción que los juristas tenemos respecto de las funciones sociales de las normas —en atención a su interpretación y aplicación, en un espacio y tiempo determinados—, debe socializarse.

En efecto, si nuestro conocimiento y entendimiento de lo jurídico admite la función que tienen las normas en modificar las conductas de las personas, y que dichas normas pueden diseñarse y aplicarse pensando en el efecto que producirá si el destinatario asume tal o cual actitud, lograremos avanzar notablemente en términos de bienestar.<sup>21</sup>

Quienes trabajan con normas, al hacerlas o al aplicarlas, deben tener en mente los efectos que su aplicación tendrá sobre el bienestar. En esta tarea quedan comprendidos no sólo los legisladores y los jueces, aplicadores naturales de las normas, sino otros juristas que en cierta medida controlan la legalidad, como los notarios públicos<sup>22</sup>.

Asumir que el Derecho —sus manifestaciones normativas (Constitución, leyes, códigos, reglamentos, etc.) la regulación que, primordialmente, se desarrolla en la Administración Pública, la jurisprudencia y las operaciones interpretativas de esas normas— contienen un conjunto instrumentos para inducir cambios económicos, políticos, sociales y, en consecuencia, de mayor bienestar social, es inevitable a la luz de las profundas desigualdades que tenemos en México.

---

<sup>21</sup> De la misma manera, si nos ceñimos a la idea de que los jueces al producir una sentencia no crean nada nuevo, sino que repiten lo ya existente (una norma general aplicada a un caso), ese proceso se dificultará.

<sup>22</sup> Y los servidores públicos en el seno de las administraciones públicas del orden federal, estatal y municipal, así como quienes forman parte de órganos reguladores (competencia económica, telecomunicaciones, servicios financieros, consumidores, etc.).

La fotografía del país, que hoy retrata una profunda desigualdad social, puede desdibujarse si se sientan bases que permitan a los habitantes tener el llamado “mínimo vital” que les facilite el desarrollo de sus capacidades como personas y con ello lograr una sociedad más igualitaria que conduzca a un modelo social de mayor bienestar.

Las profundas desigualdades sociales originadas, entre otras, por la mala calidad de la educación pública y privada, insuficiencia de servicios de salud, deficiencias en la planeación y asignación de recursos públicos, falta de transparencia y de vehículos efectivos de participación ciudadana (la desigualdad económica produce desigualdad política), la ausencia de políticas públicas de largo alcance, así como por la no adscripción al Derecho de mayores funciones correctivas, han fortalecido una estructura social piramidal (gran brecha) en la que sólo pocos ciudadanos (los de la cúspide<sup>23</sup>) tienen acceso a bienes privados y públicos y de muy buena calidad (educación, salud<sup>24</sup>, infraestructura urbana, etc.) mientras que los de la base no pueden, a pesar de la igualdad formal de todos ante la ley, acceder a mayores oportunidades.

---

<sup>23</sup> Debemos tener claro que, en una sociedad, ni siquiera el más autosuficiente no requiere del Estado o incluso del resto de la población para satisfacer su bienestar material. El derecho de propiedad de todos, de los pequeños y grandes terratenientes, es tutelado por la autoridad y respetado por la sociedad. El que más propiedades tiene, más necesita del Estado para protegerse de invasiones de terceros y todos los ciudadanos subsidian con impuestos dicha protección. ¿Se justifica, entonces, la concentración de grandes extensiones de bienes raíces en manos de unos pocos, habida cuenta que para proteger su derecho de propiedad se utilizan recursos públicos de los más? ¿O cada propietario al pagar su impuesto predial está pagando ese seguro a cargo del Estado?

<sup>24</sup> Hay hospitales privados que están tan equipados que serían dignos de un país primermundista. Pero en la puerta de la calle hay condiciones de pobreza que demuestran esas profundas brechas desiguales.

Se perpetúa una lastimera y lacerante violación a sus derechos, hoy contradictoriamente constitucionalizados con el rango de derechos humanos<sup>25</sup>. ¿Nos encontraremos, acaso, en presencia de “derechos imaginarios” para utilizar la expresión de Bentham?

Curiosamente, nuestro texto constitucional parece imaginar un tipo de país distinto. Tras la lectura de algunas de sus disposiciones, especialmente de las que contienen derechos a cargo del Estado, se concluiría que se está frente a una Constitución de algún país muy evolucionado socialmente.

En teoría, en el texto constitucional se da todo al ciudadano: igualdad, educación de calidad, medio ambiente sano, salud, servicios públicos, y así sucesivamente.

---

<sup>25</sup> Desde la filosofía política-económica, Amartya Sen hace un señalamiento profundo: “Es muy atractiva la idea de que cada persona, en cualquier lado del mundo y sin atención a su ciudadanía, residencia, raza, clase social, casta o comunidad, posee derechos básicos que otros deben respetar. El gran atractivo moral de los derechos humanos ha sido usado para una variedad de propósitos, desde resistir torturas, encarcelaciones arbitrarias, discriminación racial, hasta exigir un fin a la hambruna y a la negligencia médica alrededor del mundo. Al mismo tiempo, la idea básica de los derechos humanos, que toda persona posee por el solo hecho de ser humano, es vista por muchos críticos como irracional. Las preguntas que frecuentemente se hacen son: ¿existen esos derechos? ¿De dónde vienen?” Sen, Amartya, *The idea of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2009, p. 355. Al respecto, Sen sostiene que Jeremy Bentham dio una respuesta sorprendentemente simplista para negar la existencia de los derechos humanos: “Poderosamente armado con la pregunta y la comparación erróneas, Bentham echó a un lado los derechos humanos con una tersura admirable y una simplicidad sorprendente: ‘El derecho sustantivo, es el hijo de la Ley; de Leyes reales provienen derechos reales; pero de leyes imaginarias, de la ley de la naturaleza, sólo pueden venir’ argumentó Bentham, ‘derechos imaginarios’”. p. 361.

Entonces, ¿cómo explicar a los grupos más vulnerables<sup>26</sup> o a las generaciones más jóvenes que tras cien años de vigencia del texto constitucional de 1917, esos derechos no existen en la práctica? Se ha dicho<sup>27</sup>, y cuánto, —los juristas mexicanos estamos muy orgullosos de ello— que nuestra Carta Fundamental innovó ante el mundo<sup>28</sup> en el sentido de que fue la primera que

---

<sup>26</sup> Hay que poner énfasis en los efectos que la regulación debe tener sobre la población vulnerable. De acuerdo con Ben-Shanar y Carl Schneider, los pobres y los “*ill-educated*” generalmente tienen menores y peores opciones que los ricos y bien educados. Los primeros son quienes pagan tasas más altas de interés, acceso a productos inferiores y más riesgosos, peores seguros médicos, más riesgos y menos seguros, rara vez acceso a servicios profesionales, etc. *Cfr.* Ben-Shanar, Omri, et. al., *More than you wanted to know. The Failure of Mandate Disclosure*, Princeton University Press, New Jersey, USA, 2014, pp. 178 y ss.

<sup>27</sup> Como bien ha apuntado Constantino Mortati, refiriéndose a la Constitución alemana de la República de Weimar (1919) como la primera en su género, se da “el paso de las constituciones de tipo dieciochesco dirigidas casi a garantizar la esfera de autonomía del individuo, y aquellas decimonónicas, caracterizadas por el intervencionismo estatal a fin de ejecutar ideales de solidaridad y justicia”. *Cfr.* Mortati Constantino, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padua, CEDAM, 1979, Vol. II, p. 1135.

<sup>28</sup> De acuerdo con el profesor Diego Valadés, la Constitución francesa de 1848 incluyó diversas disposiciones de naturaleza social, pero fue derogada en 1852 por la Constitución Bonapartista. Es notable el texto del artículo 13 que garantizaba a los ciudadanos la libertad de trabajo y de industria, la enseñanza primaria gratuita, la educación profesional, el desarrollo de instituciones de previsión y crédito, la asistencia a menores abandonados, a minusválidos y a ancianos sin recursos, entre otras cosas. Véase: Valadés, Diego. *El bienestar social como responsabilidad del estado constitucional*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, número 19, enero-junio 2012.

incorporó “un catálogo de derechos sociales” (y se insiste en que lo hizo antes, incluso, que la de Weimar).

Sin embargo, de acuerdo con las fuentes consultadas para esta investigación, los constitucionalistas mexicanos (como José Ramón Cossío Díaz) son de la opinión de que en 1917 no se pensaba en puridad de derechos prestacionales<sup>29</sup>.

La idea en el año 17 era: el Estado daría derechos sociales, sí; pero no desembolsaría por ellos ni un solo centavo. Una graciosa concesión, sin erogación. El Estado cobraba impuestos, pero el gasto público no satisfacía aquella aparente pretensión de dar derechos sociales. Una grave inconsistencia, al menos ante los ojos de los ciudadanos menos favorecidos y en retrospectiva.

De acuerdo con los estudiosos del tema, el México del 17 aún peregrinaba dentro de una generación de derechos liberales (con reconocimiento en papel de derechos sociales) pero sin significado normativo para el gobierno, pues se trataba de “derechos programáticos”.

Es decir, el Estado era ciertamente apático de las necesidades sociales. No tenía que proveer de clínicas de salud si no quería. Bastaba con oponer el

---

<sup>29</sup> Cuando uso la expresión “derechos prestacionales” la empleo en los mismos términos que tiene la de “derechos de prestación” y que es la reconocida por la Real Academia de la Lengua Española; aunque la primera, ciertamente, tiene mucha difusión y es utilizada con mayor frecuencia por los operadores jurídicos relevantes. Al respecto, el 16 de junio de 2016, elevé a la Real Academia de la Lengua Española una consulta respecto de si la expresión “derechos prestacionales” era correcta o no. En su respuesta, recibida al día siguiente, a las 5:47 a.m. (hora de Mazatlán, Sinaloa, México) en mi correo electrónico, el Departamento de Español de la Real Academia Española dijo: “En relación con su consulta, le remitimos la siguiente información: Como derivado de prestación, el adjetivo prestacional está correctamente formado, mediante el sufijo *-al*, de gran productividad en el español de hoy, si bien es cierto que se trata de un término de reciente creación y es mayoritaria la preferencia por una expresión pluriverbal.”

argumento de la deficiencia presupuestaria, para librarse del reconocimiento material del derecho. Paralelamente, los incentivos para una mejor administración de lo público, eran cercanos a cero.<sup>30</sup>

Hasta antes de 2011 (año en que se promulgaron las reformas profundas de derechos humanos y que modificaron sustancialmente la percepción de la función de la Carta Magna) la jurisprudencia producida con las sentencias en sede de control constitucional convalida lo dicho: se obligaba exclusivamente a las autoridades a abstenerse de actuar en contra de los particulares (en un esquema de libertades, como la de comercio, imprenta, expresión, etc.); es decir, se protegía al individuo frente a invasiones de la autoridad en sus libertades, pero no se obligaba al Estado a prestar, a hacer, a proveer.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Esa forma de entender al Derecho permeó ineludiblemente en las aulas. Los profesores así explicaban los derechos, los estudiantes así aprendieron el funcionamiento del Estado de Derecho y, consecuentemente, se preservó ese *estatus quo* en el ejercicio cotidiano. La cultura arraigada de la apatía constitucional distanciada del bienestar y de la igualdad, empezó a sufrir, afortunadamente, grandes daños hacia 2011.

<sup>31</sup> De carácter excepcional, en la Octava Época del Semanario Judicial de la Federación, aparece publicada una muy relevante tesis de jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia laboral, que tuvo como origen un amparo en revisión (666/89). En ésta, María Auxilio Solórzano de Huerta, trabajadora al servicio, alegó que la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, violaba el derecho a la igualdad material, al establecer un trato desigual entre el varón trabajador y la mujer trabajadora. Según la parte considerativa de la tesis, “el esposo o concubinario de la mujer trabajadora sólo será derechohabiente si es mayor de cincuenta y cinco años o bien si se encuentra incapacitado física o psíquicamente y depende económicamente de la trabajadora, mientras que, para que la esposa o concubina del trabajador sea derechohabiente, es suficiente con que tenga el carácter de cónyuge o concubina”. Por ello, la SCJN estimó que “[e]ste trato desigual por

El abandono, en sede de interpretación constitucional, de esa visión programática —como se puede constatar recientemente con el derecho al agua y a la educación de calidad—, ha ido generando un nuevo tratamiento: los derechos prestacionales no son derechos programáticos, hay una obligación material.<sup>32</sup>

Parafraseando al doctor Cossío Díaz, una de las preguntas que los operadores jurídicos nos hemos hecho respecto a esa obsesión de la “juridificación del cambio”, es precisamente si las normas de carácter social comprendidas en la

---

razones de sexo o económicas que establece el precepto que se impugna, no tiene fundamento constitucional, máxime que el párrafo tercero del artículo 4o. de la propia Constitución establece que “toda persona tiene derecho a la protección de la salud.” Sin temor a equivocarme, este precedente es el primero que aborda, en sede constitucional, alguno de los problemas derivados de derecho fundamental a la igualdad entre personas de sexo diferentes. Esta tesis, en algún sector de la dogmática jurídica nacional es identificada como la tesis de “Don Carlos”, por haber sido el ministro Carlos de Silva Nava el ponente, se adelantó años (desde 1989) a la forma de concebirse, en general, el tema de los derechos fundamentales y, en particular, el derecho a la igualdad. Véase: Tesis LIII/89, Octava Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, Tomo III, Primera Parte, enero-junio de 1989, p. 201, de rubro “TRABAJADORAS AL SERVICIO DEL ESTADO. EL ARTICULO 5o., FRACCION V, PARRAFO SEXTO, DE LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO, VIOLA LA GARANTIA DE IGUALDAD.”

<sup>32</sup> Si en 1917, de manera más política que normativa, se incorporaron derechos sociales (como el de la educación, trabajo y reparto agrario) sobre los cuales el Estado no otorgaba materialmente prestación alguna, hoy la norma suprema es más jurídica que política. En aquel entonces, y durante casi cien años, el Estado no tenía que presupuestar, erogar recursos, ser eficiente en el gasto, etc. En 1917, el carácter político de esos derechos se justificó desde la óptica de concesiones a grupos “poderosos” para que no dañaran a otros *no tan poderosos*. Su previsión constitucional fungió más como un mecanismo de control político, que jurídico.

Constitución deben imponerle al Estado cargas y prestaciones, o deben ser concebidas en términos puramente programáticos<sup>33</sup>.

Y con Cossío coincidimos que el cambio es a veces tan profundo, casi revolucionario, que necesita más de una generación para establecerse. Es un proceso dinámico que utiliza los medios jurídicos para reformarse, e implica cambios normativos, ya sea en sus interpretaciones, o en los procesos de individualización de las normas.<sup>34</sup>

En el agregado colectivo, ello llevará implícito una adaptación cultural-jurídica no sólo por parte de los operadores jurídicos sino de la totalidad de la sociedad mexicana.

Este es el cambio de percepción del que he hablado, que implica un cambio de lo jurídico para, si se quiere, reconocer que el cambio se da a partir del reconocimiento del Derecho y que es con él y a partir de él que resolvemos lo que Cossío llama una “obsesión por el cambio”<sup>35</sup>.

La reciente evolución constitucional, detonada en 2011, en materia de derechos humanos ha ido despojándose, en beneficio de los mexicanos, del carácter “exclusivamente político” de la norma fundamental, para transitar tersamente a una constitución más normativa (aunque los políticos que lograron ese cambio no estén conscientes de ello): sus previsiones vinculan al Estado en su conjunto<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Cossío Díaz, José Ramón. Cambio Social y Cambio Jurídico. Miguel Ángel Porrúa, México, 2008, pp. 206-207.

<sup>34</sup> Cossío Díaz, José Ramón. Cambio Social y Cambio Jurídico. Miguel Ángel Porrúa, México, 2008, pp. 213-214.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pp. 204-212.

<sup>36</sup> La ruptura más relevante de la reforma está constituida por el paso nominal y filosófico de la categoría decimonónica "garantías individuales" a "derechos humanos", así como su cambio normativo en la nueva redacción del artículo primero constitucional. Véase: Cossío Díaz, José Ramón, Mejía Garza, Raúl, Rojas Zamudio, Laura. *El Caso Radilla*. Editorial Porrúa, México, 2013, p. 3.

Ahora, todos los ciudadanos son acreedores de un conjunto indeterminado de derechos humanos, tanto de fuente nacional como internacional —lo que ya de entrada plantea un gran reto de identificación, puesto que no existe un catálogo—, que por mandato de la Constitución deben interpretarse según lo señalado por el artículo 1º conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Al respecto, la reforma al amparo (junio de 2011) además de modificar sustancialmente algunos conceptos que se pensaban inmutables (autoridad responsable, interés jurídico, principio de relatividad de la sentencia), adoptó un modelo de control difuso<sup>37</sup> y concentrado de la constitucionalidad, lo que en el caso

---

<sup>37</sup> “(..) actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control constitucional en el orden jurídico mexicano que son acordes con el modelo de control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos. 1. El control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control. 2. El del resto de los Jueces del país en vía de desaplicación al resolver los procesos ordinarios en los que son competentes (difuso). Ambos determinan el alcance y forma de conducción de los juzgadores en el ejercicio de dichos controles constitucionales, pues al ser de naturaleza diversa las vías para materializarse, también lo serán sus principios y efectos. Así, tratándose del control concentrado que reside en los órganos del Poder Judicial de la Federación con las vías directas de control —acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto—, la pretensión elevada ante sus juzgadores es eminentemente constitucional, pues la finalidad de dichos procedimientos estriba en dilucidar si, conforme al planteamiento jurídico que le es propuesto, la actuación de una autoridad o el contenido de un precepto se ajusta o no con las disposiciones que consagra la Carta Magna, en aras de la preservación del principio de supremacía constitucional. En cambio, el control que ejercen el resto de los Jueces del país en los procesos ordinarios se constriñe a dilucidar el conflicto con base en los hechos, argumentaciones, pruebas y alegatos de las partes, dando cumplimiento a las garantías de audiencia, legalidad, debido proceso y acceso a la

del control difuso “echa leña al fuego” de la discusión sobre si pueden, los juzgadores, hacer ese tipo de operaciones jurídicas pues, algunos dicen, implica sustituirse en el legislador<sup>38</sup>.

---

impartición de justicia. Es ahí donde el juzgador ordinario, al aplicar la norma, realiza el contraste entre la disposición regulatoria y los derechos humanos que reconoce el orden jurídico nacional, por lo cual dicha reflexión no forma parte de la disputa entre las partes contendientes, sino que surge y obedece a la obligación que impone el control de constitucionalidad y de convencionalidad que consagra el artículo 1o. de la Carta Magna. Esto es así, porque los mandatos contenidos en el citado artículo deben entenderse en armonía con el diverso 133 constitucional para determinar el marco dentro del cual debe realizarse dicho cometido, que resulta esencialmente diferente al control concentrado que tradicionalmente operó en nuestro sistema jurídico, y explica que en las vías indirectas de control, la pretensión o litis no puede consistir en aspectos de constitucionalidad, pues ello sería tanto como equiparar los procedimientos ordinarios que buscan impartir justicia entre los contendientes, a los diversos que fueron creados por el Poder Constituyente y el Poder Revisor de la Constitución con el propósito fundamental de resguardar el citado principio de supremacía constitucional.” (Tesis I.7o.A.8 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XII, Tomo 3, septiembre de 2012, p. 1679, rubro: “CONTROL CONCENTRADO Y CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIÓN. SUS DIFERENCIAS Y FINALIDAD DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO.”

<sup>38</sup> En una conferencia impartida por el señor ministro José Ramón Cossío Díaz, difundida en el *Canal Judicial*, mencionó que ahora en las sentencias de la Corte, la Justicia de la Unión no sólo se ampara y protege, sino que también se “prescribe medicamentos”, para aludir precisamente a esta función de concreción de las prestaciones constitucionales, particularmente en lo que al derecho prestacional a la salud se refiere.

Ya no se trata sólo de anular una ley o un acto de autoridad, sino de afectar el presupuesto al obligar al Estado a satisfacer una prestación en favor de las personas<sup>39</sup>.

En el escenario constitucional vigente ya no es posible, por tanto, hablar de normas programáticas. Se marca así el fin de lo imaginario, de la poesía constitucional. Queda claro también que los jueces pueden, y deben, proteger de la manera más amplia a las personas, y reconocerles sus derechos.<sup>40</sup>

La creciente desigualdad y, como dice Raúl Mejía Garza, la “dificultad para alcanzar estándares mínimos en el cumplimiento de promesas de igualdad material y desarrollo económico para el grueso de la población” se complica aún más “en un entorno constitucional de competencias que se comparten entre la federación y los estados”, algunas de manera exclusiva o reservada para algunos de dichos órdenes.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Las decisiones por antonomasia del poder, dice Diego Valadés, son las que guardan relación con la captación, manejo y destino de fondos públicos y con las medidas adoptadas para distribuir la renta nacional conforme a criterios de equidad. Valadés, Diego. El bienestar social como responsabilidad del Estado constitucional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, número 19, enero-junio 2012.

<sup>40</sup> Además, por si se necesitara, habría un acceso a la justicia (colectivo, desde 2010) que tiene todos los beneficios posibles para los justiciables: gratuito, rápido, exento de trabas, con posibilidad de tener sentencias con efectos colectivos o generales (*erga omnes* y *ultra partes*), con medios de control constitucional para evitar invasión de esferas, de poderes, de materias, etc., todo sobre el principio eje de la supremacía constitucional.

<sup>41</sup> Para lograr la satisfacción de derechos prestacionales, el Estado mexicano ha pretendido cumplir con dichas exigencias “modificando la distribución de competencias, cuya rectoría normativa asume la federación, mediante la centralización de facultades, como si el mero cambio de asignación de facultades proveyera una solución inmediata”. Mejía Garza, Raul. ¿Y ahora qué? México ante

Sin embargo, sigue presente la discusión, al menos académica, aunque con repercusiones en la judicatura, en torno a definir hasta dónde pueden los tribunales (constitucionales) satisfacer las demandas de exigibilidad por parte de los ciudadanos en lo concerniente a derechos prestacionales.

Se argumenta que, ese tipo de decisiones son materialmente legislativas y que las sentencias de los jueces suplirían lo que las leyes omitieron materializar. Incluso, vinculado con lo anterior, cabe preguntarse respecto a la idoneidad y capacidad (¿pueden y deben los jueces hacer *public policies*?) de creación de políticas públicas en sede de interpretación constitucional.

Precisamente, en lo que a las políticas públicas concierne, cada vez es más palmaria la confusión entre Derecho y presupuesto. El problema que con ello se avecina es de tipo político, por el impacto que las sentencias particulares sobre casos concretos tendrán sobre el presupuesto.

Si a un juez de distrito le parece razonable conceder un amparo dado que en el municipio del quejoso hace falta infraestructura de salud, ordenará a la administración pública construir y operar un centro de salud, y así sucesiva y transversalmente a lo largo de todo ese conjunto indefinido de derechos humanos de contenido prestacional.

Concomitantemente, por más que nuestra Constitución sea obsequiosa de prerrogativas, privilegios o derechos, si no existen recursos públicos suficientes y bien administrados, estos se convertirán en meras letras con buenos deseos. Detrás de un derecho hay un deber; para cumplir con ese deber se requiere estar posibilitado y la falta de dinero público niega esa posibilidad. Por ello, tenemos que poner más atención en la disciplina fiscal y en el gasto público.<sup>42</sup>

---

el 2018. *El desorden federativo. Un laberinto bien construido*. p. 73. Debate, México, 2018.

<sup>42</sup> En el mismo sentido Holmes y Sunstein, Véase: Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *El costo de los derechos*, México, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012, pp. 36 y 37, quienes dicen que “[e]n ausencia de una autoridad política que

La disciplina en el gasto público debe ser tal, que permita atender las demandas sociales en materia de derechos prestacionales. Requiere revisar el diseño de competencias constitucionales, pues la disciplina que se impone requiera de más orden y coordinación. El tránsito del Estado liberal al Estado prestacional necesita un andamiaje constitucional que lo soporte. Paralelamente, los ciudadanos y los empresarios deben asumir los roles asignados desde la Constitución, para acompañar al Estado. El respeto a la ley debe partir de la convicción de que los valores que contiene merecen su observancia espontánea.

Cabe decir que la experiencia comparada, en términos macroeconómicos, demuestra que no se requiere destinar grandes porciones del Producto Interno Bruto (PIB) para cumplir, por parte del Estado, el compromiso adquirido en el contrato social llamado Constitución.<sup>43</sup> Así, países como Sudáfrica y Brasil han

---

*esté dispuesta a intervenir y sea capaz de hacerlo, los derechos no pasar de ser una promesa hueca y, por el momento, no gravan ningún tesoro público”.*

<sup>43</sup> Stiglitz, Amartya Sen y Jean-Paul Fitoussi, recientemente (2010) demostraron en un estudio que la sola medición del producto nacional bruto no ofrece indicios suficientes para evaluar la calidad de vida de las personas. Véase, *Mismesuring our lives*, New York, New Press, 2010, p. 84 y ss.

destinado menos del 1% del PIB y han reducido la pobreza<sup>44</sup> y la desigualdad en 10 puntos.<sup>45</sup>

Como lo ha puesto de manifiesto Amartya Sen, es posible utilizar otros indicadores (diferentes al PIB) relativos a la calidad de vida, al bienestar y a la libertad:

“En efecto, el tipo de vida que las personas pueden llevar ha sido objeto de atención de los analistas sociales por años. Aunque el criterio económico, ya muy usado, reflejado en una masa de estadísticas eficaces, ha tendido a concentrarse, especialmente, en la mejora de objetos inanimados de conveniencia (por ejemplo, el ‘Gross National Product’ (GNP), que ha sido el objeto de una miríada de estudios económicos); dicha concentración podría ser justificada sólo a través del efecto de estos objetos sobre las vidas humanas. La elección de usar, en su defecto,

---

<sup>44</sup> A la luz de los derechos humanos, “a la pobreza se le vincula con una de las categorías protegidas por la dignidad humana, relativa a la condición socioeconómica de la persona en lo individual, por lo que su existencia, o permanencia, está prohibida [...] al constituirse como un obstáculo fáctico que anula o menoscaba los derechos y libertades de las personas”. (De Obeso Orendain, Juan Carlos. *El Principio de Vinculación al Gasto Público a la Luz de los Derechos Humanos*. Tesis doctoral. Universidad de Guadalajara, México, 2016, p. 986). Además, vale la pena revisar el “índice de rezago social” para 2015, del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval) en [http://www.coneval.org.mx/Medicion/Documents/Indice\\_Rezago\\_Social\\_2015/Nota\\_Rezago\\_Social\\_2015\\_vf.pdf](http://www.coneval.org.mx/Medicion/Documents/Indice_Rezago_Social_2015/Nota_Rezago_Social_2015_vf.pdf)

<sup>45</sup> Cfr. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2014*, p. 6, <http://ep00.epimg.net/descargables/2014/08/28/27a1511518e75cbab284890fe7d226da.pdf>.

indicadores de calidad de vida, bienestar y libertades, ha sido ampliamente reconocido (y efectivo)".<sup>46</sup>

Con ello puede que se abran nuevas discusiones y debates, pues si los jueces "distribuirán la riqueza nacional" con sus sentencias, sin tener en claro todo el panorama de las finanzas públicas, se puede poner en riesgo el bienestar colectivo, en lugar de generarlo.

Necesitamos una judicatura talentosa y responsable (jueces abiertos al conocimiento proveniente de otras ciencias y disciplinas); una división de poderes moderna y sensible; competencias constitucionales asignadas eficientemente (que permitan a los municipios y a los estados cumplir con las demandas de servicios públicos) y órganos del Estado que funcionen técnica y adecuadamente.

No propongo el establecimiento de un Estado paternalista, sino todo lo contrario. El gobierno debe propiciar, en un entorno de libertad-igualdad de las personas, el máximo desarrollo de las potencialidades individuales, cometido imposible si ellas no tienen el "mínimo vital".

Y esto me parece crucial: no hay Estado de Derecho sino se contribuye a que las personas conquisten el desarrollo de sus potencialidades como seres humanos. La libertad para optar entre "estilos de vida" y elegir, es un derecho fundamental en una democracia constitucional de derecho. Tenemos que ser claros en definir un propósito de nuestro Estado de Derecho. Y me parece que este es.

Estoy convencido de que el gobierno, en todos sus poderes y formas, debe ser un gobierno de excelencia, dirigido y conformado por los mejores talentos disponibles, capaces de generar servicios públicos (en tanto que destinados a satisfacer necesidades de carácter general) de la misma envergadura.

Lo que quiero asentar con determinación es que el inacabado proceso de evolución de nuestras instituciones jurídicas, de mano de la llamada Reforma del Estado, debe perseguir como finalidad prístina que toda persona y toda familia en

---

<sup>46</sup> Sen, Amartya, *The idea of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2009, p. 225.

México pueda satisfacer sus necesidades básicas y que sea el Estado quien garantice los mínimos vitales (junto con la empresa organizada).<sup>47</sup>

En la medida que se eliminen obstáculos para gozar con plenitud de las libertades en un entorno de igualdad, habrá mayor bienestar colectivo. Toda la sociedad se beneficia, en última instancia, de una igualdad de oportunidades para todos.

El bienestar individual tiene una influencia notable en el nivel de libertades personales. A pesar de que gran parte de las políticas económicas, siguiendo al premio Nobel J. Stiglitz, se han pensado para proteger al “1%” de la población que concentra el 99% de la riqueza, si ese 1% se ocupara de eliminar las brechas de desigualdad tan grandes y, por cierto, rampantes, el bienestar colectivo se incrementaría, incluso para ese privilegiado 1%.

En un régimen de derecho constitucional, con evidente corte social como el nuestro, llama la atención que quienes resuelven conflictos, litigios y trámites administrativos, lo hagan desde “lo alto”, como si a ellos no afectara lo resuelto<sup>48</sup>.

Y es que, parecería que el principio de relatividad según el cual los actos jurídicos (y las sentencias) sólo afectan o benefician a las partes (*res inter alios acta*) nos ha causado mucho daño, en términos de la apreciación global que los actos jurídicos causan en un Estado de Derecho.

---

<sup>47</sup> No se trata de que el Estado distribuya dinero a la población. Al contrario, estoy en contra de ello. El Estado debe tener un programa de acción nacional claro que posibilite a las personas a desarrollarse y contribuir al progreso nacional.

<sup>48</sup> Como ejemplo de la diversidad de manifestaciones que el Derecho tiene sobre el bienestar, he atestiguado desde 2015 que practico el notariado, al haber recibido del Estado de Sinaloa el *fiat* correspondiente, que en una actividad que en apariencia es mera formalidad, los notarios tenemos una función importante: controlamos la legalidad, y con ello, este nicho de la fe pública y sus manifestaciones en el trabajo cotidiano tiene repercusiones sobre el Estado de Derecho y el bienestar social.

Una decisión judicial en la que se discute si un contrato debe ser rescindido, aparentemente a nadie más que a las partes interesa. Una escritura pública en la que no se vigiló el respeto de la legalidad, como pueden ser los derechos de los consumidores en transacciones financieras o inmobiliarias, puede desencadenar consecuencias desastrosas para la economía nacional. Un expediente administrativo en el que se analiza si una empresa lleva a cabo prácticas desleales hacia el mercado y/o hacia los consumidores, no sólo constituye la razón para imponer una sanción, sino para preservar cierta calidad de vida.

Si los operadores jurídicos somos conscientes de lo anterior, las condiciones para que nuestro Estado de Derecho se fortalezca sustancialmente serán sólidas y el bienestar habrá de incrementarse, paulatina y constantemente.

Si quienes participan en la asignación de derechos tras un conflicto jurídico entienden que lo que ahí se decida también tendrá una implicación sobre todos los ajenos al litigio, incluso sobre quien decide, la construcción de un sistema jurídico que busque el bienestar general será una realidad.

Entonces sí, el Derecho será visto como un instrumento al servicio de la sociedad y no sólo como un mecanismo de control y sometimiento de los más poderosos sobre lo más vulnerables<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Como todos sabemos, según las reglas procesales en la mayoría de los juicios civiles o mercantiles, si una de las partes no se defiende adecuadamente (desde el punto de vista formal y con las reglas tradicionales) podría perder un derecho que le pertenece. Lo más grave es que lo perdería, absurdamente, en un tribunal que se supone, por mandato Constitucional, presta un servicio imparcial. De ahí que, en la práctica, se diga que el derecho no es de quien lo posee, sino de quien lo gana en los tribunales. Resultado: caos, desorden y asignación deficiente de recursos. Si bien este caso se refiere a uno hipotético de derechos individuales, se puede trasladar perfectamente a casos de derecho que abarcan a las colectividades o que son, por su naturaleza, difusos. De la misma manera, si la Constitución establece como derecho humano el de la protección y mejor cuidado de los intereses de los consumidores, la resolución (ya sea administrativa o judicial) de los conflictos, no

Hoy, amén de esta evolución hacia lo normativo del texto constitucional (y de su interpretación y aplicación en sede judicial), se irradian mayores efectos, no sólo para los procedimientos de control constitucional, sino hacia todo el ordenamiento jurídico y hacia todos los sujetos relacionados con él, ya sean en su carácter de autoridad o de particular (es decir, en un plano de prístina horizontalidad).

Como acontece cuando un notario público protocoliza un contrato de compraventa<sup>50</sup> de un inmueble destinado a casa habitación y debe cuidar que no se

---

puede estar ajena a la incorporación de principios y valores que, desde la Constitución, hagan posible que, en efecto, los consumidores gocen de mayor bienestar. Con una óptica anacrónica, parecería importar poco que, en sus contratos, los consumidores resulten engañados y no se les informe de manera clara y adecuada sobre los efectos jurídicos y materiales que la contratación tendrá sobre ellos.

<sup>50</sup> Para que el mercado inmobiliario o de bienes raíces opere de manera adecuada, es fundamental contar con un sistema registral confiable, pues la mera libertad contractual no produce eficiencia económica, salvo que exista alguna manera de asegurar el riesgo de que el eventual vendedor no sea el propietario. En un país con 32 leyes locales sobre el registro público de la propiedad, bien valdría la pena pensar no sólo en la homologación de su funcionamiento y sus principios, y en la interconexión, digitalización y servicio “*on line*”, sino en la homogenización de algunas reglas relativas a los notarios públicos.

incluyan cláusulas abusivas<sup>51</sup>, tanto del empresario como de la institución financiera que en su caso otorgue el crédito hipotecario.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> Las “cláusulas abusivas” son así calificadas por la ley, en nuestro caso la Federal del Consumidor. Sin embargo, en términos generales, una cláusula de ese tipo es aquella que viola los derechos de los consumidores. El efecto de dicha cláusula es el de una nulidad relativa: “se tienen por no puestas” reza la ley. La realidad es que, debido a la falta de fuerza de la propia ley, el consumidor sufre los efectos perniciosos de las cláusulas abusivas, pues eliminarlas del contrato, resulta un viacrucis. Por ejemplo, las cláusulas que imponen la necesidad de que el consumidor rechace un servicio adicional o conexo al principal, debe reputarse abusiva; de igual manera en las cláusulas de renovación automática de contratos de suministro, en los que el empresario prefiere diseñar la regla a su favor y de no recibir la cancelación del consumidor (que en ocasiones se evita que llegue), el contrato se renueva. Este fenómeno no sólo ha sido objeto de estudio de los abogados, sino de los economistas: es el caso de las “*automatic renewals*” y las cláusulas “*default*”, que benefician a quien las introduce en un contrato, típicamente de adhesión. *Cfr.*, Sunstein, Cass R. & Richard H. Thaler, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Estados Unidos de América, Yale University Press, 2008, p. 35. Por ello, en términos del Derecho de Bienestar, esas reglas por defecto deberían prever una solución que genere el mayor bienestar al consumidor atendiendo a lo que realmente quiere y necesita. La situación se torna más compleja si se piensa que tanto los productos como los financieros resultan igual o más complejos: v.g. las tarjetas de crédito, cuyos esquemas de precio e interés no los entiende la generalidad de los usuarios, y sus costos implícitos muchas veces están escondidos. Respecto de los derechos de informar al usuario de servicios financieros. *Ibidem*. pp. 93-97.

<sup>52</sup> Como lo sostienen los profesores Holmes y Sunstein, únicamente el Estado es quien puede crear un mercado “vibrante”, y en el caso de las leyes contra el fraude (engaños, en general) sus beneficios no pueden ser acaparados por unos cuantos, sino difuminarse ampliamente por toda la sociedad, pues se trata de un servicio

En materia de derechos del consumidor se hace muy evidente esa conexión vertical. Mientras que en la Constitución, por ejemplo, el derecho a la salud y al medio ambiente se otorgan sin más, es en la legislación del consumidor donde encuentran un amplio margen de desarrollo normativo, en medida que el legislador pretenda protegerlos y procurarlos en torno a los aspectos comerciales de las relaciones de consumo. Hay una relación, íntima, entre esos derechos y la calidad de vida de los consumidores<sup>53</sup>.

Válidamente alguien podría argumentar que lo que pretendo es ilógico puesto que, en sede de consumidores, el sujeto pasivo de los derechos no es el Estado sino los empresarios. Y tendría, aparentemente, razón.

El punto fino reside en que los empresarios únicamente darán a sus consumidores el nivel (en calidad y cantidad) de derechos que el Estado les exija. Si la clase conformada por los consumidores no tienen la capacidad de ser escuchados, el Estado no exigirá mucho.

Si el Estado (a través de sus normas, regulación y aplicación normativa) no hace esa conexión fundamental entre Constitución y derechos, los empresarios no tienen incentivos para hacerlo espontáneamente.

En palabras de Sunstein y Holmes, “los mercados tienen la necesidad del gobierno”, y el gobierno “tiene que regular el sector bancario y los mercados para impedir los planes fraudulentos y asegurar un flujo constante de crédito hacia los negocios y no hacia los compinches. Es igualmente crucial la imposición de la ley en defensa de la competencia”<sup>54</sup>.

---

público, provisto en forma colectiva para reducir costos transaccionales y favorecer los intercambios libres, lo que no existiría si la regla prevaleciente fuera aquella de “comprador, cuidado” (*caveat emptor*). *Ibidem*, p. 96

<sup>53</sup> ¿Cómo se comunica la Norma Suprema con la Ley Federal? ¿El operador jurídico entiende dicha conexión? ¿La resolución administrativa casa con la Ley Suprema?

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 97.

Sin embargo, si el Estado no juega, tampoco puede permanecer inmóvil. Sus obligaciones frente al derecho (a la salud, *verbi gracia*) del consumidor, se despliegan en otro nivel y ámbito.

Si la Constitución nos otorga el derecho a la salud, en sede de tutela del consumidor deben desarrollarse normas (sede legislativa), programas y políticas (sede ejecutiva) y emitirse resoluciones (sede judicial) que protejan ampliamente el derecho a la salud del consumidor.

La regulación<sup>55</sup> (con el gasto en supervisión que implica) para desincentivar el consumo del tabaco, es un claro desarrollo de esta manera horizontal de entender el derecho a la salud<sup>56</sup>.

De la misma manera, si la Constitución está interesada en que los ciudadanos tengan derecho a la vivienda digna, una de las maneras en que dichos ciudadanos lo pueden materializar es convirtiéndose en consumidores y comprando un inmueble. Y en este acto jurídico debe entenderse una manera horizontal de extender, maximizar y potencializar los derechos.

Si los operadores jurídicos, como los jueces, son ajenos al principio pro colectividad, del que pueden llegar a formar parte (sobre todo si se trata de derechos

---

<sup>55</sup> La regulación genera costos idealmente menores que los que se producen de no existir la regulación. Con el paso del tiempo, la regulación debe revisarse *ex post*, y analizar si los beneficios esperados se produjeron y en qué medida, para considerar cambios regulatorios.

<sup>56</sup> Uno de los aspectos más preciados es poder prolongar los años de vida de las personas (como lo dice el premio Nobel, Angus Deaton). La desigualdad ha provocado que muchas personas, a pesar de que hubo información confiable en un momento determinado, no hayan dejado de fumar. Sólo los más informados, los más educados, los profesionales, dejaron paulatinamente de hacerlo. Por eso dice Deaton que, incluso los avances en salud generan inequidad; de la misma manera que avances en progreso genera desigualdad en estilos de vida. *Vid.* Deaton, Angus. *The Great Escape. Health, Wealth, and the origins of inequality*, Princeton University Press, 2013, pp. 5 y ss.

e intereses difusos; incluso, ante los derechos colectivos en sentido estricto, el producto de la actividad judicial generará incentivos o desincentivos que afectarán al propio juzgador en el futuro), sus sentencias se resolverán como el caso hipotético de la rescisión de un contrato, haciendo de la herramienta de acceso a la justicia un deseo más del legislador: otra aspiración truncada de los habitantes de este país.

Por ello, postulo la existencia de las “disciplinas jurídicas del bienestar”, como un conjunto de normas sustantivas, apoyadas por normas adjetivas, orientadas hacia el bienestar. Para lograr esa meta es preciso reformular lo que se hace desde las políticas públicas y la regulación en torno a la búsqueda del bienestar de los ciudadanos y, particularmente, de quienes en las relaciones de consumo (de bienes y servicios) destinan parte considerable de su patrimonio —en su más amplia connotación.

Dicha regulación no debe perder de vista algunos factores que pueden entorpecer su propósito. Por un lado, las inercias y deficiencias burocráticas que no han logrado adaptarse al dinamismo de la economía de mercado, en el que las decisiones de consumo se toman en contextos de profunda asimetría<sup>57</sup> informativa y no con base en buena —adecuada, clara— información. La regulación puede coadyuvar de manera notable a que tal asimetría se minimice<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Recordemos que, en relación con el tema de la información asimétrica, ha habido investigaciones merecedoras de sendos premios Nobel. Al respecto, señalo la que tuvo que ver con dicha asimetría del comportamiento económico (que le valió a George Akerlof el Premio Nobel en 2001). En México, hasta donde tengo conocimiento, he sido el primer jurista en desarrollar la teoría de la protección al consumidor sobre la base de la asimetría informativa. *Cfr.* García Sais, Fernando. *Derecho de los Consumidores a la Información. Una aproximación a la publicidad engañosa en México*, Editorial Porrúa-ITAM, 2007.

<sup>58</sup> No paso por alto que en algunas ocasiones la regulación *no* conduce al bienestar. Los economistas George Akerlof y Robert Shiller, ejemplifican tal situación en el caso de las normas relativas a seguridad, efectividad y prescripciones de

Lo que sucede es que hoy se ha derrumbado el *adagio* de que los consumidores somos racionales en términos económicos. Hoy se postula desde la Economía que las decisiones que toma el consumidor no siempre están orientadas a la maximización de la utilidad ni a la consecución del bienestar —aunque el consumidor en lo individual piense lo contrario<sup>59</sup>.

Hoy nadie nos tildará de locos si asumimos como tesis que los consumidores no son racionales. Si lo fuésemos, no habría tensiones ni conflictos derivados de las relaciones de consumo; no se gastarían millones de pesos en infinidad de productos que, luego de un breve uso, se revelan innecesarios.

En fatal consecuencia, lo paradójico es que esas adquisiciones, lejos de ser útiles, ¡comienzan a producir niveles descendientes de bienestar! Una verdadera paradoja: ¡consumimos y gastamos dinero para sentirnos peor!

Como quisimos competir con el vecino que acaba de estrenar un automóvil de lujo, nuestras finanzas andan por la calle, firmamos créditos hipotecarios y de todo tipo, sin considerar (muchas veces porque no la tenemos) *toda* la información necesaria para anticiparnos a sus consecuencias sobre nuestro bienestar<sup>60</sup>.

Los más fuertes en el mercado, aquellos que pueden abusar de su posición de dominio, imponen todo tipo de condiciones, manipulan al consumidor hacia la

---

medicamentos que hicieron de la industria farmacéutica de Estados Unidos un patio de juego para manipuladores, cuyos engaños se dieron en dos etapas: primero para obtener la aprobación de la autoridad (*Food and Drug Administration*, FDA) y luego durante la etapa de comercialización. *Cfr.* Akerlof, George y Shiller, Robert. *La economía de la manipulación*. Paidós Empresa, México, 2016, p.199.

<sup>59</sup> En efecto, la realidad demuestra que “los productores han sido igualmente imaginativos para hacernos sentir que necesitamos lo que se produce, como lo han sido para cubrir las necesidades que realmente tenemos” *Cfr.* Akerlof, George y Shiller, Robert. *La economía de la manipulación*. Paidós Empresa, México, 2016, pp. 24 y 25.

<sup>60</sup> Incluso, ni siquiera el consumidor cuestiona la imposición del servicio notarial, cuando dicha elección no deber ser impuesta por ninguna de las partes.

toma de decisiones que menos le favorece, y éste, sencillamente, carece de la capacidad individual u organizacional de frenar los abusos.

Aquella verdad indiscutible que en 1776 proclamara el padre de la ciencia económica, Adam Smith, en su célebre *La riqueza de las naciones* —los mercados, como guiados por una mano invisible, y cada persona, persiguiendo su propio interés también promueve el interés general—, parecería hoy derrumbarse.

Como veremos lo largo de esta investigación, las reglas del libre mercado implican no sólo la libertad de elección, sino que también, desde la otra cara de la moneda, la libertad de engaño.<sup>61</sup>

La política pública debe ser, pues, más amplia e inteligente al propiciar ciertos efectos en las relaciones contractuales, en las relaciones entre empresas y consumidores y en general de los ciudadanos frente al Estado.

Si queremos acceder, cualitativamente, a satisfactores de necesidades, no sólo basta proponérselos, es necesario que todo el entorno (normativo, social, político) esté dispuesto a lograrlo. Pero, lo primero que debe cambiar, insisto, es la manera de concebir el Derecho por parte de quienes operamos con él de manera cotidiana, e incluso de los destinatarios de sus normas.

Para los destinatarios de las normas hay cuestiones que, a pesar de ser evidentes, no ven. En materia de consumidores, el Estado debe procurar que lo incuestionable sea evidente. Los riesgos derivados de un producto defectuoso son conocidos por quien los pone a circular en el mercado. El Derecho debe obligarlo a informar de manera clara y adecuada sobre tales riesgos<sup>62</sup>.

Es indiscutible que un vehículo desprovisto de ciertas medidas de seguridad (como lo son las bolsas de aire) en caso de impactarse contra un muro de

---

<sup>61</sup> Cfr. Akerlof, George y Shiller, Robert. *La economía de la manipulación*. Paidós Empresa, México, 2016, pp. 43-44.

<sup>62</sup> Los defectos en los productos que son aptos para producir daños indemnizables son de tres tipos: de diseño, de manufactura y de información. Véase Solé i Feliu, Josep. *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 97 y ss.

contención puede provocar la muerte de sus ocupantes. A pesar de lo evidente, el Derecho debe buscar que los consumidores recuerden y valoren los riesgos para proteger su vida, su salud, su integridad y bienestar. Ese resultado se alcanza a través de la regulación<sup>63</sup> y a través de las decisiones de los aplicadores de las normas<sup>64</sup>.

El propósito que persigo al escribir este trabajo de titulación en el Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México es colaborar con la identificación, introducción, si se quiere, de algunos elementos que permitan sensibilizarnos en la búsqueda de igualdad de los mexicanos, todos, ante la ley.

No obstante, dado que este trabajo surge de la academia jurídica, es cierto que tiene la pretensión de hacerse de destinatarios más concretos: los abogados, que, en posesión de algunos monopolios de la actividad pública, debemos responder con bonhomía ante la sociedad, y buscar que las resoluciones, sentencias y decisiones optimicen los derechos que alberga nuestra Constitución y nuestras leyes.

El cambio de modelo de pensamiento que me he propuesto desarrollar en este trabajo parte de esas ideas que deben permear desde la Constitución hasta la norma jurídica de nivel más bajo en nuestro ordenamiento; desde el acto de aplicación de una norma en la sede administrativa, judicial o privada hasta la sede constitucional de mayor jerarquía.

Si en la elaboración del lineamiento con menos rango normativo no se toma en cuenta que lo regulado son conductas humanas y, máxime, que éstas son

---

<sup>63</sup> Difícil pensar que es posible conseguir un proceso de notable desarrollo sin utilizar los mercados, pero eso no excluye el papel de la ayuda social, la legislación o la intervención del Estado cuando puedan enriquecer —en lugar de empobrecer— la vida humana. *Cfr.* Sen, Amartya, *Development as Freedom*, Alfred A. Knop Inc., New York, 1999, p. 7.

<sup>64</sup> La norma debe hacer oneroso a quien introduce al mercado productos que faltan a la seguridad legítimamente esperada, dado el estado de la ciencia y de la tecnología.

totalmente manejables desde la norma —pues ese es el objeto de las normas—, dicho lineamiento está destinado a generar infra-bienestar.

La respuesta del ser humano ante los incentivos y desincentivos de las normas no debe ser tomada como cosa menor, tampoco el resto de aspectos que rodean la asunción de determinada pauta de acción-omisión frente a la norma. Los gustos, el divertimento, la imitación, son —entre otros— elementos a considerar en la elaboración de regulaciones económicas<sup>65</sup>.

Para ello, los desarrollos de la economía del comportamiento (*behavioral economics*) son fundamentales, puesto que se ha demostrado que tomamos decisiones con base en muchos factores y que el cerebro humano puede ser guiado, que no manipulado, hacia determinados resultados.

Toda la regulación económica debe partir de la base de maximizar la utilidad y minimizar costos. No se trata sólo de demostrar que tras un examen preliminar de costo-beneficio, los beneficios superan a los costos. Debemos dar un paso más: maximizar esos beneficios y disminuir los costos.

Las implicaciones que los avances en el campo de la economía del comportamiento tienen sobre el bienestar de las personas son dignas de considerarse entre nosotros, pues sus alcances no se restringen al ámbito de la producción normativa en sede legislativa, sino también en sede judicial, pues al fin y al cabo las sentencias son normas que resultan nuevas al individualizar la norma general.

Asevero que muchos de los avances que por la vía legislativa no se llevan a cabo, se deben a la falta de visión general derivada de la ausencia de herramientas analíticas.

---

<sup>65</sup> Muchas veces, las cláusulas a favor de los intereses de los regulados se encuentran camufladas, y ni los abogados más experimentados logran detectarlas con facilidad. Sobre la acción del *lobby* y el dinero en la regulación, sigo de cerca las aportaciones de Akerlof, George y Shiller, Robert. *Vid. La economía de la manipulación*. Paidós Empresa, México, 2016, p.171 y ss.

Los políticos, por un lado, creen que la gente no valoraría una regulación más inteligente y, por el otro, piensan que los buenos efectos se darían en el largo plazo (imaginemos una regulación sobre el calentamiento global) y no se beneficiarían, políticamente hablando, en el corto.

Además, las estructuras de poder en los partidos políticos hacen que los legisladores, aun cuando estén conscientes de que la postura de su partido es errónea, decidan ceñirse a ella. La actitud contraria sería costosísima para sus carreras promisorias<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> Tuve la oportunidad de dialogar con un legislador local de la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México y le pregunté acerca de la posibilidad de regular el fenómeno callejero de las personas que limpian parabrisas en los semáforos. Mi preocupación estaba encaminada hacia la protección de la seguridad, puesta en riesgo al poder ser atropellados por un vehículo. También mi interés giraba en torno a la libertad de las personas que se ven en la necesidad de interactuar con ellos (dialogar, hacer señas, rechazar o aceptar sus servicios), lo que genera costos (distracciones, accidentes). Además, le comenté que me inquietaba el mensaje que implícitamente se transmite hacia la sociedad, sobre todo con la llamada población vulnerable (niños) que, al ver ese fenómeno social como una normalidad, pudieran asimilar ese hecho como algo permitido, reproduciéndose así conductas que, estimo, son antisociales. Entra en colación, aquí, lo dicho en *Simpler* por Sunstein: “Si se nos pide que tomemos decisiones sobre todo aquello que nos afecta, se nos acabaría el tiempo. Por eso dice que debemos conservar “*our decision-making energy* (energía de toma de decisiones)”, que nuestras vidas serán más simples y más libres, porque podemos operar en contra de las decisiones tomadas por otros. Una “arquitectura de decisiones sensibles (*sensible choice architecture*)” garantiza que tomemos el número correcto de decisiones, que es una pequeña fracción de las decisiones que haríamos, en principio. *Cfr.* Sunstein, Cass R., *Simpler. The future of government*. Estados Unidos de América, Simon & Schuster, 2013, p. 202. Para mi sorpresa, su respuesta inmediata fue que “no le interesaba proponer ese tema en la agenda legislativa pues era altamente impopular tratar de quitarlos de las

En fin, es con los anteriores elementos que pretendo apuntalar lo que bien podría ser el inicio de un desarrollo más avanzado sobre el constitucionalismo contemporáneo y el bienestar.

Hacer un trabajo de investigación implica decidirse primero por la elección de un tema. La curiosidad, pues, resulta elemental; pero también la utilidad. Me parece que la elección del tema debe ir más allá de la consecución de un propósito intelectual.

Así, escoger un tema puede ser lo más baladí o lo más complicado, en función del propósito que cada uno persiga. El esfuerzo que los académicos dedicamos a investigar tiene una recompensa clara y consecuente: beneficio al lector y a la comunidad. Deseo que esta sencilla investigación, que he tratado de realizar acudiendo a las mejores y más autorizadas fuentes, resulte útil más allá de la mera satisfacción de mis deseos y necesidades personales. Dicho sea de paso, he disfrutado enormemente el proceso.

Respecto al método de investigación elegido, quiero explicar que he tratado de orientar el trabajo partiendo del derecho positivo mexicano, no como objeto, sino como pretexto de análisis. He tratado de evitar, en la medida de lo posible, la cita de artículos, y decantarme por los principios (desde un nivel meta-normativo). No se trata ni de un trabajo de filosofía ni de Teoría del Derecho (no porque ellos carezcan de interés para el autor), sino por el alto grado de pragmatismo que —pienso— lleva este trabajo.

Asimismo, al decidir partir de principios y conceptos indiscutidos y generalizados, me fue posible evitar y evadir la cita textual generalizada de artículos.

Mi trabajo con normas no busca interpretar sus vértices para encontrar “su verdadero significado”, tampoco para atribuírselo. Trabajo con el sentido común y, primordialmente, con la jurisprudencia. Dado que en la doctrina —sobre todo nacional— no existe un sólo trabajo con el método y objeto que persigo, he optado por acudir a fuentes de otras disciplinas (como la Economía), que por sus avances

---

calles”. Seguramente, si ese diputado tuviese alguna idea de los incentivos implícitos en las regulaciones, hubiera pensado dos veces su respuesta.

dotan de nuevos elementos hermenéuticos al jurista, en cualquiera de las sedes de aplicación e interpretación, para coadyuvar en la toma de decisiones que propicien el bienestar social.

Agradezco a mi esposa, María del Carmen Hernández Herrera, a mis hijos, Loreta y Ferran; a mi madre, Socorro Sais Castelló, a mi padre, el Dr. José Manuel García Habif (*in memoriam*); a mis hermanos, José Manuel (*in memoriam*), Enrique y Alejandra, por el apoyo invaluable, por sus consejos y su cariño.

Desde mis inicios como estudiante, la pasión por el Derecho ha sido mi brújula. Tuve la oportunidad de estudiar en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) junto a grandes maestros, de quienes recibí influencia. Mucho de lo que he aprendido se lo debo a ellos, y mis esfuerzos por aportar nuevos elementos que enriquezcan nuestra labor está dedicado a ellos. En algunos casos, he sido favorecido con sus consejos y su amistad.

Quiero señalar, del Departamento de Derecho, a los doctores José Ramón Cossío Díaz, profesor de Derecho Constitucional; José Roldán Xopa, profesor de Derecho Administrativo; Don Ulises Schmill Ordóñez y Don Carlos de Silva Nava. El apoyo que he recibido del doctor Jorge Cerdio Herrán, también ha sido invaluable.

Del Departamento de Economía, destaco el constante e invaluable apoyo de mi primo, profesor y guía, el doctor Pedro Aspe Armella. Asimismo, agradezco al economista, doctor Enrique Seira Bejarano, quien tuvo una notable influencia en mi trabajo desde que, en una visita a Mazatlán en compañía de su adorable esposa Laura Lombardi, me obsequió un ejemplar de *Nudge*. Conocía, pues, mi interés por el tema del mejor funcionamiento del mercado y del Derecho en favor de los consumidores y en favor de la mejor calidad de vida de las personas.

Muchos otros amigos abogados han ayudado, influido y convertido en fuente de inspiración, por mencionar algunos: Pablo Mijangos y González, Javier Mijangos y González y Renato Vega Carrillo.

Para la realización de mis estudios doctorales en la UNAM, fue fundamental el apoyo del doctor Héctor Fix Zamudio, de su hija Cristina, y de mis tutores de investigación doctoral, los doctores Diego Valadés de los Ríos, José Ramón Cossío Díaz y José Ovalle Favela, quienes además contribuyeron de manera constante a

mi felicidad personal al darme la oportunidad de aprenderles en cada junta de evaluación. El estímulo e invaluable apoyo que he recibido de todos y cada uno de ellos permitieron desarrollar con más claridad este trabajo. Su experiencia, tanto académica como profesional, es un baluarte encomiable al que todos podemos tener acceso gracias a la UNAM.

Agradezco a los colaboradores de la administración del Posgrado, particularmente a los maestros Karina Mendoza y Joel Mora por facilitarme en todo momento el desarrollo de mis actividades. La distancia geográfica nunca fue una limitante. Finalmente, de la UNAM, agradezco al doctor Enrique Guadarrama López, con quien compartí retos en la Profeco, y quien me facilitó lineamientos editoriales para esta tesis.

A todos, muchas gracias. Seguiré su ejemplo, apoyaré a quien pueda.

Ser jurista es un camino largo y sinuoso. He sido testigo de ello con quienes han dirigido este trabajo para obtener el título de Doctor en Derecho. Con ustedes asumo el compromiso personal de continuar en este arduo proceso de formación, con la esperanza, última y feliz, de que le sea útil a las generaciones que nos vienen pisando los talones.

## Capítulo I. La Constitución como instrumento del bienestar

*“In assessing our lives, we have reason to be interested not only in the kind of lives we manage to lead, but also in the freedom that we actually have to choose between different styles and ways of living”.*

(Amartya Sen, *The Idea of Justice*).

### 1. Introducción

La Constitución, sabemos por las enseñanzas tradicionales de los clásicos —por llamarles de alguna manera—, es un documento que contiene dos partes: la dogmática y la orgánica. La primera contiene derechos para el pueblo y la segunda regula las relaciones del Estado hacia sus habitantes, organiza el ejercicio del poder público y determina el territorio.

Desde el punto de vista de la integración del orden jurídico, la Constitución sirve, además, de contenido para la producción normativa inferior<sup>67</sup>.

Para hacer efectivos los derechos de los ciudadanos, se requieren recursos públicos, un gasto presupuestario. Todo derecho prestacional previsto en la Constitución requiere de dinero. Dar derechos cuesta.

---

<sup>67</sup> Como sostiene Don Ulises Schmill, “sería un error considerar que la determinación del contenido de las normas inferiores que hace la Constitución sea únicamente en relación con las leyes, dado que la totalidad del orden jurídico integrado, entre otros, por las normas generales emitidas por el Ejecutivo (reglamentos) así como las normas emitidas por los órganos de la administración pública o por los poderes judiciales”. Véase: Schmill, Ulises, “Fundamentos teóricos de la defensa de la constitución en un estado federal”, en Cossío Díaz, José Ramón (comp.), *La defensa de la Constitución*, México, Fontamara, 2015, p. 28.

El ciudadano para eso paga impuestos y contribuye al gasto público. Sin dinero no hay derechos, ni Estado. Se produce una crisis (“hostilidad”, dicen Holmes y Sunstein) cuando el ciudadano paga y el Estado incumple. Las razones del incumplimiento pueden obedecer a diversos factores: mala planeación, mala ejecución, ausencia de política pública, corrupción, entre otras.

Aun en los derechos que contienen libertades negativas, *i.e.*, que postulan la no interferencia del Estado (como la libertad de expresión), todos requieren que el Estado tenga un presupuesto para reconocerlos y defenderlos (eficacia del derecho).

La propia existencia de los tribunales, pensada también para tutelar libertades negativas (libertad religiosa, de expresión, etc.), requiere un presupuesto (con todas las actividades financieras<sup>68</sup> que el Estado debe desarrollar y los tribunales vigilar).<sup>69</sup>

Insistir en que la parte dogmática contiene derechos que el Estado da graciosamente o, en otra versión, que se autoimpone límites ante ellos (libertades negativas), sin tomar en cuenta el elemento “gasto”, no conduce a nada. Si bien no hay equívoco en la apreciación, me parece que limitarse a describir la Constitución bajo esos términos poco sirve para entender su funcionamiento.

---

<sup>68</sup> No es extraña al Derecho la presencia de una racionalidad económica, sobre todo en un contexto en el que gran parte de los asuntos que llegan a los poderes judiciales son con un alto contenido económico o patrimonial, como dice el doctor José Roldán Xopa. Véase, Roldán, José, “La nueva organización del Poder Judicial de la Federación y la defensa de la Constitución”, en Cossío Díaz, José Ramón (comp.), *La defensa de la Constitución*, México, Fontamara, 2015, p. 134.

<sup>69</sup> Poner atención al tema de los costos de los derechos implica resolver una cantidad de cuestiones que tienen que ver con quién decide qué se gasta y cómo se gasta, al tiempo que revela: entre quien cobra impuestos y quien los paga, no debiera existir hostilidad. Véase, Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *El costo de los derechos*, México, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012, pp. 47-51.

Una visión estática de su texto, de mano de una abstracción de su finalidad y sus funciones, es estéril sobre todo en cuanto, y en tanto, a las vigentes circunstancias de grave desigualdad social.

Ante ello, los juristas debemos motivarnos para asignarle una finalidad vinculada con la calidad de vida de las personas, lo que se logra sumando libertades negativas con libertades positivas y, entre éstas, los derechos prestacionales. Tanto unas como otras cuestan recursos e implican decisiones económicas respecto de su asignación y gasto.

¿De qué hablamos cuando hablamos de calidad de vida? De bienestar y felicidad. La calidad de vida condiciona la consecución de bienestar. Sin bienestar no puede haber felicidad. La efectividad de los derechos prestacionales, junto con los derechos de carácter negativo (libertades), permiten dimensionar, medir y pesar, poner en la báscula de la realidad, los derechos que efectivamente se tienen. La Constitución debería leerse, también así.

Justamente en este terreno, son aplicables las aportaciones del premio Nobel de Economía, Amartya Sen, quien en su *Idea de la Justicia* sostiene que la felicidad es importante por varios factores, entre ellos por su vínculo con la noción de libertad<sup>70</sup>.

En efecto, hasta hoy en día, en todas las fuentes de la literatura constitucional existentes en las bibliotecas de México, no he encontrado *un* solo texto que se distancie de esa concepción tradicional que entiende que la Constitución está compuesta solamente de dos partes: orgánica y dogmática. La mejor exposición al respecto la encontramos con el ministro Ulises Schmill.<sup>71</sup>

Sin embargo, en lo que al bienestar como meta de la Constitución respecta, hay una ausencia generalizada en la literatura consultada. No es que no se haya

---

<sup>70</sup> Sen, Amartya, *The idea of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2009, p. 276.

<sup>71</sup> Schmill Ordóñez, Ulises. *El Sistema de la Constitución Mexicana*. Librería de Manuel Porrúa, S.A. México, 1971, pp. 109-113.

analizado el tema del bienestar, lo que no se ha hecho es vincularlo y adscribir al bienestar como finalidad de la Constitución.

El Derecho, estoy convencido, no puede permanecer ajeno a los efectos que la felicidad, o la frustración de la felicidad, produce sobre la calidad de vida de las personas y sobre el sistema social, económico y jurídico. Consecuencias de todo tipo se producen, indefectiblemente.<sup>72</sup>

Respecto de la conexión entre Derecho y Bienestar, hay dos precedentes jurisdiccionales (de los años 2007 y 2009) que, debo comentar, representan excepciones a ese tradicionalismo anacrónico:

La jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) creada tras resolver la Controversia constitucional 31/97<sup>73</sup> declara —aunque de manera apenas incipiente— al bienestar de la persona humana como objeto de tutela de los medios de control constitucional, manifestación trascendente para los propósitos de esta tesis.

El análisis sistemático del contenido de los preceptos de la CPEUM revela que, si bien las controversias constitucionales se instituyeron como un medio de defensa entre poderes y órganos de poder, entre sus fines incluye también, de manera relevante, el bienestar de la persona humana que se encuentra bajo el imperio de aquéllos.

También del Pleno de la SCJN, una tesis aislada en materia del derecho a la salud declara que el mismo se traduce en “la obtención de un determinado *bienestar*

---

<sup>72</sup> “La felicidad y la frustración se relacionan, respectivamente, con nuestros triunfos o nuestras derrotas a la hora de cumplir nuestros objetivos, sean cuales sean”. Sen, Amartya, *Ibidem*.

<sup>73</sup> Tesis 59, Apéndice 2000, Novena Época, Tomo I, p. 53, rubro: “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FINALIDAD DEL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN INCLUYE TAMBIÉN DE MANERA RELEVANTE EL BIENESTAR DE LA PERSONA HUMANA SUJETA AL IMPERIO DE LOS ENTES U ÓRGANOS DE PODER.”

*general* integrado por el *estado físico, mental, emocional y social* de la persona, del que deriva un derecho fundamental más, consistente en el *derecho a la integridad físico-psicológica*.<sup>74</sup>

Los derechos de origen constitucional<sup>75</sup> fundamentan un espacio de libertad para que las personas, a través del ejercicio de sus derechos, alcancen niveles equitativos de bienestar que les permitan desarrollarse, en condiciones más o menos homogéneas, donde los bienes públicos sean accesibles para todos, independientemente de la riqueza personal o del código postal donde se viva.

Una sociedad profundamente desigual (como la nuestra) no sólo atenta contra los derechos de quien está en la posición menos favorecida, sino también de quienes tienen interés en que ello no sea así.

Aunque no todos seamos conscientes de ello, no es conveniente mantener tal situación de desigualdad social.<sup>76</sup> La desigualdad cuesta a todos. El precio que nuestra sociedad paga por la creciente brecha entre ricos y pobres, se refleja en obstáculos para la sostenibilidad, como dice Stiglitz, de nuestras ciudades.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> Tesis P. LXVIII/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, diciembre de 2009, p. 6, rubro: “DERECHO A LA SALUD. NO SE LIMITA AL ASPECTO FÍSICO, SINO QUE SE TRADUCE EN LA OBTENCIÓN DE UN DETERMINADO BIENESTAR GENERAL.”

<sup>75</sup> Sin excluir a los previstos en las leyes, decretos, etc., etc.

<sup>76</sup> Un artículo periodístico del Nobel de Economía, Joseph E. Stiglitz, aborda este problema cuando analiza la situación de violencia que se vivió en Medellín en la década de los 80 y 90. “La fuente del poder de Escobar no fue sólo el lucrativo comercio internacional de la cocaína, sino también la desigualdad extrema en Medellín y en toda Colombia [...] Frente a la ausencia de servicios públicos, Escobar ganó los corazones de los más pobres [...]”. Véase “Luz de esperanza para las ciudades”, en Reforma, 12 de mayo de 2014, México.

<sup>77</sup> Siguiendo a Stiglitz, comparto su tesis de que “Si se trata a las personas con dignidad, ellas valorarán su entorno y se enorgullecerán de sus comunidades”. *Cfr.*,

La confianza en la sociedad y el gobierno<sup>78</sup> se pierde cuando los ciudadanos constatamos un empeoramiento en nuestros derechos colectivos y difusos (como acontece con la contaminación de un río, del aire, de los mares). Ahí inicia la hostilidad, la anomia y el quiebre del Estado de Derecho.

Por ello, y con razón, los magistrados de circuito aprobaron el contenido de una jurisprudencia que pone de manifiesto la eficacia, no sólo vertical, del derecho al medio ambiente y al bienestar derivado del mismo, sino también la eficacia horizontal, al sostener que se desarrolla en dos aspectos: 1) en un poder de exigencia y deber de respeto *erga omnes* en preservar la sustentabilidad del entorno ambiental, que implica la no afectación o lesión a éste (eficacia horizontal de los derechos fundamentales<sup>79</sup>); y 2) en la obligación correlativa de las autoridades de

---

Stiglitz, Joseph E. "Luz de esperanza para las ciudades", en Reforma, 12 de mayo de 2014, México.

<sup>78</sup> Como lo han estudiado a profundidad los profesores Akerlof y Shiller, "igual que los mercados funcionan, al menos tolerablemente bien en condiciones ideales, así le pasa la democracia". Pero los votantes están ocupados en sus propias vidas; es, por tanto, imposible para ellos dilucidar cuándo un político se desvía de sus verdaderos deseos en gran parte de lo que legisla. Y también porque somos humanos, somos proclives a votar por la persona que nos hace sentir más cómodos. A consecuencia de ello, la política es vulnerable al timo más simple: los políticos silenciosamente reúnen dinero de los intereses, y usan ese dinero para mostrarnos que son "sólo un tipo normal". Cfr. Akerlof, George y Shiller, Robert. *La economía de la manipulación*. Paidós Empresa, México, 2016, p. 29.

<sup>79</sup> En relación con el concepto de "derechos fundamentales", en sintonía con Rudolf Smend, podemos sostener que los derechos fundamentales vinculan a los operadores jurídicos, *id. est.*, legislativo, ejecutivo (administración pública) y judicial, así como a los individuos mismos (esto se refiere a la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, *Drittwirkung der grundrechte*), o a ninguno. Cfr. Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, CEC, 1985, p. 23. Por otro lado, coincido completamente con Hans Peter Schneider cuando dice "los

vigilancia, conservación y garantía de que sean atendidas las regulaciones pertinentes (eficacia vertical).<sup>80</sup>

Una reciente publicación da cuenta de la urgencia de contar con una ciudadanía más informada que pueda participar con un mínimo de igualdad. Al respecto, estudios recientes –como los de Thomas Piketty—, insisten en que para lograr contar con dichos atributos (información e igualdad) se debe trabajar en la modificación de las instituciones y no exclusivamente en cambios fiscales y, el autor en cita, alerta particularmente sobre los graves riesgos de la concentración de la riqueza.<sup>81</sup>

Rediseñar instituciones, jurídicas y organizacionales, es el reto en el corto plazo. Gran parte de las fallas de nuestro *rule of law* se deben al defecto de diseño en las instituciones, que algunas veces ciertamente parece fueron creadas para colapsar, para no funcionar, para generar privilegios, para ocultar la mala gestión pública.

---

derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural, el sentido de una vida estatal contenida en una Constitución. Desde el punto de vista político, esto significa una voluntad de integración material; desde el jurídico, la legitimación del orden positivo estatal y jurídico; son elementos del ordenamiento objetivo, esto es, normas jurídicas objetivas formando parte de un sistema axiológico, que aspira a tener validez como decisión jurídico-constitucional fundamental para todos los sectores del derecho". Véase, Schneider, Hans Peter, "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado democrático", Revista de Derecho Político, Madrid, CEC, núm. 7, 1979, (nueva época), p. 25.

<sup>80</sup> *Cfr.*, Tesis I.4o.A. J/2 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXV, Tomo 3, octubre de 2013, p. 1627, rubro: "DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO PARA EL DESARROLLO Y BIENESTAR. ASPECTOS EN QUE SE DESARROLLA."

<sup>81</sup> Piketty, Thomas. Capital en el Siglo XXI. The Bleknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts / London, England, 2014.

En lo que se refiere al bienestar en el campo de la actividad privada, para alejarme un poco del tema público, “los dueños del mercado” (la empresa), a través de su publicidad comercial y otras estrategias de manipulación de los consumidores, han dicho que el consumo de bienes y servicio —de satisfactores de “necesidades”— conducirá a la felicidad.<sup>82</sup> Por ello, podemos concluir, con los autores que sigo, que “el sistema de libre mercado explota nuestras debilidades automáticamente”.<sup>83</sup>

El consumo irracional, encarnado en el “Homero Simpson” en el libro Nudge, conduce a la degradación de los recursos naturales, al deterioro del medio ambiente, así como la puesta en riesgo del patrimonio, salud e integridad del consumidor.

Tales consecuencias adversas para el bienestar colectivo, parecen comenzar a ser tomados en cuenta por los hacedores de normas y políticas públicas, incluyendo a los juzgadores que, inspirados en los desarrollos de la economía del comportamiento, principalmente siguiendo las aportaciones de Cass Sunstein, y aplicando principios microeconómicos, quieren revertir tales desviaciones y secuelas. Los empresarios, está demostrado por la experiencia, lo hacen de manera rara o residual. La espontaneidad en el cumplimiento del deber es la excepción.

Es indudable la necesidad de transitar hacia un modelo más equilibrado entre Estado y mercado, definiendo de manera clara los roles que a cada uno le competen, basados en la aceptación de que los mercados no se autorregulan.

Los consumidores están gastando más y su salud cada vez es peor, lo que se traduce en pérdida de bienestar. Si a ello le agregamos la contaminación ambiental y el gasto para paliarla, así como los gastos de salud pública, se evidencia la necesidad de desarrollar una mejor estrategia.

---

<sup>82</sup> Debemos recordar que, como lo han ilustrado Akerlof y Shiller, “si tenemos alguna debilidad [...] en el equilibrio manipulativo alguien se aprovechará de ello [...] haciéndonos caer como incautos”. *Cfr.* Akerlof, George y Shiller, Robert. *La economía de la manipulación*. Paidós Empresa, México, 2016, p. 40.

<sup>83</sup> *Cfr.* Íbidem, p. 23.

Gran parte del consumo está destinado a satisfacer necesidades relativas, no absolutas. El consumidor está interesado en adquirir “bienes que [le] den posición social” —*posicionales*, como los bautizó el economista británico Fred Hirsch. Su valor es relativo porque depende de lo que consumen los demás. El problema es que la competencia por la posición social, por el *estatus*, es de suma cero: *lo que yo gano, tú pierdes*.

Entonces, las necesidades<sup>84</sup> empiezan a ser subjetivas, referenciadas a lo que consumen nuestros vecinos, amigos, compañeros de trabajo (considerando

---

<sup>84</sup> Según estudios recientes relacionados con la psicología de la persuasión, las personas (consumidores) somos sujetos de timo (“timables”, dicen los autores citados en la traducción castellana), porque deseamos corresponder regalos y favores, porque queremos ser amables con la gente que nos agrada, porque no queremos desobedecer a la autoridad, porque tendemos a seguir a otros al decidir cómo comportarnos, porque deseamos que nuestras decisiones sean consistentes internamente, y porque tenemos aversión a reconocer pérdidas. Cada uno de estos sesgos está asociado con “trucos comunes” de los vendedores. Esta referencia se puede ampliar en la obra de Robert Cialdini. *Cfr.* Akerlof, George y Shiller, Robert. *La economía de la manipulación*. Paidós Empresa, México, 2016, p. 46. Por eso, comulgo con la idea de que la persuasión que desde el mercado se haga, deber partir de la idea de inducir a mejores hábitos que potencialicen el bienestar y la calidad de vida (“Nudges”, en la terminología de Thaler y Sunstein). *Cfr.*, Sunstein, Cass R. & Richard H. Thaler, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Estados Unidos de América, Yale University Press, 2008.

que hoy en día pasamos muchas horas laborando, algunas de las cuales son de ocio<sup>85</sup> laboral<sup>86</sup>).

Para lograr el bienestar social no basta con que una norma lo declare. Es menester contar con un diseño constitucional<sup>87</sup> que lo avale. Y ello no sólo requiere que las decisiones públicas sean tomadas por quien la regla de la mayoría elija dentro de un adecuado sistema de división de poderes.

Es imprescindible que la Constitución, con sus normas, incentive que el poder público (en ocasiones de manera corresponsable con el privado) cumpla con la satisfacción de las necesidades públicas, el suministro de los bienes públicos que los habitantes del país desean.

Pero, al mismo tiempo, dichos actores deben propiciar que los habitantes del país tomen mejores decisiones, escojan mejor, cuiden su patrimonio y su salud; mientras que los oferentes de productos y servicios cumplan espontáneamente en

---

<sup>85</sup> Sobre el ocio, existe un movimiento en el Derecho que proclama el llamado “derecho al esparcimiento”, con base en el cual las personas tienen la opción de dedicar su tiempo libre a ciertas actividades que promuevan la salud y el bienestar. Véase, al respecto, Mora Donatto, Cecilia. “Derecho al esparcimiento”, *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego, UNAM-El Colegio Nacional, México, 2011, p. 297.

<sup>86</sup> En su opinión editorial en *El País*, “¿Por qué no trabajamos menos horas?”, Luis Garicano hace un espléndido análisis del problema del bienestar. Véase [http://economia.elpais.com/economia/2014/03/14/actualidad/1394798341\\_369013.html](http://economia.elpais.com/economia/2014/03/14/actualidad/1394798341_369013.html). Tal parecería que Keynes erró por completo al decir que las generaciones futuras se preocuparían de cómo usar su exceso de ocio. KEYNES, John Maynard *Economic Possibilities*, 1930, p.39, consultado el 15 de junio de 2016, <http://www.econ.yale.edu/smith/econ116a/keynes1.pdf>. Keynes decía que la semana de trabajo caería a 15 horas, y que los hombres y mujeres experimentarían una crisis nerviosa al verse privados por su riqueza de tareas.

<sup>87</sup> De donde derivan las demás leyes del ordenamiento jurídico, las instituciones públicas y la regulación del mercado.

cuidar que el consumo sea respetuoso con la naturaleza, con la economía de las personas, su salud y su seguridad. En la medida que ello acontezca, el bienestar y felicidad sociales se incrementarán.<sup>88</sup>

En sede de control constitucional, la SCJN generalmente resuelve conflictos relacionados con la asignación de derechos a las personas. En esos casos, la SCJN debe ponderar y balancear bienes y derechos. Ello es evidente en los asuntos en que, al impugnarse una ley o un acto de autoridad, se discute qué debe prevalecer: la contaminación ambiental, o la salud y la vida de la gente, por citar un ejemplo.

Es ilustrativa la tesis aislada de los Tribunales Colegiados de Circuito (TCC) que sostiene que:

“[l]a protección de un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar, así como la necesidad de proteger los recursos naturales y la preservación y restauración del equilibrio ecológico son principios fundamentales que buscó proteger el Constituyente y, si bien, éste no define de manera concreta y específica cómo es que ha de darse dicha protección, precisamente la definición de su contenido debe hacerse con base en una interpretación sistemática, coordinada y complementaria de los ordenamientos que tiendan a encontrar, desentrañar y promover los principios y valores fundamentales que inspiraron al Poder Reformador.”<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> Por ejemplo, si los desarrolladores inmobiliarios desean construir vivienda, el Estado debería acompañarlos en los esfuerzos de proveeduría de servicios públicos mínimos. El Estado se beneficia por partida doble: habrá más actividad económica (más impuestos) y los ciudadanos serán más felices (más productividad, menos delincuencia).

<sup>89</sup> Tesis I.4o.A.447 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXI, enero de 2005, p. 1799, rubro: “MEDIO AMBIENTE ADECUADO PARA EL DESARROLLO Y BIENESTAR. CONCEPTO, REGULACIÓN Y CONCRECIÓN DE ESA GARANTÍA.”

Así, los derechos constitucionales, aunque se entiendan como límites del Estado frente al gobernado, constituyen un espacio de libertad (lo que los economistas llaman “*protected permission*”) que busca que las personas desarrollen sus actividades, tomen decisiones, participen de las reglas de la democracia, se expresen, se informen, tengan acceso a la justicia<sup>90</sup>, a la salud, a la vivienda, a la educación, a un medio ambiente adecuado, etc., luego traducido en niveles de bienestar y felicidad.

Quizá derivado de esa manera en que se ha explicado la Constitución y sus derechos (límites del Estado frente al gobernado), es que la población no ha podido transitar hacia un escenario de responsabilidad individual y social, pues se sigue pensando (y limitando el efecto) con la noción de que existen derechos, no deberes.

Al respecto, llama la atención la forma en que en otras tradiciones constitucionales se prevé este derecho al medio ambiente. El artículo 5, párrafo 1, de la Constitución de Bután dice:

“Cada butanés es un protector de los recursos naturales y medio ambiente del Reino, en beneficio de las generaciones futuras, y es deber fundamental de cada ciudadano contribuir a su protección, conservación de la rica diversidad de Bután y prevenir cualquier forma de degradación ecológica, incluido el ruido y la contaminación física, por medio de la adopción y apoyo a políticas y prácticas amigables con el ambiente.”

---

<sup>90</sup> Desde una perspectiva estrictamente jurídica, dice Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “el acceso a la justicia es considerado parte del derecho a la tutela jurisdiccional, previsto de manera expresa o implícita en la mayoría de las Constituciones democráticas del mundo”. Véase, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “La justicia y el constitucionalismo social”, *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego, UNAM-El Colegio Nacional, México, 2011, pp. 109 y ss.

Es decir, se enfatiza en la responsabilidad individual y su efecto sobre el bienestar general. Es una dicción inteligente que manda señales claras hacia la generación de efectos positivos en la sociedad.

Si en México los derechos se redactaran de manera similar, la gente entendería que su función social tiene más que ver con el *hacer* que con el *recibir*, *pedir*, o *esperar* del Estado. En ese sentido se inscribe la Carta de Obligaciones.

Si aceptamos la teoría del contrato social, la Constitución debería ser uno de carácter bilateral, con provechos y gravámenes recíprocos para con el Estado y sus ciudadanos: éstos, pues, también “ponen” algo para el beneficio de todos.

Por lo demás, en un contexto de libertades, los ciudadanos podrían, con plena autonomía y sobre la base de una sociedad plural y democrática, alcanzar mejores niveles de calidad de vida.

Desde mi punto de vista, el ciudadano no podrá alcanzar niveles de bienestar (altos y equitativos) si no se transita hacia ese escenario de individualización de derechos-responsabilidades, (como se vio en la Constitución de Bután).<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup> ¿Qué sucedería si esos derechos no fueran públicos, reconocidos por el ordenamiento jurídico, sino privados y se tuviese que pagar por cada porción que de ellos quisiéramos? ¿Qué tanta libertad compraríamos? ¿Estarían igual de dispuestos los pobres que los ricos a pagar por mayor libertad de expresión? Con esto pretendo poner de manifiesto la importancia de asignarle un valor bidireccional a los derechos constitucionales, para poder entender que las personas no sólo son destinatarios-beneficiarios sino destinatarios-responsables. Si los pobres no pueden comprar los derechos que el mercado les asigna a un valor conforme a la ley de oferta y demanda, ¿lograrán bienestar? Si los derechos son una herramienta para satisfacer nuestras necesidades ¿podrán los ricos proveerse de un catálogo más amplio de derechos? ¿Debería el Derecho tolerar que haya quien pueda comprar el derecho de ir al cine (derecho a la información) cuando hay quien no pueda comprar el derecho básico a la alimentación? Siguiendo a Rawls, quien defiende que las inequidades son justas si pueden mejorar el bienestar de los que están peor, ¿deberían los ricos subsidiar a los pobres? De este ejercicio hipotético en el que

En esa línea evolutiva de tránsito (muy, muy lento) hacia el bienestar social, cierto es que la CPEUM de 1917 estuvo inspirada primordialmente por valores políticos y sociales; es, de hecho, producto de un movimiento revolucionario de origen campesino y popular.

Como refiere Alejandro Faya, al inicio hubo poco contenido en lo económico: (i) el nuevo régimen de propiedad ejidal (ii) la propiedad pública de los recursos del subsuelo y (iii) la prohibición de monopolios, estancos y exenciones de impuestos.<sup>92</sup>

Hoy, a partir del texto constitucional, se establece una economía mixta ya que “[a]l desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.”

Pero, en dicho modelo económico, el Estado mantiene las facultades para planear, conducir, coordinar y orientar la actividad económica nacional, regular y

---

los derechos están en venta, se torna más clara la necesidad de contar con un diseño constitucional que favorezca un escenario de mayor equidad-igualdad, abriendo así la puerta del bienestar social. En este punto, el Principio de Pareto (un cambio en la ley hace que unos mejoren, y nadie empeore) sería un criterio más útil para medir la eficiencia del impacto que la Constitución tiene sobre la sociedad. Supongamos una sentencia que asigna derechos a unos y éstos ganan más de lo que pierden los otros, ¿se habrá generado bienestar social? Por otro lado, como sostienen Holmes y Sunstein, “[l]os costos públicos de los derechos, excluidos los del bienestar, muestran entre otras cosas que “la riqueza privada”, tal como la conocemos, sólo puede existir gracias a las instituciones gubernamentales”. Véase, Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *El costo de los derechos*, México, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012, p. 48.

<sup>92</sup> Faya, Alejandro. *Constitución y Economía*. Periódico Reforma, 7 de febrero de 2014. Ahí refiere que hasta 1983, los conceptos de "rectoría económica nacional" y "planeación democrática para el desarrollo" fueron constitucionalizados y fue entonces cuando el capítulo económico de la Constitución tomó forma. Coincido plenamente con esta opinión.

fomentar las actividades “que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución” (artículo 25, ex CPEUM).

Con dicha configuración económica en la que (entre 1950 y 1970) se favoreció la creación de un mercado interno y México alcanzó lo que se llamó, a la postre, “el milagro mexicano” (tasas de crecimiento anual promedio de 6.6 por ciento, con inflación de 4.5 por ciento), y el escenario internacional consistía en que las puertas hacia el exterior estaban, prácticamente, cerradas, se pensaba que el bienestar vendría desde adentro en defensa de algún tipo de nacionalismo.<sup>93</sup>

Hoy eso es historia. Hoy el paradigma es de fronteras abiertas y desregulación, pero sobre la base de que la competencia (y la lucha contra la concentración económica y los monopolios) es la que brindará bienestar a las personas. Al respecto, es válida la reflexión de Pedro Aspe Armella de que

“el papel del Estado en el desarrollo económico es que después de algún tiempo de proteccionismo e intervención gubernamental debería esperarse que el crecimiento ya no respondiera tan intensamente a una mayor participación gubernamental como sucede en las etapas muy tempranas de industrialización [...]” y que “[...] resultaría más fácil para la sociedad civil encontrar mejores caminos para crecer cuando sus autoridades [...] están dispuesta a abrir nuevas oportunidades de inversión y pueden hacerlo a través de la desregulación, la privatización, la liberación comercial y, en general, ofreciendo un ambiente favorable para la competencia”.<sup>94</sup>

---

<sup>93</sup> Evidentemente, con la entrada de México al *General Agreement on Tariffs and Trade* (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, GATT) y al Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN, NAFTA) la esperanza de alcanzar un mayor nivel de bienestar tuvo un giro copernicano: no se alcanzaría a puertas cerradas.

<sup>94</sup> Aspe Armella, Pedro, *El camino mexicano de la transformación económica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 205-206.

En 1983, se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF) un decreto de reformas a la Constitución, en el que se incluyó una adición al artículo 28 para declarar la prohibición de monopolios, y ahí se establece una interesante vinculación, también por vez primera, entre competencia económica y protección al consumidor<sup>95</sup>.

Se incluyó textualmente que:

“[e]n consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre competencia 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.”

Asimismo, en el párrafo tercero del artículo 28 constitucional, último enunciado, se incorporó que la “ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses”.<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> Aquí es importante hacer una precisión conceptual. Cuando la Constitución se refiere al consumidor, lo hace abstrayéndose de la finalidad que el acto de consumo tiene. La calificación de dicho acto y, en consecuencia, la noción concreta de consumidor es realizada por una ley (la Federal de Protección al Consumidor). A nivel constitucional, no encuentro impedimento en hacer ese tipo de concreciones, aunque es tradición universal dejarlo a las leyes.

<sup>96</sup> (i) Un análisis pormenorizado de las constituciones que han incorporado la noción abstracta de consumidor y cómo se va concretizando en el ordenamiento jurídico con importantes consecuencias puede hallarse en García Sais, Fernando. *Derecho de los Consumidores a la Información. Una aproximación a la publicidad engañosa en México*, México, Editorial Porrúa-ITAM, 2007. (ii) Cuando en un texto

Y decir “mejor cuidado” implica hacer operaciones normativas complejas, imponiendo a veces cargas a los empresarios, para que maximicen el derecho humano de protección al consumidor, vinculado con derechos prestacionales como salud y vivienda.

El artículo 28 ha sido objeto de ocho modificaciones. A partir de 1917 no fue tocado sino hasta 1982, cuando inició la entrada de México al GATT; luego en 1983, 1990, 1993 y 1995; dos veces en 2013 y una en 2014. El 37.5% de las reformas a este artículo se sucedieron en el sexenio actual (2012-2018) y coincide con las llamadas “reformas estructurales” entre las que se hicieron cambios relevantes en materia de competencia económica y telecomunicaciones.

Estoy de acuerdo con el doctor, paisano sinaloense, Diego Valadés cuando afirma que nuestra Constitución histórica ya no existe ni como norma sistemática. Los vicios que él señala nos sirven para entender las razones por las que los derechos prestacionales han ido materializándose a un paso tan lento, puesto que “ponen en riesgo el diseño arcaico del poder”.

Dice, al respecto Valadés:

*“Está mal redactada y peor estructurada, no es siquiera un modelo democrático. De 1917 se mantiene lo más objetable: el poder presidencial muy concentrado, propuesto por Venustiano Carranza como una medida temporal para permitir que se formara una nueva clase política, se organizaran los partidos y se institucionalizara la lucha electoral. Estos*

---

constitucional se habla de consumidores, se hace de manera abstracta y general (ciudadano, habitante, población). No se refiere al consumidor como destinatario final de bienes y servicios. Lo trascendente de que sea la Constitución la que incorpore al consumidor en su discurso, es la implicación de políticas públicas y normativas tendientes a elevar la calidad de vida de los ciudadanos (algunos de los cuales son consumidores).

*objetivos ya se alcanzaron, pero la vieja decisión subsiste, ahora como arcaísmo.”<sup>97</sup>*

Indubitablemente, la agenda económica actual de México debe concentrarse en propiciar mayor eficiencia (por conducto del marco regulatorio<sup>98</sup>) en los mercados (cuestión pura y dura de la microeconomía), así como una más óptima distribución del ingreso, lo que incrementará las oportunidades, sobre todo de los menos favorecidos económicamente.

En el aspecto presupuestario (ejecución), es el gobierno federal y los de los Estados y municipios quienes deben expandir y fortalecer los servicios que están obligados a proporcionar a los ciudadanos, fundamentalmente los de educación<sup>99</sup> y salud, de tal manera “que fortalezca la integración nacional y se convierta en un instrumento de justicia social.”<sup>100</sup>

La progresiva integración del Estado en la sociedad ha implicado, como lo dice el profesor Cossío Díaz, “un rompimiento ideológico”: el Estado no puede seguir

---

<sup>97</sup> Valadés, Diego. “Lo que queda de la Constitución”, Periódico Reforma, 18 de febrero de 2014.

<sup>98</sup> Tampoco la aplicación e interpretación en la práctica escapa a tal reto. De nada sirve contar con un marco jurídico innovador y bien estructurado si el funcionario no está lo suficientemente entrenado. Es un tema, también, de talentos en el gobierno, en todos los ámbitos y todos los niveles.

<sup>99</sup> El gasto en educación, al incrementar el nivel cultural y la capacitación para el trabajo, crea riqueza permanente que por sí sola genera oportunidades de menor trabajo e ingreso. Los trabajadores están mejor dotados de habilidades requeridas en entornos competitivos. Con todo ello se favorece la movilidad social, la riqueza y su concentración es menos permanente y pronunciada. Véase, al respecto, Aspe Armella, Pedro. *El camino mexicano de la transformación económica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993. p. 209.

<sup>100</sup> Aspe Armella, Pedro. *op. cit.*, pp. 208-209.

absteniéndose de participar en ciertos ámbitos de la vida colectiva, sino que debe intervenir a fin de conseguir determinadas situaciones.<sup>101</sup>

En esa nueva concepción del diálogo entre Estado y la Constitución, ésta se va despojando de su carácter meramente político para convertirse en una verdadera norma jurídica y, en tal condición, necesita de mecanismos de control constitucional que garanticen su supremacía.

Paralela y paulatinamente, los derechos dejan de ser programáticos para ser considerados como prestaciones (derechos prestacionales) que deben verificarse y, así, generar condiciones de igualdad, luego traducidas al bienestar colectivo.

Si la CPEUM otorga un derecho social, los jueces deben garantizarlo en sus sentencias, planteándose ahora nuevos problemas desde la división de poderes y en relación con el papel (indirecto, si se quiere) de los jueces en el diseño presupuestario (federal, estatal y municipal).

De manera simultánea, es necesario configurar las sentencias constitucionales (y el resto de las resoluciones dictadas en el Estado) para hacerlas congruentes con la “nueva” finalidad de lograr bienestar general.

Esta nueva configuración implica que la puerta de entrada a la jurisdicción se abra a mayor número de personas, y para ello, las sentencias y las nociones de interés legítimo, colectivo y difuso ayudan de manera singular; esto es, protegerán los derechos de las colectividades, y no sólo los de los casos concretos, evitando que se perpetúen condiciones de desigualdad, contrarias al bienestar colectivo.

La regulación y las políticas públicas deben reflejar la nueva finalidad de la Constitución y del Derecho: maximizar el bienestar de las personas, dejando a un lado criterios subjetivos como el de buscar sólo “justicia”.

## 2. La relación Justicia-Derecho

Uno de los valores del Derecho más aceptados en la historia del pensamiento filosófico jurídico es, ciertamente, el de la justicia. En la doctrina jurídica abundan

---

<sup>101</sup> *Cfr.*, al respecto, Cossío Díaz, José Ramón. Estado Social y Derechos de Prestación. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 76 y 77.

reflexiones en torno a qué elementos incorporar en su definición. Multiplicidad de autores, de todas las corrientes y escuelas jurídicas (naturalismo, formalismo, positivismo, realismo, etc.) han aportado ideas.

El concepto “justicia” es altamente subjetivo. Hay tantas “justicias” como arenas: según Ulpiano, Rawls, Kelsen, los filósofos griegos<sup>102</sup>, y, sin duda, según cada uno de nosotros.

No debe pasarse por alto que también con base en “la justicia” se han cometido algunas de las violaciones más atroces a los derechos humanos, aniquilando sistemáticamente a millones (ejemplo suficiente es el Holocausto Nazi).

El concepto subjetivo de justicia, aislado de cualquier elemento material, conlleva que en los hechos lo “justo” para unos, puede no serlo para otros. Incluso,

---

<sup>102</sup> Hesíodo, en su poema “Los trabajos y los días”, imprimió en la mentalidad griega algunos principios que desde entonces fueron de gran importancia para la constitución de la ética filosófica y, más en general, del pensamiento filosófico antiguo. En sus versos podemos encontrar exaltaciones de la justicia como valor supremo: “prestar oídos a justicia y olvidar del todo la superchería”. Para Focílides “en la justicia ya están incluidas todas las virtudes”. Teógnides escribió “iré, sin desviarme por aquí o por allá, por el camino recto: porque sólo debo pensar cosas justas” y sentencia: “sé justo, no hay nada mejor”. Para Solón el pensamiento de la justicia es un factor central. La justicia, pues, se convierte en concepto ontológico y político, en muchos filósofos, especialmente en Platón. Según Giovanni Reale y Dario Antiseri en su *Historia del Pensamiento Filosófico y Científico*, los poetas líricos también fijaron de modo estable otra noción: el concepto de “límite”, es decir, “ni demasiado ni demasiado poco”: la “justa medida”, que constituye el rasgo más peculiar de la mentalidad griega. El concepto de “mesura” constituye así el centro del pensamiento filosófico clásico. Véase, *Historia del Pensamiento Filosófico y Científico*, Tomo Primero, Antigüedad y Edad Media, Herder, Tercera Edición 2001, Barcelona, p.25.

si medimos la actuación pública de los funcionarios bajo ese criterio, me temo que gran parte de sus errores o vicios serían “bien” calificados<sup>103</sup>.

¡La sentencia es justa!, se dice. ¿Qué significación tiene? ¿Lo justo se refiere al contenido, al respeto de la forma, al cumplimiento del Estado de Derecho, a la generación de bienestar? ¿A la parte condenada también le parece justa?

Justicia es, definitivamente, un concepto espumoso que se muestra insuficiente para describir o calificar el contenido de las normas o de las resoluciones que se dictan, o para guiar y calificar el comportamiento de *lawmakers*, *policymakers* (*hacedores de leyes; hacedores de políticas públicas*) o incluso de los juzgadores<sup>104</sup>.

El profesor Cossío Díaz dice, trayendo a colación el planteamiento *kelseniano*, que la justicia es un valor predicable sólo de los ordenamientos, determinable únicamente por la costumbre o por el legislador; “cabría”, pues, “afirmar que con la expresión justicia se hace referencia (en este contexto) a la concordancia entre las normas jurídicas producidas dentro del sistema y los valores

---

<sup>103</sup> En el mismo sentido, hay quien opina que “Los derechos sociales en México no son efectivos, ni han sido plenamente eficaces, sino más bien usados para justificar a un régimen que los utilizó como elemento de sustentación y permanencia en el poder”. *Cfr.*, Ordoñez, Jorge. “El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Apuntes para la definición de un contenido esencial de ese derecho en la jurisprudencia mexicana”, [https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/62/Becarios\\_062.pdf](https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/62/Becarios_062.pdf), p.15.

<sup>104</sup> Para que las sentencias de los jueces se conviertan en verdaderos detonadores de bienestar social, deben dejar de construirse sobre la base de la inmediatez de la justicia. En la medida en que los propios jueces sean destinatarios indirectos de sus resoluciones, al ser miembros de la sociedad, será que estas surtirán efecto. Si las sentencias se aíslan del resto de resoluciones y no se vinculan con el bienestar que pueden producir, los jueces seguirán siendo aplicadores mecánicos de la ley.

materiales y procedimentales recogidos en la norma fundamental”<sup>105</sup>. Es decir, según Kelsen, (la justicia) es un elemento formal.

En cambio, si la elaboración normativa, su diseño, finalidad y, muy señaladamente, su aplicación, estuvieran concebidos no en términos de justicia, sino de bienestar social, tendríamos un concepto objetivo, unitario, medible y útil para incentivar conductas políticas, judiciales, empresariales y sociales que detonen circunstancias de vida más favorables para todos.

La definición o conceptualización en torno a “la justicia”, no debería abonar a otro contenido más preciso que el de bienestar y, en todo caso, habría que mantenerlo referido –como ha hecho Kelsen— al proceso de creación normativa.<sup>106</sup>

Con ello no quiero decir que el proceso legislativo no interese, lo único que sostengo es que el concepto “justicia” no es el idóneo para medir<sup>107</sup> el bienestar, al

---

<sup>105</sup> A mi entender, es una manera fácil de explicar un término tan polémico, circunscribiéndolo al proceso de creación normativa sin atender a los contenidos de las normas creadas. No podemos hablar de leyes injustas, sino de leyes democráticas, de leyes creadas conforme al proceso democrático-constitucional. *Cfr.*, al respecto, Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, p. 39.

<sup>106</sup> La norma inferior será justa si fue creada conforme al procedimiento y respetando el marco sustantivo que la norma superior le señalaba. Volvemos: lo que es justo para algunos, para otros puede ser el modelo de lo injusto. Necesitamos ceñirnos a un referente objetivo, como lo es el proceso democrático-constitucional de creación normativa. Y lo mismo puedo sostener respecto a la aplicación de la norma. Una sentencia puede parecer justa o injusta dependiendo de quién y en qué momento la analice. La sentencia debe ser valorada en función de su conformidad con el Estado de Derecho, con la regla constitucional.

<sup>107</sup> Para ello, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) desempeña una función crucial al analizar los datos que pueden ilustrar políticas públicas propiciadoras del bienestar social. El INEGI fue concebido, configurado, fundado y presidido por una de las mentes más brillantes del país, un gran economista y hombre de Estado: Pedro Aspe Armella.

tiempo que hago énfasis en que, precisamente, una de las funciones de los tribunales constitucionales, como la SCJN, es controlar toda la actividad productora de normas.

El bienestar, a diferencia de la justicia, no es una sensación, sino un resultado material, tangible y medurable. Si la consecución del bienestar es la finalidad de las normas, podremos evaluarlas (en redacción y en efecto) objetivamente —y junto con ellas, la actuación de los políticos, jueces, autoridades, empresarios y ciudadanos.

Una resolución o una norma general pudieran parecer injustas, inclusive, pero ser generadoras de bienestar colectivo. Son nociones que pudieran contraponerse. Debemos preferir el bienestar, en la medida que es objetivable, medible y tangible.

La evaluación permite detectar áreas de oportunidad para mejorar e incentivar las conductas referidas antes (políticas, judiciales, empresariales y sociales) que a su vez contribuyan a detonar circunstancias de vida más favorables para todos. La evaluación es medular en las políticas públicas y en los análisis costo-beneficio de la regulación y de la revisión ex post de la regulación.

Valadés resalta lo “necesario que (es que) en México desarrollemos indicadores para medir la efectividad de la legislación y que apliquemos nuevos instrumentos para medir el bienestar” y reconoce que “la medición es una tarea compleja que debe ser realizada sin el filtro de la pasión política, de la motivación ideológica y de los intereses burocráticos”.<sup>108</sup>

Siguiendo a Cooter, las “constituciones políticas” por la rigidez<sup>109</sup> que las caracteriza, su primacía y supremacía, y por carácter general, pueden convertirse

---

<sup>108</sup> Véase, Valadés, Diego. El bienestar ... cit. p. 104.

<sup>109</sup> De hecho, en México hemos atestiguado un gran proceso reformador (estructural y no estructural) que permitiría concluir que la nuestra no es una Constitución rígida sino flexible, fértil y no estéril. Un análisis a detalle permitiría acercarnos a descubrir que los arreglos para-legislativos (económicos y políticos) facilitan enormemente flexibilizar el proceso de modificación constitucional. Como dice Cooter, ese proceso es uno de competencia (*“la definición de la democracia como una competencia*

en un arma que atente contra su población o, por el contrario, ser la base de las libertades y de la prosperidad.<sup>110</sup> A ello agrego: base del bienestar.

Consecuentemente, elaborar los enunciados normativos en sede constitucional es una tarea de la mayor envergadura. La interpretación que de ellos se hace, no solamente en la Suprema Corte o en los tribunales de menor jerarquía, sino la que llevan a cabo otros operadores como la propia ciudadanía o los *policymakers* en cualquiera de los espacios de la división de poderes y de las administraciones públicas, se vuelve crucial para favorecer (o entorpecer) la maximización del deseo constitucional de alcanzar el mayor bienestar general posible.

Y en función del grado de previsibilidad de cuál sea la interpretación, habrá mayor certeza jurídica respecto del logro de dicha meta.<sup>111</sup>

---

*popular para dirigir los poderes monopólicos del Estado*”). Con ello, la capacidad predictiva respecto de las consecuencias del ordenamiento jurídico se torna un tanto compleja. El operador jurídico necesita leer con más atención los periódicos (en especial a la llamada “comentocracia”) que limitarse a entender el texto supremo. La jurisprudencia de los tribunales siempre es útil para aliviar dicha incertidumbre, pero la pluralidad de entes que la emiten (distribuidos por todo el país, ordenados en circuitos judiciales) poco ayudan al operador jurídico. Todos desean que el asunto “llegue a la Corte” para que se irradian, mágicos, efectos hacia el resto del ordenamiento. Desde esa perspectiva, encontrar cuál es (en caso de que lo haya) el incentivo o el desincentivo de la Norma es una labor propia de laboratorio.

<sup>110</sup> Cooter, Robert. *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, Estados Unidos de América, 2000, pp. 1-2.

<sup>111</sup> En México, como en otros países latinoamericanos, hemos asistido a un proceso tal de transformación de las constituciones, que se llega a hablar del viejo constitucionalismo y del nuevo constitucionalismo para referir su camino inacabado en la incorporación de derechos sociales, económicos y culturales. Sin embargo, el constitucionalista Roberto Gargarella en un reciente editorial publicado por el diario *El País*, refiere que “el “nuevo constitucionalismo latinoamericano” reproduce las

Por ello, Cooter sostiene que “al predecir las consecuencias de las leyes fundamentales, la teoría constitucional puede informar al público, guiar a los políticos y mejorar las decisiones de las cortes.” Particularmente, Cooter resalta las consecuencias de dicha posibilidad predictiva sobre el bienestar humano (*human welfare*)<sup>112</sup>.

Sin embargo, es complejo acertar *a priori* cuál será la actitud de las personas, políticos y juzgadores ante la ley. Hay un grado razonable de incertidumbre, como un grado razonable de predictibilidad.<sup>113</sup>

---

viejas estructuras autoritarias que recibimos en legado de los siglos XVIII y XIX”. Ello, dice el maestro, produce esta idea: “la contradicción que las nuevas Constituciones establecen entre el modo en que organizan el poder (estilo siglo XIX) y el modo en que definen derechos (estilo siglo XXI) no nos habla de una relación desafortunada, con la que hay que aprender a convivir, sino de una tensión que amenaza la vida misma de los derechos que esas Constituciones proclaman. Gargarella, Roberto. “El ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’”. El País, 20 de agosto de 2014 a las 9:00 P.M. [http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088\\_091940.html](http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088_091940.html). Me parece viable advertir que serán los jueces constitucionales quienes se conviertan en el contrapeso del ejercicio vertical, centralista y autoritario del poder, puesto que son menos inmunes (deberían serlo totalmente) a los riesgos de poner a toda práctica los derechos de las personas, pues su función no obedece a juegos discretionales del poder.

<sup>112</sup> Cooter, Robert D., *op. cit.*, p. 2.

<sup>113</sup> Así, por ejemplo, a pesar de que en términos económicos sería razonable dejar el vehículo estacionado en un lugar prohibido, de ello no se infiere necesariamente que todas las personas (i) harán ese cálculo (por la asimetría informativa) ni que (ii) todas las personas dejarán el vehículo allí por las mismas consideraciones (por la asimetría informativa).

Por otro lado, es cierto que en la elaboración e interpretación de las leyes, y no sólo de la Constitución, existen factores contextuales que son considerados al momento de dotarlas de un significado concreto.

La Historia, pasando por los intereses políticos de cada momento histórico, o la visión de los distintos grupos de interés con posibilidades reales de imprimir un determinado contenido, ritmo o velocidad, son factores que dirigen a la población hacia un determinado modelo de bienestar.

Podría inferirse que, siendo la democracia altamente competitiva, en la que nadie impone a los demás un interés, la satisfacción del bienestar general sería la regla. Es la consecuencia de tener un gobierno democrático que promueve (con sus evidentes defectos) la competencia.

Empero, las fallas (de mercado) de *facto* facilitan que, en virtud de defectos sistémicos, la democracia no funcione competitivamente, y ciertos agentes (monopolios) logren imponer reglas que en poco o nada favorecen a la equidad social, al bienestar o a la felicidad.<sup>114</sup>

---

<sup>114</sup> (i) Si los individuos, con independencia de su posición en un contexto social determinado, fuesen racionales —como cierta corriente de la Economía ha postulado—, habría una especie de “racionalidad general” que impulsaría las teorías del *public choice* y *collective choice* (Cooter), con posibilidad de alienarlas entre sí, conduciendo de manera inexorable al bienestar general. No obstante, como vemos en *Nudge*, parece ser que la economía del comportamiento empieza a postular la no racionalidad del destinatario de la norma como principio rector de las políticas públicas, a efecto de generar mayores condiciones de bienestar social, utilizando por modelo explicativo dos personajes ficticios: Mr. Spock y Homero Simpson, siendo el segundo de ellos no tan ficticio (actúa irracional, compulsiva, precipitadamente, etc). *Cfr.*, Sunstein, Cass R. & Richard H. Thaler, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Estados Unidos de América, Yale University Press, 2008. p. 19 y ss. (ii) Si ello no fuera así, los electores sabríamos claramente cuál de las opciones en la boleta nos convendría más en términos de bienestar. Pero tal parece que, derivado del defecto en la competencia

Al respecto, a partir de 2010 y 2011, años de promulgación de diversas reformas constitucionales en materia de acceso a la justicia, derechos humanos y amparo, hay un viraje en el paradigma: “una nueva antropología constitucional” como ha sostenido el Ministro de la SCJN, Dr. José Ramón Cossío Díaz<sup>115</sup> —refiriéndose a la de derechos humanos—; a partir de entonces, el sistema jurídico se decanta por una interpretación más favorecedora de los derechos humanos que, en lo normativo, implica una reconstrucción de criterios jurisdiccionales con miras a una sociedad más igualitaria.

---

política, cualquier elección termina por ser la misma. (iii) La actuación con base en la libertad es inherente a la actuación racional. La libertad parte de la existencia de información adecuada, vinculada con la libertad de expresión. Hoy, consecuencia de las nuevas tecnologías, en ciudades como Nueva York circulan alrededor de 500 millones de *tuits* al día (que, en opinión de Timothy Garton Ash, al *hablarse* más, debe vigilarse más —no sólo lo hacen los regímenes autoritarios. Garton Ash, Timoty. “De la fetua al Whatsapp”, Diario El País, 9 de mayo de 2014, [http://elpais.com/elpais/2014/05/08/opinion/1399545813\\_167323.html](http://elpais.com/elpais/2014/05/08/opinion/1399545813_167323.html). En la política existe el riesgo de sucumbir a la acumulación de poder. Una justa ordenación entre el derecho a informarse y la libertad de expresión facilitarfa el proceso de elección racional. De lo contrario, la ambición política destruiría al Derecho. Cooter lo dice así: “*When law and ambition collide, ambition sometimes destroys law*”.

<sup>115</sup> Cossío Díaz, José Ramón. *Voto Particular*, Contradicción de Tesis 293/2011, consultado en <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Pleno/DecimaEpoca/293-2011%20PL%20CT%20Votos%20se%C3%B1ores%20Ministros.pdf>, el 12 de mayo de 2014, p.2

Con ello, se supera el sistema de las normas programáticas no exigibles<sup>116</sup>, “poniendo una carga extraordinariamente importante en la protección a los derechos humanos a partir del principio pro persona”<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> (i) Al respecto, de acuerdo con José Francisco Ruiz Massieu, nuestra Constitución (al igual que las de Austria de 1920, Alemania 1919 y España 1978) contiene “la visión de una sociedad más justa”; recalcando que, en el caso mexicano, había normas “programáticas”, que establecían meras directivas de acción para los poderes constituidos. Como bien observa el autor, esas disposiciones programáticas (como la del derecho a la salud) no se perfeccionan de manera automática, pues su carácter declarativo hace que no sean accionables; *i.e.*, que no se puedan hacer valer en juicio. *Cfr.* Ruiz Massieu, José Francisco, *Los derechos constitucionales de contenido pragmático*, pp. 57-59, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/898/6.pdf>. (ii) Nótese, en cambio, la evolución constitucional que se advierte desde la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación (que formalmente inició el 4 de octubre de 2011), con la tesis aislada que analiza los alcances del derecho a la vivienda que lleva por rubro “DERECHO HUMANO A LA VIVIENDA DIGNA. SU CONCEPTO CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL Y A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, y que rompe con la tradición decimonónica que conducía a la desigualdad material, cuando sostiene que el derecho a la vivienda es “un derecho humano de segunda generación, denominado por la doctrina o teoría jurídica como constitucionalismo social, que permite romper la antinomia entre la igualdad jurídica y la material o de hecho, que condicionaba a que la igualdad de derecho se quedara en gran medida en teoría”. Véase Tesis: XXIV.1o.2 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro X, julio de 2012, tomo 3, p. 1835. (iii) En una conferencia académica, el ministro José Ramón Cossío Díaz, en tono de clara ironía, afirmó que ahora, con el cambio de modelo, las sentencias de amparo no sólo dan la protección de la justicia de la Unión, sino que también “recetan medicamentos” (en alusión al efecto práctico que vuelve exigible el derecho a la salud).

Las implicaciones de ese giro son (y serán) enormes. Se trata del inicio de un sendero, en lo normativo, que podría llevarnos a que la igualdad ante la ley (teórica) devenga igualdad de facto: todos tendremos, pues, “más o menos” el mismo acceso a los bienes públicos.

Otro elemento que considerar para la medición del bienestar, y particularmente en nuestro caso, es que tenemos un país en el que existen leyes en diversos ámbitos competenciales, y algunos aspectos —como los servicios públicos— son competencia de leyes locales (que en todos los casos son desarrolladas en y para esos ámbitos, aunque su base sea constitucional)<sup>118</sup>.

El sistema federal distribuye competencias (y no de la mejor manera) entre federación, estados y municipios y es, precisamente en este punto, donde el criterio de bienestar puede resultar más útil que el de justicia, pues se tienen elementos objetivos de comparación<sup>119</sup>.

Y si nos proponemos resolver el tema de las diferentes situaciones de bienestar entre dos o más países, el mismo ejercicio de comparación puede realizarse con sus Constituciones, utilizando criterios de eficiencia y distribución como base del análisis de bienestar.<sup>120</sup>

---

<sup>117</sup> Cossío Díaz, José Ramón. Voto Particular, *op. cit.*, p.2.

<sup>118</sup> Sobre la naturaleza de los servicios públicos, véase Fernández Ruiz, Jorge. “Acceso a los servicios públicos”, *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego, UNAM-El Colegio Nacional, México, 2011, p. 93.

<sup>119</sup> Así, por ejemplo, podemos comparar las condiciones materiales de las escuelas públicas de Oaxaca y las de la Ciudad de México y arribar a conclusiones, detectar áreas de oportunidad y analizar la causa de las desviaciones.

<sup>120</sup> Es importante observar la evolución constitucional mexicana. A principios del siglo XX en que se promulgó la actual Carta Magna de 1917, se protegió a la propiedad privada (art.27) y se “reconocieron” ciertos derechos al bienestar, pero como meras aspiraciones sociales. La jurisprudencia decía se trataban de normas programáticas sujetas al presupuesto.

Con esta función de la Constitución (y del resto de sus normas), la búsqueda artúrica por la justicia pasará a segundo plano, para ocupar su lugar la satisfacción de los intereses de la población, concentrada en elevar los niveles de bienestar social, generando condiciones de mayor igualdad social.

Mientras ello no acontezca (igualdad material) el bienestar, incluso individual de los más favorecidos (rentistas, herederos de fortunas, monopolistas, etc.) no será el óptimo.

Hay que voltear, urgentemente, hacia las clases más necesitadas. Quienes están en mejor posición deben hacerlo con urgencia y el Estado debe ser enérgico. Las brechas de desigualdades aumentan cada día y parece que no se está haciendo nada en serio. Esta es la función, en términos de bienestar, que debemos asignar a la Constitución en el corto plazo.<sup>121</sup>

Es ilustrativa la viñeta de *El Roto* en el País (17 de julio de 2013); en términos de justicia algo huele mal, muy mal. No podemos perpetuar un sistema de Derecho basado medular y principalmente en la formalidad que la noción de justicia implica. Por ello, socialmente, la justicia apesta.

---

<sup>121</sup> El Derecho debe servir, convertirse en un instrumento al servicio de una causa última: mejorar la calidad de vida de las personas. La equiparación de justicia con Derecho ha producido, a mi juicio, resultados funestos. Si la gente “de a pie” supiese lo que los juristas sabemos sobre el funcionamiento de las instituciones que asignan derechos, seguramente estallarían una crisis social.



Dejemos de pretender (y creer) que, con el calificativo de “justas”, las sentencias resuelven los problemas diarios de los mexicanos. Dichas sentencias no hacen sino enmascarar nuestras grietas en lo que a asignación de derechos y generación de bienestar se refiere.

## 2.1. Del absolutismo monárquico a la libertad

El Estado de Derecho que conocemos hoy es producto de un proceso que ha evolucionado a partir del intento por limitar el absolutismo monárquico (Europa, finales del siglo XVIII) sometiendo la actuación del Estado al larguísimo brazo de la ley (por ello se llama “*rule of law*”, del que emana el principio de legalidad) y generando las primeras instituciones y mecanismos de pesos y contrapesos (*checks and balances*).

El doctor Valadés, en un ensayo relativamente reciente (2012), asevera que “las primeras funciones del constitucionalismo estuvieron condicionadas por el

problema más apremiante que debía resolver: el ejercicio del poder absoluto por parte de los monarcas”.<sup>122</sup>

Al limitar al Estado a no intervenir en determinados espacios (entendidos como manifestaciones de la libertad popular), se estaba protegiendo —siguiendo al profesor Cossío Díaz— una idea de dignidad que luego detonaría la protección de la libertad para construir, finalmente, el imponente edificio llamado Estado de Derecho.<sup>123</sup>

Ello coincide con la concepción de “derechos negativos” que, según Holmes y Sunstein, “protegen la libertad” y “destierran y excluyen al gobierno”.<sup>124</sup> Por ello, algunos hoy sostienen que el mejor gobierno es el que solamente se presenta para una acción positiva excepcional dado que todo está perfectamente cubierto y funcionando.

Dejo este pequeño apunte como mera referencia y punto de partida, pues no se trata aquí de hacer un estudio histórico, sino de anclar las bases que nos permitan entender la evolución (política y normativa) de los derechos prestacionales a cargo del Estado (es decir de “derechos positivos” en el lenguaje de Holmes y Sunstein).

## 2.2. Normas programáticas y derechos prestacionales: el Estado Social

El Derecho, no solamente el “público” sino el Derecho<sup>125</sup> en su conjunto, ha admitido el valor libertad como exclusivo y excluyente, con manifestaciones en la

---

<sup>122</sup> Valadés, Diego. “El bienestar social como responsabilidad del estado constitucional”. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, número 19, enero-junio 2012.

<sup>123</sup> Cossío Díaz, José Ramón. *Estado Social...*, *cit.*, p. 27.

<sup>124</sup> Véase: Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *El costo de los derechos*, México, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012, p. 60.

<sup>125</sup> Hago uso de la división entre Derecho Público y Privado como pretexto académico de explicitación, aunque me parece que se trata de una construcción indebida. En la práctica, el Derecho se manifiesta como uno solo.

configuración del Estado como, por ejemplo, el principio histórico de la división de poderes, las libertades públicas y los límites a la intervención estatal en la sociedad.<sup>126</sup>

Siguiendo de cerca las aportaciones que sobre este tema ha desarrollado el profesor Cossío Díaz<sup>127</sup>, una de las reivindicaciones sociales más importantes tras la Primera Guerra Mundial, fue la incorporación del valor *igualdad* en los textos constitucionales “como signo visible de un compromiso estatal y social tendente al *mejoramiento de las condiciones materiales de vida* de las personas y grupos”.<sup>128</sup>

Así se conceptualizó el duopolio libertad-igualdad, implicando actuaciones positivas para los Estados (no de mera abstención, que primó durante el monopolio de la libertad) e involucrando, con ellos, complicados ejercicios de colisión-dualidad, pues a partir de entonces había que satisfacer, materialmente, necesidades de la sociedad.<sup>129</sup>

Lo característico de los derechos negativos, sostienen Holmes y Sunstein, es que protegen la libertad; mientras que los positivos impulsan la igualdad<sup>130</sup>,

---

<sup>126</sup> Al respecto, el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) sentencia que “[t]oda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”. Esto es, la fórmula de la división de poderes (*checks and balances*) como elemento político de control, más las garantías a los derechos de las personas, son requisito *sine qua non* para el Estado, puesto que Derecho y Estado se unifican en su carta fundamental.

<sup>127</sup> Cossío Díaz, José Ramón. *Estado Social...*, *cit.*

<sup>128</sup> Cossío Díaz, José Ramón. *Estado Social...*, *cit.*, p. 18.

<sup>129</sup> Empero, como bien sostienen Stephen Holmes y Cass Sunstein, no es cierta la tesis de que la inmunidad a las invasiones del Estado no implica ningún derecho sustancial a los recursos estatales, de donde concluyen que es falso que la inacción del gobierno sea barata o gratuita. Véase: *El costo de los derechos*, México, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012, p. 56.

<sup>130</sup> Holmes, *El costo de los derechos...* *Op. cit.* P. 60.

postulando que “todos los derechos que se exigen de forma legal son necesariamente positivos”.<sup>131</sup>

Si desde el punto de vista jurídico la igualdad formal es un requisito para la existencia de leyes generales y abstractas, desde el punto de vista económico, la igualdad material es su consecuencia.

Como ha escrito el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, la defensa jurídica de la Constitución supone necesariamente la existencia y aceptación de ésta como norma jurídica, lo que implica respetar su innegable carga política y sociológica, y que los problemas del poder se disuelvan en una norma jurídica y se resuelvan a través del derecho.<sup>132</sup>

No me parece, como lo he sostenido, que nuestra Constitución tenga por meta, al dar o reconocer derechos, “hacer justicia”, pues eso no nos dice nada<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> Todos los derechos implican un deber correlativo, y los deberes— *Ibidem*. p. 64— sólo se toman en serio cuando su descuido es castigado por el poder público con recursos del erario.

<sup>132</sup> Zaldívar, Arturo, *El juicio de amparo y la defensa de la Constitución*, “Fundamentos teóricos de la defensa de la constitución en un estado federal”, en Cossío Díaz, José Ramón (comp.), *La defensa de la Constitución*, México, Fontamara, 2015, pp. 44-45. Según Zaldívar, en los orígenes del constitucionalismo moderno se consideró que la simple consagración de los derechos fundamentales, así como de los límites de los órganos del Estado, eran motivos suficientes para generar respeto; desgraciadamente, la experiencia nos lleva a lo contrario, ya que es necesario establecer instrumentos que obliguen a los titulares del poder público a ceñirse a lo mandado por la Constitución.

<sup>133</sup> Al resolver una controversia constitucional, de la que fue ponente el ministro Cossío Díaz, se sostuvo en la tesis de jurisprudencia aprobada que, “en materia de derechos sociales, la Constitución Federal conjunta las obligaciones prestacionales del Estado con la concurrencia y coordinación de las facultades en materia financiera y presupuestal, lo cual permite que se jerarquice y se establezcan prioridades para su asignación en materias específicas dependiendo de las

Aislarse de la medición que la materialización de dichos derechos prestacionales (que como dije al inicio, Cossío refiere que son mal llamados “derechos sociales” y prefiere inclinarse por “derechos prestacionales<sup>134</sup>”) tiene sobre el bienestar, sería como regresar a un momento histórico en que la organización del poder y el Estado se justificaba por sí sola, aparentemente ajena a los fines para con la población.

Basta observar la evolución en el juicio de amparo. Antes, la atención se centraba en la tutela del llamado “interés jurídico” frente a actos de autoridad (concepto de autoridad responsable). Hoy, dicho escenario es radicalmente diferente: se amplió el interés por proteger el “interés legítimo” y el “interés simple”.

El auge de esta protección se materializó con el avance hacia la tutela de los derechos fundamentales en relaciones horizontales, en las que un particular (sin las notas características de la autoridad responsable, según la terminología procesal) puede violentar derechos fundamentales a otro particular.

En relación con este último aspecto, la tesis aislada de rubro “DERECHOS HUMANOS. CONSTITUYEN UN LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, Y

---

necesidades particulares de los ciudadanos para alcanzar un nivel general de bienestar al cual se encuentra obligado el Estado.” Aquí es notorio que el ministro se decanta (implícitamente) por dejar atrás los derechos programáticos y convertirlos en derechos prestacionales, pero para efectos de mi trabajo académico, es de resaltar el efecto que ello tiene sobre el “nivel general de bienestar” al cual el Estado está obligado. *Cfr.*, tesis que lleva por rubro: “DESARROLLO SOCIAL. EL ARTÍCULO 15 DEL REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL RELATIVA QUE PREVÉ UN MODELO SOCIAL ÚNICO DE FOCALIZACIÓN RADICAL PARA LA ATENCIÓN A GRUPOS EN DESVENTAJA, NO VIOLA LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.”, Tesis P./J. 90/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXX, julio de 2009, p.1538.

<sup>134</sup> “Derechos de igualdad” cuando se aluda a la significación axiológica o teleológica; “derechos prestacionales” cuando a su dimensión activa o material se refiera. Cossío Díaz, José Ramón. Estado Social..., *cit.*, p. 46.

SON OPONIBLES FRENTE A PARTICULARES EN UN PLANO DE HORIZONTALIDAD.”, dice que

“[E]l acto de un particular por el que se crea el derecho privado no escapa a los controles de constitucionalidad y de convencionalidad, pues aun cuando está sujeto a la teoría de la voluntad de las partes tiene un límite, y ese límite son los derechos humanos, oponibles no sólo a los poderes públicos sino también a los particulares; de manera que si bien esos derechos son valederos en un plano de verticalidad -en una relación de supra a subordinación- también son válidos en un plano de horizontalidad, es decir, en las relaciones de coordinación, al ser un límite a la autonomía individual, puesto que si al Estado se le exige respeto a tales derechos, no hay razón para que el particular no los respete frente a otro particular.”<sup>135</sup>

Recordemos que el binomio “libertades-división de poderes” evolucionó hacia un nuevo modelo de atención a la dignidad de las personas, por lo que esa es una de las principales finalidades del Estado del Derecho.<sup>136</sup>

Un interesante editorial reciente del constitucionalista Diego Valadés, que abona al debate planteado por las fuerzas políticas del Partido Acción Nacional (PAN) y del Partido de la Revolución Democrática (PRD) respecto al incremento del salario mínimo, refiere que “si se quiere abordar en serio la cuestión social hay que revisar nuestras instituciones políticas y económicas”; y parte de la base de que el

---

<sup>135</sup> Tesis XI.1o.A.T.2 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XII, septiembre de 2012, tomo 3, p.1723.

<sup>136</sup> Cossío Díaz, José Ramón. *Estado Social...*, *cit.*, pp. 30 y 44-45.

artículo 123<sup>137</sup>, sede de la regulación constitucional del salario mínimo, es una norma programática <sup>138</sup>.

Y va el dedo a la llaga. En pleno año 2017, centenario de nuestra Carta Magna, “¿cómo se explica que un siglo no haya sido suficiente para que una norma programática rindiera sus frutos?”

Para responder de manera positiva dicha pregunta, son utilísimas las aportaciones que los economistas y abogados en asuntos de economía han divulgado, desde los inicios del movimiento del *Law and Economics*<sup>139</sup> hasta los más recientes del *Behavioral Economics*, y que se han ido introduciendo al campo del Derecho, para valorar qué significa satisfacer necesidades, cómo lograrlo, en qué magnitud, y cuál es el efecto causado sobre el bienestar individual y social, junto con las consideraciones estrictamente normativas de lo que se ha venido considerando como “normas programáticas”.

Al respecto podría anticiparse que el problema que enfrentamos en México no es de derechos, sino de garantías —entendidas éstas como deberes consistentes en obligaciones de prestación o en prohibiciones de lesión—, según los derechos (garantizados) sean positivos o negativos (siguiendo a Luigi Ferrajoli).

Es decir, son los requisitos, restricciones, exigencias u obligaciones previstas en la Constitución y en los tratados, destinadas e impuestas principalmente a las

---

<sup>137</sup> Dicho artículo dice que “Los salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos.”

<sup>138</sup> Dice Valadés: “para denotar que aun estando en vigor no son aplicables en un sentido literal e inmediato y que su objetivo es dar rumbo a las acciones del Estado.” Valadés, Diego. “¿Salario?”, Periódico Reforma, 19 de agosto de 2014.

<sup>139</sup> Para los que recién iniciados en el vasto mundo del Derecho y la Economía, sugiero una lectura del libro de Harrison, Jeffrey L., *Law and Economics*, Thomson West, USA, 2000. Un texto más completo y profundo es, sin duda, el de Cooter y Ullen, *Derecho y Economía*, FCE, México, trad. de Eduardo L. Suárez, 2016.

autoridades, las que tienen por objeto proteger los derechos humanos.<sup>140</sup> El problema, pues, es de eficacia normativa, no de ausencia normativa.

La respuesta a Valadés no puede obviar el defectuoso equilibrio constitucional entre ejercicio del poder y reconocimiento de derechos; ya que por más avances que existan, el autoritarismo (centralizado también en la forma de dar derechos) pone en riesgo su eficaz materialización dentro del bolsillo de los ciudadanos.<sup>141</sup>

No debe haber derecho sin garantía, ni puede haber una garantía que no se aplique algún derecho. Por ello, las garantías existen (o debieran estar previstas) en función de los derechos que protegen. Es muy apetitoso dar (o prometer) derechos sin una herramienta efectiva para su exigibilidad —como se hace durante las campañas políticas, asunto que la gente menos preparada y más vulnerable asume como derecho en potencia—.<sup>142</sup>

Sobre la efectividad de la garantía, no se debe limitar con “requisitos innecesarios, excesivos, carentes de razonabilidad o proporcionalidad”, *como ilustra* la jurisprudencia por reiteración de los TCC, que dice:

[E]s evidente que el respeto a esos derechos y libertades no debe supeditarse a requisitos innecesarios, excesivos, carentes de razonabilidad o proporcionalidad; por ello, cuando los Tribunales Colegiados de Circuito adviertan tal circunstancia, deben analizarla preponderantemente, en ejercicio del control de convencionalidad, con la finalidad de proteger y

---

<sup>140</sup> Así se ha resuelto en el Poder Judicial de la Federación en la tesis de rubro “DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS. SU DISTINCIÓN.”. Tesis XXVII.1o.(VIII Región) 24 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 3, febrero de 2014, tomo III, p. 2353.

<sup>141</sup> Valadés, Diego. *¿Salario? ... cit.*

<sup>142</sup> No sólo respecto a derechos prestacionales, sino incluso a los llamados derechos negativos o de abstención, el Estado incurre en un gasto presupuestario para protegerlos de manera adecuada (piénsese en el gasto para operar el sistema judicial, personal, material, infraestructura, prestaciones, etc.).

garantizar los derechos humanos, aun cuando no exista concepto de violación o agravio al respecto.”<sup>143</sup>

A partir de la primigenia concepción del Estado de Derecho<sup>144</sup>, el principio de igualdad implicó dejar atrás las obligaciones exclusivas de abstención impuestas a

---

<sup>143</sup> *Cfr.* Tesis VI.3o.(II Región) J/3 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XX, mayo de 2013, tomo 2, p. 1093. (ii) Complementariamente, resulta ilustrativa la tesis de los TCC, Tesis I.4o.A. J/1 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XVI, enero de 2013, tomo 3, p. 1695, de rubro: “ACCESO A LA JUSTICIA. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEBEN EVITAR, EN TODO MOMENTO, PRÁCTICAS QUE TIENDAN A DENEGAR O LIMITAR ESE DERECHO.”, de la que rescato: “[...] la obligación a cargo del Estado no se agota con la existencia legal de un recurso, pues éste debe ser idóneo para impugnar la violación y brindar la posibilidad real, no ilusoria, de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida [...]”.

<sup>144</sup> Alejandro Faya, al hablar del Índice de Estado de Derecho del “*World Justice Project*” (2014), sostiene que se reflejan varias realidades para México: ha habido un avance en aspectos institucionales (defensa de la transparencia y los derechos humanos), se han consolidado pesos y contrapesos, incluyendo competencia y pluralidad política, libertad de prensa y participación de la sociedad civil. En dicho índice, México ocupa la posición global número 79 de entre 99 países y la posición regional (América Latina y el Caribe) número 12 de entre 16 países. Los factores mejor evaluados bajo este indicador fueron “gobierno abierto” (32/99), “límites a los poderes gubernamentales” (48/99) y “aplicación de la regulación” (51/99), mientras que los rubros peor calificados fueron “justicia criminal” (97/99), “orden y seguridad” (96/99), “justicia civil” (88/99) y “ausencia de corrupción” (78/99). Faya, Alejandro. “Estado de Derecho”, Periódico Reforma, 28 de abril de 2014.

los poderes públicos, para introducir determinados tratos desiguales y con ello un catálogo extenso de derechos otorgados en favor de los particulares.<sup>145</sup>

Cabe, como mera referencia internacional, la existencia a nivel constitucional de casos como Bután y Reino Unido —mismos que se comentarán más adelante— en cuanto a que la finalidad de los Estados no es otra más que buscar la felicidad de sus ciudadanos.

### 2.3. The Welfare State

A partir de determinado momento histórico (hacia finales del siglo XIX y comienzos del XX), cuando los grupos más vulnerables y menos favorecidos lograron que se plasmaran sus reclamos en pro de obtener mejores condiciones de vida (*welfare*) se produjeron notables cambios sustantivos: se reconocieron más y mejores derechos laborales, asistencia pública y educación, entre otros; ahí se identifica el nacimiento del Estado benefactor o *Welfare State*.

Siguiendo a Cossío Díaz, quien cita a Ernst Forsthoff (aunque se muestra en desacuerdo con las consecuencias que atribuye a los cambios de relación entre Estado y sociedad), la previsión de una línea de conducta para el Estado, por medio de la cual regule fenómenos sociales, asuma la protección de sectores de la población y conciba políticas de recaudación y gasto para alcanzar tales fines, significa superar la hasta entonces mítica división entre Estado y sociedad.<sup>146</sup>

Lo importante, para efectos de mi trabajo, es destacar que con la llegada del Estado social<sup>147</sup> se produce (y aquí sigo a María del Rosario Huerta Lara) la

---

<sup>145</sup> Cossío Díaz, José Ramón. *Estado Social... cit.*, p. 29.

<sup>146</sup> *Ibidem... cit.*, p. 32.

<sup>147</sup> Un interesante análisis de los conceptos “Estado Social”, “Bienestar Social”, e “Interés Colectivo” en Huerta Lara, María del Rosario, *Los conceptos de Estado Social de Derecho, Bienestar social e Interés colectivo*, Revista Letras Jurídicas, Universidad Veracruzana, en <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/18/huerta18.pdf>. Para la autora, la cuestión social se manifestó en el orden constitucional después de la Primera

invocación de los derechos fundamentales para generar situaciones de igualdad material —a través de procesos como la discriminación inversa—, pero que también se prefiere llamar igualdad a lo que es diferenciación, tratando con desigualdad a los desiguales, es decir construyendo derechos no para todos sino sólo para los que necesitan el restablecimiento de la igualdad.

En suma, sin el elemento (valor) “igualdad”, no es viable calificar al Estado como uno de bienestar o social.<sup>148</sup>

Si a la ecuación le incorporamos el elemento “Estado de Derecho”, las matemáticas están del lado de la búsqueda de las grandes metas colectivas o sociales: del bienestar y la felicidad (dándole contenido a las normas que lo posibilitan y que se refieren a cuestiones como medio ambiente, salud, educación, vivienda, trabajo, descanso, etc.).

A partir de las ideas de igualdad, los Estados se obligan a otorgar prestaciones que busquen mejorar las condiciones de vida de todos.

---

Guerra Mundial. Efectivamente, tras el conflicto bélico en Europa, en América Latina, se dieron los primeros reconocimientos constitucionales de los derechos sociales. De esta forma, los Derechos sociales y la vida económica entraron a formar parte del proyecto constituyente. La democracia económica y los objetivos de igualdad sustancial se insertaron dentro de los derechos largamente consolidados por la tradición liberal, provocando, al tiempo, contradicciones y compromisos. Y, al respecto, aclara: “Empero, a estos derechos interpretados bajo la óptica liberal y formalista, se les atribuyó el carácter de fuerza programática. Es decir, la condición de disposiciones constitucionales carente de fuerza normativa”

<sup>148</sup> Al estar ese valor en textos constitucionales, se permite tener gran flexibilidad en cuanto a los contenidos que se potencializan vinculados con conceptos como “calidad de vida”. Al respecto, véase Cossío Díaz, José Ramón. *Estado Social ... cit.*, p. 33.

Que la ley proclame la igualdad de todos (nótese el tránsito implícito de lo singular a lo plural<sup>149</sup>) debe verificarse en la realidad<sup>150</sup>, proyectándose así un

---

<sup>149</sup> Esta transición de lo individual a lo colectivo, al menos en México, comenzó a tener grandes resonancias jurídicas con las reformas de acceso a la justicia y de derechos humanos efectuadas desde 2010: la reforma en materia de acciones colectivas (aunque limitada indebidamente a relaciones de consumo y medio ambiente), la reforma del juicio de amparo (que amplió el interés jurídico al interés legítimo y simple) y la reforma, de 10 de junio de 2011, de derechos humanos al artículo 1º ex CPEUM.

<sup>150</sup> Según Cossío “garantizando ciertas condiciones mínimas para la población” de donde surge el concepto de “mínimos vitales”. Cossío Díaz, José Ramón. *Estado Social ... cit.*, p. 46. (II) Asimismo, en la Tesis: I.4o.A.12 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XVII, febrero de 2013, tomo 2, p. 1345, de rubro “DERECHO AL MÍNIMO VITAL. CONCEPTO, ALCANCES E INTERPRETACIÓN POR EL JUZGADOR.”, se dice que “el derecho al “mínimo vital” o “mínimo existencial”, [...] ha sido concebido como un derecho fundamental que se apoya en los principios del Estado social de derecho, dignidad humana, solidaridad y protección de ciertos bienes constitucionales, cobra vigencia a partir de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, particularmente en sus artículos 1o., 3o., 4o., 13, 25, 27, 31, fracción IV, y 123; aunado al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, suscritos por México y constitutivos del bloque de constitucionalidad, y conformados por la satisfacción y protección de diversas prerrogativas que, en su conjunto o unidad, forman la base o punto de partida desde la cual el individuo cuenta con las condiciones mínimas para desarrollar un plan de vida autónomo y de participación activa en la vida democrática del Estado (educación, vivienda, salud, salario digno, seguridad social, medio ambiente, etcétera.), por lo que se erige como un

inacabado proceso de complejas operaciones normativas<sup>151</sup> entre igualdad formal e igualdad material.

### 3. Supremacía constitucional

Acerca de la relevancia y prevalencia que el principio de supremacía constitucional (frente a otras normas en conflicto) tiene sobre nuestro sistema jurídico, da cuenta un asunto resuelto en 2014 por la Segunda Sala de la SCJN, en el que se decidió por unanimidad de cinco votos, *obiter dictum*, un criterio extraordinario, al declarar que:

“[...] lo establecido por el artículo 1o. de la Constitución Federal, no implica que las normas constitucionales prohibitivas o que establezcan excepciones o restricciones a los derechos fundamentales para su eficacia, sean desatendidas, pues es el principio de supremacía constitucional el que prevalece cuando dos normas de carácter superior, una interna y otra externa, colisionan entre sí.”<sup>152</sup>

Asimismo, una nueva tesis de jurisprudencia firme estableció, como única limitante al principio de supremacía constitucional, el hecho de que frente al derecho

---

presupuesto del Estado democrático de derecho, pues si se carece de este mínimo básico, las coordenadas centrales del orden constitucional carecen de sentido.” Aunado a lo anterior, dice el TCC, “el mínimo vital es un concepto jurídico indeterminado que exige confrontar la realidad con los valores y fines de los derechos sociales [...]”. Concluye el TCC que “cada gobernado tiene un mínimo vital diferente; esto es, el análisis de este derecho implica determinar, de manera casuística, en qué medida se vulnera por carecer de recursos materiales bajo las condiciones propias del caso”.

<sup>151</sup> Que a su vez implica complejas operaciones económicas y de administración presupuestaria.

<sup>152</sup> Tesis: 2a. LVII/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Gaceta del Libro 7, junio de 2014, tomo I, p. 819.

humano o fundamental exista una restricción de fuente constitucional. De dicho precedente se extraen los siguientes cinco criterios<sup>153</sup>:

1. “Las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano”
2. “Lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado”
3. “Lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano”
4. “Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la [CPEUM], el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional”.
5. “En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual

---

<sup>153</sup> Tesis P./J. 20/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 5, abril de 2014, tomo I, rubro: “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.”

debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.”

Acorde con lo anterior, cuando en un juicio de amparo la sentencia importe al Estado (la federación, estados, municipios o Ciudad de México) la necesidad de erogar un recurso no presupuestado o limitado, ¿qué efecto normativo tendrá la supremacía constitucional defendida por conducto de la sentencia de amparo versus el presupuesto de egresos de que se trate?

Al respecto, algunas acotaciones:

- El Presupuesto de Egresos de la Federación (PEF), normativamente hablando y de *facto*, se sitúa en primer lugar frente a los derechos que la Constitución prevé.
- Partida no presupuestada no tiene cabida en el gasto público<sup>154</sup>.

---

<sup>154</sup> El gasto público se debe guiar con base en los principios aplicados por nuestros tribunales: “1. Legalidad: en tanto que debe estar prescrito en el Presupuesto de Egresos o, en su defecto, en una ley expedida por el Congreso de la Unión, lo cual significa la sujeción de las autoridades a un modelo normativo previamente establecido. 2. Honradez: pues implica que no debe llevarse a cabo de manera abusiva, ni para un destino distinto al programado. 3. Eficiencia: las autoridades deben disponer de los medios que estimen convenientes para que el ejercicio del gasto público logre el fin para el cual se programó y destinó. 4. Eficacia: ya que es indispensable contar con la capacidad suficiente para lograr las metas estimadas. 5. Economía: el gasto público debe ejercerse recta y prudentemente, lo cual implica que los servidores públicos deben siempre buscar las mejores condiciones de contratación para el Estado; y, 6. Transparencia: para permitir hacer del conocimiento público el ejercicio del gasto estatal.” *Cfr.*, Tesis: 1a. CXLV/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXX, septiembre de 2009, p. 2712, rubro “GASTO PÚBLICO. EL ARTÍCULO 134 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ELEVA A RANGO CONSTITUCIONAL LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, EFICIENCIA,

- Solamente un cambio legislativo podría dar cabida a un rubro no presupuestado.

Acudiendo al Derecho Convencional, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que los Estados deben tomar medidas, especialmente económicas y técnicas, para lograr “progresivamente” la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura.

En relación con esas materias, el problema quedaría resuelto, con la aplicación de esa norma de fuente internacional.

Ahora bien, en cuanto al derecho interno, es evidente que la jerarquía normativa del Presupuesto de Egresos de la Federación (y de los presupuestos en los otros ámbitos) está por debajo de la Constitución.

Ello significa que, a fin de lograr el pleno respeto del principio de supremacía constitucional con el cual se protegen los derechos fundamentales y el bienestar social, debe haber un mecanismo que permita que las resoluciones judiciales se cumplan totalmente.

Dejar de cumplir una sentencia, sobre todo las emanadas del juicio de amparo, implicaría una pérdida de validez (en el sentido *kelseniano*) de la CPEUM, situación particularmente grave si se trata de preservar y estimular el Estado de Derecho.

---

EFICACIA, ECONOMÍA, TRANSPARENCIA Y HONRADEZ EN ESTA MATERIA.”

Dicha tesis se originó en la Controversia constitucional 55/2008. Municipio de Oztolotepec, Estado de México. En el mismo asunto se estableció como criterio que “los pagos a cargo del Estado únicamente deben realizarse: 1) si están previstos en el Presupuesto de Egresos de la Federación y, como excepción, establecidos en una ley posterior expedida por el Congreso de la Unión; 2) ciñéndose a un marco normativo presupuestario, generando un control de economicidad referido a la eficiencia, eficacia y economía en la erogación de los recursos públicos; control que puede ser financiero, de legalidad, de obra pública y programático presupuestal; y, 3) de manera eficiente, eficaz, de economía, transparente y honrado.”

Recordemos el vínculo entre validez de la norma con su eficacia: “un orden jurídico como un todo, y las normas jurídicas particulares que constituyen este orden jurídico, se consideran válidas si son, en todos los ámbitos, obedecidas y aplicadas, o sea, si tienen eficacia” (Kelsen). Mas “validez” no debe confundirse con “eficacia”. La eficacia es condición de la validez, no igual a ella. La ley pierde validez si no ha cobrado efectividad (no se ha aplicado) o si deja de ser efectiva.

Así, los jueces en ejercicio del control constitucional deben imprimir materialidad a, entre otros, los derechos prestacionales, sin que resulte un impedimento que, en el presupuesto, no estén previstos los recursos respectivos “dependiendo de las necesidades particulares de los ciudadanos para alcanzar un nivel general de bienestar al cual se encuentra obligado el Estado”<sup>155</sup>.

El sistema en su conjunto debe, y lo hace, prever controles jurídicos y políticos para que se respete, en el seno de los poderes legislativos, el carácter progresivo señalado convencionalmente y, además, que se acaten las sentencias otorgadas por la protección constitucional.

En 2013, un TCC, al analizar la naturaleza jurídica del PEF, sostuvo que el PEF constituye una norma (formal y materialmente hablando):

---

<sup>155</sup> El Pleno de la SCJN, al resolver la controversia constitucional P./J. 90/2009, respecto al Reglamento de la Ley General de Desarrollo Social, sostuvo en materia de derechos sociales que “la Constitución Federal conjunta las obligaciones prestacionales del Estado con la concurrencia y coordinación de las facultades en materia financiera y presupuestal” y subyace una racionalidad tendiente a “reducir la desventaja de personas o grupos”, rubro: “DESARROLLO SOCIAL. EL ARTÍCULO 15 DEL REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL RELATIVA QUE PREVÉ UN MODELO SOCIAL ÚNICO DE FOCALIZACIÓN RADICAL PARA LA ATENCIÓN A GRUPOS EN DESVENTAJA, NO VIOLA LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.”, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, julio de 2009, p. 1538.

“[...]”, en tanto su aprobación corresponde a la Cámara de Diputados, conforme al artículo 74, fracción IV, de la [CPEUM], pues cabe afirmar que es norma jurídica todo acto emanado del Poder Legislativo que cumpla las formalidades constitucionales; y es también en sentido material, pues tiene su origen en la voluntad del legislativo, que al emitir el [PEF] faculta a un funcionario público diverso al Ejecutivo Federal para expedir disposiciones de carácter general y abstractas, sujetándose a los parámetros descritos, que implican consecuencias jurídicas precisas que se imponen tanto al gobierno como a los particulares a los que se encuentra dirigida.”<sup>156</sup>

Otra tesis de Colegiados, también de 2013, plantea que, ante una omisión legislativa presupuestaria, el juicio de amparo es improcedente por implicar una redistribución de recursos “mediante la realización de un acto legislativo con características generales, abstractas y permanentes, lo que es legalmente imposible”<sup>157</sup>

Al respecto cabe puntualizar que es distinto hablar de procedencia contra la omisión apuntada, que lograr que una sentencia de amparo sea eficaz.

---

<sup>156</sup> Tesis: I.3o.(I Región) 20 A (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 1, diciembre de 2013, tomo II, p. 1208, rubro: PRESUPUESTO DE EGRESOS DE LA FEDERACIÓN PARA LOS EJERCICIOS FISCALES 2010 Y 2011. SU ARTÍCULO 4, FRACCIÓN II, ES UNA NORMA JURÍDICA EN SENTIDO FORMAL Y MATERIAL.

<sup>157</sup> Tesis: IX.1o.5 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XXIV, septiembre de 2013, tomo 3, p. 2620, rubro: “OMISIONES LEGISLATIVAS. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO CONTRA LA RELATIVA A DESTINAR EN EL PRESUPUESTO DE EGRESOS DE LA FEDERACIÓN, UNA PARTIDA PARA EL FIDEICOMISO QUE ADMINISTRARÁ EL FONDO DE APOYO SOCIAL PARA EX TRABAJADORES MIGRATORIOS MEXICANOS”.

Relativo a este último punto, el Pleno de la SCJN fijó diversas jurisprudencias respecto de asuntos relacionados con el cumplimiento de sentencias de amparo cuando se enfrentaba al problema de que los recursos presupuestados o no incluían el rubro específico de la sentencia, o los montos presupuestados no alcanzaban.

Estableciéndose, en términos amplios, la obligación de que en el seno del poder legislativo se incluyeran los rubros suficientes para cubrir los montos derivados de tales sentencias de amparo.

Ello es así ya que, por un lado, el artículo 17 de la CPEUM establece el derecho a la tutela judicial efectiva, partiendo de la premisa de que el derecho de acceso a la justicia implica que las sentencias dictadas se cumplan.

De nada serviría, pues, agotar un procedimiento judicial (o administrativo) para que lo ahí resuelto no tenga eficacia protectora o sea más costoso hacerla efectiva.

De la misma manera, se establece en el artículo 107, fracción XIV, de la CPEUM que “[n]o podrá archivarse juicio de amparo alguno, sin que se haya cumplido la sentencia que concedió la protección constitucional”.

Por su relevancia para este capítulo, traigo a colación las tesis –en las partes que nos importan—:

La tesis P./J. 9/2011<sup>158</sup>, ante diversos incidentes de inejecución de sentencias de amparo, estableció la existencia implícita de un *mandato de colaboración* en materia presupuestal, al sostener que:

---

<sup>158</sup> Tesis P./J. 9/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXXIII, marzo de 2011, p. 5, rubro “SENTENCIAS DE AMPARO CUYO CUMPLIMIENTO IMPLICA PAGOS A CARGO DE LAS AUTORIDADES DEL GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL. AL CONSTITUIR PRESUPUESTO DEVENGADO, SU MONTO DEBE INCLUIRSE CON PRECISIÓN EN EL ANTEPROYECTO, PROGRAMARSE EN EL PROYECTO Y APROBARSE EN EL PRESUPUESTO DE EGRESOS.”

“[...] existe un mandato específico de colaboración para que, en materia presupuestal, el órgano ejecutivo de carácter local programe el pago de las cantidades destinadas al cumplimiento de las sentencias protectoras de garantías, y el órgano legislativo de esta entidad federativa apruebe la partida específica que abastezca de fondos bastantes para sufragarlas, más aún cuando el párrafo tercero del artículo 1o. de esta ley señala que los sujetos obligados a cumplirla observarán que la administración de los recursos públicos se realice con un enfoque de respeto a los derechos humanos, entre otros principios.”

En virtud de ello, dice el Pleno de Ministros que existe un “pasivo presupuestario a cargo de la autoridad responsable”, y que debe hacer lo que esté a su alcance para incluirlo en el presupuesto. Esta es la dicción de la SCJN:

“[...] le resulta la obligación correlativa de solicitar una partida especial —separada de los demás adeudos derivados de laudos o sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales locales— para hacer frente a los pasivos generados por el cumplimiento de las ejecutorias pronunciadas en los juicios de amparo, cuando vinculen a la administración pública del Distrito Federal al pago de cantidades ciertas y determinadas, solicitud en la cual deberá explicar en forma detallada la fecha en la que causaron estado los fallos, el monto aproximado de las devoluciones y, en su caso, los accesorios que podrían generarse por su falta de liquidación oportuna dentro del ejercicio fiscal respectivo [...]”.

En la tesis P./J. 7/2011<sup>159</sup>, la Corte refiere que el deber de incluir en el presupuesto la partida no se agota con su previsión, sino que debe alcanzar lo

---

<sup>159</sup> Tesis P./J. 7/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXXIII, marzo de 2011, p. 6, rubro “SENTENCIAS DE AMPARO CUYO CUMPLIMIENTO IMPLICA UN PAGO A CARGO DE AUTORIDADES DEL

presupuestado para cubrir los pasivos generados tras las sentencias de amparo<sup>160</sup>, pues “la intención del legislador fue garantizar el Estado de Derecho mediante la aprobación de la partida específica”.

Todo ello sobre la base de que el acatamiento de las sentencias de amparo “constituye parte esencial de la preservación del Estado de Derecho”.

En la tesis P./J. 8/2011<sup>161</sup>, se establece que, de impedirse acudir a los mecanismos de adecuaciones presupuestarias, tras agotarse los recursos destinados originalmente a la partida respectiva, sería contrariar el artículo 17 de la CPEUM:

“pues tal limitación constituiría un grave obstáculo al cumplimiento de las sentencias, al generar un sistema al tenor del cual resultaría más complejo el pago de gastos exigidos constitucionalmente que otros derivados de los vínculos jurídicos

---

GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL. ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES QUE IMPONE A LA ASAMBLEA LEGISLATIVA EL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 73 DE LA LEY DE PRESUPUESTO Y GASTO EFICIENTE DE ESA ENTIDAD.”

<sup>160</sup> Debe autorizarse cuando menos por la suma de las condenas impuestas y de las devoluciones ordenadas en las sentencias dictadas contra el gobierno del Distrito Federal.

<sup>161</sup> Novena Época, Registro 162470, Pleno, Jurisprudencia, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIII, marzo de 2011, Materia Común, Tesis P./J. 8/2011, página 8, de rubro “SENTENCIAS DE AMPARO CUYO CUMPLIMIENTO IMPLICA UN PAGO A CARGO DE AUTORIDADES DEL GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL. EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 73 DE LA LEY DE PRESUPUESTO Y GASTO EFICIENTE DE ESA ENTIDAD NO IMPIDE A ÉSTAS, EN EL ÁMBITO DE SU COMPETENCIA, REALIZAR ADECUACIONES PRESUPUESTALES PARA CUMPLIR CON AQUÉLLAS CUANDO SE AGOTE LA PARTIDA PRESUPUESTAL AUTORIZADA PARA TAL EFECTO POR LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL.”

que voluntariamente celebre el gobierno del Distrito Federal.” (hoy Ciudad de México).

A manera de conclusión para este apartado, dejo estos principios generales, contenidos en una jurisprudencia, y que se traducen en “ser creativos” (permítaseme la expresión) en el ejercicio del presupuesto y cumplir con las sentencias de amparo: “las autoridades [responsables] deben desarrollar todas las acciones que resulten pertinentes, dentro de sus atribuciones, para dotar a la partida presupuestal de los recursos necesarios para acatar la obligación constitucional derivada de las sentencias”.<sup>162</sup>

El mismo precedente establece el principio de que el cumplimiento de la sentencia de amparo tiene carácter preferente y que:

“también tienen la obligación de instrumentar los mecanismos de transferencias o adecuaciones de las partidas que integran el presupuesto previamente autorizado, tomando en cuenta, por una parte, el carácter preferente que asiste a la respectiva obligación constitucional de pago -la que debe cumplirse en el plazo fijado en la sentencia respectiva- y, por otra parte, que ninguna disposición legal de rango inferior a la Constitución General puede condicionar su acatamiento.”

---

<sup>162</sup> Tesis P./J. 5/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXXIII, marzo de 2011, p. 10, rubro: “SENTENCIAS DE AMPARO CUYO CUMPLIMIENTO IMPLICA UN PAGO. AUN CUANDO LAS AUTORIDADES PUEDAN SOLICITAR UNA AMPLIACIÓN DEL PRESUPUESTO PARA ACATARLAS TAMBIÉN ESTÁN OBLIGADAS A INSTRUMENTAR SIMULTÁNEAMENTE, PARA ESE FIN, MECANISMOS DE TRANSFERENCIAS Y ADECUACIONES DE LAS PARTIDAS QUE LO INTEGRAN.”

3.1. El contenido legislativo de la decisión judicial: el mandato de colaboración presupuestal

Nuestros ya mencionados Holmes y Sunstein, en *El costo de los derechos*, sostienen que “[e]l Poder Judicial se enorgullece de estar aislado del proceso político, de seguir los dictados de la razón antes que los de la celeridad, y de dejar los asuntos fiscales en manos de la legislatura y el ejecutivo”.

Según ellos, y coincido plenamente, “el hecho de que los derechos sean financiados por los esfuerzos extractivos de otras ramas no se condice con la imagen que la rama judicial tiene de sí misma”.

Otros académicos han analizado varias de las objeciones que, cotidianamente, enfrentan los tribunales al pronunciarse sobre derechos sociales<sup>163</sup>. Roberto Gargarella responde a éstas desde perspectivas asociadas a la “democracia deliberativa” y a la “justiciabilidad de los derechos sociales”. Para él, las dos principales objeciones que enfrentan los tribunales son la de la separación de poderes y la democrática<sup>164</sup>, que ya comentaré.

En materia de derechos sociales, los grandes avances y referentes se han dado gracias a oportunas intervenciones judiciales, no sólo en México sino en otros países con tradiciones jurídicas como la nuestra. En el caso mexicano, las resoluciones comienzan a cambiar la realidad, desafiando una añeja pasividad. El Poder Judicial de la Federación (PFJ) ha comenzado a explorar, con el impulso procesal de los litigantes innovadores, nuevas soluciones frente a demandas de exigencia de los derechos sociales y prestacionales.

Puede haber quien opine que las resoluciones importantes, por ejemplo, en materia del derecho a la salud, son intentos aislados que no marcan todavía una

---

<sup>163</sup> Me fundamento en el espléndido análisis hecho por Espinosa de los Monteros, Javier y Ordóñez, Jorge (coord.), Gargarella, Roberto, “Justicia dialógica y derechos sociales”, *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, México, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 109-141.

<sup>164</sup> Espinosa de los Monteros, Javier y Ordóñez, Jorge (coord.), Gargarella, Roberto, *Justicia dialógica.... cit.*, p. 110.

tendencia dominante o evolutiva. No me parece relevante puesto que son todavía pocos los casos que se han planteado y han ameritado, al menos en la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación (SJF), el pronunciamiento de los ministros de la SCJN. Lo que me parece más relevante es señalar, precisamente, que sean pocos los casos planteados, ya que las condiciones de desigualdad material podrían sugerir la existencia “hipotética” de mayores violaciones a los derechos sociales.

También queda claro que no todos los juzgadores, magistrados y ministros están “alineados” en torno al carácter normativo de los derechos prestacionales. La evolución normativa quizá fue (*aunque Usted no lo crea*) más rápida, sin que el legislador lo notara de manera consciente, que la adaptación de la forma de pensar y operar de algunos miembros del PJJ. La gran mayoría de los juzgadores fueron entrenados bajo el modelo de las normas programáticas y es bien sabido que los cambios de modelo de pensamiento toman su tiempo en echar raíces.

Breve paréntesis: si los tribunales no conocen asuntos relacionados con la falta de eficacia de los derechos prestacionales, entonces algo extraño pasa en el foro jurídico nacional, que no halla las argumentaciones para canalizar las frustraciones. Allí la comunidad jurídica está en deuda. Nuevamente, y de manera inevitable, surge la cuestión de la vinculación entre evolución del Estado de Derecho y educación jurídica, que no es tema de este apartado, por lo que sólo la dejo anotada. Cierro el paréntesis y, si se quiere, la comezón.

Eventualmente, podemos afirmar, la idea predominante y la tendencia firme será reconocer que los derechos prestacionales son vinculantes para el Estado mexicano y, cualquiera que sea la motivación del juzgador, los ciudadanos comenzarán a ver una nivelación en las condiciones de igualdad, vía sentencias judiciales.

No obstante, la fuerza correctora en lo social y en las resoluciones judiciales a través de la concreción y materialización de los derechos que la Constitución nos otorga, algunos operadores jurídicos tienen objeciones. Una de las dificultades, dicen, está en determinar si los actos de los jueces violentan la división de poderes (establecida en la propia Constitución).

Y es que si el presupuesto, en nuestro caso el PEF (y los respectivos a nivel estatal) es una norma jurídica (ley emanada del Congreso), parecería que las sentencias transgredirían el principio de la división de poderes al ordenar una alteración al documento, al asignar “recursos presupuestales” que el legislador no consideró al momento de elaborar el PEF. Algunos se preguntan cómo pueden los jueces, con la escasa información disponible, decidir en forma razonable y responsable sobre la asignación óptima de los recursos públicos<sup>165</sup>.

Lo curioso es que quienes hacen la objeción supeditan el principio de supremacía constitucional al principio de la división de poderes y al favorecer uno, violan el otro. Si de respetar principios se trata, habría primero que respetar el de la supremacía constitucional. No puede entenderse que la Constitución establezca un principio con base en cual se aniquila a sí misma.

No podremos transitar hacia un Estado social efectivo si seguimos entendiendo la división de poderes como un principio sobre el cual cada Poder hace “exclusivamente” y de manera “restringida” lo suyo, y nada más. El diseño constitucional permite advertir que los Poderes realizan diversas funciones además de la natural. El constitucionalismo contemporáneo, como el mexicano, empieza a abandonar aquella rígida concepción separatista, para suplirla con una visión colaborativa.

Por ejemplo, el Poder Ejecutivo también “legisla” con la facultad reglamentaria (materialmente legislativa, formalmente ejecutiva); el Poder Legislativo lleva a cabo procedimientos sancionadores (materialmente judiciales); y el Poder Judicial legisla al establecer la jurisprudencia obligatoria. Nadie en su sano juicio diría que se trata, en esos casos, de una violación a la división de poderes.

---

<sup>165</sup> Un juez puede ordenar que se mejoren las condiciones de una cárcel, mas no puede estar seguro que los recursos destinados estén mejor empleados que en una campaña de vacunación contra la difteria dirigida a niños de los barrios más pobres. Véase, Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *El costo de los derechos*, México, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012, p. 49.

Los Poderes Judiciales del Estado mexicano, no sólo el Federal, deben decidirse por incidir más en el bienestar social, pues es el propio Estado quien ha decidido hacerlo mediante los derechos prestacionales.

Una visión renovada de la división de poderes permitiría afirmar que lo que los jueces hacen es controlar las desviaciones presupuestales respecto de los mínimos vitales que la CPEUM nos garantiza a todos en condiciones de igualdad.

En ese tenor, el profesor Cossío Díaz sostiene:

“cuando el Estado social irrumpe, trayendo consigo el valor igualdad que quiebra el monopolio de la libertad, se fuerza un incremento de las atribuciones estatales, dejando de lado su función abstencionista para incidir más en la sociedad<sup>166</sup>”.

Cierto es que, en campo de interpretación constitucional, los conflictos que sobre prestaciones sociales concretas se verifican, plantean al momento de sentenciarse un contenido legislativo por parte de jueces, pero en última instancia son los legisladores quienes están obligados a corregir los defectos presupuestarios, y no directamente los jueces. Es un efecto de la resolución judicial.

En cuanto a la objeción, los opositores dicen que está vedado al Poder Judicial involucrarse en cuestiones relacionadas con la aplicación de los derechos sociales, porque ello implicaría dejar que la judicatura tomara el lugar de los legisladores, que son los constitucionalmente encargados de resolver cuestiones sobre el presupuesto.

A ello agregan que, si el Poder Judicial comenzara a ocuparse de este tipo de cuestiones, sus integrantes pasarían a legislar en el área más crucial de las que se encargan al Congreso. O lo que es peor: los jueces descuidarían el aparato de impartición de justicia, olvidando y rezagándose en la realización de tareas que sí le competen. Se quebraría el principio de división de poderes, con lo cual los riesgos

---

<sup>166</sup> Cossío Díaz, José Ramón. *Estado Social... cit.*, p. 48.

de abusos de poder —que el sistema de separación buscaba evitar— se incrementarían.<sup>167</sup>

La otra de las objeciones reside en el hecho de que los jueces no fueron ni son nombrados de la misma manera (evito calificar de “no democrática”) que los miembros del Congreso de la Unión (representantes, y esto sí es importante, del elector), donde, *per se*, reside la soberanía popular.

Es llamativo que importe más el método de elección que el resultado del ejercicio de la función. Si el método fuera lo definitivo, parecería que nuevamente se subordina el respeto de lo que la Constitución manda a un determinado método de nombramiento de los jueces que, por cierto, de ninguna manera conviene sean electos democráticamente, sino en atención al mérito, lo cual permite, precisamente, que corrijan los defectos del PEF.

La llamada “objeción democrática” (directamente vinculada con la división de poderes) parte de la idea de falta de legitimidad del Poder Judicial para resolver, en general, cuestiones relacionadas con el diseño de políticas públicas. Dicha ausencia se refiere a que las cuestiones presupuestales debieran ser organizadas y definidas directamente por la ciudadanía, o a través de sus representantes, “no por personas que carezcan de esas credenciales democráticas”.

---

<sup>167</sup> Siguiendo a Miranda, Mercado y García Ortega, el problema reside más en que a los jueces no les interesa el ejercicio social de la función jurisdiccional en el ámbito social, que en la auténtica objeción por la separación de poderes. Véase: Miranda Camarena, Adrián Joaquín, *et al. Garantías sociales*, México, Porrúa y Universidad de Guadalajara, 2012, p. 173. Me parece que en ello hay implícito un problema de falta de capacitación de los juzgadores, que, entrenados por siglos con la visión decimonónica del derecho romano-germano, adoleciendo de una visión concentrada en las normas, y sin entendimiento de aspectos económicos y sociales, han sufrido el abandono de esa función jurisdiccional con enfoque social. Desde luego, los abogados litigantes también tienen que ser más creativos y buscar alternativas que les permitan obtener sentencias ampliadoras de los derechos prestacionales.

Me parece que se le otorga demasiado peso, insisto, al método de elección de los servidores públicos. En última instancia los jueces derivan su autoridad del poder democrático de la Constitución. No me parece un argumento de peso. Por ello, no coincido con Gargarella en que “su legitimidad, en dicho terreno, resulta débil en relación con la legitimidad propia de las alternativas políticas existentes, ya que sus miembros no son directamente elegidos, ni pueden ser removidos, a partir de una votación popular”<sup>168</sup>.

Sencillamente, aceptar dicha posición implicaría desconocer que los jueces son nombrados dentro de controles democráticos. En el caso de los ministros de la SCJN, es bien sabido, los nombramientos se hacen por propuesta del titular del Poder Ejecutivo, más la correspondiente ratificación senatorial. Ello es suficiente y altamente democrático.

El mismo Gargarella considera que ambas objeciones pueden ser respondidas con una sencilla réplica, y que resulta letal a ellas. Dice:

“Si la réplica en la que pienso tuviera éxito, quedaríamos enfrentados a una situación curiosa, dada la constante insistencia con que se presentan dichas objeciones, que ya llevan décadas de vida. La réplica en la que pienso parte, muy simplemente, de una pregunta como la siguiente: ¿Cuál es la concepción que Ud. —crítico de la judiciabilidad de los derechos sociales— tiene en mente, cuando se refiere a las ideas de “separación de los poderes” o de “democracia”?”

Ambas objeciones (separación de poderes y democrática) amén de ser necesarias para comprender el sistema constitucional en su conjunto, son superables y no logran dejar sin efectividad que los jueces materialicen los derechos.

Además, otras objeciones documentadas contra la posibilidad de que los tribunales decidan entorno a los derechos sociales, han sido muchas más que las apuntadas y seguramente habrá nuevas.

Las objeciones más socorridas son:

---

<sup>168</sup> Espinosa de los Monteros, Javier y Ordóñez, Jorge (coords.), Gargarella, Roberto, *Justicia dialógica.... cit.*, p. 111.

- Los tribunales no pueden tratar del mismo modo a los derechos “negativos” (que requerirían la no acción del poder público) y a los derechos “positivos” (que exigirían comportamientos activos, para cuya imposición es necesaria una legitimidad de la que carecen los tribunales).
- Los jueces no pueden interferir con decisiones presupuestarias (que, en una democracia, le competen sólo a los ciudadanos y sus representantes en el Congreso).
- Los tribunales no están técnicamente capacitados para lidiar con este tipo de “cuestiones difíciles”, además de carecer de equipos técnicos adecuados.
- Los tribunales no tienen una perspectiva general y global de las finanzas públicas. Su actuación es dada “caso por caso”.

Lo anterior lleva a replantearnos si realmente se ejerce el llamado “gobierno de los jueces”.<sup>169</sup>

Y para responder esa cuestión tenemos que regresar al tema de la división de poderes. Si por separación de poderes entendemos, y nos aferramos a, la visión decimonónica de que cada Poder hace exclusivamente lo suyo<sup>170</sup> (“cada poder tiene funciones específicas que resolver, y ninguno de ellos debe entrometerse con las tareas que les corresponden a los demás poderes, bajo el riesgo de romper el equilibrio buscado, generando un grave riesgo de opresión y abuso de autoridad”), equivaldría a negar lo que sucede todos los días: los Poderes hacen las tareas entre

---

<sup>169</sup> Carbonell, Miguel; Fix-Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (comps.) *Jueces y derecho, problemas contemporáneos*, Troper, Michel, *Del gobierno de jueces al gobierno por los jueces*, México, Porrúa-UNAM, 2008, pp. 177-220.

<sup>170</sup> Aquella peculiar idea de la división de poderes se denominó, en su momento, “separación estricta”: habitualmente presentada y defendida por el pensamiento “antifederalista” norteamericano, inspirado a su vez por el pensamiento revolucionario francés y parte del radicalismo inglés.

sí. El Ejecutivo, pues, también legisla (facultad reglamentaria); el Legislativo juzga (juicio político); y el Judicial no solamente juzga, también legisla (jurisprudencia<sup>171</sup>).

Curioso, como apunta Gargarella:

“me animaría a señalar que la enorme mayoría de quienes apoyan esta visión (derrotada) de la “separación” para objetar la intervención de los jueces en materia de derechos sociales, no tiene dudas en suscribir la visión “dominante” cuando reflexiona sobre el sistema constitucional, los modos en que funciona, o las formas en que debería funcionar.”

Con las anacrónicas nociones de la estricta división de poderes, el gran escenario jurídico ha sido, notable y precisamente, el judicial.<sup>172</sup>

Es necesario, por otro lado, judicializar el Derecho,<sup>173</sup> especialmente en la práctica.<sup>174</sup> El rol judicial cumple funciones más importantes todavía en las democracias incipientes (como la mexicana)<sup>175</sup>.

---

<sup>171</sup> De donde surge la distinción entre: actos formal y materialmente legislativos; formalmente judiciales, pero materialmente legislativos; y formalmente ejecutivos, pero materialmente legislativos.

<sup>172</sup> Bonorino Ramírez, Pablo (ed.), *Pensar el Derecho, ensayos de teoría jurídica contemporánea*, Vigo, Luis Rodolfo, *Razonamiento justificatorio judicial*, Lima, Ara Editores, 2010, p. 43.

<sup>173</sup> Véase: Vigo, Luis Rodolfo. *Constitucionalización y judicialización del Derecho*, Bogotá, Editorial Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana, 2012.

<sup>174</sup> Hernández Marín, Rafael, *Razonamientos en la sentencia judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 243 y ss.

<sup>175</sup> Molina Piñeiro, Luis J., Ojesto Martínez P., Serrano Migallón, Fernando (coords.), *Funciones del Derecho en las democracias incipientes. El caso de México*, González Carrancá, Juan Luis, *El poder judicial y la transición democrática en México*, México, Porrúa, UNAM, pp. 191-206.

Estamos ahora en buen momento de afirmar la existencia de tal “gobierno de los jueces”, pues resulta sorprendente que se objete a la judicialización de los derechos sociales argumentando que los jueces “invaden” el lugar de los legisladores, se inmiscuyen en tareas para las que no están preparados, al tiempo que amenazan con tomar el lugar de los políticos.

Es evidente, al menos para mí, que no hay una “invasión”, sino una falta de visión general del problema, y de capacitación técnica en esas cuestiones “difíciles”, pero resolubles en la práctica.

De hecho, es común que, en el seno del Poder Legislativo, los legisladores tengan asesores (no electos democráticamente, sino contratados con dinero público, fuera o dentro del organigrama del Estado), quienes son los verdaderos concedores de lo que se plasma en blanco y negro.

No encuentro motivos por los cuales, en el Poder Judicial, no se abran espacios para que los jueces tomen mejores decisiones, siempre con independencia y autonomía.

Para ahondar en lo anterior, señalo que, ya por costumbre, ya por ideología, algunas corrientes de pensamiento señalan que es apropiado que los legisladores se ocupen del presupuesto (además de que les compete por norma constitucional), puesto que las cuestiones distributivas merecen discusiones colectivas, con representantes de todas las ideologías partidistas y de todas las regiones del país.<sup>176</sup>

Otros van más lejos: una interferencia judicial en ese terreno resultaría, en principio y por tales razones, inaceptable: los jueces carecen de la representatividad que consideramos crucial para que puedan llevarse a cabo discusiones que consigan resultados más imparciales”. Sin embargo, con Gargarella nos preguntamos: ¿por qué una intervención judicial sobre cuestiones presupuestarias resulta insultante?

---

<sup>176</sup> Espinosa de los Monteros, Javier y Ordóñez, Jorge (coords.), Gargarella, Roberto, *Justicia dialógica.... cit.*, p. 114.

Como anticipé, en el diseño de cualquier presupuesto intervienen —como equipos técnicos— abogados, economistas, politólogos y contadores carentes de legitimación democrática alguna. Sin embargo, nadie advierte el más mínimo problema en la interferencia de otras personas en el proceso legislativo.

Gargarella nos ayuda a entender que la resistencia a la actividad judicial en cuestiones que atañen centralmente al presupuesto surge, fundamentalmente, de desestimables visiones sobre la democracia.<sup>177</sup>:

“la Constitución nos invita a que decidamos hoy, colectivamente, cuál es la mejor política a seguir, en materia de derechos sociales, que sea compatible con un derecho constitucional comprometido con ideales de justicia e igualdad. En todo caso, lo que resulta claro es que quienes quieren fundar la abstinencia de los jueces frente a los derechos sociales en razones democráticas, tienen que ofrecernos argumentaciones más robustas y completas de las que nos han dado hasta ahora: el argumento democrático no parece bastar, por sí solo, para resistir dicha intervención judicial.”<sup>178</sup>

---

<sup>177</sup> Pienso, ante todo, en dos concepciones más bien opuestas. Por un lado, una visión *rousseauiana* más radical, y por otro, una visión más conservadora, *hamiltoniana*, como la que fue compartida por buena parte de la dirigencia norteamericana en los años fundacionales del constitucionalismo. *Cfr.*, Espinosa de los Monteros, Javier y Ordóñez, Jorge (coords.), Gargarella, Roberto, *Justicia dialógica.... cit.*, p. 115. Como dato de derecho comparado, hay decisiones judiciales que se resisten a la consideración de los derechos sociales como derechos prestacionales (operativos), y suelen alegar, como en Ramos, Marta v. Provincia de Buenos Aires (12/3/2002; JA 2002-IV-466) que la Constitución “no requiere que los jueces (en lugar de los legisladores) sean los que garantizan el bienestar general.”

<sup>178</sup> Espinosa de los Monteros, Javier y Ordóñez, Jorge (coords.), Gargarella, Roberto, *Justicia dialógica.... cit.*, p. 119. En otros estudios, Gargarella analiza el problema de la igualdad en el derecho norteamericano, algunas de cuyas

Asevero que los jueces defienden, en última instancia, la voluntad democrática del pueblo al obtener, mediante sus dictados, el respeto a la Constitución.

¿Qué puede ser más democrático que eso?

### 3.2. No hay derecho sin obligaciones y deberes ciudadanos

Influenciados por nuestra historia constitucional, y aun en pleno siglo XXI, los abogados entrenados tanto en escuelas públicas como privadas, parecen no haberse dado cuenta de que los derechos (en particular los de contenido social de origen constitucional) implican mecanismos más sofisticados que la mera relación entre sujeto activo (Estado) y sujeto pasivo (persona).

Si permanecemos anclados a esa visión en la que los ciudadanos son meros acreedores de los derechos prestacionales, éstos seguirán sin actuar en favor de la conservación de esos derechos en beneficio colectivo. Esta forma de pensar, pareciera, tiene raíces en el individualismo del cual se inspiró nuestro Derecho, particularmente el amparo.

Frente a derechos como el de tener un medio ambiente sano, los ciudadanos no debemos mantener expectantes a que sea el Estado quien realice ciertas o algunas acciones. Gran parte de los actos que lesionan al derecho, colectivo y difuso, al medio ambiente provienen de nuestro actuar ciudadano.

Me explico: si la CPEUM dijera que es obligación y derecho de todos los mexicanos preservar el medio ambiente, se comenzaría a transitar en la dirección señalada. Es muy diferente el mensaje enviado por la norma cuando dice que se tiene “derecho a un medio ambiente sano”, que cuando dice que se es “parte del

---

consideraciones son válidas para este trabajo, si bien no se transcriben por falta de espacio y para no salirnos de nuestro ámbito de investigación. *Cfr.*, Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa y Yale Law School, 1999.

cumplimiento de dicha finalidad”: ¡la soberanía ambiental reside en los ciudadanos!<sup>179</sup>

En ese contexto se inscribe la “Carta Universal de los deberes y obligaciones de las personas”<sup>180</sup> en la medida que reconoce que “sin una ciudadanía activa y plenamente consciente de su posición en el mundo, será difícil llevar a cabo cualquier proceso de transformación”. Dicha Carta también reconoce la función que las colectividades pueden tener por el poder que acumulan o la función que desempeñan.

Ser sujeto de derechos implica ser sujeto de obligaciones y deberes, ello sin pretender por ningún momento eludir que el Estado es el primer obligado a garantizar los derechos humanos, pero transformando cívicamente el papel de la ciudadanía, como principal aliado.

Tomemos como ejemplo el derecho a la educación de calidad. Si las familias se asumieran como actores importantes de aquél derecho, la educación que se imparte en los hogares también sería de calidad, y conciliaría con la que se debe dar en las aulas.

Si los demás actores privados, tengan o no hijos en edad escolar, se comprometieran con ese resultado, su interferencia, por ejemplo, en los medios de comunicación a través de la publicidad comercial, sería favorable.

*Todos* estamos obligados a contribuir para una educación de calidad, no sólo el Estado, la Secretaría de Educación Pública, las dependencias de los Estados, etc.

Transformar la concepción invita a transformar la redacción. Urge que modifiquemos la dicción de los textos constitucionales para que el mensaje que

---

<sup>179</sup> El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley, dice hoy el artículo 4º de la CPEUM.

<sup>180</sup> Consultada en [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/278330/Carta Universal de los Deberes y Obligaciones de las Personas.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/278330/Carta_Universal_de_los_Deberes_y_Obligaciones_de_las_Personas.pdf) el 3 de marzo de 2018.

reciben los destinatarios de las normas sea otro, de calidad (sin contradicciones, vaguedades, sin vicios de inconstitucionalidad).

Pero, otra parte del problema no reside en la norma, está en su mensaje. Los destinatarios requieren que se les induzca hacia hábitos que tiendan a construir mejores relaciones en las que el respeto a las normas sea la regla general. Con ello se construye legitimidad, cumplimiento y se combate la anomia. La representación anacrónica que se hace de los derechos de origen constitucional no favorece al *rule of law*, puesto que propicia comportamientos egoístas, dependientes y poco solidarios.

Los valores y principios constitucionales irradiados hacia el orden jurídico debe ser internalizado por todos para que las reglas del juego sean la base del “*fair play*” y con su cumplimiento espontáneo mejoren las condiciones materiales de todos. Con ello se cumplirá con el Estado de derecho.

Recientemente, la Primera Sala de la SCJN, en la tesis de jurisprudencia en materia constitucional aprobada el 24 de agosto de 2016, de rubro: “DERECHO A ACCEDER A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO. LA OBLIGACIÓN DE ASEGURAR LA PLENA EFICACIA DE ESTE DERECHO RECAE TANTO EN LOS PODERES PÚBLICOS COMO EN LOS PARTICULARES”, fijó un criterio que me parece plantea una solución a lo que sostengo en el párrafo anterior.

Por la trascendencia del punto, me parece conveniente transcribir la tesis para después comentarla:

“Esta Primera Sala considera que, en un primer momento, sería posible sostener que corresponde únicamente al Estado asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de todos sus ciudadanos mediante servicios sociales, seguros o pensiones en casos de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y, en general, cualquier otro supuesto previsto en las leyes de la materia por el que una persona se encuentre imposibilitada para acceder a medios de subsistencia por circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, esta Primera Sala considera que no es correcto sostener que la satisfacción de este derecho corresponde exclusivamente al Estado

en los supuestos anteriormente señalados pues, derivado de su propia naturaleza, es evidente que el mismo permea y se encuentra presente en ciertas relaciones que se entablan entre los particulares, especialmente en lo que se refiere a las obligaciones de alimentos derivadas de las relaciones de familia. Efectivamente, si bien es cierto que la obligación de proporcionar alimentos en el ámbito familiar es de orden público e interés social y, por tanto, el Estado tiene el deber de vigilar que en efecto se preste dicha asistencia, en última instancia corresponde a los particulares, derivado de una relación de familia, dar respuesta a un estado de necesidad en el que se encuentra un determinado sujeto, bajo circunstancias específicas señaladas por la propia ley. En consecuencia, es posible concluir que del derecho fundamental a acceder a un nivel de vida adecuado emanan obligaciones tanto para el Estado en el ámbito del derecho público -régimen de seguridad social- como para los particulares en el ámbito del derecho privado -obligación de alimentos-, derivándose de la interacción y complementación de ambos aspectos la plena eficacia del derecho fundamental en estudio.”<sup>181</sup>

Me parece que más allá del tema de la horizontalidad de los derechos —de la que no sólo la autoridad es responsable, sino también las personas situadas en un mismo plano respecto al titular del derecho—, hay uno de percepción, generado por la redacción de las normas que establecen ese tipo de derechos. Insisto, es muy diferente leer “todos tenemos derecho al medio ambiente sano” que leer “todos tenemos que proteger el medio ambiente” (donde se infiere, sin duda, que tenemos derecho a él y debemos cuidarlo).

La redacción de ese tipo de preceptos con efectos colectivos debería llevarse a cabo para que se transmita, desde ya, una nueva concepción de la Constitución,

---

<sup>181</sup> Tesis 1a./J. 40/2016 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I, p. 298.

con la mira de sus páginas puesta al bienestar. Que traslade al individuo una carga importante de deberes, al mismo tiempo que a las colectividades y a los operadores económicos en el mercado.

Así, si el medio ambiente sano es obligación y derecho de todos, las circunstancias de cumplimiento y percepción cambian.

Con ello no quiero decir que la redacción actual no produzca dicho efecto, sólo que no lo potencializa.

El lenguaje de este tipo de normas sigue siendo con paternalista, rayando en lo condescendiente, acomodándose pues al gusto de cada quien. El lector común de la Constitución se siente acreedor, no obligado, se siente protegido, y no protector.

Las empresas que introducen productos al mercado deben también asumirse de pleno derecho obligados a cuidar, proteger y garantizar los derechos de las colectividades.

Por otro lado, hay derechos sociales en los que la percepción del texto de la norma es, más o menos, intrascendente. Respecto al derecho a una educación de calidad, pareciera que la mayoría estaría de acuerdo en afirmar que, para materializarse, es el Estado (primariamente) quien debe realizar las adecuaciones normativas y proveer los recursos humanos y materiales conducentes. Es su obligación, ¿no?

Aunque, ¿qué interpretación le daríamos a la norma si dijera que *todos* tenemos derecho a una educación de calidad y una obligación a demostrar que, en efecto, el resultado fue de calidad para cada ciudadano?

En una regla democrática, a todos nos conviene que el principal obligado no sea exclusivamente el Estado, sino los individuos, en un régimen de co-obligación. De lo contrario, los esfuerzos presupuestales (provenientes del dinero de cuantos contribuyen pagando sus impuestos) serían ineficientes.

Las normas, como los productos en el mercado y las advertencias de los productos potencialmente peligrosos, deben ser eficientes en comunicar lo que el Estado desea.

Los ciudadanos asumirán conductas en función de ese trato normativo.

Si el ciudadano continúa percibiendo que es ajeno a la finalidad de generar bienestar social, el Estado será incapaz de modificar positivamente los niveles de calidad de vida.

Si a los vecinos de una comunidad no les queda claro que, en ciertas circunstancias reguladas, como lo son horarios, zonas hospitalarias y escolares, etc., no deben hacer ruido o tocar música o tocar el claxon o hacer fiestas, difícilmente avanzaremos en términos de bienestar colectivo.

La idea de que podemos hacer y deshacer lo que queramos con nuestros derechos privados merece una segunda reflexión, pensar en los efectos supraindividuales de esas decisiones.

Semejantes parangones pueden extenderse hacia el resto de los derechos fundamentales, en los que existan rasgos de intereses colectivos y difusos, para que el individuo deje de ser el gran sujeto receptor y se convierta en el gran deudor social, con deberes recíprocos que eleven el compromiso social.

La comunicación que se establece entre el Estado (por conducto del Derecho) y sus ciudadanos, debe ser inteligentemente diseñada para inducir hacia mejores hábitos colectivos.

#### 4. Evolución jurisprudencial

Como criterio de clasificación, y únicamente para poder identificar en qué medida los derechos prestacionales en materia de alimentación, salud y vivienda (para tomar algunos derechos prestacionales como ejemplo) han sido objeto de pronunciamiento por la jurisprudencia, podemos partir del análisis de las épocas del Semanario Judicial de la Federación:

- A) De la Quinta Época a la Octava Época: Periodo del 1 de junio de 1917, fecha en que inicia la quinta época, hasta el 3 de febrero de 1995 en que termina la octava época.

Durante la quinta, la sexta y la séptima época, no encontré ninguna tesis (aislada ni jurisprudencial) en la cual se les dé a los derechos prestacionales esta nueva interpretación, depurada de la visión programática decimonónica.

Por lo mismo llama la atención, y sobresale, un precedente excepcional en materia laboral de la Octava Época de 1989, producido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que lleva por rubro: “TRABAJADORAS AL SERVICIO DEL ESTADO. EL ARTICULO 5o., FRACCION V, PARRAFO SEXTO, DE LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO, VIOLA LA GARANTIA DE IGUALDAD.”<sup>182</sup>

El litigio subyacente en el amparo en revisión 666/89 se planteaba un argumento interesante y quizá novedoso (para aquella época): una trabajadora al servicio del Estado de nombre María Auxilio Solórzano de Huerta, alegó que la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado violaba el derecho a la igualdad material, al establecer un trato desigual entre el varón trabajador y la mujer trabajadora.

Según la parte considerativa de la tesis, “el esposo o concubinario de la mujer trabajadora sólo será derechohabiente si es mayor de cincuenta y cinco años o bien si se encuentra incapacitado física o psíquicamente y depende económicamente de la trabajadora, mientras que, para que la esposa o concubina del trabajador sea derechohabiente, es suficiente con que tenga el carácter de cónyuge o concubina”.

Por ello, la SCJN estimó que “[e]ste trato desigual por razones de sexo o económicas que establece el precepto que se impugna, no tiene fundamento constitucional, máxime que el párrafo tercero del artículo 4o. de la propia Constitución establece que “toda persona tiene derecho a la protección de la salud.”

Este precedente (lamentablemente aislado) es el primero que aborda, en sede constitucional, los complejos problemas derivados del derecho fundamental a

---

<sup>182</sup> Tesis LIII/89, Octava Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, Tomo III, Primera Parte, enero-junio de 1989, p. 201. No puedo dejar de recordar al querido profesor del ITAM, don Carlos de Silva Nava, quien fue ministro ponente de este trascendente asunto y que de manera visionaria se adelantó 20 años al movimiento de los derechos humanos. Desde aquí un agradecimiento por sus enseñanzas.

la igualdad entre personas de sexo diferentes. 27 años después, en 2016, el tema ha tomado mayor velocidad y encontramos mayores pronunciamientos.

B) Novena Época: Periodo comprendido del 4 de febrero de 1995 al 3 de octubre de 2011.

A pesar de que en esta Época del SJF, el máximo órgano de control constitucional identificó “que el gasto público era un fenómeno reservado para los poderes políticos y, por tanto, vedado al juez constitucional<sup>183</sup>”, se observan avances particularmente en lo concerniente al derecho a la alimentación y a la salud. La jurisprudencia del PJJ da cuenta de cierto nivel de evolución hacia un “constitucionalismo social” que busca disminuir la brecha existente entre la igualdad formal y la igualdad material; esto es, entre la igualdad jurídica y la igualdad material.

En materia del derecho a la alimentación, una tesis aislada en materia civil proveniente de un TCC en 2007, sostiene que:

“el derecho de que se trata requiere prestaciones positivas, de dar o de hacer, por parte del Estado como sujeto pasivo, en tanto busca satisfacer necesidades de los niños cuyo logro no siempre está al alcance de los recursos individuales de los responsables primarios de su manutención, es decir, los progenitores y, por ende, precisa de políticas de bienestar, de solidaridad y seguridad sociales, así como de un desarrollo integral (material, económico, social, cultural y político), ya que la dignidad de los seres humanos tutelados, elemento sine qua non de las tres generaciones de derechos conocidas, requiere condiciones de vida sociopolítica y personal a las que el Estado debe propender, ayudar y estimular con eficacia, a fin de suministrar las condiciones de acceso al goce del derecho fundamental de los niños. Tal es la forma en que el Estado mexicano tiene que acatar su

---

<sup>183</sup> De Obeso Orendain, Juan Carlos. *El Principio de Vinculación al Gasto Público a la Luz de los Derechos Humanos*. Tesis doctoral. Universidad de Guadalajara, México, 2016, p. 9.

obligación constitucionalmente establecida de proveer "lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos", y no sólo mediante la emisión de leyes que detallen los derechos, como las antes invocadas, mismas que también destacan diversas obligaciones estatales".<sup>184</sup>

Con dicho criterio jurisprudencial, se propicia un cambio de interpretación respecto del modelo que sostenía que algunos derechos establecidos en la CPEUM, eran de carácter programático no vinculante ni exigible (meros buenos deseos del legislador).

En relación con el derecho a la salud, en un interesante caso en el que un ciudadano reclamaba a la institución pública de salud la falta de dotación de medicamentos para el padecimiento del VIH, el Pleno de la SCJN, en tesis aislada en 2000, le reconoció el derecho a ser suministrado con el medicamento en cuestión, sobre la base de que "tal garantía [la de salud] comprende la recepción de los medicamentos básicos para el tratamiento de una enfermedad, como parte integrante del servicio básico de salud consistente en la atención médica, que en su actividad curativa significa el proporcionar un tratamiento oportuno al enfermo, lo que incluye, desde luego, la aplicación de los medicamentos básicos correspondientes conforme al cuadro básico de insumos del sector salud, sin que obste a lo anterior el que los medicamentos sean recientemente descubiertos y que existan otras enfermedades que merezcan igual o mayor atención por parte del sector salud, pues éstas son cuestiones ajenas al derecho del individuo de recibir los medicamentos básicos para el tratamiento de su enfermedad, como parte integrante del derecho a la protección de la salud que se encuentra consagrado como garantía individual, y del deber de proporcionarlos por parte de las

---

<sup>184</sup> Tesis I.3o.C.589 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXV, febrero de 2007, p. 1606, rubro "ALIMENTOS. FORMA EN QUE EL ESTADO MEXICANO DEBE ACATAR SU OBLIGACIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL."

dependencias y entidades que prestan los servicios respectivos.”<sup>185</sup>; por lo que la justificación de la institución pública no era suficiente al tenor de los alcances del derecho (hoy fundamental) a la salud.

El criterio anterior ha evolucionado para caracterizar el derecho a la salud como un derecho social, conforme al cual existe una corresponsabilidad entre Estado, sociedad e interesados, donde se observa que el Estado no es el sujeto pasivo exclusivo, sino que su obligación se traduce en diversos deberes, como establecer mecanismos de acceso universal.

Por su parte, de manera corresponsable, las partes involucradas deben establecer medios para el financiamiento de los servicios, del establecimiento de cuotas de recuperación a cargo de los usuarios de los servicios públicos de salud, y del sistema de protección social en salud (que se determina considerando el costo de los servicios y las condiciones socioeconómicas de los usuarios, eximiéndose de su cobro a aquellos que carezcan de recursos para cubrirlas); de ahí que, dice el Pleno, “la salud sea una responsabilidad que comparten indisolublemente el Estado, la sociedad y los interesados, con base en criterios de capacidad contributiva y redistribución del ingreso.”<sup>186</sup>

Por último en materia de salud, en un criterio aislado del Pleno en 2003, al resolver un amparo en revisión relacionado con la Ley General de Salud, se declaró que su artículo 333, fracción VI, que permitía el trasplante de órganos únicamente

---

<sup>185</sup> Tesis 2607, Apéndice 2000, Novena Época, tomo I, p. 1812, rubro “SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS.”

<sup>186</sup> Tesis 49, Apéndice 1917-septiembre 2011, Novena Época, tomo I, p. 893, rubro “SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 4o., TERCER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES UNA RESPONSABILIDAD SOCIAL.”

entre personas vivas relacionadas por parentesco, consanguineidad, afinidad civil o entre cónyuges (concubina o concubinario) era inconstitucional (con mayoría de siete votos, lo que no la hace idónea para integrar una tesis jurisprudencial) por estimar que “tan drástica limitación no es indispensable para alcanzar los objetivos”, pues el propósito de fomentar el altruismo<sup>187</sup> se logra ampliando la posibilidad de donación de órganos a quienes profesan amistad y aún entre desconocidos<sup>188</sup>.

---

<sup>187</sup> Sobre los efectos del altruismo en el bienestar social, véase: González Díaz Lombardo, Francisco. *El derecho de la asistencia y el bienestar social*. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/74/dtr/dtr4.pdf>, quien afirma que, a través del altruismo, se “procura el bienestar y la felicidad de aquellos que no tienen medios ni recursos”.

<sup>188</sup> (i) Tesis: P. IX/2003, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XVIII, agosto de 2003, p. 54, rubro: “TRASPLANTE DE ÓRGANOS ENTRE VIVOS. EL ARTÍCULO 333, FRACCIÓN VI, DE LA LEY GENERAL DE SALUD, QUE LO PERMITE ÚNICAMENTE ENTRE PERSONAS RELACIONADAS POR PARENTESCO, MATRIMONIO O CONCUBINATO, TRANSGREDE LOS DERECHOS A LA SALUD Y A LA VIDA CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.” (ii) Otro criterio relevante por los efectos sobre el bienestar de las personas es el derivado del asunto planteado por un militar retirado por padecer obesidad, en el que el Tribunal Colegiado declara un par de cosas trascendentes: (a) en lo tocante al derecho a la protección de la salud, ninguno de los citados preceptos establece que la obligación de procurarla desaparece tratándose de personas con padecimientos de obesidad, (b) por el contrario, proponen los elementos para conservarla, respetar su dignidad, darles asistencia social y proseguir con su rehabilitación. *Cfr.* Tesis I.4o.A.85 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XXV, octubre de 2013, tomo 3, p.1757, rubro “DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. MARCO CONSTITUCIONAL, LEGAL Y CONVENCIONAL APLICABLE PARA SU PRESERVACIÓN Y RESPETO, TRATÁNDOSE DEL RETIRO DE UN MILITAR POR PADECER OBESIDAD.”

Lamentablemente, este criterio es aislado, pero constituye un baluarte interesante para la construcción de una jurisprudencia que busque, de manera confesa, la generación de mayor bienestar social.

Para concluir con este análisis de algunos derechos con notable repercusión sobre el bienestar, queda identificar algunos rasgos a los que, sobre derecho a la vivienda, se ha ido decantando el Poder Judicial de la Federación.

**C) Décima Época:** Periodo comprendido entre el 4 de octubre de 2011 a la fecha.

A partir de 2011, con la reforma en materia de derechos humanos, se modificó sustancialmente la percepción de la función Constitucional y, la jurisprudencia producida con las sentencias en sede de control constitucional, con motivo de juicios de amparo, convalida lo dicho: aquél momento histórico en el que se obligaba exclusivamente a las autoridades a abstenerse de actuar en contra de los particulares (esquema de libertades: como la de comercio, imprenta, expresión, etc.) hoy se abre paso para que el Estado otorgue efectivas prestaciones.

Lo anterior de acuerdo con José Ramón Cossío, Raúl Mejía Garza y Laura Rojas Zamudio en una novedosa obra del 2015 —cuyo título es por demás indicativo de una paradójica realidad que, desde el punto de vista del control constitucional, se ha vivido en México en esta Décima Época: *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos*<sup>189</sup> .

En la “Presentación” se da cuenta que, en el mes de junio de 2011, partir de la reforma en materia de derechos humanos, se ha presenciado un cambio fundamental del modo en que comprendemos la totalidad del orden y las relaciones que el mismo tiene tanto con los gobernados como con las autoridades, y que la

---

<sup>189</sup> Cossío Díaz, José Ramón et al. *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos*. Editorial Porrúa, México, 2015.

participación de la corte en la construcción de este cambio se inició con el llamado “Caso Radilla”<sup>190</sup>, identificado en la resolución del expediente 912/2010.

Según los autores —quienes además tuvieron una destacada participación en la sentencia del expediente últimamente citado y en el análisis que los casos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto—, el entendimiento [de la reforma aludida] por parte del tribunal constitucional [inferidos sus miembros], no ha sido homogéneo, ya que se observan tendencias opuestas “en las cuales ha terminado por prevalecer la que tiene un sentido restrictivo para la protección de los derechos humanos”<sup>191</sup>, de tal manera que el avance legislativo ha sido sustituido

---

<sup>190</sup> Sobre la sentencia dictada en el llamado caso Radilla, los mismos autores publicaron el libro intitulado “El Caso Radilla”, una herramienta indispensable para comprender este proceso evolutivo del derecho constitucional Mexicano, resolución en la cual la Corte discurió sobre el *estatus* constitucional de los derechos humanos contenidos en los Tratados Internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano, la producción normativa de las resoluciones procedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el alcance de protección que debe satisfacer todas las autoridades del país, entre otros. A partir de la resolución del Caso Radilla, no solamente los órganos jurisdiccionales del país sino todas las autoridades, deberían hacer operaciones jurídicas de representación de los derechos humanos como nunca, dando a los derechos humanos una función normativa concreta Véase, Cossío Díaz, José Ramón et al. *El Caso Radilla*, Editorial Porrúa, México, 2013.

<sup>191</sup> No es objeto de este estudio hacer un análisis pormenorizado del conjunto de casos con base en los cuales, a juicio de los autores citados, se han ido construyendo restricciones constitucionales; sin embargo me parece relevante dejar constancia de las conclusiones de dichos autores: por un lado reconocen que los derechos humanos en algunas decisiones se han interpretado de manera amplia, pero, en otro, sus resoluciones se refieren a casos estructurales, por tanto, la contradicción de tesis 293/2011 “nos regresa a una situación muy similar a la que

por ésta, hecho que no puede ser calificado más que como gravísimo para el desarrollo, no sólo de los derechos humanos, sino también de los derechos prestacionales.

Entre los aspectos trascendentes y relevantes de la sentencia del expediente 912/2010, los autores refieren los siguientes: se comenzó por reconocer la “competencia contenciosa” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la obligatoriedad de la sentencia condenatoria dictada en los juicios en los que el Estado Mexicano hubiese sido parte; la Corte ratificó la existencia del “control concentrado” ejercido en forma directa —“compuesto por aquellos procesos en los cuales las normas generales fueron el objeto de control, y su resolución tuviera el efecto de anular total o parcialmente su validez, los cuales quedaron constreñidos al juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad”—; asimismo, se reconoció el control conocido, con base en el cual, cualquier órgano jurisdiccional del país, con independencia de sus condiciones competenciales, debía extirpar del caso concreto aquella norma general que resultase inconstitucional, y sin hacer una declaración de invalidez al respecto.<sup>192</sup>

Por otro lado, y siguiendo la línea interpretativa de incorporación de los Derechos Humanos, en el año 2012, el Primer TCC del Vigésimo Cuarto Circuito, en una tesis aislada<sup>193</sup> analizó las características que, conforme al Derecho Internacional, tiene el derecho a la vivienda (a partir de la idea de que su *nueva concepción* debe “romper la antinomia entre la igualdad jurídica y la material o de hecho, que condicionaba a que la igualdad de derecho se quedara en gran medida

---

nos encontramos antes de la reforma constitucional aludida (la de 2011)”. Idem, p. 126.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>193</sup> Tesis XXIV.1o.2 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, rubro “DERECHO HUMANO A LA VIVIENDA DIGNA. SU CONCEPTO CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL Y A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.”

en teoría, porque la contradecía la desigualdad de hecho”. De ahí, de manera sintética, resalto los siguientes elementos:

- (a) Es un derecho fundamental del ser humano.
- (b) Es tutelado tanto por el derecho internacional como por el derecho interno.
- (c) Es un derecho humano de segunda generación.

Importante es, según el TCC, que las normas Internacionales-Constitucionales-Programáticas, se desenvuelvan en disposiciones jurídico-reglamentarias que contengan las acciones, medidas, planes, instrumentos, apoyos, instituciones y organismos gubernamentales tendientes a empatar las condiciones materiales para hacer viable el acceso de la clase trabajadora al derecho a la vivienda.

Es decir, es palmario el abandono de la anquilosada conceptualización de los derechos prestacionales como normas programáticas, tierra fértil de las profundas desigualdades que padecemos los mexicanos.<sup>194</sup>

---

<sup>194</sup> Nótese, además, la vinculación que existe entre el derecho a la vivienda y otros derechos como lo son el de la protección de la salud, a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar personal y familiar. La vivienda debe favorecer tales derechos para ser digna y decorosa, materia pues de previsión presupuestaria y de ejercicio eficiente de los recursos. El derecho humano a una vivienda es reconocido en el artículo 11, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), al que se incorporó el Estado Mexicano a través de la firma del Instrumento de Adhesión, el 2 del mes de marzo de 1981, publicado en el DOF el 12 de mayo de 1981. En concordancia, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, organismo creado para la verificación del cumplimiento del pacto internacional citado, elaboró la Observación General Número 4 (OG4), de 13 de diciembre de 1991, en la cual, con el fin de profundizar en los elementos y el contenido mínimo que una vivienda debe tener para poder considerar que las personas tienen su derecho a la vivienda plenamente garantizado, se consideró como partes

En el año 2014, la Primera Sala añadió otros rasgos a este derecho fundamental a la vivienda digna y decorosa, al referirse, por un lado, a cuáles son las obligaciones para el Estado Mexicano de conformidad con sus obligaciones internacionales y, por el otro, al permitir la integración del contrato de vivienda conforme a estándares mínimos que permitan el cabal cumplimiento del derecho fundamental a una vivienda adecuada, independientemente de si las partes contratantes lo hayan o no pactado.<sup>195</sup>

En ese mismo año, la Primera Sala determinó por mayoría que el derecho a la vivienda digna y decorosa “constituye un derecho mínimo, sin que obste reconocer que los grupos más vulnerables requieren una protección constitucional reforzada y, en ese tenor, es constitucionalmente válido que el Estado dedique mayores recursos y programas a atender el problema de vivienda que aqueja a las clases más necesitadas, sin que ello implique hacer excluyente el derecho a la vivienda adecuada”, con lo que se imprime un notorio sello de activismo judicial en favor del bienestar social, imponiéndole al gobierno, en su conjunto, la necesidad de destinar recursos para favorecer la disminución de brechas de inequidad entre ricos y pobres.<sup>196</sup>

---

elementales la accesibilidad en la adquisición de un inmueble, el acceso al agua potable, la seguridad jurídica, la habitabilidad y la adecuación cultural, entre otros.

<sup>195</sup> Tesis 1a. CXLVII/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, rubro “DERECHO FUNDAMENTAL A UNA VIVIENDA DIGNA Y DECOROSA. EL ESTADO MEXICANO ESTÁ OBLIGADO A IMPLEMENTAR LAS MEDIDAS PARA CUMPLIR CON LA ESTRATEGIA NACIONAL DE VIVIENDA, PERO SU CUMPLIMIENTO NO ES EXCLUSIVO DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO, SINO QUE SE HACE EXTENSIVO A LOS SECTORES PRIVADO Y SOCIAL QUE PARTICIPAN EN LA PROMOCIÓN Y DESARROLLO INMOBILIARIO.”

<sup>196</sup> Tesis 1a. CXLVI/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, rubro “DERECHO FUNDAMENTAL A UNA VIVIENDA DIGNA Y

---

DECOROSA. ALCANCE DEL ARTÍCULO 4o., PÁRRAFO SÉPTIMO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.”

## Capítulo II. Los derechos prestacionales “accionables”

De acuerdo con María del Pilar Hernández, los derechos fundamentales en su carácter prestacional y en sentido subjetivo, “comprenden la puesta en marcha de la actividad general del estado para satisfacer las necesidades bien individuales, ya colectivas, así como la pretensión de aprovechar servicios ya prestados o instalaciones ya existentes, en definitiva, y con base en el principio de la dignidad de la persona en relación con la defensa de la personalidad, los derechos fundamentales a prestaciones (derechos prestacionales), se traducen en el aseguramiento del mínimo vital a los individuos por parte del Estado”<sup>197</sup>.

En relación con el “mínimo vital”, cabe apuntar que se conecta sustantivamente con lo que Amartya Sen denomina “*actual opportunities of living*”, —término más bien vinculado con la felicidad, que con aspectos materiales<sup>198</sup> *per se*— y que abarca aspectos (“*primary goods*”, los llamó John Rawls) distintos a lo que

---

<sup>197</sup> Hernández, María del Pilar, “Constitución y Derechos Fundamentales”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, núm. 84, septiembre-diciembre de 1995, p. 1041 y ss.

<sup>198</sup> Ello se concluye a partir de lo que Sen dice: “No es difícil ver que el razonamiento subyacente a esta partida a favor de la capacidad puede hacer una diferencia significativa y constructiva; por ejemplo, si una persona tiene un ingreso alto, pero también es propensa a enfermedades persistentes, o está incapacitada por una discapacidad física, entonces la persona no necesariamente debe ser considerada “aventajada” con base sólo en su ingreso alto. Ella, ciertamente, tiene más de un medio para vivir bien (esto es, un ingreso alto), pero se enfrenta a la dificultad de traducir eso en una “buena vida” (esto es, vivir de manera que tenga razones para celebrar), por las adversidades de su discapacidad.” Sen, Amartya, *The idea of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2009, p. 234.

una persona posee: no sólo en cuanto a ingreso y riqueza, sino a derechos, prerrogativas, bases sociales del respeto, etc.<sup>199</sup>

En sentido objetivo, dice María del Pilar Hernández que “los derechos fundamentales prestacionales se configuran como directrices constitucionales y reglas de actuación legislativa, de las cuales se desprende la obligación —no accionable, pero sí jurídicamente vinculante— de una determinada puesta en marcha de la actividad estatal para la satisfacción en la medida de las posibilidades físicas (infraestructura) y presupuestales del Estado, respecto de las necesidades de los individuos (educación, salud, vivienda, etcétera)”.

En el presente trabajo echo mano de dichas definiciones, eliminando aquello de lo “no accionable”, pues si bien es cierto que la autora lo acuñó hacia 1995, hoy en día la realidad jurídica y los criterios jurisprudenciales han demostrado que aquellas medidas sí son accionables.

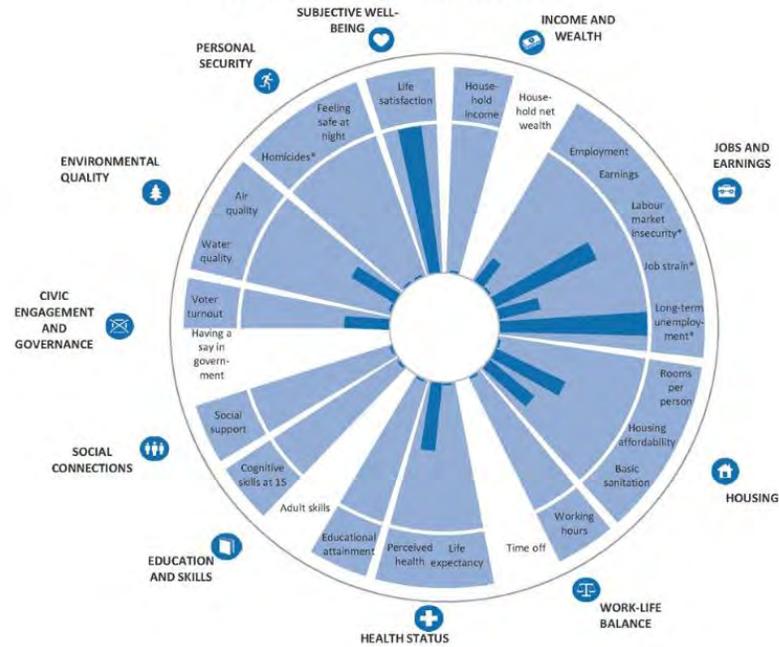
De acuerdo con el más reciente estudio de la OCDE<sup>200</sup> intitulado “How’s Life? 2017, Measuring Well-Being”, en México las condiciones de empleo, las expectativas de vida, las tasas de homicidio, lo que la gente siente de caminar en una calle oscura, solidaridad social y habilidades educativas, son las siguientes (gráfica tomada del trabajo electrónico antes referido), las cuales nos sirven de base y de parámetro para iniciar la trayectoria de revisión de cómo estamos en México en materia de derechos prestacionales.

---

<sup>199</sup> Sen, Amartya, *The idea of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2009, p. 233.

<sup>200</sup> Consultado en [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/economics/how-s-life-2017\\_how\\_life-2017-en#page273](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/economics/how-s-life-2017_how_life-2017-en#page273) el 24 de febrero de 2018.

Figure 5.22. Mexico's average level of current well-being: Comparative strengths and weaknesses



## 1. La teoría de los bienes públicos

Con el fin de evaluar los efectos que sobre el bienestar social tienen determinadas previsiones normativas, es importante considerar tres aspectos.

El primero de ellos es lo que se conoce como “*public goods*” (bienes públicos), desgregados para analizar los “*pure public goods*” (*bienes públicos puros*), los “*congestable public goods*” (*bienes públicos congestionables*) y los “*spillovers*” (*efectos indirectos*”).

El segundo aspecto es el relacionado con el ámbito de competencia (federal o local) del bien público para proveer.

El tercero se refiere a la participación de sujetos de derecho privado en el proceso de proveeduría del bien público, lo que nos conduce a la “noción de mercado”.

La doctrina económica es unánime al definir los *public goods* en función de dos cualidades: la imposibilidad de excluir a alguien de su uso —en virtud de ser

imposible o sumamente costoso económicamente<sup>201</sup>— y la no rivalidad entre los consumidores —el uso de uno no excluye al de otro—<sup>202</sup>.

El servicio público de seguridad nacional es el caso paradigmático del “*pure public good*”

Por su parte, los *congestable public goods* son aquellos bienes públicos que por no ser puros pueden sufrir de congestión. Los ejemplos típicos son los que tienen una localización geográfica, como acontece con los parques de las ciudades o las calles y avenidas.

El disfrute de esos bienes por parte de un ciudadano, limita el disfrute que de ellos hagan otros ciudadanos<sup>203</sup>.

---

<sup>201</sup> Ello implica que es imposible cobrar (impuestos o contraprestación) a los llamados “*free-riders*”. Los costos para obligarlos a pagar son excesivos. Imagine el caso de una exhibición de juegos pirotécnicos en la que el Estado o empresario cobra a los asistentes por entrar. Habrá espectadores que no pagaron por entrar, y que, desde su hotel o desde un mirador público podrán acceder al disfrute de los fuegos artificiales, sin posibilidad material de cobrarles por ello.

<sup>202</sup> Aquí, la palabra “consumidor” equivale a “usuario”, sin atender al rasgo de destinatario final del bien o servicio.

<sup>203</sup> En ciudades como las mexicanas, y quizá de la mayoría de los países en vías de desarrollo, la ausencia de parques públicos es más que una realidad. Los consumidores deben, si quieren hacer ejercicio o practicar un deporte, pagar con sus recursos escasos el acceso a un club deportivo privado o un gimnasio. Lo que es peor, los engaños en estos sectores están a la orden del día: los consumidores pagan ¡por *no* ir! Las estadísticas demuestran lo proclive que son los consumidores a contratar y lo difícil que es “zafarse” de esos contratos: es fácil firmar, no cancelar. Sobre las prácticas en los gimnasios en contra de los intereses de los consumidores, Véase, Akerlof, George y Shiller, Robert. *La economía de la manipulación*. Paidós Empresa, México, 2016, p. 40.

Con los elementos anteriores estamos en posibilidad de distinguir claramente el aspecto relacionado con la determinación constitucional para definir el ámbito de competencia (federal o local) para proveer del bien público.

Parecería natural que los *bienes públicos puros* sean provistos por el gobierno supra estatal, mientras que los *bienes públicos susceptibles de congestionarse*, por la autoridad local. Asimismo, es evidente la repercusión que esta clasificación de los bienes tiene en relación con el federalismo.

Y, finalmente, dichos conceptos son útiles para justificar que en ciertos bienes públicos (como los anteriormente referidos), sean los empresarios quienes, por autorización, licencia, concesión o la figura de derecho administrativo adecuada, los suministren a la población, inherente la posibilidad de generar un mercado de impacto sobre la economía, con principios regulatorios que garanticen la competencia, la continuidad y la calidad, entre otros.

Las *spillovers*, o externalidades, pueden ser tanto positivas como negativas, siendo las segundas las que conducen al tema de la asignación de obligaciones y responsabilidades.

En función del sistema federal y competencial, dicha asignación puede ser entre federación, estados y municipios. El mismo esquema puede reproducirse para resolver dichos problemas cuando se trate de servicios públicos concesionados, en los que por ley o contractualmente, la esfera pública competente puede prever, con el sujeto de derecho privado, la conducta a tomar por cada cual frente a ciertas externalidades (como, por ejemplo, la contaminación).<sup>204</sup>

Además, con lo anterior quiero sentar la reflexión sobre las llamadas “materias concurrentes”, en las que tanto federación como estados tienen competencias.

---

<sup>204</sup> La política fiscal es un aliado en contra de las externalidades negativas: se debe poner carga fiscal a todo aquello que consideramos malo y prever beneficios fiscales para todo aquello que estimamos bueno.

Por ejemplo, la materia ambiental. Si cada entidad federativa tiene capacidad de legislar, se podría presentar un problema de competencia traducido en facilitar la instalación de negocios altamente contaminantes.

Ha habido quien opina (como Jonh Rawls en la *Teoría de la Justicia*) que un Estado justo es apoyado por sus ciudadanos cuando entra en competencia con otros Estados. Como lo ha puesto de manifiesto Robert D. Cooter<sup>205</sup>, en ocasiones la competencia política<sup>206</sup> entre Estados, lejos de beneficiar a los ciudadanos, los perjudica. Entre nosotros tenemos varios ejemplos para ilustrar que Cooter está en lo correcto.<sup>207</sup>

## 2. Los bienes privados y los daños

Los derechos privados ¿son bienes públicos o bienes privados?

---

<sup>205</sup> Cooter, Robert D. *The Strategic ... cit.*, pp. 127 y ss.

<sup>206</sup> Inclusive, como lo han hecho notar los Nobel Akerlof y Shiller, "los efectos de la manipulación en política son análogos a los efectos de la manipulación en la ciencia económica. Cito de manera textual: "la ciencia económica básica dice que, en ausencia de manipulación, la competencia económica genera un buen equilibrio (el cual es "óptimo de Pareto", como decíamos en la introducción sobre el equilibrio manipulativo); de forma similar, la ciencia política básica dice que las elecciones democráticas competitivas generan buenos resultados". Desafortunadamente, los votantes son manipulables porque no están completamente informados y porque responden a estímulos. Cfr. Akerlof, George y Shiller, Robert. *La economía de la manipulación*. Paidós Empresa, México, 2016, p.199

<sup>207</sup> Una de las grandes fallas del sistema educativo público nacional es precisamente el manejo político de las escuelas y universidades, generando externalidades negativas a los ciudadanos-estudiantes. Inclusive, en determinado momento, los estudiantes egresados de las preparatorias locales no podían ser admitidos en la Universidad Nacional si en sus Estados existía la oferta educativa buscada, condenando —en algunos casos— generaciones completas a educación de mala calidad.

Si todo sujeto activo (titular de un derecho personal, por ejemplo) tiene el derecho de que su deudor (sujeto pasivo del derecho de crédito) le pague el adeudo, ello implica que, en atención a que el Derecho dispone que nadie puede hacerse justicia por sí mismo, si el segundo incumple, es necesario acudir a los tribunales estatales a reclamar.

De la misma manera, cualquier otro derecho se tiene que defender y el Estado, eventualmente, es llamado para ejercer la tutela.

De ahí se advierte, siguiendo las aportaciones de Holmes y Sunstein, en la medida que la defensa de esos derechos requiera del presupuesto público, que “la financiación de derechos básicos a través de ingresos derivados de los impuestos nos ayuda a ver con claridad que los derechos son bienes públicos: servicios sociales financiados por los contribuyentes y administrados por el Estado para mejorar el bienestar colectivo e individual.”<sup>208</sup>

La categorización anterior, que entiende que los derechos privados son bienes públicos, es determinante y crucial para sustentar los mecanismos de eficiencia económica que subyace en la política jurídico-económica que los postula.

Un gobierno que instrumente políticas económicas liberales debe ser capaz de generar condiciones que permitan que los inversionistas confíen, por ejemplo, en que su derecho de propiedad será respetado, y que el derecho al trato igualitario será garantizado en tribunales (organizados, honrados, decentes) y con procedimientos todas las cualidades formales que el texto constitucional les adscribe en su actuación (formalidades esenciales del procedimiento).<sup>209</sup>

---

<sup>208</sup> Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *op. cit.* p. 69

<sup>209</sup> No paso por alto la reciente reforma al artículo 17 ex CPEUM que ordena que “Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.”

En nuestro sistema de derecho civil, la propiedad como uno de los derechos *reales*, es quizá el más representativo<sup>210</sup>.

Si el derecho de propiedad<sup>211</sup> es seriamente garantizado (por el Estado, con nuestros impuestos) frente a intrusiones, existen mayores condiciones para generar eficiencias y bienestar.

Los derechos de propiedad se predicen respecto a lo apropiable por las personas, únicamente si los bienes están (lícitamente) en el comercio<sup>212</sup>.

Una de las características primordiales de los bienes privados respecto a sus propietarios es que su dominio les pertenece y pueden, por ende, excluir a terceros de su aprovechamiento<sup>213</sup>.

Así, la propiedad lleva inherentes las facultades de usar, disfrutar y disponer, con los límites y modalidades que fijen las leyes.

Esto es: la propiedad puede comprenderse analizando el abanico de posibilidades derivadas de esas facultades.

Todo el derecho contractual prevé figuras en las que la propiedad es un objeto del contrato (compraventa, donación, usufructo, arrendamiento, comodato, permuta, etc.).

---

<sup>210</sup> Junto al usufructo, uso, habitación, servidumbre, prenda e hipoteca.

<sup>211</sup> Además de los derechos de propiedad hay otros elementos, como la cultura, que son de igual importancia. Así lo reconoce Thomas Sowell, cuando afirma: “Mientras factores externos, como derechos de propiedad y factor geográfico, pueden influenciar el desarrollo económico de las naciones, aquellos factores internos, como los valores culturales, pueden ser de igual o mayor importancia.” Sowell, Thomas. *Economic Facts and Fallacies*, Basic Books, USA, 2011, p. 222 y ss.

<sup>212</sup> Artículo 749 del Código Civil Federal, dice que “están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular”.

<sup>213</sup> Así lo establece el artículo 772 del Código Civil Federal, donde se reconoce implícitamente un deber a cargo del Estado de destinar recursos para tales fines, recursos que surgen de los impuestos colectados anualmente.

El derecho de propiedad garantiza<sup>214</sup> a su titular que nadie obstaculizará su derecho<sup>215</sup>. Incluso, tiene el derecho mismo a *no* usarlo.<sup>216</sup> Sin embargo, aun en el caso de *no uso*, la mera titularidad de un derecho de propiedad convierte a sus propietarios en sujetos pasivos de deberes, obligaciones y responsabilidades.

---

<sup>214</sup> Lo que implica un costo para el Estado ya que como hemos dicho “todos los derechos cuestan”.

<sup>215</sup> Es el origen, por ejemplo, de la protección constitucional a través de la figura de la expropiación que, en caso de utilizarse, debe ser por causas de utilidad pública y mediante indemnización. Utilidad pública implica la satisfacción de una necesidad de esa naturaleza (instalar un hospital, construir un camino). Menciono que existen casos que pudieran ser asimilables a la expropiación en los cuales, mediante regulación, los propietarios son literalmente “despojados” de una porción de sus derechos sobre sus propiedades, rayando en la frontera de las “limitaciones y modalidades”. Me refiero, por ejemplo, a la ley que impone a los propietarios de edificios cuyas construcciones son históricas, cargas excesivas para su conservación y restauración, extrayendo del mercado (por tantas cargas) esos inmuebles. Si al Estado le interesa conservarlos, los debería expropiar y conservarlos en serio. Tenemos un gran capital arquitectónico desaprovechado en muchas de nuestras ciudades. Ciertamente es que el intercambio que existe en una expropiación es no voluntario; i.e., al propietario no le queda de otra, pues la ley no requiere de su consentimiento. La teoría económica dice que este tipo de intercambios son en beneficio para sólo una de las partes (quien expropia), y en ese sentido, la expropiación puede verificarse entre personas que asignan un valor asimétrico al bien, típicamente el propietario lo valora por encima de lo que el Estado lo hace. Sin embargo, me parece que el Estado debería pagar *a valor mercado* para no incurrir en un enriquecimiento a costa del empobrecimiento del ciudadano. *Cfr.* Cooter, Robert D. *The Strategic ...*, *cit.*, pp. 284 y 288.

<sup>216</sup> Donde se abre un espacio para analizar las repercusiones a la luz de la teoría de la función social de la propiedad.

En el sistema de responsabilidad civil<sup>217</sup> se advierte un funcionamiento similar al del contrato de seguro: frente a la materialización de un riesgo, surge un derecho a cobrar.

Lo mismo sucede, por tanto, con la regulación de la expropiación, al prever que será mediante indemnización<sup>218</sup>. Si no existiese esta garantía, una de dos: o nadie adquiriría bienes, o todos adquirirían un contrato de seguro frente a expropiaciones.<sup>219</sup> El derecho de propiedad se garantiza frente a intrusiones, incluso del propio Estado.

En términos amplios, no hay mayor discrepancia (entre el sector de los economistas) en reconocer que el intercambio voluntario (lo que en términos

---

<sup>217</sup> En general, a lo largo de este trabajo haré referencias a cuestiones y elementos que tienen relevancia en materia de reparación de daños, y no sólo tratándose de consumidores. No pretendo hacer un tratado de responsabilidad civil, pero sí señalar algunas áreas de oportunidad en sede legislativa o en sede de aplicación judicial, puesto que los problemas que enfrentan los juzgadores para determinar si el dinero que se entregará a la víctima compensará adecuadamente el daño sufrido, puede ser eficientemente estudiado con elementos de la Economía y del Derecho, sobre todo en los daños extrapatrimoniales. Supongamos que el rostro de algún sujeto hipotético, tras un accidente vehicular, es desfigurado. ¿Cuánto dinero debería recibir por parte de autor del accidente? Responder esta pregunta implica análisis muy complejos que tienen que ver con el bienestar personal y con el manejo de ese tipo de información (personal).

<sup>218</sup> La jurisprudencia federal es unánime en determinar el derecho a recibir una indemnización.

<sup>219</sup> Algunas consideraciones sobre los seguros en Cooter, Robert D. *The Strategic...*, cit., p. 291.

jurídicos sería viable por medio de actos jurídicos) se favorece cuando hay plena certidumbre respecto de la propiedad de los bienes y recursos<sup>220</sup>.

Así, los bienes “se mueven” desde quien los valora menos hacia quien los valora más, lo que lleva implícito una noción de eficiencia.<sup>221</sup> Al respecto, Cooter sostiene que “un régimen de propiedad privada tiene a maximizar la riqueza de una nación”.

Pero, además de garantizar el uso exclusivo, el derecho de propiedad garantiza a su titular que todo aquel que dañe un bien privado debe indemnizarlo.<sup>222</sup>

Los daños son consecuencia del actuar de otro, que puede ser ilícito o por cuestiones objetivas. Típicamente, la víctima y el victimario no se ponen de acuerdo previo a perpetrarse el daño. Es decir, los daños no son intercambios voluntarios.

Así, la indemnización tampoco tiene un origen consensuado, y la norma advierte que el daño debe ser reparado integralmente<sup>223</sup>, bien sea regresando las cosas al estado que tenían o mediante un pago económico (de daños y perjuicios).

La Primera Sala de la SCJN, en un precedente de 2011<sup>224</sup>, al analizar si la Ley de Aviación Civil referente al monto que el empresario debe cubrir al turista,

---

<sup>220</sup> Ese es el origen de los delitos contra la propiedad, incluyendo las inmateriales, como lo es la intelectual e industrial. Si éstos no fuesen tomados como *delitos*, no se facilitarían los intercambios consensuados, todo mundo tomaría lo que le apeteciera.

<sup>221</sup> Cooter, Robert D. *The Strategic...*, cit., p. 284.

<sup>222</sup> No me detendré en analizar el sistema de responsabilidad civil, solamente abordaré algunos puntos.

<sup>223</sup> Eso interpreto de la dicción “restablecimiento de la situación anterior”, artículo 1915 del Código Civil Federal. En ambos casos, ya sea que se regrese a la situación anterior o se paguen daños y perjuicios, en términos económicos debe prevalecer un cien por ciento de indemnización. De lo contrario, el principio de que nadie debe hacerle daño a otro, sería una teoría obsoleta.

<sup>224</sup> Tesis: 1a. I/2011 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro III, diciembre de 2011, tomo 3, p. 2315, rubro “LÍMITE DE RESPONSABILIDAD EN CASO DE ACCIDENTES AÉREOS QUE CAUSEN

pasajero o usuario por los daños que le cause —tanto en su persona como en sus bienes—, estimó que el artículo 62 de dicha ley, que limita el monto es inconstitucional, puesto que la indemnización siempre debe ser integral, al cien por ciento.

De dicha tesis vale la pena rescatar los siguientes elementos:

**a)** Hay una relación directa entre indemnización integral (justa, dice la tesis) y vida digna:

“El citado precepto legal viola los artículos 1o. y 4o. constitucionales al limitar la responsabilidad del transportista sin perseguir un fin constitucionalmente válido, debido a que hace prevalecer la protección al patrimonio de la industria sobre la salud, integridad física y psíquica de los pasajeros, así como sobre su derecho a recibir una indemnización justa para llevar una vida digna”

**b)** La reversión probatoria es un principio *pro persona*:

“el legislador mexicano impuso la carga de la prueba al pasajero, el cual sólo puede lograr que el límite en la indemnización no le sea aplicable si prueba que el daño se debió al dolo o mala fe del concesionario o de sus empleados, lo que se traduce en que la negligencia o culpa del concesionario o de sus empleados no tenga alguna trascendencia en la limitación de su responsabilidad. En efecto, conforme a lo anterior, el concesionario puede actuar con culpa o negligencia sin tener consecuencia alguna, lo cual va contra los fines perseguidos por la ley y la Constitución General de la República, pues ello no contribuye a la mejora en el servicio, a la eficiencia o a la competitividad, ni actualiza el marco jurídico conforme a la regulación internacional; no persigue la seguridad de los pasajeros, ni el equilibrio en

---

DAÑOS A PASAJEROS. EL ARTÍCULO 62 DE LA LEY DE AVIACIÓN CIVIL VIOLA LOS DERECHOS PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 1o. Y 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.”

beneficio del público usuario, y sólo contribuye al ejercicio irresponsable de la aviación civil, ya que asegura al transportista una limitación en su responsabilidad, independientemente de su conducta y de los daños causados en detrimento de la integridad física y la salud de los pasajeros.”

**c)** La indemnización integral protege el derecho a la salud (física y psíquica):

“Lo anterior es consistente con lo dispuesto en el artículo 1o. constitucional -reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011-, que obliga a todas las autoridades a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, y ordena que se les otorgue la protección más amplia o la interpretación más favorable, pues el derecho a la salud y a la integridad física y psíquica de los gobernados se protege otorgando una indemnización integral conforme a las obligaciones asumidas por el Estado mexicano en los tratados internacionales que ha celebrado, y no limitando la indemnización a una cantidad fija que no atiende al daño causado en beneficio de quien lo provocó”

Al Derecho le compete, pues, regular con claridad cuáles son los derechos protegidos en lo que a bienes privados se refiere, pero también facilitar su realización.

De poco o nada sirve que el Código Civil contemple el principio de indemnización integral, si las reglas de responsabilidad civil lo dificultan poniendo, por ejemplo, la carga de la prueba en quien menos posibilidad tiene de hacerlo.

Paralelamente, y en abono de la certeza jurídica, las personas que entran en contacto con bienes ajenos deben tener plena certeza de qué es lo que el ordenamiento jurídico espera en relación con ellos y sus bienes y propiedades.

La correcta atribución de obligaciones y deberes, así como la precisa previsión de mecanismos de responsabilidad, propiciará ambientes más sanos, productivos, competitivos; en suma, “responsables”<sup>225</sup>.

En términos económicos, se usa el concepto de *externalidades* para ilustrar los efectos (positivos o negativos) que causan los demás (o sus propiedades) sobre otros.

Hay algunas externalidades negativas que estamos obligados a tolerar, por el solo hecho de vivir en sociedad.

¿Qué tanto ruido puede producir el vecino, de modo que el derecho a la vivienda digna del otro sea respetado? Ese tema y otros similares deberían estar transparentemente regulados en las normas<sup>226</sup>.

Las externalidades no reguladas y no razonables propician situaciones que alteran el bienestar. En la medida que tuvieran un precio asignado se desincentivaría su producción o, en su defecto, la víctima recuperaría el daño producido<sup>227</sup>.

---

<sup>225</sup> Utilizo el término “responsables” en el sentido ético, no jurídico. En el Derecho la responsabilidad surge tras el incumplimiento de una obligación, contractual o extracontractual.

<sup>226</sup> Recordemos el caso de la contaminación, lluvia ácida, que cae a miles de kilómetros de distancia dañando la producción de un empresario. Véase: Coase, Ronald. *The problem of social cost*. <http://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf> (1960).

<sup>227</sup> Un ejemplo normativo de externalidades negativas es la regulación de lo que se conoce como “inmisiones” (reconocidas en leyes de las comunidades de Cataluña y Navarra, entre otras); esto es, la protección ante los daños ocasionados en una propiedad por los ruidos, vapores, trepidaciones y otros factores que se producen en una propiedad y que trascienden a otra(s), perjudicando a sus propietarios. Todo ello dentro de un sistema de asignación de responsabilidades (e indemnizaciones) ágil y sencillo.

Forges (El País, 29 de agosto de 2014, ilustra el problema de la regulación del ruido así:



### 3. La regulación de los bienes privados

El Derecho y la Constitución parten del reconocimiento de la libertad de las personas y empresas. Los individuos somos libres de hacer o de no hacer nada, o de hacer con determinadas intensidades. El límite a nuestra libertad son los derechos de terceros y el respeto al orden público.

De igual manera, la libertad de comercio o de empresa permite a los comerciantes o empresarios desarrollar su actividad como mejor les convenga, siempre y cuando sea lícito.

La gran pregunta que puede hacerse es: ¿le corresponde al Estado guiar (u obligar) a las personas, físicas y morales, hacia escenarios de mayor eficiencia, castigando los escenarios contrarios?

Los principios establecidos en la CPEUM sobre de la regulación de los mercados, permiten al aplicador de la norma hacer juicios de valor en dichos sentidos.

Es decir, es válido en sede de aplicación normativa preguntarnos lo siguiente: ¿qué tanto contribuyen las empresas, de manera activa, a la consecución de mayor eficiencia en el mercado y al bienestar del consumidor?

La libertad de empresa requiere que el Estado le oriente hacia determinados propósitos, en el contexto y marco de una economía de mercado. No hay mercado sin Estado y Derecho que lo regule. La empresa debe coadyuvar en la producción de bienestar, no sólo de utilidades para los socios<sup>228</sup>.

En el caso de las personas sujetas al Derecho Civil, puede decirse lo mismo a través del principio general de la *buena fe*, con base en el cual el Estado busca que las personas, en los contratos que celebran o en las actuaciones no contractuales, potencialicen los efectos de aquél principio.

En el caso de los contratos, cobra vigencia el principio de *integración* de los contratos (que, por cierto, en materia de consumidores existe el relativo a la integración publicitaria) con base en el cual los contratantes se obligan no sólo a lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias derivadas conforme a la buena fe. Con base en ello, los contratantes son dirigidos hacia escenarios de mayor eficiencia, de mayor utilidad para todos.

Correlativamente, el Derecho está interesado en que las personas no abusen<sup>229</sup> de los derechos que tienen. Es un principio de derecho privado. Esto es,

---

<sup>228</sup> Ello sin dejar a un lado la importancia de que el Estado genere, a partir de la política económica, instituciones jurídicas y los mecanismos de defensa de los derechos (como el de propiedad) para propiciar que el mercado funcione bien y el mercado se convierte en un factor de prosperidad y bienestar social.

<sup>229</sup> Como sostienen Holmes y Sunstein, “un régimen basado en la ley se disolvería y auto aniquilaría en un caos de destrucción mutua sin protecciones bien diseñadas y cuidadosamente mantenidas contra el abuso de derechos básicos”. Véase: Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *El costo de los derechos*, México, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012, p. 35.

el Derecho prohíbe que los derechos sirvan para el “sólo propósito de hacer daño a otros” y/o “sin utilidad para el titular del derecho”<sup>230</sup>.

Entramos, así, al terreno de la interpretación de un concepto (utilidad) que puede ser polisémico (en función del intérprete), plurivalente y equívoco<sup>231</sup>. Además, podemos preguntarnos si nos ubicamos frente a una ecuación normativa en la que hay que sumar los dos elementos “propósito de hacer daño a otros” más “sin utilidad para el titular del derecho”.

Si se daña a otro(s) sin propósito<sup>232,233</sup> y el titular no obtiene alguna “utilidad”, ¿se actualiza el abuso del derecho? ¿Qué pasa si la utilidad es aparentemente positiva y, pasado algún tiempo, decrece? ¿Qué tipo de utilidad es la que al Derecho le interesa?

Todo esto, como estamos en materia de principios, debe ser objeto de interpretación judicial.

---

<sup>230</sup> Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho. Artículo 1912 del Código Civil Federal.

<sup>231</sup> Para la Real Academia Española “utilidad” significa “provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo”.

<sup>232</sup> Y cuando la norma dice “propósito” lo dice en serio: se requiere que el titular del derecho sienta ánimo de hacerle daño a otro, no basta sólo con acreditar el ejercicio de un derecho, la ejecución del daño y la falta de utilidad por parte del titular de ese derecho, sino también el elemento subjetivo que consiste en la intención de producir daño.

<sup>233</sup> Así lo sostiene la tesis aislada producida al resolver un amparo en revisión, Tesis I.9o.C.80 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XVI, julio de 2002, p. 1231, rubro “ABUSO DEL DERECHO. PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1912 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DEBE ACREDITARSE LA INTENCIÓN DE CAUSAR EL DAÑO”.

Como sea, lo que quiero dejar patente es que al Derecho le interesa propiciar cierto tipo de eficiencias en las conductas de las personas. En este caso la institución del abuso del derecho.

Una posible interpretación permitiría concluir que el resultado, en términos de eficiencia, es indiferente para el Derecho, ya que para que se configure el abuso del derecho, se exige que no obstante las pérdidas económicas sufridas (o la falta de utilidad), el titular del derecho haya actuado de manera consciente, con el ánimo, con la intención de sólo dañar a alguien.

¿Debería el derecho sancionar la pérdida de utilidad, *per se*? ¿A qué conclusión se arribaría si la utilidad es igual a 0<sup>234</sup> o a 1 mientras el daño es 1 o mayor? La norma no lo resuelve.

La teoría económica sostiene que debe buscarse el máximo beneficio para el titular del derecho y para la sociedad.<sup>235</sup>

El daño a otros debe ser, evidentemente, rechazado por el ordenamiento jurídico. Independientemente de si ese daño fue lo único que el autor del mismo produjo. El daño deliberado transita del derecho civil al penal, debiendo ser, en todo caso, indemnizado.

---

<sup>234</sup> El cero aparentemente es una situación de *no* utilidad. Sin embargo, en este caso no es así. El cero refleja utilidad, puesto que antes de ejercitar el derecho el titular tenía una utilidad negativa y llegar a cero es una utilidad positiva.

<sup>235</sup> Un asunto relevante respecto de la suma de beneficios sociales es el de *Nollan v. California Coastal Commission*, 22 Ill.483 U.S. 825, 107 S. Ct. 3141, 97 L. Ed. 2d 677, 26 ERC 1073 (1987), en el que Nollan pretendía construir una casa y con ello se obstaculizaría la vista de las personas desde la carretera hacia la playa. En términos jurídico-económicos los economistas como Cooter analizan la utilidad social que tendría imponer medidas de mitigación para que propietarios como Nollan puedan ejercitar su derecho de propiedad. Véase Cooter, Robert D. *The Strategic...*, *cit.*, p. 299 y ss.

La norma del Código Civil que contiene el principio del *no abuso del derecho* requiere, además del ingrediente subjetivo (propósito de dañar), dos elementos objetivos: (1) dañar a otro y (2) ausencia de utilidad para el titular.

Si existe utilidad para el titular del derecho, aunque se haya dañado al vecino y con expresa intención, la regulación del abuso del derecho deja de proteger al dañado, y habría que acudir a las reglas generales de la responsabilidad civil.

Es decir, la norma (parece) decir que si el beneficio económico es mayor “usando el derecho” que no usándolo, el Derecho no puede oponerse.

En cambio, si el titular del derecho hizo un mal cálculo o, por circunstancias exógenas, el resultado final en términos de utilidad es igual a cero (0) o en términos negativos (-1), el Derecho penaliza a su titular, siempre que haya habido intención de dañar a otro<sup>236</sup>. Se trata, en realidad, de una complejísima estructura normativa.

Para sembrar más complejidades, no hacer uso de un derecho es una manera de optar dentro de ese marco general de libertades que tienen las personas (la decisión de no decidir, es decidir).

¿Queda comprendido dentro del abuso del derecho quien, con miras a producir un daño a otro, no usa su derecho?

Lo anterior es sumamente interesante con repercusiones en la economía y en el desarrollo económico. Dejando al lado el tema de la intencionalidad dañosa, el análisis económico refleja datos ilustrativos respecto del mal diseño normativo:

---

<sup>236</sup> En los códigos civiles de México hay diversas disposiciones normativas que sancionan a los titulares del derecho de propiedad por los daños que ocasionan y sólo por el hecho de causarlos, algunos ejemplos son: (a) estorbar el aprovechamiento de bienes de uso común (artículo 769), (b) hacer excavaciones o construcciones que hagan perder el sostén necesario al suelo de la propiedad vecina (artículo 839), (c) plantar árboles cerca de una heredad ajena, sino a la distancia prescrita (artículo 846), (d) desviar aguas (artículo 935), y (e) deteriorar la pared, zanja o seto de propiedad común (artículo 959). En estos casos (y en otros similares) no aplica la teoría del uso abusivo, basta la constatación objetiva de un daño a otro para actualizar el sistema de responsabilidad civil.

Supongamos que una persona (P) es titular de un derecho real de propiedad. Junto a la propiedad de P están las propiedades de los vecinos ( $V^1$ ,  $V^2$ , ...). El señor P decide, respetando las normas aplicables en materia de desarrollo urbano, construir una alberca y elevar un muro para evitar que los vecinos (mirones) tengan vista sobre su propiedad y así poder disfrutar de la piscina y de los baños al sol en completa intimidad.

Resulta que, tras construir la alberca, el hijo adoptivo de P fallece ahogado. P, en luto y resignación, demuele la alberca, no así la barda previamente elevada. ¿Podrán los vecinos alegar un uso abusivo del derecho de propiedad, sobre la base de que  $V^1$  y  $V^2$  tuvieron una limitación a las vistas desde sus ventanas, pues el ejercicio del derecho para P fue, en términos de utilidad, negativo?

Existen otras situaciones en las que el derecho de propiedad se encuentra limitado en alguna de sus facetas (usar, disfrutar, disponer) por leyes administrativas como la Ley Federal Sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, que declara la investigación, protección, conservación, restauración y recuperación de los monumentos arqueológicos, artísticos e históricos y de las zonas de monumentos, de utilidad pública.

De acuerdo con ese interés del Estado, la ley establece (artículo 8) que los propietarios de bienes inmuebles declarados monumentos históricos o artísticos, deben conservarlos y, en su caso, restaurarlos.

A cambio de ello, solamente para los que se ubican en la Ciudad de México, la ley les permite recuperar el pago de los impuestos por concepto de predial (artículo 11).<sup>237</sup>

---

<sup>237</sup> El artículo establece que se promoverá “ante los Gobiernos de los Estados la conveniencia de que se exima del impuesto predial a los bienes inmuebles declarados monumentos, que no se exploten con fines de lucro”, lo que representa una eventual situación de desigualdad fiscal entre propietarios de tales tipos de bienes inmuebles.

La ley referida fue incorporada al Derecho mexicano en 1972, modificando de manera retroactiva el derecho real de propiedad de sus titulares, en medida que añadió restricciones y deberes.<sup>238</sup>

Además de su carácter retroactivo, valdría la pena hacer un análisis económico de los beneficios sociales (eficiencia) de la norma, sobre todo a partir de la consideración de su carácter confiscatorio, pues el Estado limita materialmente, en los hechos, las posibilidades de uso y comercialización de esos bienes inmuebles, sin darle una debida indemnización a los particulares.<sup>239</sup>

Recientemente con los sismos de 2017 algunos edificios con valor histórico sufrieron daños de tal magnitud que ponen en riesgo a sus ocupantes y a las personas que transitan en la periferia de los mismos. El Instituto Nacional de Antropología e Historia se opuso a su demolición alegando que la cultura y la historia valen más que la vida de las personas.<sup>240</sup>

---

<sup>238</sup> En México existen un número amplio de decretos presidenciales que declaran zonas como de valor histórico, afectando en consecuencia, los derechos de propiedad. Habría que ponderar si la limitación que sufren sus propietarios tiene más utilidad que la que se obtendría si los bienes inmuebles se usasen con mayor libertad. Además, los deberes de conservación y restauración que pesan sobre los propietarios rara vez se cumplen, con lo que se advierte que la finalidad de la ley es un mero deseo de papel. Si el Estado tiene interés en conservar determinados inmuebles, debería hacerlo plenamente: expropiando.

<sup>239</sup> Al respecto, es ilustrativa la sentencia de la Suprema Corte de Carolina del Sur, en el asunto de *Lucas v. South Carolina Coastal Council* 505 U.S. 1003, 112 S. Ct. 2886, 120 L. Ed. 2d 798, 34 ERC 1897 (1992), en la que el actor alegaba que una ley, posterior a su adquisición de unos inmuebles, le impedía hacer uso económicamente razonable de su propiedad; al final, el jurado estimó que la ley respectiva era expropiatoria y debía indemnizarse a Lucas.

<sup>240</sup> El INAH inicia acciones penales en contra de ciudadanos por demoler la capilla de San Nicolás Tolentino. Consultado el 3 de marzo de 2018 en

La situación actual genera menos utilidad y bienestar social al tener fincas abandonadas y ruinosas que podrían tener un uso social<sup>241</sup> más valioso (como destinarlas a viviendas de interés social o bibliotecas).<sup>242</sup>

---

[http://www.milenio.com/cultura/INAH-pobladores-demuelen-capilla-Morelos\\_0\\_1039696156.html](http://www.milenio.com/cultura/INAH-pobladores-demuelen-capilla-Morelos_0_1039696156.html).

<sup>241</sup> La jurisprudencia, al resolver un asunto relacionado con la expropiación, reconoció la función social de la propiedad, al decir que “el derecho a la propiedad privada está delimitado en la Constitución Federal en razón de su función social”. En dicha tesis está contenida una serie importante de criterios para justificar una expropiación. Con los elementos ahí puestos, es evidente que, en el caso de inmuebles de propiedad privada con valor histórico, el Estado debería expropiarlos. Tesis P./J. 39/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXIII, marzo de 2006, p. 1412, rubro “EXPROPIACIÓN. CONCEPTO DE UTILIDAD PÚBLICA”.

<sup>242</sup> Un caso que puede servir como referencia comparativa es el siguiente: a algún legislador, muy creativo, se le ocurrió incluir en una ley del Distrito Federal que los propietarios de inmuebles que quisieran subdividir sus predios debían “transmitir a título gratuito al Distrito Federal, el dominio del porcentaje de la superficie total del terreno que señale el Reglamento”. Ese asunto fue resuelto en el Amparo en revisión 400/2004, y se generó este criterio: Tesis I.10o.A.50 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXI, junio de 2005, p. 799, rubro “DESARROLLO URBANO DEL DISTRITO FEDERAL. LOS ARTÍCULOS 49, FRACCIÓN III, DE LA LEY RELATIVA Y 75 DE SU REGLAMENTO, AL CONDICIONAR EL OTORGAMIENTO DE LA LICENCIA DE SUBDIVISIÓN DE PREDIOS AL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN ELLOS PREVISTAS SON INCONSTITUCIONALES.”, siendo de resaltar: “cuestiones que por sí mismas se traducen en una verdadera privación de la propiedad del gobernado, sin que se actualice la hipótesis prevista en el artículo 27, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se establece la expropiación como vía para ello, y sujeta su aplicación al cumplimiento de requisitos como la existencia

#### 4. Análisis de algunos derechos prestacionales

La retracción del Estado social intervencionista y prestacional —dice Roldán Xopa— “tiene en los tiempos del neoliberalismo, en el concepto de servicio público, uno de los escenarios de redefinición de las funciones públicas.”<sup>243</sup>

La primera manifestación de conflicto se presenta entre la visión del Estado abstencionista y la del Estado solidario, social y de fomento e intervencionista.

La CPEUM establece un régimen obligatorio de actividades que deben estar sujetas al servicio público: educación, energía eléctrica, servicios municipales de agua potable, sanidad, alumbrado público, parque, jardines, seguridad pública y tránsito, por citar algunos.<sup>244</sup>

Debe aclararse que, si bien los servicios públicos *son* actividades prestacionales, no necesariamente *todo* derecho o actividad prestacional es un servicio público.

Intentaré explicar, ahora, las dos visiones metanormativas que puede tener el Estado frente a un mismo objeto.

Para tal fin, he de referirme a derechos prestacionales, califiquen o no como servicios públicos.

##### **4.1. Derechos prestacionales de fuente constitucional**

En los siguientes apartados me concentraré en describir, con apoyo jurisprudencial, la manera en que algunos derechos prestacionales (salud, educación, vivienda digna, trabajo, medio ambiente y buen funcionamiento del mercado) adquirieron una

---

de alguna de las causas de utilidad pública definidas por el legislador mediante normas genéricas, abstractas e impersonales”.

<sup>243</sup> Roldán Xopa, José, *Derecho Administrativo*, México, Oxford University Press, 2008, p. 373.

<sup>244</sup> Hay que revisar otras leyes, tanto federales como estatales y municipales, que declaran determinadas actividades como servicios públicos.

nueva configuración a partir de las reformas, ya mencionadas, en materia de derechos humanos (2011).<sup>245</sup>

---

<sup>245</sup> No ahondaré particularmente en el tema de los derechos indígenas, pues desbordaría los propósitos de esta obra, mas rescato, y sin posibilidad de omisión, que la CPEUM contiene un trascendente derecho prestacional, con mandato a los legisladores, de contenido presupuestal (y al parecer ignorado por la doctrina y la jurisprudencia) en favor de los indígenas. Me refiero a lo anotado en el artículo 2 constitucional, inciso B, que dice que en aras de promover la igualdad de oportunidades de los indígenas, y para eliminar cualquier práctica discriminatoria, la Federación, los Estados y los municipios, “establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos” y que “para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de:” (y se suceden nueve fracciones que desarrollan algunos derechos con alto contenido prestacional como fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida; garantizar e incrementar los niveles de escolaridad; acceso efectivo a los servicios de salud; mejorar las condiciones de las comunidades indígenas y sus espacios para la convivencia y recreación: incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo; extender la red de comunicaciones; apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas; políticas sociales para proteger a los migrantes de los pueblos indígenas; garantizar los derechos laborales de los jornaleros agrícolas; mejorar las condiciones de salud de las mujeres; apoyar con programas especiales de educación y nutrición a niños y jóvenes de familias migrantes; consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo). En la parte final, el artículo que se comenta establece que “para garantizar el cumplimiento de las obligaciones señaladas en este apartado, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, las legislaturas de las entidades federativas y los ayuntamientos (en el ámbito de sus respectivas competencias) establecerán las partidas específicas

Me parece relevante tener claridad del momento que se vive en cuanto a control constitucional, puesto que el dinamismo y velocidad que estos temas tendrán en el futuro más cercano dependen, en cierta medida, de los precedentes que se tejieron hacia finales de la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación (rescato la tesis aislada de la Octava Época del ministro Carlos de Silva Nava, sobre igualdad del hombre y la mujer), y con más solidez y contundencia a partir de la Décima Época.<sup>246</sup>

El primer paso consiste en identificar aquellos artículos de la Constitución que establecen los derechos prestacionales para hacer, posteriormente, algunas puntualizaciones con apoyo en los precedentes y, en su caso jurisprudencia, definidos del Poder Judicial de la Federación.

Parto de las premisas de que la CPEUM prohíbe toda discriminación que atente contra la dignidad, al tiempo que promueve la libertad de las personas, con

---

destinadas al cumplimiento de estas obligaciones en los presupuestos de egresos que aprueben, así como las formas y procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas.” Es decir, desde la Constitución existen derechos prestacionales con cargo al presupuesto, ya etiquetados y destinados, en cuanto y en tanto se obliga a preverlos en los presupuestos tanto federal, estatal como municipal. Por último, cabe mencionar que en la CPUEM dicha técnica de asignar partidas se encuentra en el caso de los salarios de los trabajadores al servicio del Estado en el artículo 123, apartado B, fracción IV, que garantiza que los salarios se establecen en los presupuestos y que no puedan ser disminuidos durante su vigencia. No es el caso de un derecho prestacional como tal, sino de un derecho salarial, derivado, ahí sí, de un derecho prestacional al trabajo.

<sup>246</sup> Evidentemente, los juristas, y particularmente la dogmática jurídica, deben contribuir a la generación de contenidos, para que desde el foro se contribuya a la evolución de los derechos prestacionales. Los tribunales no pueden resolver los asuntos que no reciben a trámite y no pueden resolver sobre argumentos que no se planteen en sede judicial. El reto queda así: breve y conciso.

base en la cual se desarrollan todos los derechos y su interpretación, constituida a partir del principio máximo de la igualdad.

### **Derecho a la salud.**

Artículo 2º, Apartado B, inciso III: Derecho prestacional a la salud para los indígenas; que abarca derecho a la alimentación y nutrición de la población infantil. Como dato relevante cabe destacar que, conforme al penúltimo párrafo de este apartado se prevé la existencia de una partida presupuestal para estos propósitos<sup>247</sup>. Nos encontramos ante un caso único de derecho prestacional con recursos etiquetados desde la Constitución.

Artículo 4º: Derecho prestacional a la salud para toda persona. Además, se regula el derecho a la alimentación “nutritiva, suficiente y de calidad”, garantizado por el Estado. Se incluye el derecho de los niños a la salud, conforme al principio del interés superior de la niñez.

Artículo 18: Organización del sistema penitenciario sobre la base de los derechos humanos del trabajo, capacitación, educación, salud y deporte.

Artículo 123-A: Se establecen derechos de salud en materia laboral para las mujeres embarazadas, prohibiéndoseles que realicen “trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación”; así como obligaciones patronales para adoptar las medidas adecuadas que prevengan “accidentes en el uso de las máquinas, instrumentos y materiales de trabajo, así como a organizar de tal manera éste, que resulte la mayor garantía para la salud y la vida de los trabajadores, y del producto de la concepción, cuando se trate de mujeres embarazadas”.

---

<sup>247</sup> Llama la atención el último párrafo, que establece los mismos derechos para cualquier otra comunidad “equiparable” a los indígenas; que ya por sí merece interpretación constitucional.

### **Derecho a la educación**<sup>248</sup>:

Artículo 2º, Apartado B, inciso II: Derecho prestacional para los indígenas a una educación “bilingüe”, con un sistema de becas en todos los niveles y con recursos etiquetados desde la CPEUM; inciso V: educación de la mujer indígena: inciso VIII; educación de los niños indígenas.

Artículo 3º: Derecho prestacional a la educación de calidad (básica y media superior), laica, gratuita y basada en los resultados del progreso científico que luchará contra la ignorancia, sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios.

Artículo 4º: Derecho prestacional a la educación para los niños, conforme al principio del interés superior de la niñez. “Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.”<sup>249</sup>

Artículo 18: Organización del sistema penitenciario sobre la base de los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte.

### **Derecho a la vivienda digna:**

Artículo 2º, Apartado B, inciso IV: Derecho prestacional para los indígenas a la VIVIENDA: “Mejorar las condiciones de las comunidades indígenas y de sus espacios para la convivencia y recreación, mediante acciones que faciliten el acceso al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda, así como ampliar la cobertura de los servicios sociales básicos.”

---

<sup>248</sup> Este derecho prestacional a la educación, desde su positivización en la Constitución de 1917, se contiene como un derecho de igualdad y no meramente como uno de libertad.

<sup>249</sup> Este derecho tiene su correlativa obligación en el artículo 31 (obligación de los mexicanos a hacer que sus hijos o pupilos acudan a escuelas públicas o privadas para obtener su educación preescolar, primaria, secundaria, media superior, y/o la militar, en los términos que establezca la ley).

Artículo 4º: Derecho prestacional a la vivienda digna y decorosa para toda familia<sup>250</sup>.

### **Derecho prestacional al trabajo:**

Artículo 5º: Libertad de trabajo (A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos; nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento; por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador).

Artículo 18: Organización del sistema penitenciario sobre la base de los derechos humanos del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte.

Artículo 123: Derecho prestacional al trabajo: “Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.”

### **Derecho al medio ambiente sano:**

Artículo 4º: Derecho prestacional al medio ambiente sano para toda persona, para su desarrollo y bienestar.

Artículo 25: Se establece que la empresa cuidará el medio ambiente (bajo criterios de sustentabilidad).

### **Derecho prestacional al buen funcionamiento del mercado:**

Artículo 28. “En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, la (sic) prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes [...]”

---

<sup>250</sup> “Familia” deberá incluir también a las personas que elijan no formar una o formarla de manera distinta, como entre personas del mismo sexo, o entre más de dos personas unidas por afección (“familias poli-afectivas”).

Una vez identificados los derechos prestacionales y sus características medulares, revisaremos algunos elementos de la doctrina jurisprudencial producida a partir de la reforma de derechos humanos de junio de 2011, que “transformó el contenido normativo del principio de vinculación al gasto público al dotarle de una función de reivindicación social” como lo explica el doctor Juan Carlos de Obeso Orendain.<sup>251</sup>

En primer lugar, conviene traer a colación una tesis aislada de los TCC, que lleva por rubro: “PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. REPRESENTAN CRITERIOS DE OPTIMIZACIÓN INTERPRETATIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.”<sup>252</sup>, de la cual pueden extraerse las siguientes reglas generales:

1. La valoración de los derechos fundamentales queda vinculada a la premisa de que deben respetarse en beneficio de todo ser humano, sin distinción de edad, género, raza, religión, ideas, condición económica, de vida, salud, nacionalidad o preferencias sexuales (universalidad).

2. Los derechos fundamentales han de apreciarse como relacionados, de forma que no sería posible distinguirlos en orden de importancia, y deben cumplirse en la mayor medida posible; así sea en diferente grado debido a la presencia de otro derecho fundamental, que también deba respetarse preferiblemente por asegurar un beneficio mayor al individuo. Debido a esto, no

---

<sup>251</sup> Refiero la tesis doctoral reciente, que analiza aquellos derechos sociales que nutren el principio de vinculación al gasto público, y cómo la efectividad de los derechos prestacionales ha estado condicionada a la voluntad política o a la disponibilidad de recursos: De Obeso Orendain, Juan Carlos. *El Principio de Vinculación al Gasto Público a la Luz de los Derechos Humanos*. Tesis doctoral. Universidad de Guadalajara, México, 2016.

<sup>252</sup> Tesis: IV.2o.A.15 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XXI, junio de 2013, Tomo 2, p. 1289.

debe entenderse que aquel derecho fundamental que ceda será excluido definitivamente. (indivisibilidad e interdependencia);

**3.** Cada uno de esos derechos, o todos en su conjunto, obedecen a un contexto de necesidades pasadas y actuales, mas no niegan la posibilidad de verse expandidos y adecuados a nuevas condiciones sociales que determinen la necesidad y vigencia de otras prerrogativas a favor del individuo (progresividad).

**4.** Los Principios (universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad) representan criterios de optimización interpretativa de los derechos fundamentales, y orientan el proceder de las autoridades en cumplir su mandato de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales, lo cual se refleja al ejercer el control constitucional (respeto y restauración). Son, pues, una tarea no sólo de la jurisdicción federal, sino también de la ordinaria, según su debida competencia.

En atención a que los derechos fundamentales reposan sobre la base del derecho a la igualdad, deben tenerse en mente los siguientes elementos, expuestos por el Pleno de la SCJN en jurisprudencia<sup>253</sup>:

**1.** Los criterios de análisis constitucional ante alegaciones que denuncian limitaciones excesivas a los derechos fundamentales, tienen mucho en común con los usados para evaluar eventuales infracciones al principio de igualdad; legislar implica, necesariamente, clasificar y distinguir casos.

**2.** Es natural que los dos tipos de examen de constitucionalidad se sobrepongan parcialmente.

**3.** Aunque la SCJN haya concluido que una determinada regulación limitadora de derechos no es excesiva (sino legítima, necesaria y proporcional, justificada por la necesidad de armonizar las exigencias normativas derivadas del

---

<sup>253</sup> Tesis: P./J. 28/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXXIV, agosto de 2011, p. 5, rubro “ESCRUTINIO DE IGUALDAD Y ANÁLISIS CONSTITUCIONAL ORIENTADO A DETERMINAR LA LEGITIMIDAD DE LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RELACIÓN.”

derecho en cuestión con otras también relevantes en el caso), todavía es necesario analizar, bajo el principio de igualdad, si las cargas que esa limitación de derechos representa están repartidas utilizando criterios clasificatorios legítimos.

4. Aunque una norma legal sea adecuada (en el sentido de representar una medida globalmente apta para alcanzar un determinado fin), aún puede tener defectos de sobre inclusión o de infra inclusión, derivadores de una vulneración al principio de igualdad y no discriminación.

5. Es necesario examinar con especial cuidado si los medios (distinciones) usados por el legislador son adecuados a la luz del fin perseguido.

#### 4.1.1. El derecho prestacional a la salud

Sin salud, pocas cosas tienen sentido. Tanto en el plano individual como colectivo, la salud desempeña un papel fundamental.

Contar con políticas públicas enfocadas en prevenir las enfermedades y, en términos generales, cuidar de la salud, es una obligación esencial de cualquier Estado moderno.

Desde el punto de vista humano, la no salud se traduce en enfermedades, sí, pero también en pobreza, falta de educación y escasez de oportunidades; y en el ámbito de la producción y empresa, implica menores niveles de productividad y, consiguientemente, bajos salarios. En suma, de la ausencia de salud deviene una mala calidad de vida, una ausencia de bienestar.

Dejemos a un lado las políticas populistas que regalan dinero a la gente y enfoquemos el gasto en políticas serias que protejan el derecho a la salud de los mexicanos, principalmente de los más pobres.

De acuerdo con el doctor José Narro Robles, la organización, administración y financiamiento del sector salud no son los adecuados.

Para el ex rector de la Universidad Nacional Autónoma de México, algunos de los problemas que enfrenta el sector salud tienen que ver con la falta de cobertura de los servicios y con la calidad de la atención, destacada por su heterogeneidad.

Otro problema es la fragmentación de las instancias prestadoras de atención, originando que muchas personas carezcan de servicios mientras otras disponen de

dobles o triples coberturas; y también señala que el financiamiento público es insuficiente.<sup>254</sup>

Por ello, complementando los artículos referidos al derecho a la salud, me parece relevante dejar constancia de la tesis aislada del Pleno<sup>255</sup>, resuelta por mayoría de 6 votos y de la cual fue ponente el señor ministro Cossío Díaz.

En ella se reconoce un tránsito constitucional de lo programático hacia lo normativo; es decir, en el discurso constitucional se refiere, ahora, que los derechos vinculan a los poderes públicos (tema objeto de la tesis doctoral del mismo Cossío Díaz, y de la cual he dado cuenta aquí, al hablar de los derechos de prestación).

En la tesis, la SCJN reconoce este tránsito y coincide en que los jueces constitucionales deben analizar si la regulación administrativa se ajusta a la CPEUM y a los derechos humanos de fuente internacional.

Nuestro país atraviesa una etapa de intensa transformación en el modo de identificar la sustancia normativa de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como sus consecuencias para la mecánica de funcionamiento del juicio de amparo.

Una de las manifestaciones específicas de este fenómeno es el cambio en la comprensión, hasta ahora tradicional, de los derechos, como es el caso del derecho a la salud o a la educación.

A pesar de su consagración textual en la Carta Magna, estos derechos han sido tradicionalmente entendidos como meras intenciones, sin real poder vinculante sobre la acción de ciudadanos y poderes públicos.

---

<sup>254</sup> Según he venido desarrollando en la presente, nuestros problemas en lo que a derechos prestacionales se refiere, tienen mucho que ver con el origen programático y la ausencia de carácter jurídico del derecho en cuestión, en este caso el de salud.

<sup>255</sup> Tesis: P. XV/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXXIV, agosto de 2011, p.31, rubro “DERECHO A LA SALUD. SU NATURALEZA NORMATIVA.”

Se ha entendido que su efectiva consecución estaba subordinada a actuaciones legislativas y administraciones específicas, ante cuya ausencia los Jueces Constitucionales no podían hacer mucho.

Ahora, en cambio, se tiene la premisa de que, aunque en un Estado constitucional democrático tanto el legislador ordinario como las autoridades gubernamentales y administrativas tienen un margen muy amplio para plasmar su visión de la Constitución y, en particular, para desplegar en una dirección u otra las políticas públicas y regulaciones que deben dar cuerpo a la garantía efectiva de los derechos, es el Juez Constitucional quien puede contrastar dicha labor con los estándares contenidos en la Ley, y en los tratados de derechos humanos que forman parte de la normativa y vinculan a todas las autoridades estatales.

En el mismo asunto del que di cuenta antes, misma mayoría y con el mismo ponente, el Pleno de Ministros de la SCJN determinó que en el caso del derecho a la salud, con sede en el artículo 4º de la CPEUM, “derivan una serie de estándares jurídicos de gran relevancia”<sup>256</sup>, sobre la base de que el Estado Mexicano ha suscrito convenios internacionales que muestran un consenso en torno a la importancia de garantizar al más alto nivel ciertas pretensiones relacionadas con el disfrute de este derecho.<sup>257</sup>

---

<sup>256</sup> Tesis: P. XVI/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXXIV, agosto de 2011, p. 29, rubro “DERECHO A LA SALUD. IMPONE AL ESTADO LAS OBLIGACIONES DE GARANTIZAR QUE SEA EJERCIDO SIN DISCRIMINACIÓN ALGUNA Y DE ADOPTAR MEDIDAS PARA SU PLENA REALIZACIÓN.”

<sup>257</sup> En este sentido, existen documentos que esclarecen su contenido y alcance jurídico mínimo consensuado: la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, por ejemplo, dispone que el derecho a la salud garantiza la disponibilidad, accesibilidad, no discriminación, aceptabilidad y calidad de los servicios de salud; al tiempo que refiere que los poderes públicos tienen obligaciones de respeto, protección y cumplimiento en relación con él. *Idem*.

Tales estándares son:

1. Algunas obligaciones son de cumplimiento inmediato, otras de cumplimiento progresivo; lo cual otorga relevancia normativa a los avances y retrocesos en el nivel de goce del derecho.

2. El punto anterior está destacado por los párrafos 30 y siguientes de la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, aunque el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé la aplicación progresiva y reconoce los obstáculos de la limitación de los recursos disponibles.

3. La Observación citada impone a los Estados obligaciones de efecto inmediato, como por ejemplo las de garantizar que el derecho a la salud sea ejercido sin discriminación alguna, y de adoptar medidas deliberadas y concretas para su plena realización.

4. La efectuación progresiva del derecho a la salud no priva de contenido significativo a las obligaciones de los Estados, sino que les impone el deber concreto y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia su plena realización.

5. Al igual que ocurre con los demás derechos enunciados en el Pacto referido, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud.

La evolución en la interpretación de los derechos sociales, es decir el tránsito de un escenario en el que el Estado no tenía que erogar recursos, hacia uno en el que sí lo hace, también alcanza el reconocimiento de otro tipo de obligados: *los espectadores de la norma*.

Dicha noción surge en la tesis<sup>258</sup> aunque, ciertamente, no con dicha nomenclatura. En ella se dice:

---

<sup>258</sup> Tesis: P. XVII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, agosto de 2011, p.30, rubro: "DERECHO A LA SALUD. LAS OBLIGACIONES QUE LA LEY IMPONE DAN FORMA A UNA ESPECÍFICA

La naturaleza y la intensidad de las obligaciones que las normas imponen a los poderes públicos o a los particulares para mantener, preservar, restablecer o promover la salud son directamente relevantes desde la perspectiva del contenido garantizado por el derecho a la salud y pueden ser denunciadas por los particulares en caso de afectación, aunque no sean los destinatarios de las citadas normas.

De acuerdo con dicha tesis, el derecho a la salud, bajo esta nueva óptica relacional, alcanza a una serie de sujetos según su posición frente a la norma, la sociedad o el mercado. Continúa diciendo la tesis que:

Así, las obligaciones que la ley impone a publicistas, promotores de productos derivados del tabaco, propietarios o poseedores de lugares concurridos, áreas interiores de trabajo (públicas o privadas, incluidas las universidades e instituciones de educación superior) o consumidores de productos derivados del tabaco, por ejemplo, dan forma a una específica modalidad de goce del derecho a la salud y, por tanto, delimitan su contenido en una sociedad determinada.

Conforme a la tesis anterior, tendría cabida en el Derecho mexicano la imposición de límites a los fumadores de tabaco<sup>259</sup>, como es el caso de la experimentada en Francia hacia septiembre de 2014, donde se prohibió fumar

---

MODALIDAD DE GOCE DE AQUÉL, Y DELIMITAN SU CONTENIDO EN UNA SOCIEDAD DETERMINADA.”

<sup>259</sup> Nótese cómo el alcohol sigue teniendo una posición privilegiada (no sin alguna regulación que ha mitigado la publicidad omnipresente), aun manteniéndose socialmente a pesar de los grandes estragos sociales, familiares y accidentes vehiculares que produce. “Más que disuasiones, existen persuasiones”, según Akerlof y Shiller, *Cfr. Akerlof, George y Shiller, Robert. La economía de la manipulación*. Paidós Empresa, México, 2016, p. 29.

dentro de automóviles cuando entre los pasajeros hubiese menores de doce años<sup>260</sup>, e incluso la propagación de los espacios cien por ciento libres de tabaco<sup>261</sup>.

En Estados Unidos de América, en 1929, la marca de cigarros *Lucky Strike* se valía de estrategias publicitarias que hoy nadie, en su sano juicio, aceptaría o creería (además de que ya están prohibidas). A continuación, algunas imágenes ilustrativas de cómo se manipulaba al consumidor haciéndole creer que el tabaco era bueno, recomendado por doctores y mejor que un dulce:



---

<sup>260</sup> Según el Ministerio de Asuntos Sociales, Sanidad y Derechos de la Mujer (Francia), la concentración de partículas es 10 veces más elevada en los asientos traseros de los vehículos de los fumadores, y multiplica por tres el nivel medio admitido por la OMS. *Idem*.

<sup>261</sup> El tabaco es uno de los timos más importantes relacionados con la salud de los consumidores. Hoy, con el avance científico y su divulgación, nadie piensa que fumar sea sensato, sin embargo, mientras escribo estas líneas millones de personas en el mundo lo están haciendo (incluso Usted, lector). Está documentado que, en Estados Unidos, a raíz de la censura y autocensura, el porcentaje de fumadores ha descendido a más de la mitad "desde los malos tiempos en los que la gente que debería haber sabido lo contrario, argumentaba que fumar en realidad era bueno para su salud: ayudaba a perder peso." *Cfr.* Akerlof, George y Shiller, Robert. *La economía de la manipulación*. Paidós Empresa, México, 2016, p. 28.

De manera contrastante con dicha publicidad manipulativa, la siguiente imagen<sup>262</sup> es un ejemplo de la llamada “*plain package*” o *cajetilla neutra*, utilizada primero en Australia y después en Francia, en la que se suprime el uso de marcas llamativas con el fin de potencializar el efecto de las advertencias y las imágenes, con claros efectos inhibitorios en el consumidor.



De la misma manera, las políticas regulatorias destinadas a disminuir o inhibir el consumo del tabaco mediante la imposición de altas tasas contributivas<sup>263</sup> o mediante la colocación de imágenes desalentadoras del consumo<sup>264</sup>, encuentran

---

<sup>262</sup> Obtenida de <http://www.tobaccolabels.ca/plain-packaging/>, 1 abril de 2015.

<sup>263</sup> Al respecto, una política que oriente al consumidor frente a los riesgos y daños del consumo del tabaco podría ser la de desplegar información clara acerca de la cantidad de impuestos incluidos en el precio final que paga ese consumidor. Ello podría funcionar como un elemento disuasorio, respetando la voluntad de la población. No se trata de prohibir, sino de informar para favorecer decisiones informadas.

<sup>264</sup> En Francia se implementó la cajetilla neutra de tabaco, siguiendo el antecedente australiano, que buscaba reducir el atractivo de las cajetillas. A través de dicha

cabida con base en esta tesis, pues con ello se protege la salud tanto de los fumadores activos como de los pasivos<sup>265</sup>.

Las siguientes imágenes<sup>266</sup> son ejemplos de las etiquetas implementadas, a partir de 2010, por las autoridades sanitarias para disuadir el consumo del tabaco en México.



---

medida, todas las cajetillas en el mercado son iguales: mismo color, mismo diseño, y la advertencia sanitaria ocupa un 30% de la superficie (en el futuro se ampliará hasta el 65%). La única diferencia está en la marca, que es “discreta”. Véase [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/09/25/actualidad/1411671531\\_317909.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/09/25/actualidad/1411671531_317909.html).

<sup>265</sup> Una guía de los países que han implementado advertencias en las cajetillas y el uso de imágenes para desincentivar el consumo del tabaco puede hallarse en <http://www.tobaccolabels.ca/>.

<sup>266</sup> Obtenidas de <http://www.tobaccolabels.ca/countries/mexico/>.



Los Tribunales Colegiados ya han empezado a conceptualizar el derecho a salud en esta vertiente. Primero a través de un ejercicio de control convencional, ubicando la o las normas de fuente internacional que permitan integrar el derecho a nuestro ordenamiento y, después, dándole un verdadero sentido social y normativo.

El asunto que dio origen a la tesis que comento a continuación, surgió cuando una quejosa argumentó, en un amparo, que la institución de salud pública correspondiente se negaba a otorgarle las incapacidades y medicamentos necesarios.

La sentencia determinó la importancia de que existiera, en relación con el derecho a la salud, una "prestación adecuada y eficiente del servicio médico", "por estar de por medio el irreductible derecho humano a la salud del derechohabiente";

y que el control de constitucionalidad alcanza para evitar arbitrariedades ante la discrecionalidad en la prescripción de incapacidades y medicamentos.

Como se ve, esto es un verdadero giro y evolución en lo tocante a la salud como derecho prestacional. Algo inaudito antes de la reforma de derechos humanos.

De dicho criterio jurisprudencial<sup>267</sup> vale la pena utilizar los siguientes elementos categorizantes:

- El artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos coincidentemente, entre otros tratados internacionales, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, consagra el derecho humano a la salud.

- El derecho humano a la salud se traduce en la obligación del Estado de garantizar el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfaga las necesidades de la población.

- Entendiéndose por tales servicios, las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona.

Por último, para contrarrestar el consumo del tabaco, el legislador incluyó en la Ley General de Salud la prohibición de “colocar los cigarrillos en sitios que le permitan al consumidor tomarlos directamente”. Dicha norma fue combatida en vía de amparo, y el Pleno de la SCJN defendió su constitucionalidad, y en sus *obiter dictum* sostuvo que:

a) La estrategia seleccionada por el legislador parte de la premisa de que la lucha legal contra los efectos del tabaco en la salud no debe traducirse en una prohibición absoluta de venta y consumo, sino en la introducción de estrictas

---

<sup>267</sup> Tesis: IV.2o.A.23 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIII, octubre de 2012, Tomo 4, p. 2467.

restricciones de tiempo, modo y lugar respecto de las condiciones de adquisición y consumo por adultos.

b) El legislador asume que la lucha para disminuir el consumo de tabaco, en protección de la salud de la población, se centra en los cigarrillos y la prohibición a su acceso directo en tiendas.

c) La relación medio-fin se produce, además, porque hacer los cigarrillos invisibles a los ojos del consumidor, imponiéndoles la carga de solicitarlos e invertir así en la transacción comercial mucho más tiempo del que invertiría de otro modo, es un medio válido y eficaz para desincentivar su compra, lo cual redundará en una disminución de los riesgos asociados a su extendido consumo<sup>268</sup>.

Por otro lado, el carácter transversal que el derecho a la salud tiene respecto de otros derechos es también patente<sup>269</sup>. Es el caso del derecho al agua, constitucionalizado recientemente<sup>270</sup> y conforme al cual:

“Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las

---

<sup>268</sup> Tesis P. XIII/2011 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, agosto de 2011, p. 25, de rubro: “CONTROL DEL TABACO. EL ARTÍCULO 16, FRACCIÓN II, DE LA LEY GENERAL RELATIVA NO VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD.”

<sup>269</sup> Los avances en salud pueden generar desigualdades, incluso en el cuerpo humano (menores tallas, bajos IQ, etc.). *Cfr.* Deaton, Angus. *The Great Escape. Health, Wealth, and the origins of inequality*, Princeton University Press, 2013, pp. 8 y ss.

<sup>270</sup> Reforma constitucional al artículo 4º, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de febrero de 2012.

entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.”

La interpretación que, de este derecho al agua se haga en los tribunales, será vital para determinar la velocidad con que los ciudadanos gozarán de su efectividad, en medida que la acción espontánea de la autoridad se ajuste al derecho constitucionalmente consagrado, o forzada por las sentencias que en los distintos ámbitos se generen.<sup>271</sup>

A la fecha, no hay registro conocido de algún intento de acción colectiva cuando existe una Norma Oficial Mexicana<sup>272</sup> que establece la calidad del agua

---

<sup>271</sup> Al respecto, una de las posibilidades, además del juicio de amparo, se da a través de acciones derivadas de las relaciones de consumo, como las acciones colectivas. Una política pública que respete este derecho incluiría la emisión de alertas por parte del ente, público o privado (en caso de concesión), acerca de riesgos en el consumo del agua por haber disminuido los niveles máximos permitidos de ciertas partículas. En dicho sentido, en EUA, en el Estado de Nuevo México, el Departamento del Medioambiente realiza dichos avisos, *Cfr.*, <http://www.nmenv.state.nm.us/dwb/Safe/>. En una hipotética acción colectiva, conforme al Derecho Mexicano, para reclamar la falta de cumplimiento de la NOM (citada en la nota siguiente), una de las medidas a adoptarse, cautelar o definitivamente, sería la de que el ente demandado divulgue información a los consumidores cuando esos límites cambien y el consumo del agua pueda dañarlos.

<sup>272</sup> *Cfr.* NOM-127-SSA1-1994, "SALUD AMBIENTAL, AGUA PARA USO Y CONSUMO HUMANO-LIMITES PERMISIBLES DE CALIDAD Y TRATAMIENTOS A QUE DEBE SOMETERSE EL AGUA PARA SU POTABILIZACION". Dicha NOM establece en sus considerandos que se emite “con el fin de asegurar y preservar la calidad en los sistemas y hasta la entrega al consumidor, el agua debe someterse a tratamientos de potabilización para *hacerla apta para uso y consumo humano.*”

potable para todo el país, y sin embargo trae a cuevas una serie de reclamos públicos (de fama internacional<sup>273</sup>) de que su calidad no es la idónea<sup>274</sup>.

El criterio más reciente ordena tener una visión humana y social respecto del uso del agua. Se trata de una tesis de los Tribunales Colegiados trascendente para efecto de la relación y vinculación entre derechos prestacionales, dignidad y bienestar social.

Así se desprende de la dicción de la misma, que concluyó que de conformidad con la política hídrica nacional<sup>275</sup>:

“[S]e ha proclamado de prioridad y de seguridad nacional la preferencia del uso doméstico y público urbano en relación con cualquier otro uso, razones que excluyen la posibilidad de que pueda ser concebido atendiendo a

---

<sup>273</sup> Una nota periodística de 24 de enero de 2014, publicada en el Huffington Post de EUA, señala que “Las autoridades mexicanas piden a los turistas lo impensable: beber agua”. Cfr. [http://www.huffingtonpost.com/2014/01/24/mexico-city-water\\_n\\_4661721.html](http://www.huffingtonpost.com/2014/01/24/mexico-city-water_n_4661721.html)

<sup>274</sup> De esta vulneración no se salvan ni los *más ricos*, quienes tienen que comprar agua embotellada; los *no tan ricos* también, pero con un costo directo sobre su ahorro, su patrimonio y su bienestar. En México, los ricos no se enferman de salmonelosis, pero no debe agradecerse a las vacunas, es un elemento más de la profunda desigualdad imperante: su acceso al agua de calidad es otro, con diferentes implicaciones económicas. Datos específicos sobre salud pública y las relaciones con la población más vulnerable en la Encuesta nacional de Salud y Nutrición (2012)

<http://ensanut.insp.mx/informes/ENSANUT2012ResultadosNacionales.pdf>.

<sup>275</sup> Tesis: XI.1o.A.T.1 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XII, septiembre de 2012, Tomo 3, p. 1502, rubro “AGUA POTABLE. COMO DERECHO HUMANO, LA PREFERENCIA DE SU USO DOMÉSTICO Y PÚBLICO URBANO ES UNA CUESTIÓN DE SEGURIDAD NACIONAL.”

intereses particulares o de grupos minoritarios, pues de ser así, imperaría un régimen de aprovechamiento del agua sin visión humana y social, con lo cual se atentaría contra la dignidad humana.”

En tal tesis, destacan los siguientes elementos respecto al derecho al agua:

- Por el derecho internacional, el acceso al agua potable debe estar a disposición de todos, sin discriminación y económicamente accesible.
- Por derecho interno, el derecho al agua potable es fundamental e indispensable para la realización, goce y disfrute de los demás derechos humanos<sup>276</sup>.

---

<sup>276</sup> Así, al Estado le compete adoptar una política nacional de salud (acompañada de un plan detallado para su ejercicio) cuando menos en un mínimo vital que permita la eficacia y garantía de otros derechos. *Cfr.*, respecto de este punto, Tesis: I.4o.A.86 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXV, octubre de 2013, Tomo 3, p. 1759, rubro “DERECHO A LA SALUD. FORMA DE CUMPLIR CON LA OBSERVACIÓN GENERAL NÚMERO 14 DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS SOCIALES Y CULTURALES DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, PARA GARANTIZAR SU DISFRUTE.” Así, para cumplir con el derecho a la salud, el Estado debe “fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro de resultados positivos en materia de salud; verbigracia, la realización de investigaciones y el suministro de información, velar porque el Estado cumpla sus obligaciones en lo referente a la difusión de información apropiada acerca de la forma de vivir y de alimentación sanas, así como de las prácticas tradicionales nocivas y la disponibilidad de servicios, al igual que apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones por lo que respecta a su salud.” Lo anterior tiene cabida y permite experimentar políticas públicas basadas en la mayor difusión de información (simple y clara) que induzca (respetando la libertad de decisión) la toma de mejores decisiones por parte de las personas, y de consumo por los consumidores.

- Su preservación en cantidad, calidad y sustentabilidad es tarea fundamental tanto del Estado como de la sociedad.

- Está basado en las premisas de un acceso al bienestar de toda la población, sustentado por los principios de igualdad y no discriminación, independientemente de las circunstancias sociales, de género, políticas, económicas o culturales propias de la comunidad en la que se opera.

La Primera Sala de la SCJN, en tesis aislada, determinó que el ámbito del derecho a la salud alcanza eficacia jurídica no sólo frente al Estado (“todos los poderes públicos dentro del Estado, desde el legislador y la administración, hospitales públicos y su personal médico, hasta los tribunales”) sino también ante los particulares que se dedican a ese ámbito (como los médicos<sup>277</sup>, hospitales privados, empleadores y administradores de fondos de pensiones y jubilaciones).<sup>278</sup>

---

<sup>277</sup> La jurisprudencia sobre daños en Estados Unidos, ha producido el criterio del intermediario docto (*learned intermediary rule*) obligando a los profesionales de la salud a recetar medicamentos y hacerse responsables por los daños ocasionados al consumidor en caso de negligencia. El médico, presume la jurisprudencia, es quien mejor conoce al paciente y debe saber, por ejemplo, sus alergias a ciertos componentes químicos. En relación con esta regla —aunque sin mención expresa— Akerlof y Shiller señalan que “habíamos subestimado el ingenio de las farmacéuticas, al igual que habíamos subestimado el poder de la economía de la manipulación”. Y es que, en efecto, las compañías farmacéuticas no disparan a ciegas; parte de la mercadotecnia de los medicamentos se realiza a través de “publicidad encubierta”, con supuestos artículos científicos imparciales arbitrados. Incluso, ellos sostienen que, algunas veces, los laboratorios ponderan poco la *no generación de daños* a las personas, con tal de lograr su permanencia en el mercado. Al respecto, *Vid.* Akerlof, George y Shiller, Robert. *La economía de la manipulación*. Paidós Empresa, México, 2016, p.192-196. Sobre la “publicidad encubierta”, *Cfr.* García Sais, Fernando. *Derecho de los consumidores ... op. cit.*

<sup>278</sup> Tesis: 1a. XXIII/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVI, enero de 2013, Tomo 1, p. 626, rubro “DERECHO

Hoy, ya no puede negarse que el objetivo de proteger el derecho a la salud de los pacientes es un fin público que excede el mero interés de los particulares, pues se trata de una meta inherente al Estado mexicano, como postula la tesis.

Además, como muestra del nuevo modelo de “Constitución Normativa”, la SCJN dice que:

“[L]os tribunales deben atender a la influencia de los valores que subyacen en el derecho a la salud, fungiendo como un vínculo entre la Constitución y los particulares al momento en que resuelven un caso concreto. Así las cosas, en virtud de la fuerza normativa de la Constitución, no resulta compatible concebir que los hospitales privados y su personal médico son regidos únicamente bajo figuras de derecho privado, en especial cuando estos sujetos obran en aras a la protección de la salud de las personas.”

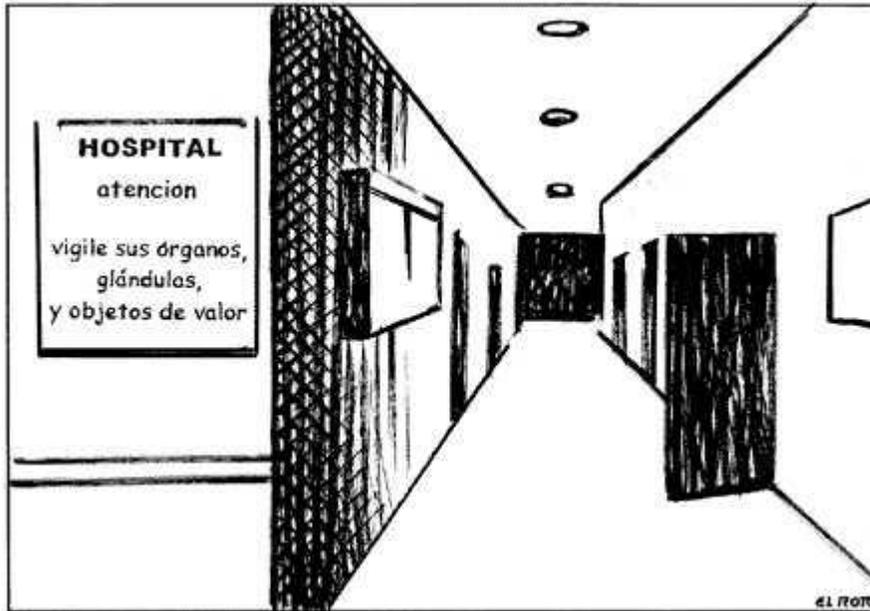
En virtud de la complejidad de los sistemas jurídicos actuales, y de la estrecha relación entre sus componentes normativos, es claro que existen numerosos ámbitos en los cuales no puede hacerse una división clara y tajante entre derecho público y privado.

Lo anterior se actualiza en el ámbito de los hospitales privados y su personal médico, ya que su actuar tiene repercusiones en la protección de la salud de los pacientes.

En atención a estos novedosos precedentes, la caricatura de El Roto, del 6 de febrero de 2001 en *El País*, será la excepción.

---

FUNDAMENTAL A LA SALUD. IMPONE DEBERES TANTO A LOS PODERES PÚBLICOS COMO A LOS PARTICULARES QUE SE DEDICAN AL ÁMBITO DE LA SALUD.”



Por último, en materia de daños, la Primera Sala<sup>279</sup>, —siguiendo con la idea de que el derecho a la salud es una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos—, estimó que, en el caso de daños ocasionados por un accidente, la persona afectada en su salud tiene derecho a una indemnización que la compense del daño sufrido (lo que es evidente) pero lo problemático, como hemos visto, es su determinación.

Según la Primera Sala, la determinación de la indemnización (“para que sea justa”, dice la SCJN) depende del daño ocasionado.

Así, proscribiremos los techos cuantitativos, pues ello implica limitar la responsabilidad, marginar las circunstancias concretas del caso, el valor real de la reparación o de la salud deteriorada.

De la misma manera, debe cuidarse de que las indemnizaciones no sean excesivas; es decir, que produzcan enriquecimiento sin causa. En todo caso, dice la Sala que

---

<sup>279</sup> Tesis: 1a. CXCVI/2012 (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XII, septiembre de 2012, Tomo 1, p. 522, rubro “REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO O JUSTA INDEMNIZACIÓN. SU DETERMINACIÓN JUDICIAL EN CASO DE VULNERACIÓN AL DERECHO A LA SALUD.”

“la autoridad judicial debe tener la facultad para determinarlas con base en el principio de reparación integral del daño y en forma individualizada, según las particularidades de cada caso, incluyendo la naturaleza y extensión de los daños causados, la posibilidad de rehabilitación del accidentado, los gastos médicos y tratamientos para su curación o rehabilitación, el posible grado de incapacidad, el grado de responsabilidad de las partes, su situación económica y demás características particulares, a fin de fijar el pago por un monto suficiente para atender las necesidades de cada caso en particular. Sin embargo, la indemnización justa no está encaminada a restaurar el equilibrio patrimonial perdido, pues la reparación se refiere a los bienes de la personalidad, esto es, persigue una reparación integral, suficiente y justa, para que el afectado pueda atender todas sus necesidades, lo que le permita llevar una vida digna.”

Y para explicitarse, la SCJN refiere que el derecho moderno de daños mira a la naturaleza y extensión del daño, a las víctimas y no a los victimarios, por lo que las reparaciones no deben generarle una ganancia a la víctima, sino otorgarle un resarcimiento adecuado.

Conforme a esas bases, deben ser los jueces quienes cuantifiquen, con base en criterios de razonabilidad, puesto que están en mejor posición que los legisladores, quienes pueden no conocer las particularidades del caso.

Sin embargo, como expone María de los Ángeles Moreno Uriegas, debe aceptarse que la solución a la problemática de los desequilibrios sociales y de salud, aún está lejos de encontrarse: asunto que se vuelve más difícil en épocas de crisis, en las que se agudizan los daños correspondientes a la esfera sanitaria, a pesar del enfoque estratégico que se ha propuesto para enfrentar la problemática estructural en la materia.<sup>280</sup>

---

<sup>280</sup> La nueva concepción que el Estado mexicano tiene sobre la atención de la salud se refleja en la introducción del Derecho a la Protección de la Salud en el artículo 4º Constitucional, así como en la expedición de la ley General de Salud y

Néstor de Buen afirma que ni la salud ni la educación pueden ser olvidados por el Estado; la salud y la educación forman parte indisoluble de su propia estructura.<sup>281</sup>

Pasemos, pues, a tratar el tema de la educación.

#### 4.1.2. El derecho prestacional a la educación de calidad

Es universalmente aceptado que existe una relación directa entre educación y bienestar<sup>282</sup>.

---

otros ordenamientos igualmente importantes en la materia, que han llevado a cabo cambios de fondo en la gestión y organización de los organismos gubernamentales responsables de la prestación de estos servicios. Véase, Moreno Uriegas, María de los Ángeles. *La política de bienestar social y la salud*. Revista de Administración Pública, p. 74. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/69/pr/pr7.pdf>, consultado el 20 de junio de 2016.

<sup>281</sup> De Buen, Néstor. “La crisis del Estado de Bienestar”, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/22/pr/pr6.pdf>, consultado el 21 de junio de 2016.

<sup>282</sup> La profunda desigualdad en el ingreso origina inequidad en el acceso a los servicios, paradójicamente a los que tienen mayor efecto igualador: la educación y la salud. La condición de pobreza repercute en los niveles de alimentación, desnutrición y alta propensión a enfermedades de los individuos, lo que a su vez genera menor rendimiento, ausentismo y deserción escolar, que inevitablemente repercuten en la educación, en las posibilidades futuras de empleo y en el acceso a actividades mejor remuneradas; imposibilitan, pues, la superación de la pobreza. Narro Robles, José. “Derechos y políticas sociales”, *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego, UNAM-El Colegio Nacional, México, 2011, p.4.

Es más: a mayores índices de educación, mayor (y más efectivo) el ejercicio de otros derechos fundamentales<sup>283</sup>; mayor bienestar, al fin.

La educación tiene un papel clave en el desarrollo de las personas. Promover, desde el Estado, el acceso a una educación de calidad constituye el firme pavimento de un camino hacia el conocimiento y la superación del hombre.

---

<sup>283</sup> Sigo la idea de que los derechos fundamentales son derechos humanos, aunque los derechos humanos no sean derechos fundamentales, puesto que la nomenclatura de *fundamental* es una categoría “juridificada”. Las referencias a derechos fundamentales que se hacen en los artículos 18 (cuarto párrafo; relativo al sistema de justicias para menores) y 20 (Apartado A, inciso XX; relativo a la prueba calificada como nula, si se obtuvo en violación de derechos fundamentales) me permiten concluir su sinonimia en el sentido anotado. La Tesis 1a. CCLVIII/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 8, julio de 2014, tomo I, p. 150, rubro “LIBERTAD CONFIGURATIVA DEL LEGISLADOR. ESTÁ LIMITADA POR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN QUE OPERAN DE MANERA TRANSVERSAL.” refiere sobre el principio de igualdad y no discriminación que “aplica de manera transversal a los demás derechos humanos”, de donde se observa que la propia SCJN los usa de manera indistinta. Sin embargo, existen voces autorizadas en nuestro foro que dicen que “expresiones tales como derechos fundamentales, derechos constitucionalmente protegidos, derechos del hombre o derechos humanos, derechos naturales, derechos absolutos, derechos imprescriptibles, derechos inalienables, derechos inalienables e inderogables, etcétera, contienen el uso frecuente, promiscuo e indiscriminado de tales fórmulas lingüísticas, entendidas sustancialmente como sinónimas, confusión que, hoy día, a nuestro parecer, no es admisible”. Los derechos fundamentales son “los derechos del hombre, jurídico-institucionalmente garantizados y limitados espacio-temporalmente; son derechos objetivamente vigentes en un orden jurídico concreto.” *Cfr.* Hernández, María del Pilar, “Constitución y Derechos Fundamentales”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, núm. 84, septiembre-diciembre de 1995, p. 1041 y ss.

En 2016, el Partido Demócrata (en EUA) reconoció que el racismo es uno de los temas que más ha afectado la posibilidad de escapar de la pobreza<sup>284</sup> (“la raza sigue determinando importantemente quién triunfa en EUA, y quién no.”); pero también hace énfasis en la importancia de que la educación sea un derecho fundamental de todos, sin importar la zona del país en que se viva.<sup>285</sup>

Me interesa sobre todo destacar el efecto colectivo que tiene el acceso individual a la educación: una suma de individualidades más educadas implicará mejores condiciones de bienestar social.

Se trata de que todos sepamos remar, y rememos, para llevar la balsa a mejor puerto. Solamente así podemos distribuir equitativamente, como miembros de la sociedad, las cargas que la Constitución nos impone, las obligaciones que tenemos por el sólo hecho de vivir en sociedad, por no estar esperando que sea el Estado quien resuelva todos nuestros problemas y atienda nuestras necesidades.

La falta de educación, también, implica menores probabilidades de hacer operaciones mentales sobre la información relevante. La ausencia de una educación mínima conduce a la no identificación de que se tiene un derecho que ejercer. Al ser violado, el ciudadano puede ni siquiera darse cuenta de ello. Es la peor de las asimetrías (los economistas llaman “incautos” a los consumidores que la tienen<sup>286</sup>).

---

<sup>284</sup> Utilizo la expresión en remembranza de la obra de Angus Deaton, *The Great Escape*.

<sup>285</sup> “Creemos que una educación de calidad es un derecho básico de todos los estadounidenses, sin importar dónde vivan. Acabaremos con el conducto “de escuela a prisión” para construir un conducto “de la cuna a la universidad”, donde cada niño pueda vivir plenamente su potencial divino.” Democratic Party Platform 2016, [http://www.presidency.ucsb.edu/papers\\_pdf/117717.pdf](http://www.presidency.ucsb.edu/papers_pdf/117717.pdf), consultado el 6 de agosto de 2016.

<sup>286</sup> Hay dos tipos de incautos: los informacionales, que actúan según información intencionalmente preparada para inducirles a error, y los psicológicos, que lo hacen

En el nivel agregado, la educación condiciona el desempeño de la economía nacional. La competitividad empresarial e industrial está determinada por el nivel de la educación de sus trabajadores.

En la discusión acerca del incremento de los salarios mínimos — muy por debajo del nivel mínimo necesario para que los trabajadores puedan satisfacer sus necesidades básicas—, debe tenerse en mente la injerencia que tiene la calidad de la educación en la composición salarial.

En el plano individual, tener educación representa la posibilidad de dejar de ser *pobre*. Hay datos como los de la CEPAL, que concluye que una persona del sector rural que termina la primaria o secundaria reduce considerablemente su probabilidad de caer en pobreza alimentaria, de capacidades o de patrimonio<sup>287</sup>. El potencial se maximiza si existe calidad educativa.

El 26 de febrero de 2013, se publicó en el DOF un decreto que reformó, entre otros, al artículo 3º, dando la tersura faltante para el tránsito del Estado que promete, al Estado que cumple en materia de educación.

A partir de entonces, el Estado debe garantizar la calidad en la educación obligatoria como un medio para garantizar el máximo logro de aprendizaje de los educandos. Una doble garantía, pues, de medio y de fin. No se trata, como se puede anticipar, de un tema menor.

Dicha calidad se predica, en el texto constitucional, con un conjunto de elementos que vale la pena señalar porque de su incumplimiento (independiente, individual o sistemático), podrían entablarse distintos medios de defensa (constitucionales u ordinarios) para lograr su cumplimiento forzoso. Los elementos en cuestión son los materiales, los métodos educativos, la organización escolar, la infraestructura educativa y la idoneidad de los docentes y los directivos.

---

según cuestiones emocionales o cognitivas. *Cfr.* Akerlof, George y Shiller, Robert. *La economía de la manipulación*. Paidós Empresa, México, 2016, p. 23.

<sup>287</sup> México: impacto de la educación en la pobreza rural, 2009.

Ante dicho cambio normativo, Cossío Díaz se pregunta “¿qué permaneció y que cambió con motivo de esta última [reforma]<sup>288</sup>?” Basta señalar, para los propósitos de la presente, lo que Cossío identifica con la parte nueva: la introducción de una garantía de calidad educativa que “impone cargas materiales nuevas a la autoridad”.

Además, la reforma constitucional en materia educativa es un gran inicio, pues habrá de establecer los cimientos de un sistema magisterial basado en el mérito y la profesionalización, además de crear un Instituto autónomo a cargo de la evaluación del desempeño y resultados del Sistema Nacional de la Educación.

Es casi tragicómico que, antes de 2013, la educación que impartía el Estado Mexicano (o los particulares) fuera más de *caridad*, que de *calidad*. Basta echarle un vistazo a los índices y estadísticas, que demuestran un atraso sobrenatural en matemáticas, lectura y comprensión. O basta ver la viñeta que El Roto ilustró para *El País*:



<sup>288</sup> Cossío Díaz, José Ramón, El nuevo artículo 3º constitucional. <http://www.eluniversalmas.com.mx/editoriales/2013/03/63359.php>

Por otro lado, me mantengo en la defensa de que las políticas públicas y las normas en general deberían servir de instrumentos que, renunciando a esquemas paternalistas que suprimen al cien por ciento la libertad de las personas, favorezcan la toma de decisiones mejor informadas.

En el tema educativo, no hay excepción a dicha postura. Incluso, me parece que hay diversas áreas de oportunidad para emitir una regulación sencilla e inteligente que propicie dos cosas: que los entes (públicos y privados) compitan entre sí para elevar la calidad de la educación que imparten, y que tanto los estudiantes, como sus futuros compañeros, puedan tomar decisiones que culminen en una elección (de una determinada oferta educativa) más informada.

En el caso particular del Derecho, creo que podemos hacer una vinculación con un tema ya muy sonado en el debate público nacional: la colegiación<sup>289</sup>. Lo mismo podría decirse de otras disciplinas como la Medicina, Ingenierías o Arquitectura.

En algunas Universidades y Escuelas de Derecho, se ha caracterizado que la enseñanza de esta disciplina naturalmente científica, se dé por medio de un profesor que transmite sus conocimientos a través de la lectura de artículos sobre diversos cuerpos normativos; alumnos que hacen lo mismo y tratan, con ahínco, de memorizarlos para luego recitarlos a la perfección. En ese sistema, también es común —aunque en menor medida— que se utilice la opinión jurídica de autores (lo que se conoce como “doctrina”) para favorecer el entendimiento de conceptos e instituciones<sup>290</sup>.

En otros Centros Académicos, sin embargo, se favorece la reflexión y el debate. El Derecho se distingue de *los* derechos. Las normas son un pretexto para

---

<sup>289</sup> Cossío y Valadés han sido uno de los principales juristas que han llevado el tema a la palestra pública.

<sup>290</sup> Siguiendo a De Obeso Orendain “el modo de enseñanza era explicado sólo por profesores que gozaban del patrocinio de las autoridades del Estado, mismo que se obtenía si los juristas conceptualizaban a la Carta Magna en términos favorables al régimen [...]”, Véase, *op. cit.*, p. 6.

la deliberación y la prolífica discusión. Los alumnos escasamente pueden repetir de memoria el contenido de un artículo o un código. Los profesores no leen, exclusivamente, artículos de los códigos ni obligan a que el estudiante haga lo mismo. La doctrina es utilizada para, a partir de ella, generar *más* conocimiento, producir nuevas cuestiones. No se asume como un dogma.

En este último modelo, la utilización de los criterios de los tribunales, nacionales y extranjeros, tiene un alto componente. Se asume que el Derecho es dinámico y, tal y como la jurisprudencia lo contiene, funciona en la práctica. Las opiniones de renombrados autores y profesores, por autorizadas que sean, tienen poco peso real. El litigio estratégico se alimenta de las resoluciones (estratégicamente utilizadas) por parte de los abogados.

Además, la frontera entre lo que suele clasificarse (y que no comparto) como una línea divisoria entre Derecho Público y Derecho Privado, es cada vez más tenue, exigiendo que los juristas tengan conocimientos transversales (dentro del Derecho) y multidisciplinarios (Economía, Regulación, Contabilidad, Mercadotecnia, etc.); y demostrando que la enseñanza clásica, dogmática, amenaza con volverse peligrosamente obsoleta.

Y es que, como advertí, diversos juristas mexicanos (Cossío y Valadés, por mencionar a los más destacados) han expuesto en medios impresos la necesidad, o al menos la conveniencia, de debatir seriamente acerca de la colegiación obligatoria de los licenciados en Derecho.

Me parece que los modelos de enseñanza (el medio al que la CPEUM se refiere) son un tanto responsables de la calidad de la educación de los egresados de los distintos centros educativos.

¿Qué tipo de modelo nos conviene preferir para entrenar a los futuros abogados? Esta es una discusión que debería incentivarse en torno a definir si debemos dar el acertado paso hacia el control colegiado de los estándares (diversos) de los abogados.

El desafío que tenemos por delante es educar con calidad a los estudiantes, para que se muestren a la altura de las necesidades sociales. Recordemos que los abogados ejercemos funciones socialmente útiles (jueces, notarios, ministerios

públicos, órganos reguladores; en algunas de las cuales tenemos el monopolio) y la sociedad confía en nuestras manos para depositar sus intereses.

Por su parte, para guiar las conductas de los futuros estudiantes y favorecer la competencia en el mercado, la oferta educativa de educación superior debe referir expresamente qué tipo de modelo sigue, para que los candidatos a ingresar puedan tomar una decisión informada.<sup>291</sup>

Ahora bien, regresando a la función de las normas para propiciar conductas que generen mayor bienestar, el Pleno de la SCJN en tesis aislada determinó la constitucionalidad, desde la óptica de la libertad de trabajo, de la norma que establece que quienes presten el servicio de estudios sin reconocimiento de validez oficial, deben hacer dicha mención en sus documentos y su publicidad.<sup>292</sup>

En dicha tesis, el Pleno de ministros reconoció que la norma impugnada “cumple una labor de divulgación de lo que en la propia Constitución se ha querido: distinguir a los particulares que imparten educación.”, sin embargo, la SCJN no se percató del alto valor funcional que tiene la divulgación de tal información.

A los particulares, si en algo les es útil la información de que los estudios carecen de validez oficial, no es para distinguir de qué tipo de particular se trata (ello por sí mismo no les genera ningún beneficio), sino para poder tomar decisiones que redunden en su bienestar.

Cada uno sabrá qué oferta educativa toma en función de sus metas. Si se quiere obtener o no un título con reconocimiento de validez oficial, el consumidor del servicio educativo tendrá información esencial para decidir.

---

<sup>291</sup> Evidentemente, además de los métodos que he referido, hay otros. Al respecto sugiero al lector consultar el artículo del Dr. Rodolfo Vázquez Cardoso “Concepciones filosóficas y enseñanza del Derecho”, para un análisis más completo y amplio. *Cfr.*, [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/12/concepciones-filosoficas-y-ensenanza-del-derecho.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/12/concepciones-filosoficas-y-ensenanza-del-derecho.pdf).

<sup>292</sup> Tesis: P. CVII/2000, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XII, agosto de 2000, p. 140.

Luego entonces, para concluir este apartado, es evidente que para que se satisfaga el imperativo constitucional de contar con educación de calidad, existen medios (no necesariamente económicamente altos) para incentivar comportamientos que induzcan a ello. Para lo cual, la información que circule en el mercado educativo es fundamental.

En relación con el consumo de servicios educativos es importante que, siguiendo la idea del *full disclosure*, las escuelas informen de manera previa y clara a los potenciales estudiantes (y en el caso de menores de edad, a sus padres o tutores), lo relacionado con los costos, becas y créditos; y en el caso de las universidades, las probabilidades porcentuales de empleo que tienen los egresados de esas universidades en función de datos reales.<sup>293</sup>

La utilidad de lo anterior es para favorecer la toma de decisiones informadas. Según Sunstein, y coincido con él, se produce un efecto positivo en las propias universidades al poder contrastar sus datos con los de otras, e implementar mejoras.<sup>294</sup>

La siguiente imagen fue tomada de la página de Internet de la Casa Blanca y es toda la información que se pone a disposición de los consumidores en el llamado “*College Scorecard*”. En el caso particular ingresé los datos de un prospecto a estudiar “Leyes” en la Universidad de Arizona.

---

<sup>293</sup> Al respecto, la administración de Obama (EUA) implementó una regla para que las Universidades informaran a los estudiantes respecto de los costos, financiamiento, posibilidades de graduarse y de encontrar un trabajo, etc. Véase <http://www.whitehouse.gov/issues/education/higher-education/college-score-card>, consultada antes de que terminara el gobierno de Obama. Al revisar esta tesis, ya en los días previos a su impresión definitiva, me percaté que la administración de Trump eliminó el portal por lo que ya no se puede utilizar. Un grave retroceso, sin duda.

<sup>294</sup> Simpler..., *cit.*, p. 94. En México, las escuelas públicas y privadas deberían hacer lo mismo e incluir, además, los niveles de cumplimiento de la Norma Mexicana que establece mínimos de infraestructura en las escuelas.

## Costs



### What does it typically cost to attend ASU?

The average net price for undergraduate in-state students is \$12,369 per year. Net price is what undergraduate students pay after grants and scholarships (financial aid you don't have to pay back) are subtracted from the institution's cost of attendance.

The average net price has increased 10.9%▲ from 2008 to 2010.

 [Click here to see listings of changes in college costs.](#)

 [Click here to go to the Net Price Calculator for a better estimate of what your costs would be.](#)

yr

\$12,369 /

## Graduation Rate



### What percentage of students graduate?

56.8% of full-time students received their bachelor's degree within 6 years. Graduation rate data are based on undergraduate students who enrolled full-time and have never enrolled in college before. This may not represent all undergraduates that attend this institution.

56.8%

Low

Medium

High

## Loan Default Rate



### Are students able to repay their loans after they graduate?

8% of borrowers defaulted on their Federal student loans within three years of entering repayment.

## Median Borrowing



### What is the typical amount borrowed for a student's undergraduate study?

Families typically borrow \$18,750 in Federal loans for a student's undergraduate study. The Federal loan payment over 10 years for this amount is approximately \$215.78 per month. Your borrowing may be different.

To learn about loan repayment options, go to:

<http://studentaid.ed.gov/repay-loans/understand/plans>

\$215.78 /

mo

## Employment



### What kinds of jobs do students have when they graduate?

The U.S. Department of Education is working to provide information about the average earnings of former undergraduate students at ASU who borrowed Federal student loans. In the meantime, ask ASU to tell you about how many of its graduates get jobs, what kinds of jobs they get, and how much those graduates typically earn.

Visit <http://www.mynextmove.org> to explore what potential careers a particular postsecondary program or major prepares you to enter. The site has information about current earnings and potential growth in those occupations.

---

*The College Scorecard has been designed by the U.S. Department of Education to provide better information to students and parents about college affordability and value. More information about the data included in the scorecard is available [here](#). Note that the information included in the scorecard may not apply to all students. Students should contact the institution for more information about these measures.*

#### 4.1.3. El derecho prestacional a la vivienda digna

De acuerdo con la Primera Sala de la SCJN, en un criterio reciente (abril de 2014)<sup>295</sup>, el Derecho a la Vivienda Digna y Decorosa tiene las siguientes notas, que constituyen los elementos básicos del derecho reconocido por el artículo 4o., párrafo séptimo, de la CPEUM:

- Debe garantizarse a todas las personas.
- No debe interpretarse en un sentido restrictivo.

Para que una vivienda se considere “adecuada” debe contar con los elementos que garanticen un nivel mínimo de bienestar a quien la habite, esencialmente: una infraestructura básica adecuada, que proteja de la humedad, la

---

<sup>295</sup> Tesis: 1a. CXLVIII/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, p. 801, rubro “DERECHO FUNDAMENTAL A UNA VIVIENDA DIGNA Y DECOROSA. SU CONTENIDO A LA LUZ DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.”

lluvia, el viento, así como riesgos estructurales; con instalaciones sanitarias y de aseo; un espacio especial para preparar e ingerir los alimentos; espacio adecuado para el descanso; iluminación y ventilación adecuadas; acceso al agua potable, electricidad, y drenaje.

Para ello, la Sala estima que los Estados (internacionalmente hablando) deben adoptar una estrategia nacional de vivienda, así como tomar e implementar las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias y judiciales adecuadas para la realización plena de dicho derecho, dentro de las cuales está asegurar a la población recursos jurídicos y mecanismos judiciales; es decir, acceso a la justicia, para que los gobernados puedan reclamar su incumplimiento cuando las condiciones de las viviendas no sean adecuadas o sean insalubres.

Aunque la tesis no lo refiere, es evidente que este derecho tiene también eficacia en las relaciones entre particulares, destacadamente en las que interviene un empresario y un consumidor, pero también en las que se desarrollan entre particulares (como los arrendamientos civiles).<sup>296</sup>

En lo que concierne a las relaciones *business to consumer*, “B<sub>2</sub>C”, o relaciones de consumo, existe en la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC) un conjunto normativo destinado a evitar, supuestamente, la existencia de prácticas que lesionen los intereses y derechos de los adquirentes de casas-habitación.

Y digo “supuestamente”, porque es, a todas luces, insuficiente. De poco o nada sirve tener un sistema de cláusulas abusivas que establece limitativamente algunos casos, junto con la necesidad de obtener, tras un largo proceso ordinario civil, la declaración de que dichas cláusulas se tienen por *no puestas*, como dice la LFPC. Habría que lograr un sistema de justicia administrativa más ágil y eficiente, pues los consumidores cuentan con solamente una especie de títulos de crédito (los

---

<sup>296</sup> La aplicación de este precedente permitiría impugnar las condiciones de muchas viviendas destinadas a la población estudiantil o los arrendamientos de habitaciones, carentes de todos los elementos referidos por la SCJN.

derechos como consumidores) con un deudor insolvente (en el sentido de que no se pueden hacer valer).

Una regulación más inteligente favorecería otro tipo de reglas. Los importantes desarrollos en la microeconomía han permitido configurar un sistema de protección del consumidor, basado en la necesidad de fortalecer el derecho a la información. Incluso, existen voces que sostenemos que el derecho a recibir información (adecuada y clara) es la columna vertebral de todo el sistema tutelar del consumidor.

Por un lado, se trata de darle a los consumidores, en el momento adecuado, la información relevante de una manera tan clara y sencilla que pueda ser analizada y valorada, a efecto de que se privilegie la toma de decisiones “informada” (otros dicen, “decisiones racionales”), puesto que, de no ser así, se pone en riesgo un conjunto importante de derechos e intereses de los consumidores. Por mencionar algunos: el Derecho a la Protección Patrimonial, a la Seguridad y a su Salud; en el caso del Derecho a la Vivienda, éstos tienen también papeles importantes y, por ende, hay que protegerlos.

La institución de la publicidad engañosa, al restringir el engaño, lo comprende en su aspecto activo y omisivo; es decir, se prohíbe inducir al error con información expresa y se prohíbe lo mismo cuando no la hay. La publicidad engañosa por omisión constituye el gran reto de las autoridades administrativas y judiciales, así como de los hacedores de políticas públicas<sup>297</sup>.

---

<sup>297</sup> Económicamente se deja constancia: gran parte de los engaños provienen precisamente de la información engañosa o errónea. Hay dos formas de conducirse en el mercado: de manera honesta, o proporcionando a los consumidores información falsa, e inducirlos a llegar a una conclusión falsa. En este campo se demuestra que, por más que se repita que “los mercados se regulan a sí mismos”, eso no lo hace verdad. Sobre los engaños en el sector financiero y la manera en que la regulación impacta sobre la persuasión del consumidor-financiero, *Vid. Akerlof, George y Shiller, Robert. La economía de la manipulación. Paidós Empresa, México, 2016, p. 4*

Pero es importante que se procure hacer un *test* de veracidad publicitaria, analizando las consecuencias totales y a largo plazo que tiene el consumo de determinado producto; no sólo limitado a los efectos inmediatos. Debe valorarse integralmente.

Por ejemplo, un vendedor inmobiliario debería no sólo proveer de toda la información que la ley exige actualmente (permisos, licencias, garantías) y que tienen que ver con la seguridad jurídica, se debería favorecer un ambiente en el que éste dé información más amplia en relación con la adquisición. El consumidor debe poder valorar los efectos que dicha adquisición tendrán para su calidad de vida.

Desde la empresa, el mercado también puede (y debería) facilitar al consumidor la toma de decisiones que le impliquen mayor bienestar<sup>298</sup>.

En esa lógica, no me parece extraño que desarrollos inmobiliarios ubicados en la lejanía hayan comenzado a fracasar; por un lado, la ausencia de servicios públicos, la insana distancia hacia los centros de ocupación (trabajo, escuelas, etc.), y por otro, la falta de acompañamiento de políticas urbanas, lograron la tormenta perfecta para producir su quiebra económica.

¿Qué habría pasado si las empresas informasen, de manera adecuada y clara, previo a la contratación, todo ese conjunto de aspectos negativos (conocidos por los empresarios, esos sí, *racionales*)?

Si nos tomamos en serio la declaración que la Constitución hace, en el sentido de que la ley debe velar por el mejor cuidado de los intereses de los consumidores, entonces los procesos interpretativos de las leyes, de elaboración de regulación sectorial y de políticas públicas, deberían ser más complejos y acabados.

En ejemplos como el expuesto, se pone en evidencia que en particular los consumidores de vivienda, y en ocasiones más que frecuentes, celebran en su vida un solo contrato (como el de adquisición de vivienda) y la ley debe proteger que la decisión tomada sea la más acorde para el mejor cuidado de sus intereses.

---

<sup>298</sup> Este tema debería ser considerado para poder acceder a certificaciones de empresas socialmente responsables, claro, junto con otras variables.

La regulación debe propiciar que el Estado y los empresarios particulares den información útil al consumidor. Por mencionar algunas de las informaciones que pueden afectar un proceso de toma de decisiones: ¿Qué opciones de transporte hay en la zona, qué escuelas, qué parques, cuánto tiempo tardan las personas en desplazarse hacia y desde la zona, qué niveles de seguridad existen, etc., etc.?

Si se garantiza que la información que hay en el mercado reduce la asimetría natural, el consumidor tomará mejores decisiones. Hay que favorecer, por todos los medios, que la información fluya desde la empresa y hacia el consumidor.

En su defecto, el Estado debería regular de manera inteligente para generar los incentivos que convencerán a los empresarios de hacerlo, o debería ser el Estado quien genere dicha información. Esa sería una manera inteligente de tutelar al consumidor.

Una tesis aislada de los Tribunales Colegiados, al resolver una controversia originada en el caso de una expropiación para la construcción de vivienda, estimó que:

“el concepto del cumplimiento del objeto de la causa de utilidad pública no puede reducirse en tan sólo la edificación de las viviendas en un sentido estrictamente material, en cambio, una interpretación no restrictiva - atendiendo al principio pro homine- permite acudir a una interpretación del concepto de vivienda acorde con los principios sustentados en la Carta Magna y en los derechos humanos contenidos en el tratado internacional referido, a partir de una interpretación que favorezca en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”

Asimismo, dice que:

“Es menester ponderar el derecho humano de los pobladores del área expropiada a la vivienda digna, a la seguridad social y a una mejora continua de las condiciones de existencia, lo que se logra, a guisa de ejemplo, con la instalación de clínicas de seguridad social y con zonas de reserva natural, al

tratarse de elementos que el Estado debe garantizar al proporcionar una vivienda libre de riesgos<sup>299</sup>.”

Paralelamente, para nuestro propósito más específico, la tesis echa luz sobre ciertos elementos materiales y de contenido mínimo (a partir del test *pro homine* y resultado del control convencional<sup>300</sup>) que deben estar presentes en la vivienda para considerarla digna. Elementos informativos mínimos por divulgarse por parte de los proveedores de casas-habitación, a saber<sup>301</sup>:

- Accesibilidad en la adquisición de un inmueble.
- Acceso al agua potable.
- Seguridad jurídica.
- Habitabilidad.
- Adecuación cultural, entre otros<sup>302</sup>.

---

<sup>299</sup> Uno de mis puntos es que la iniciativa privada debería informar (advertir, alertar) en su oferta de inmuebles, la existencia de estos elementos materiales en torno a la vivienda que pretende colocar ante el consumidor. Es decir, las personas tenemos expectativas legítimas de que, si hay casas en venta, estén presentes algunos mínimos vitales; de lo contrario, si no se hace el “*disclosure*”, dicha contratación podría estar viciada por haber precedido publicidad engañosa por omisión de información (más o menos equivalente a la “lesión” en el derecho civil).

<sup>300</sup> El derecho humano a una vivienda es reconocido en el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

<sup>301</sup> Tesis: VI.1o.A.7 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro IV, enero de 2012, Tomo 5, p. 4335.

<sup>302</sup> Este “entre otros” permite al intérprete y al hacedor de *public policies* extender, *pro persona*, en conformidad con los avances y estadísticas, una regulación tendiente al bienestar.

#### 4.1.4. El derecho prestacional al trabajo y salarios

El Estado de bienestar, diseñado sobre la base de Derechos Sociales Públicos universales, y articulado partir de políticas laborales que buscan el progreso de la clase trabajadora, se ha visto —en opinión de Amparo Merino Segovia—, afectado por la humanización económica que, atraído por la desregulación y flexibilización del mercado de trabajo, conduce a la polarización de la riqueza, al incremento de las rentas del capital y a la disminución de las rentas del trabajo.

El elevado nivel de desempleo, la pobreza, la exclusión social y las políticas nacionales con fuertes ajustes en el gasto público social, ponen en crisis al Estado de bienestar “como construcción política, económica y social”.<sup>303</sup>

Según datos publicados (Semáforo Económico) por la organización no gubernamental, “¿México Cómo Vamos?”, en el segundo trimestre de 2014, el 53.3% de las personas no pueden comprar la canasta básica con su salario.<sup>304</sup>

Sin lugar a dudas, concluimos que el trabajo es un fenómeno de gran relevancia social, la estabilidad en el empleo es la base para el ejercicio de todos los derechos fundamentales en una sociedad democrática.

Merino Segovia dice que "el trabajo es la fuente primera y esencial de derechos de ciudadanía social, confiere libertad individual, asegura progreso económico, garantiza cohesión y solidaridad, ofrece seguridad material".<sup>305</sup>

En Estados Unidos, el Partido Demócrata, en su programa 2016, dijo: “[c]reemos que los niveles extremos de ingreso y desigualdad —donde las ganancias económicas de la mayoría superan los límites, y las veinte personas más ricas de

---

<sup>303</sup> Merino Segovia, Amparo. Los efectos de la crisis en el empleo. p. 64. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/ius/cont/33/pr/pr4.pdf>, consultado el 21 de junio de 2016.

<sup>304</sup> Consultado el 26 de agosto de 2014 a las 6:00 A.M., en <http://mexicocomovamos.mx/semaforo-economico-nuevo>.

<sup>305</sup> Merino Segovia, Amparo. *Los efectos de la crisis en el empleo*. cit. p. 65.

nuestro país tienen más riqueza que el resto— debilitan nuestra economía, empobrecen a nuestras comunidades y envenenan nuestras políticas”.<sup>306</sup>

De vuelta a nuestro país, el funcionamiento actual del mercado de trabajo no garantiza a los ciudadanos una independencia económica y/o un medio de subsistencia con el que ganarse la vida en condiciones dignas.

No todos pueden cumplir su sueño de ser propietarios de una casa propia, de enviar a sus hijos a buenas escuelas, de —en suma— desarrollar sus propias capacidades al máximo. No todos quienes trabajan sus ocho horas diarias tienen el mínimo vital garantizado. ¡Cómo puede ser eso posible!

Existe una clara desigualdad producto del funcionamiento del mercado: el empleo estable, con buena retribución y buena protección social, son factores que contribuyen a situar a quienes lo gozan en una posición social superior a quienes carecen de empleo o lo tienen, pero viven como si no lo tuvieran.<sup>307</sup>

Ante una eventual consulta popular sobre el tema del incremento al salario mínimo, dudo que alguien en su sano juicio vote en contra.<sup>308</sup>

El problema detrás de los bajos salarios mínimos es plurifactorial, y debe atenderse según esa lógica; sin embargo, ese análisis le corresponde a los expertos (Banxico, entre ellos).

Lo que me interesa destacar es la relación entre salarios-poder adquisitivo-consumo (SPaC), por su estrecha relación con el bienestar de las personas.

---

<sup>306</sup> Véase, “*Democratic Party Platform*” (2016), [http://www.presidency.ucsb.edu/papers\\_pdf/117717.pdf](http://www.presidency.ucsb.edu/papers_pdf/117717.pdf), consultado el 6 de agosto de 2016.

<sup>307</sup> En el lenguaje del Nobel de Economía, Angus Deaton, sería posible hacer un parangón con quienes se van quedando atrás, atrapados en la cárcel, sin posibilidad de escapar, sin posibilidad de tener libertad.

<sup>308</sup> Si el sector menos favorecido se enterase que habrá una consulta al respecto ¿votarán en contra? Vaya, hasta los trabajadores situados en los índices más altos de la pirámide estarían de acuerdo en ganar más. ¿No?

El fenómeno del consumo ha privilegiado al consumidor (utilizo el concepto en su más estricto punto de vista jurídico, como “destinatario final”): la adquisición de bienes y servicios (“productos”) que le reportan niveles de felicidad eventualmente decrecientes.

Lo anterior no es baladí. Partiendo de la base de que el ingreso (dinero) es escaso, los consumidores (que alguien postula *racionales*) deberían destinar sus recursos a la adquisición de productos que satisfagan necesidades *reales* (“*adaptation-resistant improvements*”, según economistas modernos).

En la medida que ello suceda, la relación SPaC reflejará mejores condiciones de vida, más altos niveles de bienestar.

Por el contrario, el consumo concentrado en la adquisición de productos que reporten, pasado cierto tiempo, un decrecimiento en los niveles de felicidad de sus consumidores (“*adaptation-prone improvements*”) debe ser objeto de atención de los *policy makers* para —al menos— orientar a la población a mejorar sus hábitos de consumo.

El consumidor quiere el televisor de 90 pulgadas, cuando tiene uno de 60’ o menor, que le reporta la misma utilidad; sin embargo, para no quedarse atrás y poder competir en igualdad de circunstancias con el vecino, compadre o compañero de trabajo, siente la necesidad (casi una comezón) de gastarse lo que no tiene.

El mismo efecto causaría una oferta comercial atractiva (a meses sin intereses, por ejemplo).

Los estudios de calidad que hace la Profeco, deberían reflejar si cambiar un televisor, en las condiciones anotadas, realmente incrementará el bienestar del consumidor. De la misma manera que difunde recetas de cocina “saludables”.

Así, desde el Estado, siguiendo las ideas expuestas en *Nudge* y el movimiento del paternalismo libertario, los ciudadanos (en su acepción más amplia, sociológicamente hablando) necesitamos que, a través de políticas públicas, se nos guíen hacia un consumo racional.

El incremento al salario, así sea de la mayor envergadura imaginable, no representará mayores niveles de bienestar social, *per se*. Debe acompañarse de

políticas complementarias que fomenten el consumo destinado hacia ese difícil, pero alcanzable, propósito: consumir para ser *realmente* felices.

Otro tema, relacionado con el trabajo e importante en términos de felicidad y bienestar, es la posibilidad de conciliar la vida profesional (laboral) con la vida familiar. En España, por ejemplo, existe una ley sobre el tema.<sup>309</sup>

En Estados Unidos, el Programa Político del Partido Demócrata dice que “Creemos en ayudarle a los estadounidenses a balancear su trabajo y su familia sin temor a ser castigados o penados. Creemos en garantizar, finalmente, pago igualitario a las mujeres. Y como el partido creador de la Seguridad Social, creemos en proteger el derecho de los estadounidenses a un retiro digno”.<sup>310</sup>

No profundizaré más sobre este aspecto particular, pero lo dejo señalado por ser un tópico crucial en la consecución del bienestar personal, familiar y social; vinculado además con la asunción de mayores responsabilidades por parte de los hombres en las tareas domésticas que, de acontecer, le dará a la mujer mayor oportunidad de desarrollarse profesional y laboralmente (con lo que el bienestar colectivo será también superior).

#### 4.1.5. El derecho prestacional al medio ambiente

El derecho al medio ambiente es un derecho difuso que se relaciona con otros derechos, depende de otros y de él dependen otros. Se trata de un derecho con alto componente democrático, pues los ciudadanos le ceden al Estado la toma de decisiones adecuadas que redunden en el bienestar colectivo<sup>311</sup>.

---

<sup>309</sup> Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

<sup>310</sup> Democratic Party Platform 2016, [http://www.presidency.ucsb.edu/papers\\_pdf/117717.pdf](http://www.presidency.ucsb.edu/papers_pdf/117717.pdf), consultado el 6 de agosto de 2016.

<sup>311</sup> En efecto, al elegir a nuestros gobernantes y al participar de los demás efectos de la democracia, los ciudadanos no podemos tomar todas las decisiones. No tendríamos tiempo para ello. El Estado toma la gran mayoría de esas decisiones,

Por ello, el Estado es quien debe ser un vigilante permanente de todas las actividades que se desarrollan en el territorio nacional o que, desde afuera, tienen un impacto en la calidad de vida de los mexicanos.<sup>312</sup>

Hay, pues, una vinculación indisoluble entre el interés de la sociedad en tener un medio ambiente adecuado, y el desarrollo y bienestar de las personas.

Se dijo que el derecho al medio ambiente es difuso, pero a la vez es un derecho fundamental que *todos* tenemos frente a *todos*, no sólo frente a los actos de autoridad, y es ésta quien debe velar “para que cualquier infracción, conducta u omisión que atente contra dicho derecho sea sancionada”<sup>313</sup>.

En otros países se habla incluso del derecho que tiene la propia naturaleza, la Madre Tierra, a defenderse de los ataques. Es el caso de la Constitución de

---

pero deben ser en el beneficio colectivo. Cuidar el medio ambiente nos compete a todos, pero el Estado tiene atribuciones concurrentes con las entidades federativas para garantizarlo de mejor manera y con una magnitud mayor. Así, el servicio de recolección de basura en nuestros domicilios es una decisión que el Estado tomó y damos por sentada; si todos, en cambio, tuviéramos que encargarnos de dar último destino a nuestros desechos domésticos, no nos alcanzaría el tiempo para nada más.

<sup>312</sup> En el tema del medio ambiente, las relaciones de vecindad adquieren una nueva dimensión. Todos somos vecinos, incluso entre países. Piénsese en el caso de la lluvia ácida, que se produce en un país y cuya causa es la contaminación en el aire de otro.

<sup>313</sup> Tesis: XI.1o.A.T.4 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XII, septiembre de 2012, Tomo 3, p. 1925, rubro “MEDIO AMBIENTE. AL SER UN DERECHO FUNDAMENTAL ESTÁ PROTEGIDO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL, NACIONAL Y ESTATAL, POR LO QUE LAS AUTORIDADES DEBEN SANCIONAR CUALQUIER INFRACCIÓN, CONDUCTA U OMISIÓN EN SU CONTRA.”

Ecuador, conocida como la Constitución Verde, al establecer que la Pacha Mama es sujeto de derechos<sup>314</sup>.

*El Roto*, en su viñeta del 2 de febrero de 2001, en *El País*, lo ilustra así:



Cuidar y proteger el medio ambiente implica, también, tener regulación y políticas públicas inteligentes e integrales.

En materia del ahorro energético de productos destinados a los consumidores, hay grandes áreas de oportunidad. En efecto, si los consumidores pudieran tomar mejores decisiones, además de ahorrar dinero y cuidar su patrimonio, ayudarían a preservar el ambiente de una mejor manera.

Una de las posibilidades de incidir sobre dicho aspecto, es mediante el etiquetado de los productos. La información que se proporciona al consumidor tiene diversas funciones, desde instructivos hasta advertencias. En algunos casos, la

---

<sup>314</sup> Artículo 71 de la Constitución de Ecuador: “*La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.*”

regulación puede dar información que desincentive el consumo de determinados productos (como aconteció con el tabaco).

También la información puede propiciar que el consumidor elija mejores productos en función de su “eficiencia energética”, con lo que se contaminará menos, logrando que el derecho (difuso) de todos al medio ambiente, se preserve mejor.

Comparemos la etiqueta obligatoria para los refrigeradores según la NOM-015-SENER-2012, Eficiencia energética de refrigeradores y congeladores electrodomésticos. Límites, métodos de prueba y etiquetado<sup>315</sup>, publicada en el DOF el 16 de febrero de 2012, con la etiqueta que la *Federal Trade Commission* de los EUA impuso desde 2007.

En la etiqueta mexicana se hace énfasis en el ahorro de energía, no así en la etiqueta (amarilla) norteamericana, donde la atención se vuelca sobre el costo anual del aparato confrontado con el consumo anual de electricidad.

Parece que los consumidores estadounidenses, en ese sentido, son guiados de manera más clara a una mejor decisión, pues es *visible* la cantidad económica que implicará el consumo de ese refrigerador al largo plazo, elemento esencial para la toma de decisión de comprar ese u otro aparato.

---

<sup>315</sup> De manera adicional, señalo que el proceso de normalización en México no ha tenido el cuidado de detenerse a analizar los efectos que tiene la noción de consumidor final en el Derecho Mexicano. En el caso de la NOM señalada, es evidente que los refrigeradores son adquiridos por consumidores finales (para sus casas) pero también son adquiridos por empresarios (para sus negocios, oficinas, etc.). Por ello, no encuentro razón porqué las NOM, al definir el ámbito subjetivo de aplicación, lo circunscriben al consumidor final, cuando el ámbito debería ser más amplio. Me parece que, más bien, se usa el concepto *consumidor final* entendiéndolo como el sujeto que compra un producto con independencia del destino del bien. Conforme a la LFPC ello es incorrecto.

Adicionalmente, la etiqueta amarilla provee al consumidor de otra información relevante que le permite comparar, de mejor manera, entre otros productos comparables.

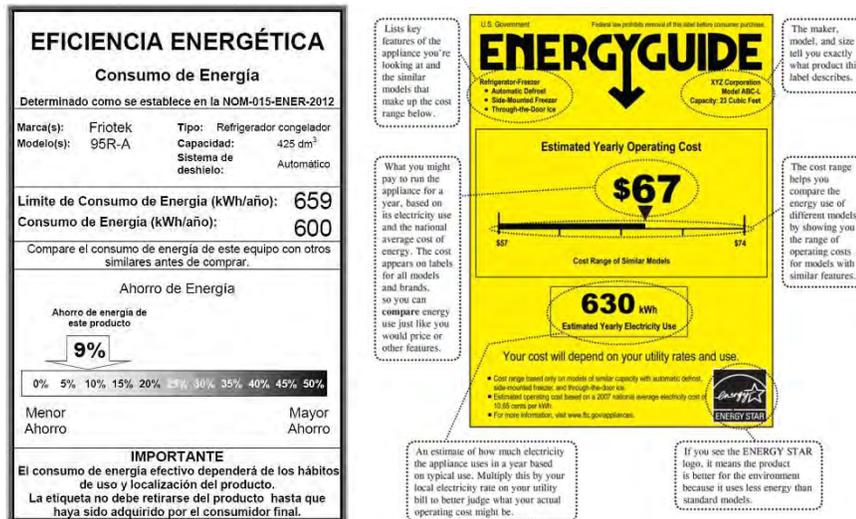


Imagen 316

En alguna de la doctrina del “Derecho Ambiental” más autorizada en el país se sostiene que el bienestar constituye la expresión de los derechos económicos sociales y culturales, muchos de los cuales, actualmente, tienen una significación ligada al interés público como interés de la colectividad.

Ya que el bienestar se halla relacionado con las condiciones ambientales, este elemento, por tanto, puede contribuir al establecimiento de parámetros determinados para el desarrollo del ser humano como ente individual y colectivo.

Marisol Anglés Hernández sostiene que, de acuerdo con Meier, el bienestar debería medirse no sólo en razón de las condiciones de vida de la población, es decir en términos de “calidad de vida”, sino en términos de preservación del medio ambiente natural.<sup>317</sup>

<sup>316</sup> Imagen tomada de <http://www.consumer.ftc.gov/articles/0072-shopping-home-appliances-use-energyguide-label>.

<sup>317</sup> Anglés Hernández, Marisol. *La concreción al derecho del medio ambiente sano. 100 años de la Constitución Mexicana: de las Garantías Individuales a los Derechos Humanos*, México, UNAM, IJ, p. 213 y ss.

#### 4.1.6. El derecho prestacional al buen funcionamiento del mercado

La CPEUM parte de la base de que el mercado debe funcionar de manera adecuada.

A mi entender se trata de un derecho difuso, en la medida que ninguno de los destinatarios de las normas constitucionales que lo regulan puede sustraerse de sus efectos.

Cuando el mercado no funciona adecuadamente se afecta a toda la economía nacional, se afecta el derecho difuso de todos, sobre todo en la medida de que sus beneficios (bienestar, en todas sus formas) se comienzan a perder, a diluir.

Por ello, el Estado garantiza, mediante leyes e instituciones públicas, que el mercado funcione de manera eficiente; destina parte considerable de recursos económicos, y los puestos de aquellos institutos públicos, algunos con la peculiaridad de tener autonomía constitucional, están ocupados por los funcionarios más talentosos.

Este derecho prestacional al buen funcionamiento del mercado requiere que el Estado despliegue una serie de conductas, generalmente positivas, para lograr que los ciudadanos gocen del bienestar a él inherente.

La manera natural de que el Estado dispone, es precisamente a través de sus órganos, independientemente de su naturaleza jurídica o su adscripción orgánica (eso, para nuestros propósitos, es indiferente).

Si aceptamos el dogma de que los mercados se autocorrijen, mi tesis no tendría sustento alguno. Parto de la idea contraria: los mercados necesitan del Estado para corregirse, regularse y mejorar en favor de la sociedad. Y es justo aquí que encuentro un derecho prestacional a cargo del Estado, pues de lo contrario, las declaraciones del Constituyente en la CPEUM de nada servirían.

El artículo 1º de la CPEUM, en su último párrafo, establece el valor de la dignidad humana. El artículo 25, por su parte, al desarrollar los principios económicos del Estado, dice que corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que sea integral y sustentable, fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático. Y respecto de la competitividad, establece que

ésta debe fomentar el crecimiento económico, el empleo, una más justa distribución del ingreso y la riqueza, y debe permitir “el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución”.

De acuerdo con el texto constitucional, la competitividad “se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.”

Asimismo, dice el artículo 25, corresponde al Estado planear, conducir, coordinar y orientar la actividad económica nacional, y llevar a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga la Constitución.

Sin pretender hacer interpretaciones muy imaginativas, es evidente que nos encontramos, pues, ante un derecho prestacional más (aunque de otro tipo a los antes mencionados, identificables en la doctrina).

Todo lo anterior hace mayor sentido si relacionamos las declaraciones del artículo 25 con las del 28 constitucional; en sus tres primeros párrafos dispone de un conjunto de medidas para favorecer el buen funcionamiento de los mercados (o del mercado), a saber:

a) Prohíbe los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos

b) Dispone que la ley castigará, y las autoridades perseguirán con eficacia, la concentración o acaparamiento, en una o pocas manos, de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación que los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios hagan para evitar la libre competencia o la competencia entre sí, o para 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.

c) Prevé que las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para

la economía nacional o el consumo popular; asimismo impondrá modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto y/o el alza de precios.

d) Y, por último, ordena que la ley proteja a los consumidores y propicie su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

De una lectura a ambos preceptos se fortalece mi opinión de que nos encontramos ante un derecho prestacional, de carácter esencialmente difuso, que implica acciones en varios niveles (legislativo, ejecutivo y judicial), para garantizar el funcionamiento eficiente del mercado en favor de la dignidad<sup>318</sup> de las personas, traducido en ciertos niveles de bienestar personal.

Y como lo reconoce la Primera Sala de la SCJN, en reciente tesis aislada, existe un derecho fundamental de toda persona a acceder a un nivel de vida adecuado o digno; derecho que también encuentra fundamento expreso en diversos instrumentos internacionales, entre los que podemos destacar el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>319</sup>

---

<sup>318</sup> En una nueva tesis aislada, generada tras resolver el amparo directo en revisión 1200/2014 el 8 de octubre de 2014, la Primera Sala de la SCJN sostuvo que “la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad.” De manera muy relevante, reconoce la SCJN que “la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo”. *Cfr.* Tesis: 1a. CCCLIV/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, viernes 24 de octubre de 2014 09:35 h.

<sup>319</sup> Tesis: 1a. CCCLIII/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Publicación: viernes 24 de octubre de 2014 09:35 h, rubro “DERECHO A

De acuerdo con la SCJN, en la misma tesis, una característica distintiva de este derecho radica en la íntima relación que mantiene con otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, alimentación, vestido, vivienda, educación y salud, “pues es claro que para que una persona se encuentre en condiciones de alcanzar un determinado nivel de bienestar, requiere que todas sus necesidades básicas se encuentren adecuadamente satisfechas.”

De ahí que me parezca consecuente concluir que el buen funcionamiento del mercado es un derecho prestacional, en la medida que es allí es donde los consumidores pueden, o no, satisfacer sus necesidades básicas de manera adecuada. Si el mercado es eficiente dicha satisfacción será positiva, si no, negativa.

Como apuntaré más adelante al analizar los aspectos fiscales para mitigar las desigualdades, entre las políticas de Estado resalta (y debe hacerse con contundencia) la lucha contra los monopolios y las concentraciones económicas.

La extracción de riqueza desde el consumidor hacia el empresario monopolista es una realidad que de no debe tolerarse más. Los consumidores adquieren productos de baja calidad y a precios altos que, además, ponen en riesgo su salud, seguridad y el medio ambiente. Los dueños del monopolio se hacen cada vez más ricos y la desigualdad aumenta. La desigualdad conduce a desigualdad política: a menor participación en lo público.

Por ello, el derecho prestacional al mercado que funcione eficientemente debe ser tomado en serio.

#### **4.2 Derechos prestacionales de fuente internacional**

A partir de 2011, la dimensión axiológica de nuestro sistema constitucional se alteró en virtud de la reforma que modificó al artículo 1º. En materia de incorporación de

---

ACCEDER A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO. SU PLENA VIGENCIA DEPENDE DE LA COMPLETA SATISFACCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PROPIOS DE LA ESFERA DE NECESIDADES BÁSICAS DE LOS SERES HUMANOS.”

los derechos prestacionales, como los DESC en nuestro Derecho, tiene implicaciones exponenciales<sup>320</sup>.

En primer lugar, ese tipo de derechos adquirieron un rango de superioridad respecto al resto de los elementos mínimos previstos en la CPEUM; en segundo lugar, se somete a revisión constitucional cualquier acto o norma al llamado *control de la convencionalidad* (es una nueva “antropología constitucional” como lo ha bautizado el ministro Cossío Díaz), a partir del principio *pro homine*, pudiendo inaplicar la ley.

Si se hace un ejercicio de búsqueda de derechos prestacionales de fuente internacional, encontraremos que los tratados suscritos por México, con

---

<sup>320</sup> Así, por ejemplo, la Primera Sala de la SCJN conecta derecho interno con derecho internacional, al pronunciarse respecto del derecho prestacional a la vivienda, sosteniendo “[...] *para que ese lugar pueda considerarse una vivienda adecuada, debe cumplir necesariamente con un estándar mínimo, el cual ha sido definido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas en la Observación General No. 4 (1991) (E/1992/23), al interpretar el artículo 11, numeral 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1981, ya que en caso contrario no se daría efectividad al objetivo perseguido por el constituyente permanente. De forma que lo que dispone el artículo 4o. de la Constitución Federal constituye un derecho mínimo, sin que obste reconocer que los grupos más vulnerables requieren una protección constitucional reforzada y, en ese tenor, es constitucionalmente válido que el Estado dedique mayores recursos y programas a atender el problema de vivienda que aqueja a las clases más necesitadas, sin que ello implique hacer excluyente el derecho a la vivienda adecuada.*” Tesis: 1a. CXLVII/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, rubro “DERECHO FUNDAMENTAL A UNA VIVIENDA DIGNA Y DECOROSA. ALCANCE DEL ARTÍCULO 4o., PÁRRAFO SÉPTIMO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.”

denominaciones diversas (declaración, pacto, protocolo, convención, etc.) que los contienen son los siguientes:

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.
2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
3. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
4. Convención Americana sobre Derechos Humanos (sólo el artículo 26).
5. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
6. Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales.
7. Convención sobre la Orientación Pacífica de la Enseñanza.
8. Código Sanitario Panamericano.
9. Protocolo anexo al Código Sanitario Panamericano.
10. Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social.
11. Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición.
12. Declaración sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad.
13. Declaración sobre el Derecho al Desarrollo.
14. Declaración de Compromiso en la Lucha contra el VIH/SIDA.

Además, México ha suscrito un importante número de instrumentos internacionales en materia ambiental.

1. Declaración de Río sobre el Desarrollo y el Medio Ambiente.
2. Resolución 1803 (XVII) "Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales".
3. Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono .
4. Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que agotan la Capa de Ozono.
5. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

6. Protocolo de Kyoto a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.
7. Convenio sobre la Diversidad Biológica.
8. Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica.
9. Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América.
10. Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES).
11. Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena.
12. Protocolo a la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena.
13. Convención Interamericana para la Protección y Conservación de las Tortugas Marinas.
14. Convenio Interamericano de Lucha contra la Langosta, firmado en Montevideo.
15. Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas ("Convención de Ramsar").
16. Enmienda a los Artículos 6 y 7 de la Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas.
17. Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África.
18. Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras Materias.
19. Protocolo relativo a la Intervención en Alta Mar en casos de Contaminación por Sustancias Distintas de los Hidrocarburos.
20. Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques, 1973.

- 21.** Protocolo de 1978 relativo al Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques.
- 22.** Convenio Internacional sobre el Control de los Sistemas Anti-incrustantes Perjudiciales de los Buques, adoptado en Londres, el 5 de octubre de 2001.
- 23.** Convención Internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos.
- 24.** Convenio Internacional relativo a la Intervención en Alta Mar en casos de Accidentes que causen una Contaminación por Hidrocarburos.
- 25.** Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación.
- 26.** Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes.
- 27.** Convenio de Róterdam para la aplicación del Procedimiento de Consentimiento Fundamentado previo a ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos objeto de Comercio Internacional, y
- 28.** Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte.

Con la integración, en 2011, de los derechos humanos de fuente internacional a la Constitución, y de acuerdo con los principios de interpretación conforme y *pro persona*, los tratados internacionales tienen ahora una función muy relevante en el día a día de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)<sup>321</sup>.

---

<sup>321</sup> Como hemos mencionado en este trabajo, el 10 de junio de 2011, fue aprobada una reforma constitucional que obliga a las autoridades a transitar de las garantías individuales a los derechos humanos, con el rasgo esencial de tratarse de derechos prestacionales. La modificación al artículo 1º constitucional, junto con el reciente reconocimiento de los derechos al agua, a la educación y a la alimentación coloca ese conjunto de derechos económicos, sociales y culturales dentro de un marco de acción muy diferente al que se había tenido antes. Hay una transición plena, pues, de derechos programáticos a derechos prestacionales con eficacia ante los tribunales.

En ese sentido, se advierte que los llamados “DESC” de carga prestacional, y los derechos civiles y políticos en el plano internacional, encontrarán ya una materialización, dejando atrás su cualidad de ilusión.

Algunos de los derechos más relevantes son precisamente los establecidos en el mencionado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Protocolo<sup>322</sup> a dicho pacto; todos los Convenios de la Organización

---

<sup>322</sup> El Protocolo cuenta con un sistema de control disminuido. Ciertamente, su artículo 19 dispone de dos mecanismos: por un lado, un sistema de informes y, por el otro, un mecanismo de denuncias individuales restringido. El primero tiene como objetivo principal dar seguimiento a la implementación que los Estados deben realizar como consecuencia de su participación en el Protocolo. En efecto, su artículo 19.1 dispone que los Estados Parte se comprometen a presentar informes periódicos, relativos a medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo. No obstante, y a pesar de encontrarse vigente desde el 16 de noviembre de 1999, aún no se ha culminado el proceso para hacer efectivo un verdadero sistema de informes periódicos. Hasta el momento, ningún Estado parte del Protocolo ha entregado algún informe sobre progreso en materia de DESC. Recientemente, en junio de 2005, la Asamblea General de la OEA adoptó una decisión concreta para implementar dicha disposición. En el marco de su XXXV período de sesiones, se aprobó, mediante la Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05), las “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador”. De acuerdo con dicha resolución, la presentación de los informes se realizará cada tres años, de modo similar al consagrado en el artículo 42 de la Convención, con la particularidad de que se otorga a la Comisión Interamericana la posibilidad de realizar recomendaciones. Mediante la misma resolución, la Asamblea General solicitó a la Comisión Interamericana que propusiera al Consejo Permanente, para su eventual aprobación, los indicadores de progreso a ser empleados para cada grupo de derechos protegidos. En cumplimiento de este mandato, la Comisión aprobó el 5 de octubre de 2007 los “Lineamientos para la elaboración de indicadores

Internacional del Trabajo, y el Protocolo de San Salvador (instrumento de tutela de los derechos en el sistema regional interamericano).<sup>323</sup>

México no fue la excepción a ese desdoblamiento de derechos protegidos por la clase política y protegidos (en serio) por los tribunales constitucionales; como señala Juan Carlos de Obeso Orendain, la comunidad mundial distribuyó los derechos humanos en dos pactos: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales, y sólo aquéllos contarían con un recurso judicial efectivo mientras que los otros quedarían al resguardo de la clase política.<sup>324</sup>

---

de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales.” A partir del 2 de noviembre de 2007, se sometió dicho documento a consulta de los Estados y organizaciones de la sociedad civil, por el plazo de dos meses. Finalmente, el 19 de julio de 2008 se aprobó el documento final en el que se incorporaron los aportes y sugerencias recibidos.

<sup>323</sup> Los indicadores de progreso constituyen un aporte muy valioso de la Comisión Interamericana, pues permiten determinar, con un grado razonable de objetividad, las distancias entre la situación real y el estándar o meta deseada. En efecto, el progreso en DESC se puede medir a partir del parámetro establecido por el Protocolo, frente al cual se puede comparar, por una parte, la recepción constitucional, el desarrollo legal e institucional y las prácticas de gobierno de los Estados; y, por otra, el nivel de satisfacción de las aspiraciones de los diversos sectores de la sociedad (expresado, entre otras, a través de los partidos políticos y de las organizaciones de la sociedad civil).

<sup>324</sup> De Obeso Orendain, Juan Carlos. *El Principio de Vinculación al Gasto Público a la Luz de los Derechos Humanos*. Tesis doctoral. Universidad de Guadalajara, México, 2016, p. 13. Por otro lado, la dicotomía entre DESC de “exigibilidad inmediata” y los de “realización progresiva” representó el denominador común mínimo para alcanzar un consenso entre las Delegaciones durante los trabajos preparatorios del Protocolo y, como afirma Cançado, el mecanismo representa “en el continente americano al final de los años 1980, el mínimo aceptable en el campo

## **5. Hacia un entorno fiscal que posibilite el bienestar y los derechos prestacionales**

El sistema tributario (ley, política fiscal, recaudación) deben encaminarse a hacer realidad los derechos prestacionales. Sin dinero no hay derechos. México es un país con mucho potencial, lo que sucede es que las reglas han sido diseñadas para no funcionar, para permitir la elusión fiscal y que quienes más deben contribuir no lo hagan.

### **5.1. Los impuestos y los derechos prestacionales**

Partiendo de la base de que la CPEUM establece la obligación general de los ciudadanos de contribuir al gasto público (at. 31.IV) de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes y de que, por otro lado, el Estado mexicano tiene diversas fuentes de ingresos (además de los impuestos, como son otras contribuciones, multas, ingresos petroleros, etc.) vis a vis una carga importante de gastos (en un entorno de organización federal que dispersa el dinero hacia los estados con una gran opacidad y altos niveles de corrupción dada la escasa fiscalización y control sobre los gobiernos estatales<sup>325</sup>) resulta necesario cuestionarse, en un primer momento, si el actual sistema fiscal está correctamente diseñado y, después, si funciona adecuadamente para hacer realidad los derechos de prestación (a lo que podemos de una vez responder de manera negativa con la simple observación de lo que pasa en la sociedad o si no se la mucho a la calle, viendo cualquier estadística presentada por los *think tanks*).

---

de la protección de los DESC”. Cançado Trindade, Antonio Augusto, *La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1835/5.pdf>.

<sup>325</sup> “Un laberinto bien construido”, dice el constitucionalista Raúl Mejía Garza. Véase ¿Y ahora qué? México ante el 2018, Nexos-Debate, noviembre de 2017, México, pp.67-78.

Respecto del cumplimiento de dicha obligación a cargo de los mexicanos, el Estado no ha sido muy eficiente. (poner datos duros del padrón de contribuyentes y su incremento). México ocupa el último lugar en recaudación relativa entre todos los países latinoamericanos.

Ello ha propiciado que el Estado dependa de los recursos petroleros y lamentablemente al depender de precios internacionales, los recursos del gobierno han ido a la baja.

Ante ambos escenarios, a efecto de lograr un equilibrio de las finanzas públicas se ha sacrificado la inversión en infraestructura, en educación y en salud. En unas cuantas palabras: más desigualdad y menos oportunidades.

Así, México necesita recaudar más impuestos (eficiencia tributaria), que todos paguen (generalidad tributaria), que la recaudación sea realmente equitativa (progresividad fiscal), y finalmente, ser eficiente en el gasto (destino de los recursos públicos para combatir la desigualdad: infraestructura, educación y salud, principalmente<sup>326</sup>).

Recaudar de manera generalizada y progresiva y gastar de manera disciplinada y con una visión nacional clara tendiente a disminuir las brechas entre ricos y pobres, debe ser la agenda de los próximos años.

Ante dicho escenario, para construir una política pública seria para contender contra los vicios antes señalados y avanzar en la disminución de las injusticias sociales derivadas de las desigualdades, diversos expertos internacionales (Stiglitz, Holmes, Sunstein, Piketty, Milanovic, Deaton, Kerstenetzky) y mexicanos (Luis de la Calle, Isaac Katz y Valeria Moy) han manifestado la viabilidad de, por ejemplo, establecer el impuesto al valor agregado (IVA) para los alimentos y las medicinas (tema controversial en la arena política, por su impacto sobre los más pobres dado

---

<sup>326</sup> Una sociedad enferma no puede potenciar su desarrollo. Una sociedad enferma (algunas veces los niños nacen en entornos poco saludables o son hijos de madres enfermas) no puede apropiarse del conocimiento en las escuelas (ello se vincula con la alimentación y otras carencias). Si no hay infraestructura productiva no hay fuentes de empleo ni oportunidades para el desarrollo personal.

que son quienes destinan un porcentaje mayor a dicho gasto en comparación con el porcentaje del ingreso que destinan los ricos y por su regresividad<sup>327</sup>) y, además, avanzar en la línea de la eliminación de subsidios (que benefician a los más ricos, v.g., subsidios a gasolinas –lo que ya aconteció—).

Isaac Katz ha dicho una verdad insoslayable: vivir en sociedad implica que uno tiene que estar dispuesto a pagar impuestos, a contribuir a la provisión gubernamental de bienes públicos.

Hay un vínculo importante entre esa aceptación y cumplimiento de esa obligación y la calidad de los bienes públicos que el gobierno ofrece y, a su vez, “en aquellos países en los cuales hay una mayor calidad de los bienes públicos y una menor percepción de corrupción, los individuos están dispuestos a pagar un monto de impuestos mayor que el valor subjetivo asignado a los bienes públicos que el gobierno le ofrece a cambio, una forma de ser solidarios con miembros de la sociedad menos favorecidos, quienes recibirían un valor de bienes públicos mayor al monto de impuestos pagados”.<sup>328</sup>

El IVA a alimentos y medicinas, dicen Rodolfo Minzer y Valentín Solís, provocaría un incremento en la pobreza urbana moderada (del 3.1%), evidenciando así el carácter regresivo. Además, sostienen que los más afectados serían no los más pobres sino los intermedios (del quinto decil, sexto y séptimo).

Por ello, la compensación que se haga no debe enfocarse en los más pobres, de lo contrario la pobreza se incrementará aún más en los deciles intermedios.

La compensación consiste en darle a los deciles un monto en dinero tal que su poder adquisitivo no se vea alterado como consecuencia del costo de vida. Si no

---

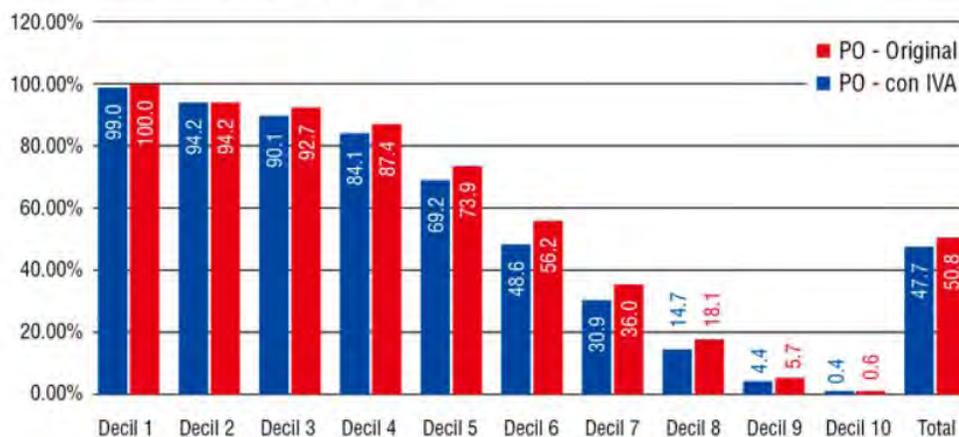
<sup>327</sup> Según proyecciones del INEGI (tras un impuesto en alimentos y medicinas) el costo de vida de los más pobres se triplicaría en relación con los más ricos. Luego, habría que generar políticas públicas que distribuyan eficientemente ese ingreso entre los más necesitados para que el efecto regresivo del IVA se mitigue.

<sup>328</sup> Véase Katz, Isaac. Contribución Fiscal, consultado en <https://www.eleconomista.com.mx/opinion/Contribucion-fiscal-20170327-0132.html>, el 17 de febrero de 2018.

se compensa, dicen los autores que sí, la recaudación tributaria alcanza su nivel máximo (2.9%) pero también lo hace la pobreza (50.8%).

La gráfica siguiente, tomada de dichos autores, ilustra de manera clara ese aumento en el gasto:

**Gráfico 4: Cambio en la distribución de la pobreza moderada en la zona urbana según decil de ingreso después de extender el IVA a alimentos y medicinas a 16%**



Fuente: Elaboración propia a partir del Sistema de Cuentas Nacionales del INEGI para 2008 y la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares del INEGI para los años 2008 y 2010.

Según datos del INEGI (2014<sup>329</sup>) los más pobres gastan más (destinan mayor porcentaje de sus ingresos) en alimentos que los más ricos. Según la tabla siguiente, tenemos un 50.7% versus un 22.5% y los ricos destinan mayor porcentaje al transporte (beneficiándose de los subsidios generalizados al combustible):

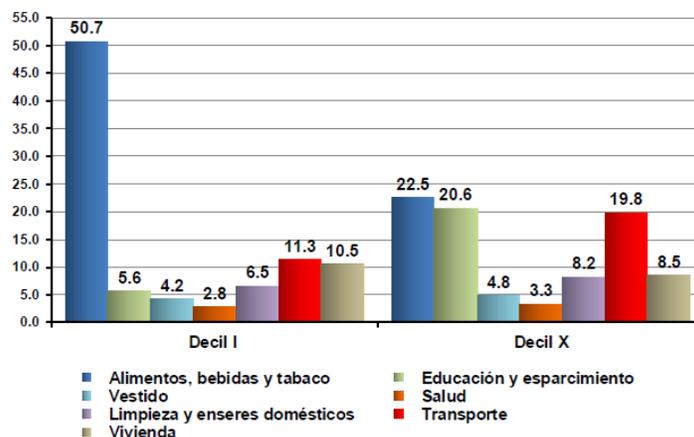
<sup>329</sup>Consultado en

[http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/productos/prod\\_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva\\_estruc/promo/resultados\\_enigh14.pdf](http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/promo/resultados_enigh14.pdf), el 17 de febrero de 2018.



## Contrastes por deciles seleccionados

PROPORCIÓN DEL GASTO CORRIENTE MONETARIO DE LOS DECILES I Y X ORDENADOS POR EL INGRESO CORRIENTE PER CÁPITA, 2014



Nota: Los porcentajes pueden no sumar cien debido al redondeo.

Paralelamente, expertos como Rodolfo Minzer y Valentín Solís, ambos de la CEPAL, enfatizan en la necesidad de control de las tasas de elusión y de evasión fiscal, “que en México alcanzan niveles muy elevados”.

Por ello concluyen que “sin una mejora significativa en ese aspecto, cualquier reforma fiscal que se implemente tendrá un efecto muy limitado”.<sup>330</sup>

Siguiendo a Minzer y Solís, otro de los grandes problemas en México es la gran brecha entre ricos y pobres, ya que los más ricos (el decil con mayores ingresos) perciben lo equivalente a la suma total del ingreso de los ocho primeros deciles.

Ello se traduce en altos niveles de pobreza moderada urbana (47.7%) y pobreza extrema urbana (14.7%), pobreza moderada rural (66%) y pobreza extrema rural (35%). La pobreza moderada de los tres primeros deciles en la zona urbana

<sup>330</sup> Minzer, Rodolfo y Solís, Valentín. Los posibles efectos del IVA en alimentos y medicinas. Revista Nexos (1 de octubre de 2013). <https://www.nexos.com.mx/?p=15514>, consultado el 17 de febrero de 2018.

supera un 90%, en tanto que en la zona rural son los cinco primeros deciles los que registran un porcentaje de pobreza moderada por sobre 90%.<sup>331</sup>

En consideración de lo expuesto, Minzer y Solís, concluyen que el IVA en alimentos y medicinas es “una propuesta altamente regresiva”; que sin un mecanismo de compensación adecuado “el impacto en la pérdida de poder adquisitivo en dichos estratos [bajos y medios] será significativo.

Por ello, proponen que de manera alternativa se elimine el subsidio a las gasolinas, se incremente el impuesto sobre la renta de las personas pertenecientes a los deciles más altos y gravar con un nuevo impuesto los activos bancarios, al resultar menos regresivas e incluso progresivas.

México forma parte de un entorno internacional. A finales de 2017 en Estados Unidos se redujo la tasa del impuesto sobre la renta a 20% (lo que, de acuerdo con la legislación mexicana, sería un “paraíso fiscal” al tener una tasa menor al 22.5%), se permite la deducción inmediata de la inversión y se reduce la tasa impositiva sobre la repatriación de ganancias.

Ello se traduce en una pérdida de competitividad fiscal, que implicará el replanteamiento de algunas políticas tributarias en México.

De acuerdo con Katz, México tendría que reducir la tasa del ISR para personas morales, eliminar la tasa adicional de 10% sobre el pago de dividendos y volver a establecer el Impuesto Empresarial a Tasa Única (IETU) que permita la deducción de la base gravable (los ingresos brutos de las empresas) de la adquisición de insumos, de la inversión en capital fijo y de la inversión en investigación en ciencia y tecnología.<sup>332</sup>

---

<sup>331</sup> *Ibidem*.

<sup>332</sup> Véase Katz, Isaac. Reforma tributaria, consultado en <https://www.eleconomista.com.mx/opinion/Reforma-tributaria-20171204-0015.html>, el 17 de febrero de 2018. Asimismo, Katz sostiene que: “hay que tomar en consideración que las aportaciones patronales al sistema de seguridad social (IMSS, SAR e Infonavit) son, para efectos prácticos, un impuesto sobre las empresas y el empleo formal. A esto hay que agregarle que el reparto de utilidades

Ante dicho entorno internacional, elevar la tasa del ISR para incrementar la recaudación parecería que provocaría una movilización (una especie de *forum shopping* fiscal) tomando en consideración que la tasa del ISR actualmente ya es mayor que la de EUA.<sup>333</sup>

De acuerdo con la tarifa aplicable, vigente para los ejercicios fiscales de 2017-2018, según la publicación oficial del Servicio de Administración Tributaria, la mayor tasa aplicable sobre el excedente del límite inferior para cada uno de los dos años mencionados, es del 35%.

A continuación, inserto la tabla completa para mayor referencia:

---

a los trabajadores, a pesar de ser un pago a la mano de obra, no es deducible de la base gravable del ISR, por lo que efectivamente se trata de una sobretasa sobre las utilidades brutas de las empresas. En consecuencia, es indispensable transitar hacia un sistema de seguridad social financiado con la recaudación general de impuestos, reduciendo significativamente las aportaciones de las empresas”. El profesor de microeconomía del ITAM que los dos puntos anteriores se constituirían como un incentivo a la inversión privada y a la creación de empleos, lo cual por sí mismo incrementaría en el agregado la base de contribuyentes, tanto empresas como individuos, del ISR.” Katz concluye sosteniendo que “sería imposible financiar la seguridad social con la recaudación general sin homogeneizar el IVA, gravando alimentos y medicinas.” A continuación, reconoce que “es un impuesto regresivo (particularmente por el gasto familiar en alimentos)” pero sostiene que “puede ser compensado con transferencias directas al ingreso para las familias en los deciles I a VIII (con el requisito de que estén registrados en el SAT).”

<sup>333</sup> Piketty sostiene que “gravar las ganancias del capital plantea problemas considerables en un mundo en que el ahorro y la inversión circulan a través de las fronteras, en que los Estados eligen su nivel de redistribución con independencia unos de los otros y en que cada uno intenta atraer la mayor cantidad de inversiones.” Véase. Piketty, Thomas. *La Economía de las Desigualdades: cómo implementar una redistribución justa y eficaz de la riqueza*. Siglo Veintiuno Editores, México, 2015 (traducido por María de la Paz Georgiadis), p. 64.

**CUARTA SECCION****SECRETARIA DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO**

**ANEXOS 1, 3, 5, 6, 7, 8, 11, 17, 18, 23, 25, 25 Bis, 27, 28 y 29 de la Resolución Miscelánea Fiscal para 2018, publicada el 22 de diciembre de 2017. (Continúa en la Quinta Sección).**

**Anexo 8 de la Resolución Miscelánea Fiscal para 2018****Contenido****C. Tarifa para el cálculo del impuesto correspondiente a los ejercicios 2017 y 2018.**

- 1. Tarifa para el cálculo del impuesto correspondiente al ejercicio de 2017.**
- 2. Tarifa para el cálculo del impuesto correspondiente al ejercicio de 2018.**

**C. Tarifa para el cálculo del impuesto correspondiente a los ejercicios 2017 y 2018.****1. Tarifa para el cálculo del impuesto correspondiente al ejercicio 2017.**

Límite inferior	Límite superior	Cuota fija	Por ciento para aplicarse sobre el excedente del límite inferior
\$	\$	\$	%
0.01	5,952.84	0.00	1.92
5,952.85	50,524.92	114.29	6.40
50,524.93	88,793.04	2,966.91	10.88
88,793.05	103,218.00	7,130.48	16.00
103,218.01	123,580.20	9,438.47	17.92
123,580.21	249,243.48	13,087.37	21.36
249,243.49	392,841.96	39,929.05	23.52
392,841.97	750,000.00	73,703.41	30.00
750,000.01	1,000,000.00	180,850.82	32.00
1,000,000.01	3,000,000.00	280,850.81	34.00
3,000,000.01	En adelante	940,850.81	35.00

**2. Tarifa para el cálculo del impuesto correspondiente al ejercicio 2018.**

Límite inferior	Límite superior	Cuota fija	Por ciento para aplicarse sobre el excedente del límite inferior
\$	\$	\$	%
0.01	6,942.20	0.00	1.92
6,942.21	58,922.16	133.28	6.40
58,922.17	103,550.44	3,480.01	10.88
103,550.45	120,372.83	8,315.57	16.00
120,372.84	144,119.23	11,007.14	17.92
144,119.24	290,667.75	15,262.49	21.36
290,667.76	458,132.29	46,565.26	23.52
458,132.30	874,650.00	85,952.92	30.00
874,650.01	1,168,200.00	210,908.23	32.00
1,168,200.01	3,498,800.00	304,204.21	34.00
3,498,800.01	En adelante	1,097,220.21	35.00

Atentamente,

Ciudad de México, 15 de diciembre de 2017.- En suplencia por ausencia del Jefe del Servicio de Administración Tributaria, con fundamento en el artículo 4, primer párrafo del Reglamento Interior del Servicio de Administración Tributaria vigente, firma el Administrador General Jurídico, Jaime Eusebio Flores Carrasco, Rúbrica.

Si bien es cierto, tanto las cuotas fijas como la tasa son progresivas. Sin embargo, según un estudio<sup>334</sup> se trata de una “falacia tributaria” dado que “el grado de progresividad que contiene la tarifa del impuesto sobre la renta en México [...] no considera adecuadamente el concepto de progresividad que Robespierre introdujo, haciendo creer que efectivamente quien gana más paga más según la magnitud de sus ingresos”, concluyendo dicho estudio que la tarifa es progresiva

<sup>334</sup> Aguilar Sánchez, Mario Gil. Falacias Tributarias: la progresividad de la tarifa del ISR en México. Consultado en <http://congreso.investiga.fca.unam.mx/docs/xix/docs/6.03.pdf>, el 22 de noviembre de 2017.

pero se trata de una “progresividad “débil””, y que dicha progresividad “está muy lejos de cumplir con los principios de justicia tributaria a los que aluden constantemente las élites en el poder, queriendo hacer creer a todos los mexicanos que en el sistema tributario se atiende al principio de que quien gana más, paga más, constituyendo esto una verdadera falacia tributaria.”

## **5.2. El costo de los derechos prestacionales**

Parecería que el nivel de satisfacción de los derechos prestacionales está vinculado, directa y funcionalmente, con el nivel de recaudación de impuestos.

Como acontece en una comunidad de propietario (condominio), para que los dueños puedan gozar de las áreas comunes (alberca, espacios recreativos, jardines) y dichos espacios estén bien cuidados<sup>335</sup>, supervisados, seguros, etc., todos los dueños deben pagar una cuota con cierta periodicidad.

Su omisión produce una consecuencia personal y otra colectiva. La primera es la generación de una deuda; la segunda, el demérito en la propiedad común la que sufrirá el impago de las cuotas<sup>336</sup>: los demás propietarios ven como su utilidad (uso, goce, disfrute) de lo común se disminuye. Incluso, dicha condición se extiende hacia la parte privada al incrementarse las tensiones y las fricciones y al disminuir el presupuesto destinado a la seguridad.

Con dicho parangón quiero, únicamente y de manera muy rudimentaria, explicar el funcionamiento general del sistema tributario.

En el ejemplo, el condominio es el país; las áreas comunes, los derechos prestacionales; las áreas privativas, los derechos de propiedad.

---

<sup>335</sup> Parto de la hipótesis de que no existe discrecionalidad en el gasto y que el administrador de las cuotas las destina al cumplimiento de esas necesidades (derechos prestacionales).

<sup>336</sup> Una administración eficiente es necesaria para ejercitar acciones y tomar medidas tendientes a recuperar las cuotas no pagadas, aplicando los intereses y gastos aplicables, pudiendo embargar la unidad privativa. En el lenguaje fiscal: contribución omitida, sus accesorios, gastos de ejecución...

A mayor recaudación (general, equitativa, progresiva) mayor nivel de satisfacción de derechos prestacionales. Sin recursos, el Estado no puede cumplir con el mandato constitucional. Sin recursos suficientes (y bien administrados) se pone en riesgo la propiedad privada e, incluso, los derechos negativos<sup>337</sup> (aquellos a los que anteriormente me referí como los de libertad de expresión que, en caso de ser violados, requieren del andamiaje de la judicatura para hacerlos prevalecer).

Entonces, es clara la vinculación entre impuestos y derechos y –como lo mencioné antes, siguiendo las aportaciones de Holmes y Sunstein—, los derechos de prestación requieren del presupuesto público, con lo que se advierte que los derechos son bienes públicos (“servicios sociales financiados por los contribuyentes y administrados por el Estado para mejorar el bienestar colectivo e individual”).<sup>338</sup>

Ello conduce a otra conclusión: a falta de un poder judicial efectivo y vigoroso, los derechos prestacionales son una bolsa hueca. Cada sentencia (de amparo, v.g.,) es un cheque en favor de un derecho.<sup>339</sup> Pero, si no hay presupuesto, se produciría

---

<sup>337</sup> Los derechos negativos protegen la libertad (excluyen al gobierno, el gobierno es una molestia para ellos, son privativos u obstruccionistas); los positivos, la igualdad (invitan al gobierno, requieren su intervención activa, reasignan el dinero).

<sup>338</sup> Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *op. cit.* p. 69. Incluso los derechos privados, como el de propiedad son una promesa vacía. ¿Cómo protegerlos sin una autoridad fuerte y decidida? Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *op. cit.* p. 60. Pero concluyen que “todos los derechos que se exigen de forma legal son necesariamente positivos”, ya que “todos los derechos implican un deber correlativo y los deberes sólo se toman en serio cuando su descuido es castigado por el poder público con recursos del erario.” Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *op. cit.* pp. 63 y 64.

<sup>339</sup> Incluso los derechos privados, como el de propiedad son una promesa vacía. ¿Cómo protegerlos sin una autoridad fuerte y decidida? Holmes y Sunstein dicen que la riqueza privada sólo puede existir gracias a las instituciones gubernamentales, ya que su defensa se realiza con recursos públicos (de todos los contribuyentes). Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *op. cit.* p. 48.

algo terrible: sentencias que no se pueden cumplir, perpetuándose la desigualdad y produciendo una crisis del Estado de Derecho.

La herramienta privilegiada de la redistribución pura, sostiene Piketty, es la redistribución fiscal. Mediante gravámenes y transferencias, la redistribución fiscal “permite corregir desigualdad de los ingresos originada en la desigualdad de las dotaciones iniciales y las fuerzas del mercado”.<sup>340</sup>

Empero, sostiene el autor francés que (proponiendo, de manera opuesta, redistribuciones eficaces) la desigualdad impulsa a una acción colectiva de redistribución no sólo porque contradice el sentido de la justicia social sino por el despilfarro de recursos humanos que implica.

Dado que el mercado es imperfecto<sup>341</sup>, y por ello dice, se necesitan herramientas de redistribución que permitan corregir las ineficacias a la vez que se redistribuye el ingreso (como un salario mínimo o intervenciones directas en el mercado laboral).<sup>342</sup>

En suma, para que haya derechos prestacionales (y privados) el Estado debe destinar recursos (dinero). No hay derechos sin dinero y todos los derechos cuestan (al igual que cuesta imponer sanciones por su violación por terceros o por el uso abusivo del propio derecho) y en la medida que se pagan con “dinero público”, todos los derechos son “bienes públicos<sup>343</sup>” (incluso los derechos privados), y como dicen Holmes y Sunstein, todos los derechos (tanto negativos como positivos) son derechos positivos.

### **5.3. ¿Hacer que los ricos paguen más? ¿Y mi herencia, papá?**

---

<sup>340</sup> Véase. Piketty, Thomas. *La Economía de las Desigualdades: cómo implementar una redistribución justa y eficaz de la riqueza*. Siglo Veintiuno Editores, México, 2015 (traducido por María de la Paz Georgiadis), p. 159 y ss.

<sup>341</sup> Piketty, Thomas. *La Economía de las Desigualdades ... op. cit.* p. 11.

<sup>342</sup> *Ibidem*, pp. 179 y 180.

<sup>343</sup> En esta intersección es importante destacar la interrelación entre derechos y responsabilidades. Frente a cada derecho hay un deber correlativo.

Brano Milanovic, del Banco Mundial, en una reciente publicación (2017) auspiciada por Harvard University Press<sup>344</sup>, que llegó a México con el Fondo de Cultura Económica, sostiene que “las intervenciones que se hacen antes de que operen impuestos y transferencias son un enfoque mucho más prometedor para el siglo XXI”.

Así, la reducción en la desigualdad de la riqueza privada (dotaciones), primordialmente en lo que se refiere a la propiedad de activos y a la educación<sup>345</sup>, produciría que los ingresos (antes de impuestos y transferencias) se distribuyeran de manera mucho más equitativa<sup>346</sup>. También asevera que eliminarían uno de los efectos más perniciosos de las herencias familiares.<sup>347</sup>

Con la globalización, la suerte y el entorno familiar (nacer de padres ricos y las conexiones familiares) desempeñarán un papel mayor que antes. Como lo

---

<sup>344</sup> Milanovic, Branko. *Desigualdad mundial: un nuevo enfoque para la era de la globalización*; trad. de Mariana Hernández Cruz; rev. de la trad. de Gerardo Esquivel Hernández. México, FCE, 2017. pp. 247 y 248.

<sup>345</sup> Elevar la calidad de la educación, tanto de las escuelas públicas como privadas, de acuerdo con Milanovic, ayudaría a conseguir una igualdad fundamental, de la misma manera que igualar el acceso a las escuelas que producen mejores rendimientos. Ello sólo puede lograrse mediante la inversión y el apoyo financiero del Estado. Milanovic, Branko. *Desigualdad mundial... op. cit.* p. 251.

<sup>346</sup> *Ibidem*, p. 250, cuando afirma: Aquí el papel del gobierno es crucial: trabaja buscando una igualación, a largo plazo, de la propiedad del capital y de la educación por medio de altos impuestos a las herencias, políticas de impuestos corporativos que estimule que las empresas distribuyan acciones entre sus empleados y permitir que los más pobres y clases medias tengan activos financieros. Incluso, en este punto, el autor que sigo refiere que pudieran “legalizarse” las propiedades inmobiliarias que en muchos países (como México) no poseen títulos legales para que puedan utilizarse como garantías de créditos.

<sup>347</sup> *Ibidem*, pp. 247 y 248.

señalan Acemoglu y Robinson, es muy importante la red de contactos, lo que a la postre puede conducir a la obtención de mayores beneficios, empleos, contratos.

El poder económico se traduce en poder político de la misma manera inversa como la pobreza económica suprime igualdades políticas (y derechos). Sin ir demasiado lejos, tres ejemplos característicos en México: carrera judicial<sup>348</sup>, carrera legislativa (política)<sup>349</sup> y notariado<sup>350</sup>.

Es ominoso que un buen número de los nuevos funcionarios judiciales, legisladores y notarios públicos sean descendientes de jueces, congresistas y

---

<sup>348</sup> Diversos medios de comunicación han difundido información en este sentido. Incluso el Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE), del CONACYT, ha presentado información valiosa respecto del llamado “poder familiar de la federación”. Todo se basa en el “*Estudio sobre redes familiares y clientelares en el Consejo de la Judicatura Federal*”, elaborado por el magistrado Felipe Borrego Estrada del propio Consejo de la Judicatura Federal, con base en el cual se concluyó que hijos, parejas, papás, sobrinos, tíos, cuñados y hasta suegras de al menos 500 jueces y magistrados ocupan plazas en tribunales y juzgados de su adscripción o de otros, revela un estudio realizado en 31 estados, que fue entregado al Consejo de la Judicatura Federal (CJF) y a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). En el reporte <sup>se</sup> enlistan los datos de 112 jueces y magistrados que habrían utilizado sus facultades para conseguir empleo a su esposa o pareja, 180 a sus hijos, 136 a sus hermanos y 27 a sus papás. El estudio revela que hay, además, otros 7 mil 148 servidores públicos del Poder Judicial que comparten espacio laboral con sus parientes. Aunque se identifica a cada juzgador y empleado por su número de expediente, el estudio no proporciona sus nombres.

<sup>349</sup> Desde luego se incluyen ahí las contrataciones como “asesores” a familiares consanguíneos o políticos.

<sup>350</sup> Aquí una nota periodística de lo que aconteció en Sinaloa en el año 2015, donde la mayoría de los nuevos notarios son hijos de notarios: <https://www.debate.com.mx/culiacan/-www.debate.com.mxculiacanExfuncionarios-reciben-fiats-de-notarios-20150206-0179.html-20150206-0179.html>.

notarios. ¿Será, acaso, que están mejor preparados que otros sin ese antecedente familiar? No necesariamente. El éxito previo, dice Milanovic, engendra más éxito, incluyendo el de los hijos. Con desigualdades como la anterior, no hay estabilidad.

La política tributaria es esencial para mitigar las desigualdades. Además de buscar como cobrar impuestos más efectiva y eficientemente (progresivos<sup>351</sup>) y con una administración pública ordenada y disciplinada en lo que al gasto se refiere, debe dicha política buscar una “igualación a largo plazo de la propiedad del capital y de la educación”<sup>352</sup>.

Al respecto, Branko Milanovic identifica las políticas que trabajarían hacia esta igualación: (1) altos impuestos a las herencias (citando para ello a Piketty), (2) políticas de impuestos corporativos que estimularían que las compañías distribuyeran acciones a los trabajadores (tendiendo, dice, hacia un sistema limitado de capitalismo de trabajadores) y (3) impuestos y políticas administrativas que permitieran que los pobres y las clases medias tuvieran y mantuvieran activos financieros.<sup>353</sup>

En México, en su texto “Impuestos productivos”, Fausto Hernández Trillo ha sostenido entre otras que la política de gasto ha sido particularmente ineficaz (con un 27% como proporción del PIB versus un 45% promedio del PIB entre los países miembros de la OCDE). El dato en sí no es bueno ni malo, todo depende de las obligaciones que la Constitución asigna a cada Estado<sup>354</sup>.

Y, en efecto, esa última consideración de Hernández Trillo es crucial. La pregunta de cuánto debe el gobierno gastar debe responderse en función de las obligaciones contraídas en el texto constitucional. El catálogo de derechos

---

<sup>351</sup> Sobre los impuestos progresivos y como distribuyen positivamente la riqueza disminuyendo la desigualdad, véase también a Deaton, Angus. *The Great Escape ...* pp. 227-239.

<sup>352</sup> Milanovic, Branko. *Desigualdad mundial... op. cit.* p. 250.

<sup>353</sup> *Ibidem*.

<sup>354</sup> Hernández Trillo, Fausto. *Impuestos productivos. ¿Y ahora qué? México ante el 2018*. Debate, México 2017. Coord. Aguilar Camín, Héctor. P. 227.

prestacionales es el índice fundamental para ello y es el que fija, de manera clara, cuáles son las necesidades de la población.

Dicho catálogo de derechos prestacionales se ha incrementado de manera considerable, como lo he mencionado antes, con la reforma de 2011 en materia de derechos humanos, con base en la cual se incorporan un conjunto de derechos de fuente internacional, tema sobre el que ya se ha comentado en este trabajo.

El autor citado propone un profundo cambio en los programas de gastos social. Para evitar ocurrencias, duplicidades y triplicidades y poder abatir la pobreza y disminuir la desigualdad.

Entre sus propuestas destacan la creación de un sistema de seguridad social universal y para financiarlo propone aumentar la base de contribuyentes (para que no dependa el esfuerzo tributario de los cautivos a la vez que se combate la informalidad) y fortalecer al estado de derecho para evitar la elusión fiscal como la que realizan los “grandes” contribuyentes (agrego: para promover un mayor control financiero de las empresas que buscan reubicar utilidades y pérdidas fiscales de una empresa a otra relacionada residentes en jurisdicciones fuera de México<sup>355</sup>).

Respecto de la tasa del ISR para empresas sostiene que elevarla, le restaría a México competitividad internacional, por lo que propone que no se modifique, pero que sí se fortalezca eliminando tratamientos especiales. Quizá aquí debería, y no lo dice el autor, analizarse también la supresión de la tasa cero en el IVA que permite retornos de dicho impuesto.

Gerardo Esquivel es claro en proponer un aumento en las tasas de tributación para los más ricos con mayor progresividad que las tasas actuales. “La ausencia de

---

<sup>355</sup> Esa situación ha sido conocida por la SCJN. Véase Jurisprudencia de rubro: “RENTA. LA LIMITACIÓN DE LA DEDUCCIÓN DE LOS INTERESES ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 32, FRACCIÓN XXVI, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO OBEDECE A FINES EXTRAFISCALES DE CONTROL PARA EVITAR ELUSIÓN FISCAL (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ENERO DE 2005). Tesis: 1a./J. 76/2007, Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, mayo de 2007, p.728.

un auténtico gravamen a las ganancias de capital o la inexistencia de un gravamen, aunque sea pequeño, a las fortunas o las herencias<sup>356</sup>, se convierte en un factor que perpetúa la desigualdad.”<sup>357</sup>

En el mismo sentido se ha pronunciado la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos), por conducto de José Ángel Gurría (ex ministro de Hacienda en México): las desigualdades no son meras externalidades negativas, son características centrales del funcionamiento de nuestros sistemas económicos.

Eso significa, en primer lugar, según la OCDE, diseñar un sistema fiscal que reduzca las desigualdades y promueva el crecimiento incluyente, para lo cual un pilar clave son los impuestos progresivos y reforzar los impuestos a la sucesión. La

---

<sup>356</sup> El pasado 6 de septiembre de 2016, se publicó en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, una iniciativa de reformas a la Ley del Impuesto sobre la Renta propuesta por el diputado Jorge Álvarez Máynez del partido Movimiento Ciudadano. La iniciativa busca gravar con ese impuesto las herencias y también las donaciones que reciban las personas físicas. Propone establecer una tasa progresiva con base en el valor del ingreso como sigue: I. Ingresos menores a 10 millones de pesos estarán exentos de impuesto. II. Ingresos a partir Ingresos entre 10 y hasta 50 millones estarán gravados al 10%. III. De 50 y hasta 100 millones, estarán gravados con el 20% sobre el excedente de 50 millones. IV. Ingresos a partir de 100 millones de pesos estarán gravados al 30% sobre el excedente de los umbrales antes señalados (incisos II y III anteriores). La propuesta exenta del gravamen a personas con discapacidad en términos de la Ley general para la inclusión de las personas con discapacidad. El impuesto sería adicional a los impuestos locales que por adquisición de bienes deban pagar los contribuyentes.

<sup>357</sup> Esquivel, Gerardo. Desigualdad. ¿Y ahora qué? México ante el 2018. Debate, México 2017. Coord. Aguilar Camín, Héctor. p. 262.

riqueza heredada es un factor significativo del incremento de la desigualdad intergeneracional.<sup>358</sup>

En México, la Ley del Impuesto sobre la Renta no grava las herencias ni las donaciones entre padres e hijos. Entre los países que sí lo hacen, está Japón que alcanza a cobrar un 55% de impuesto a las herencias; Corea del Sur y Francia, con un 50% y un 45%, respectivamente. El Reino Unido y Estados Unidos gravan con una tasa del 40% de la herencia. España, con un 34%; Irlanda 33%, Bélgica 30%; Alemania 30%; Chile 25%; Grecia 20%; Países Bajos 20%; Finlandia 19%; Dinamarca 15%; Islandia 10% y Turquía 10%; Polonia, Suiza e Italia, limitan su tipo máximo a niveles inferiores al 10% de la herencia (7% en Polonia y Suiza, 4% en Italia). La media de la OCDE sitúa el tipo máximo de sucesiones en el entorno del 15%.

Sin embargo, el impuesto de sucesiones ya ha sido eliminado o bonificado por completo en muchos de los países de la OCDE, como acontece en Luxemburgo, Serbia, Eslovenia, Australia, Austria, Canadá, Estonia, Israel, Nueva Zelanda, Noruega, Portugal, Eslovaquia, Suecia, Hungría y México.

#### **5.4. IVA a alimentos y medicinas**

Respecto del IVA, Hernández propone como una opción con potencial recaudatorio para financiar el sistema de seguridad social universal, que se extienda a alimentos y medicinas. Es un impuesto sencillo de administrar, con pocas probabilidades de

---

<sup>358</sup> Consultado en [http://www.abc.es/economia/abci-ocde-aboga-subir-impuestos-herencias-201706061647\\_noticia.html](http://www.abc.es/economia/abci-ocde-aboga-subir-impuestos-herencias-201706061647_noticia.html) el 24 de febrero de 2018.

evasión y de elusión<sup>359</sup> y con una “base gravable<sup>360</sup>” muy amplia en un país de tan alta informalidad.

Como lo he referido anteriormente, el autor también reconoce el efecto regresivo que, en un primer momento tiene el IVA generalizado<sup>361</sup> pero, propone que para mitigarlo o aminorarlo el Estado lo haga por conducto de los programas sociales (Prospera, Progresá, Oportunidades) y con el sistema de seguridad social universal. Propone exentar veinte productos de la canasta básica (sin mencionar cuáles).

---

<sup>359</sup> Las economías de opción (estrategias fiscales o la elusión fiscal) en México no encuentran una clara prohibición. La elusión implica evitar actualizar el supuesto normativo que detona el pago del impuesto. Tradicionalmente mediante la celebración de más actos jurídicos que conducirían al mismo resultado material, pero sin general el impuesto. Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, Artículo 15, tipifica el “Conflicto en la aplicación de la norma tributaria” de la siguiente manera: Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias: a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido. b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios. En México el Código Fiscal de la Federación no contiene una regla similar, sólo se castiga la evasión, no la elusión.

<sup>360</sup> No son pocos los que se refieren erróneamente a la base de contribuyentes (padrón) como “base gravable”. Este concepto es la cantidad neta en relación con la cual se aplican las tasas del impuesto. Es común leerlo o escucharlo, quise aclararlo.

<sup>361</sup> En el mismo sentido se pronuncian otros economistas como Santiago Levy. Véase su texto Seguridad Social en ¿Y ahora qué? México ante el 2018. Debate, México 2017. Coord. Aguilar Camín, Héctor. p. 307.

En una reciente entrevista (19 de junio de 2017) con El Economista, Guillermo Ortiz Martínez, quien fue Secretario de Hacienda federal y Gobernador del Banco de México, se pronunció por establecer en el país un impuesto a las herencias, homologar el IVA y simplificar el Código Fiscal.<sup>362</sup>

Para concluir este apartado, no puedo dejar de mencionar la necesidad de mejorar el federalismo fiscal y la responsabilidad hacendaria de los gobiernos de las entidades federativas.

En ese sentido, Hernández Trillo propone una reingeniería entre los tres niveles de gobierno en busca de un desarrollo regional más homogéneo y que se amplíen las potestades tributarias para que se responsabilicen de la obtención de recursos y de su gasto.

Es de vital relevancia, pues, revisar las reglas actuales, los mecanismos y los incentivos que se producen entre federación y estados. La manera en que la Federación y los estados establecen relaciones recíprocas en materia financiera puede colaborar para resolver muchos de nuestros déficits.

---

<sup>362</sup> Consultado el 24 de febrero de 2018 en

<https://www.eleconomista.com.mx/economia/Guillermo-Ortiz-aboga-por-gravar-herencias-y-homologar-el-IVA-20170619-0045.html>

### Capítulo III. Derecho y felicidad

#### 1. Introducción

Desde que los juristas incorporamos herramientas de la Economía a nuestros análisis, proverbialmente asumimos que las políticas públicas, los actos de las autoridades, sus decisiones y, en general, las normas, deben propiciar la eficiencia.

En este trabajo utilizo el concepto de eficiencia en varios sentidos:

- (i) **Bienestar:** los beneficios se producen para todos, ya sea porque todos ganen o porque los que ganen pueden distribuir los beneficios a todos.
- (ii) **Productiva:** los beneficios se producen de la mayor manera y con la menor utilización de recursos.
- (iii) **Costo-Beneficio:** el tránsito entre situaciones de bienestar se produce aplicando los menores costos y los mayores beneficios.
- (iv) **Eficiencia de Kaldor-Hicks** (compensatoria): Los que ganan pueden compensar a quienes pierden.
- (v) **Distributiva:** los recursos se asignan para satisfacer necesidades, los bienes y servicios se distribuyen para satisfacer necesidades.

Según expliqué anteriormente, los economistas refieren que si algunas personas obtienen mucho dinero mientras la mayoría no obtiene nada, pero no pierden, el mundo es un mejor lugar. En dicho sentido, estoy con Angus Deaton, cuando les responde que la referencia debe ser no en términos de lo que personas tienen (*material living*) sino en términos de bienestar (*wellbeing*).

El dinero que las familias tienen (ingreso, económicamente hablando) es un medio para lograr estándares de vida más elevados. El ingreso determina obtener un buen nivel educativo. El nivel educativo condiciona encontrar (desarrollar y sostener, así como innovar) un buen empleo.

Sin embargo, Deaton, se distancia del concepto de eficiencia en el sentido paretiano (por eso no lo enlisté líneas arriba), ya que en relación con el ingreso omite considerar aspectos relevantes del bienestar: una cuestión es el bienestar y

otra lo que Deaton llama “*material living standards*” (las cuestiones materiales que necesitamos para vivir).<sup>363</sup>

La eficiencia de Pareto explica que si algunas personas obtienen mucho dinero mientras la mayoría no obtiene nada, pero no pierden, el mundo es un mejor lugar. Con Deaton, estimo que la referencia adecuada debe ser no en términos de lo que personas tienen sino en términos de bienestar. El bienestar de la sociedad, ya lo referí antes, es un indicador útil para la generación de políticas públicas que potencialicen el bienestar, sin olvidar que el llamado “bienestar subjetivo” que mide el ánimo de la población es determinante para el nivel de vida (económica y social).

Antes también cité a Deaton, cuando afirma que una buena vida ciertamente significa algo más que dinero y que una vez que ciertas necesidades básicas están cubiertas, el dinero no tiene una repercusión para hacer la vida mejor. El efecto se genera en aquellas personas que están en pobreza.<sup>364</sup>

Por otro lado, en esa interrelación entre Derecho y Economía, está el gran escenario de los intercambios libres: el mercado.

En el mercado, idealmente, se produce la satisfacción de los intereses de los consumidores, mientras la economía crece y se desarrolla en condiciones de ciertos niveles aceptables de competencia económica (no hay competencia perfecta).

Akerlof y Shiller han sostenido, con acierto, que en la microeconomía es la exploración de la economía de la manipulación, y que “ésta puede llevar a un importante trastorno de nuestra felicidad global, al igual que los problemas más macroeconómicos<sup>365</sup>” como la insuficiencia de ahorro interno, el desempleo, las caídas de la bolsa y otros fenómenos similares.

---

<sup>363</sup> Deaton, Angus. *The Great Escape. Health, Wealth, and the origins of inequality*, Princeton University Press, 2013, pp. 5 y ss.

<sup>364</sup> Deaton, Angus. *The Great Escape* ... pp. 7 y ss.

<sup>365</sup> Cfr. Akerlof, George y Shiller, Robert. *La economía de la manipulación*. Paidós Empresa, México, 2016, p.107 y ss.

Por ello, en el diseño del país ideal, la esperanza de vida, la buena salud, la ausencia de pobreza, la democracia y el *rule of law*, son aspectos que debemos tomar en cuenta, tal y como lo sugiere Angus Deaton<sup>366</sup>.

Como señalan los profesores Posner y Sunstein en *Law & Happiness* (compendio de ensayos publicados en *The Journal of Legal Studies*), la aproximación anterior ha recibido muchas críticas en las últimas décadas, aunque como no ha habido un método alternativo, ha sobrevivido.<sup>367</sup>

Por ello proponen una nueva forma de investigación: “estudios de la felicidad” (*happiness studies, hedonics*), con base en la cual se exploren las bases de la felicidad y qué factores pueden aumentarla o disminuirla, con efectos claros para el Derecho y las políticas públicas.

En México, el denominado Análisis Económico del Derecho (AED), si bien es una herramienta muy utilizada, merece algunas acotaciones previas. En primer lugar, el método del AED no tiene una penetración a nivel nacional destacable.

Son pocas las universidades y escuelas de Derecho que entrenan a sus estudiantes desde la diversidad de enfoques que el Derecho, como objeto de estudio, puede tener. Lamentablemente, el Derecho sigue —mayoritariamente— estudiándose de manera formal, por medio de la memorización de normas.<sup>368</sup>

En segundo lugar, en el ámbito del Poder Judicial de la Federación, la jurisprudencia que se publica es aún escasa en la utilización expresa de criterios de AED.

---

<sup>366</sup> Deaton, Angus. *The Great Escape. Health, Wealth, and the origins of inequality*, Princeton University Press, 2013, pp. 10 y ss.

<sup>367</sup> Posner, Eric A. y Sunstein, Cass R. *Law & Happiness*. Estados Unidos de América, The University of Chicago Press, 2010, p.1 y ss.

<sup>368</sup> En este sistema, el mejor alumno es quien más capacidad de recitación de lo memorizado tiene. Y tal sistema, evidentemente, no privilegia ni el debate, ni las nuevas ideas, reflexivas, por parte del alumno. En las escuelas que siguen este sistema, el AED no tiene cabida, como no lo tiene ningún método que parta de la reflexión.

Hay únicamente un precedente de los tribunales colegiados (mayo de 2012) de la Décima Época, rubricado con elocuencia: “Responsabilidad civil objetiva. Comunidad de riesgos según el análisis económico del derecho.”<sup>369</sup>

Por lo demás, habría que revisar de manera exhaustiva el resto del repertorio jurisprudencial, en busca de algún razonamiento con herramientas propias del AED (criterios costo-beneficio, riesgo-utilidad, eficiencia, costo de oportunidad, etc.).

En tercer lugar, la formación profesional de los juzgadores (federales y locales) ha adolecido de los vicios señalados anteriormente, por lo que, solamente con capacitación profesional, podrían incorporar métodos como el AED. De lo contrario, habría que esperar que nuevas generaciones, con nuevos métodos de formación académica, empiecen a incursionar en la carrera judicial.

Y, en cuarto lugar, en los poderes Ejecutivo y Legislativo es dónde hay mayor presencia de abogados entrenados con principios económicos, ya sea a nivel licenciatura o posgrado (principalmente en el extranjero).

Es en esos ámbitos, desde la elaboración de políticas públicas, donde es posible identificar la utilización de criterios económicos que guíen a los *policy makers*<sup>370</sup>.

---

<sup>369</sup> Tesis I.4o.C.7 C (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XII, septiembre de 2012, tomo 3, p. 1970. De la tesis rescato lo siguiente: “Para lograr la reducción de daños es útil el principio de reciprocidad derivado del análisis económico, que se centra en los riesgos que los individuos se imponen unos a otros, y pasa de los estándares de indemnización y responsabilidad basados en el coste-beneficio, a un estándar de responsabilidad e indemnización que enfatiza la relación entre los agentes dañadores y las víctimas o entre los miembros de una comunidad de riesgos.”

<sup>370</sup> De acuerdo con Paul Dolan y Tessa Peasgood, “la decisión de políticas públicas refleja, a cierto grado, juicios sobre el bienestar de a quienes más afecta la decisión”. Cfr. Posner, Eric A. y Sunstein, Cass R. *Law & Happiness (cords.)*, *Measuring Well-Being for Public Policy: Preferences or Experiences*, Estados Unidos de América, The University of Chicago Press, 2010, p. 6.

Damos por sentado que ellos buscan mejorar las condiciones de sus electores, aunque no tengan una clara idea de ello o, incluso, de qué sea “el bienestar”.<sup>371</sup>

Como dice Sunstein:

“La lección más importante es que cuando la gente está informada de los riesgos y beneficios de llevar a cabo determinadas acciones, son más capaces de responder si, simultáneamente, son provistos de información explícita sobre cómo hacerlo.”<sup>372</sup>

Algunas preguntas que de inmediato se pueden formular son: ¿cómo puede el Estado intervenir para que sus ciudadanos sean más seguros, corran menos riesgos, sean más felices, tengan más bienestar? ¿Cómo deben las políticas

---

<sup>371</sup> (i) Los economistas lo han puesto en términos de utilidad: las preferencias que las personas eligen con base en su presupuesto, en donde hay una relación entre ingreso y precios en el mercado. Sería importante también considerar el tema de los “derechos prestacionales” y el papel que juegan para elevar el nivel de bienestar. (ii) La Filosofía ha dicho que el bienestar es un fenómeno psicológico caracterizado por sentimientos de placer o su ausencia, felicidad, tristeza, satisfacción e insatisfacción. (iii) Necesitaríamos elaborar, como lo proponen Dolan y Peasgood, un método que permita establecer criterios utilizables para medir el bienestar. (iv) Asimismo, jurídicamente, debemos estimar cuál es y debe ser la función que los jueces tienen para asignarlos en las controversias en que se reclama un trato desigual, por ejemplo.

<sup>372</sup> Sunstein, Cass R., *Simpler. The future of government*, Estados Unidos de América, Simon & Schuster, 2013, p.60

públicas dar información clara? ¿Hay relación entre riqueza<sup>373</sup> (o ingreso personal) y felicidad?<sup>374</sup>

Antes de emprender la aproximación a esas respuestas, creo que debemos plantearnos si es función del Estado buscar la felicidad de sus habitantes (lo que por sí parece ya bastante complejo de resolver). Pero el problema no se queda ahí, puede trasladarse, incluso, a los operadores económicos, también con interferencia en la calidad de vida de las personas, en particular de los consumidores, en ese entorno de mercado y de la economía de la manipulación.

A manera introductoria debo señalar que no existe, de manera escrita, la palabra “felicidad” en la Constitución Mexicana, aunque sí en sus antecedentes fundamentales<sup>375</sup>.

---

<sup>373</sup> Amartya Sen hace un señalamiento trascendente relativo a la desconexión que puede darse entre riqueza y libertad: *“Es importante notar que la opulencia económica y la libertad sustancial, desconectadas, pueden divergir. Aun en términos de ser libre de vivir vidas razonablemente largas (libre de causas de mortalidad prematura), es sorprendente que el grado de privación de ciertos grupos en desventaja, aun en países ricos, puede ser comparable a la privación en economías en desarrollo.” Véase, SEN, Amartya, The idea of Justice, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2009, p. 226.*

<sup>374</sup> Recordemos que, en el mercado, los empresarios desean que los consumidores les compren sus bienes y servicios. Ningún empresario desea que el consumidor no gaste, ninguno busca que el consumidor guarde dinero para fin de mes, para alguna “verdadera necesidad”. Eso de “regale afecto, no lo compre” sería, hoy en día, una verdadera afrenta del Estado al mercado. Por ello, la persuasión, a través de diversas técnicas, se encarga de que los consumidores compren casi cualquier cosa. Al respecto, *Cfr.*, Akerlof, George y Shiller, Robert. *La economía de la manipulación*. Paidós Empresa, México, 2016, pp. 66-67.

<sup>375</sup> Sin embargo, en la Constitución de Cádiz (antecedente fundamental del constitucionalismo mexicano), se estableció que el gobierno no es un fin en sí mismo, sino el medio que tiene el Estado para realizar el bien común.

En el Semanario Judicial de la Federación<sup>376</sup> aparecen 9 registros de tesis con la palabra “felicidad”. Ocho de ellas vinculadas con el derecho familiar, patria potestad, guardia y custodia de menores. Una de ellas, histórica, de la Segunda Sala, refiere:

“[e]l petróleo del subsuelo es de la nación, la que, según mandato expreso del Constituyente, ejercita sobre el mismo un dominio directo, esto es, único, incompatible con otro, inalienable, e imprescriptible, contra el cual no es posible oponer ningún otro dominio particular, a pesar de que éste se pretenda haber adquirido con anterioridad a la promulgación de la Constitución; sostener lo contrario, sería tanto como admitir que la nación, se estructura con las taxativas que cada interés particular determina, y ello constituiría un valladar infranqueable al progreso, a la mejor convivencia y a la felicidad de un pueblo soberano.”<sup>377</sup>

Es decir, en términos amplios, según la SCJN, la felicidad sí tiene una vinculación con la Constitución, sobre todo en lo a que su finalidad se refiere.

La felicidad se integra con un conjunto, ciertamente subjetivo, de elementos que conducen al bienestar personal. Salud, relaciones interpersonales y familiares, educación y vinculación con la política y la sociedad, son algunos de los señalados por los profesores Posner y Sunstein.<sup>378</sup>

---

<sup>376</sup> Consultado el 13 de agosto de 2014 a las 1:11 pm.

<sup>377</sup> Sin número de Tesis, Registro 808654, Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, tomo LXII, p. 3033, rubro “PETROLEO DEL SUBSUELO, DOMINIO DIRECTO DE LA NACIÓN SOBRE EL.” Vale la pena rescatar el dato histórico: Amparo administrativo en revisión 2902/39. Compañía Mexicana de Petróleo “El Águila”, S.A. y co-agraviados. 2 de diciembre de 1939.

<sup>378</sup> Posner, Eric A. y Sunstein, Cass R. *Law ... , cit.*, p. 2.

Cierto es, sin embargo, que dichos elementos juegan con otros, modificando a veces la percepción personal.<sup>379</sup>

Para profundizar en su análisis, traen a colación la famosa *paradoja de Easterlin*. El profesor Richard Easterlin observó (y documentó en 1973) que la felicidad tiene una relación con la riqueza personal (lo cual parecería bastante evidente). Pero también observó (y esto sí se vuelve un hallazgo) que a nivel agregado ello no sucede: en los países ricos la felicidad no aumenta cuando se incrementa el producto interno bruto (PIB; *gross domestic product*).<sup>380</sup>

Entonces, los gobiernos no deberían basarse exclusivamente en el ingreso para medir el bienestar. Dolan y Peasgood sostienen que diversos indicadores sociales pueden ser útiles para juzgar la efectividad y las consecuencias distributivas (eficiencia distributiva) de las políticas gubernamentales.

Así, ambos sugieren incorporar, para contrastar al ingreso —determinante de lo que las personas están dispuestas a pagar—, el elemento “*life satisfaction*”, que por cierto mencionan, se está empleando de manera creciente como una alternativa de medición de las políticas del bienestar.

Si a nivel agregado, los indicadores de felicidad no se modifican positivamente ante un aumento del PIB, ello significa, me parece, que los *policy makers* deben identificar y discriminar, para efectos de la elaboración de políticas públicas, qué aspectos son relevantes y cuáles no.

Por ello, Dolan y Peasgood introducen la distinción de dos conceptos: “*good life*” (buena vida) y “*life that is good for the individual*” (vida buena para el individuo), siendo este último el concepto útil para las políticas públicas, pues comprende aspectos tales como lo moral, artístico y espiritual.<sup>381</sup>

---

<sup>379</sup> Por ejemplo, dicen los profesores: “la gente feliz tiene amigos y familia, pero los adultos con hijos adolescentes son menos felices que los adultos con hijos mayores o más pequeños.”

<sup>380</sup> *Idem*.

<sup>381</sup> Quedan fuera de las pretensiones de este trabajo hacer un análisis con esta metodología. Sale a colación sólo para ejemplificar, e ilustrar, lo que se puede hacer

Habría que considerar, opino, dentro de ese rubro, lo relacionado más ampliamente con el desarrollo de las personas y su esparcimiento (salud, educación, deporte, diversión).<sup>382</sup>

Lo anterior sirve para traer a cuento una trascendente conclusión de los dos economistas citados:

“Una medida de valor prudencial puede tener mayor legitimidad si se pone junto a (o se reemplaza por) otros objetivos (verdad, justicia, libertades, conocimiento, belleza, etc.), y es preferible incorporarlos a la medición del bienestar”.<sup>383</sup>

Complementariamente, Joseph Stiglitz, Amartya Sen, y Jean-Paul Fitoussi en una obra intitulada *Mis-measuring Our Lives: Why GDP Doesn't Add Up*<sup>384</sup>, sostienen que

“Un número creciente de aclamados “economistas” en el mundo nos dicen que ‘Una de las razones por las que la mayoría de la gente se percibe en peor situación, a pesar de que el promedio del GDP va en crecimiento, es porque están en peor situación.’

---

cuando trabajamos con normas jurídicas, tanto en sede de elaboración como de decisión judicial.

<sup>382</sup> Como los profesores que sigo dicen, hay algunas áreas que la sociedad puede pensar no apropiadas en el sentido de una intervención gubernamental, como es lo relacionado con las creencias y libertad religiosa. Al respecto, sostienen que deben eliminarse del análisis sólo si pueden ser afectadas por la acción gubernamental. *Ibidem*, p. 12.

<sup>383</sup> *Idem*.

<sup>384</sup> Joseph Stiglitz, Amartya Sen y Jean-Paul Fitoussi, *Mis-measuring Our Lives: Why GDP Doesn't Add Up*, New York: The New Press, 2010.

En nuestra tradición jurídica, uno de los valores más aceptados del Derecho (e incluso, en la historia del pensamiento filosófico-jurídico) es la justicia. A pesar de su alta subjetividad, no hay consenso totalitario respecto de qué elementos incorporar en su definición. El concepto, como arena, es sumamente útil para evocar sentimientos. Nada más. Distinto sería si le relaciona con la metodología del bienestar para lograr objetivarlo<sup>385</sup>.

El concepto de bienestar posibilita la medición de los efectos que, sobre la población, tienen las normas, las políticas públicas y el mercado. Las normas regulan e incentivan conductas, no por justicia, sino por bienestar, para producir eficiencia en la economía, en el mercado, en la utilización de los recursos, en la distribución de los recursos y en la compensación entre quienes más tienen y menos tienen.

El bienestar contribuye a la felicidad<sup>386</sup>, aunque este último concepto tiene el inconveniente de regresar a lo subjetivo<sup>387</sup>, por ello prefiero mantenerme en torno al concepto de bienestar.

---

<sup>385</sup> Si en el diseño (y evaluación del impacto) normativo incluimos elementos objetivos de ponderación, el termómetro de la justicia *pasará de moda* al no tener una utilidad material.

<sup>386</sup> Estaríamos así en el abandono de la frase atribuida a John Locke: *“Los hombres olvidan siempre que la felicidad humana es una disposición de la mente y no una condición de las circunstancias.”*

<sup>387</sup> Así lo reconoce la profesora de Derecho y Ética de la Universidad de Chicago, Martha C. Nussbaum: *“La Psicología ha centrado su atención a los estados subjetivos del placer, la satisfacción y la llamada “felicidad”.* Posner, Eric A. y Sunstein, Cass R. *Law & Happiness*, “Who is the Happy Warrior? Philosophy Poses Questions to Psychology”, EUA, The University of Chicago Press, 2010, p. 81. Por lo demás, en este estupendo ensayo, la profesora Nussbaum proporciona interesantes criterios para dar contenido a los conceptos “placer”, “satisfacción con la vida” y “felicidad”, por medio de la historia del pensamiento filosófico.

El bienestar, a diferencia de la justicia, no es una sensación, sino un dato material, tangible y medible. Si esa fuera la finalidad de las normas, podríamos evaluar su efecto objetivamente —y junto con ello, la actuación de los políticos, jueces, autoridades, empresarios y ciudadanos.

La evaluación permite la detectar áreas de oportunidad que mejoren e incentiven conductas en esos espacios, detonando circunstancias de vida más favorables para todos.

En México, a partir de 2010, se efectuaron diversas reformas constitucionales en materia de acceso a la justicia, derechos humanos y amparo, que constituyen un viraje en el paradigma, una nueva “antropología constitucional” —en voz del ministro de la SCJN, Dr. José Ramón Cossío Díaz, refiriéndose a la de derechos humanos.

Las implicaciones de ese giro serán enormes. Las autoridades (todas) deben estar a la interpretación que más favorezca (pro persona). Transitaremos, en lo normativo, a una reconstrucción de criterios que conduzcan a lograr una sociedad materialmente más igualitaria, dejando atrás el anacrónico sistema de normas programáticas no exigibles, “poniendo una carga extraordinariamente importante en la protección a los derechos humanos a partir del principio pro persona” (Cossío).

La igualdad ante la ley será, con mayor velocidad, una igualdad de facto, en la que todos tengamos acceso a los bienes públicos y a una utilización más eficiente de los bienes privados.

Debería ser en la Constitución donde se fijen las bases de medición del bienestar. Los derechos de origen constitucional deben ser un espacio de libertad para que las personas alcancen niveles equitativos de bienestar que les permitan desarrollarse en condiciones más o menos homogéneas, donde los recursos públicos sean destinados a satisfacer necesidades de todos<sup>388</sup>.

Es preciso un diseño constitucional que permita que las decisiones públicas sean tomadas en cuenta por quien la regla de la mayoría decida, de la mano de un

---

<sup>388</sup> La Constitución del Reino de Bután (2008) prevé que el Estado promoverá la consecución del “*Gross National Happiness*”, como indicador de la calidad de vida. Para lograr bienestar social equitativo no basta con proponérselo.

adecuado sistema de división de poderes, de producción normativa eficiente y de aplicación de esas normas buscando el bienestar. El Estado de Derecho, como proceso que se construye, irradia ese principio y esa finalidad.

Además, es imprescindible que la Constitución incentive que el poder público (en ocasiones de manera corresponsable con el sector privado) cumpla con la satisfacción de las necesidades —como el suministro de los bienes públicos— que los habitantes del país desean. En la medida que ello acontezca, el bienestar social se incrementará.<sup>389</sup>

La Constitución estática y con abstracción de su finalidad, es un entendimiento estéril. La desigualdad, medida en términos de bienestar, nos cuesta a todos. México está pagando un precio muy alto.

Una de las vertientes del bienestar está relacionada con el consumo, en cuanto a adquisición de bienes y servicios para satisfacer necesidades personales o familiares. Queda fuera, pues, la adquisición empresarial. Precisamente, es el consumo una de las actividades sociales que pueden tener efectos sobre las mediciones de bienestar. ¿Consumir más nos hace más felices?

Según se documenta en “Two recommendations on the Pursuit of Happiness” (“Dos recomendaciones en la búsqueda de la felicidad”) aunque a partir de la Segunda Guerra Mundial, en los países desarrollados la riqueza se ha multiplicado, los reportes de “*happiness and life satisfaction*” muestran un estancamiento.<sup>390</sup>

---

<sup>389</sup> Una desigualdad tan profunda como la de nuestra sociedad, no sólo atenta contra los derechos de quien está en la posición menos favorecida, sino también de quienes tienen interés en que ello no sea así. A nadie conviene mantener una brecha tan grande entre quienes tienen acceso a todo (y en exceso), y quienes no tienen nada.

<sup>390</sup> Posner, Eric A. y Sunstein, Cass R. *Law & Happiness*, Hsee, Christopher *et. al.* *Two recommendations on the Pursuit of Happiness*, EUA, The University of Chicago Press, 2010, p. 115.

La gran pregunta es ¿cómo lograr mayores niveles de felicidad cuando se acumula la riqueza y aumenta el consumo? Parecería que todos los factores están en la mesa, pero no es así.

Los autores de ese ensayo confirman que los consumidores dejamos de sentir satisfacción por los bienes que adquirimos después de cierto tiempo.<sup>391</sup> Proponen, entonces, que hagamos un consumo al que no se adapte fácilmente<sup>392</sup>.

Y aquí entra en juego, de nuevo, el análisis económico: permite que el consumidor opte entre bienes que aparentemente cumplen con la misma necesidad y, al final, elija uno que contribuya a que no disminuya su “felicidad” durante el consumo.

Por ejemplo, si compramos una casa grande pero ubicada fuera de la ciudad, —implicando con ello una inversión de tiempo considerable para traslados diarios hacia el trabajo, escuela, mercado, etc.—, podría generarnos menores índices de bienestar que adquirir una casa pequeña pero cerca de nuestro centro de trabajo, escuela, mercado, etc.

---

<sup>391</sup> A ello, agrego que la mercadotecnia moderna se ha encargado de contribuir a ese resultado. El consumo “aspiracional” abona para que los consumidores agoten su felicidad tan pronto descubren que su vecino tiene un vehículo más caro que el recién comprado. Ello conduce al criterio de “felicidad relativa” (*relative happiness*), que tiene que ver con el conocimiento que tenemos de la capacidad de consumir de los demás, contrastada con la nuestra. *Ibidem*, p. 120.

<sup>392</sup> El elemento “incertidumbre” juega un rol esencial. Si tenemos certidumbre de que no nos curaremos de una enfermedad nos adaptamos más rápido a esa situación que si estamos en la espera de una cura. Este elemento existe en la adquisición de bienes y servicios y se relaciona con los costos de oportunidad. *Ibidem*, p. 118 y ss.

En este segundo caso, el consumidor no dejaría de sentirse “satisfecho” por la adquisición del inmueble. Parecería sugerirse que las políticas públicas deberían estimular este tipo de adquisiciones.<sup>393</sup>

En este ejemplo, el tiempo ahorrado en transporte, es tiempo invertido en descansar y dormir más, pasar más tiempo con la familia, convivir más con amigos, y así sucesivamente.

Hay, pues, una relación de costo de oportunidad generada implícitamente en los actos de consumo. Se trata de información no disponible, y de la que cada consumidor (racional e inteligente) debe proveerse para comparar y tomar decisiones de consumo.

Los “buenos empresarios” deberían facilitar este tipo de análisis comparativos para que los consumidores puedan decidir y, sobre todo, decidir mejor; sobre todo si consideramos que los consumidores se dejan guiar por cuestiones irracionales.

Por ello, Christopher Hsee (et. al.), sostienen que *“[e]llo convierte a los hacedores de políticas públicas en un elemento importante para destinar recursos a la investigación que mejor identifique qué mejoras son propensas a la adaptación, y cuáles son resistentes.”*

---

<sup>393</sup> Por cierto, recientemente en México supimos de empresas desarrolladoras de casas-habitación que durante el sexenio de 2006-2012, tuvieron un gran crecimiento y ofrecían departamentos y casas a las afueras de las ciudades, y que hoy resultan inviables porque el costo de transporte, aunado a la ausencia de servicios públicos y negociaciones mercantiles, hicieron que los compradores dejaran de pagar sus créditos. Ello propició el concurso mercantil de dichas empresas. Es el caso de las “vivienderas” conocidas como Geo y Homex. En relación con estos desarrollos, una política pública integral hubiera acompañado a la construcción y comercialización, como por ejemplo incentivando el desarrollo de centros comerciales, previendo transporte público suficiente y adecuado, instalando escuelas, etc.

Con esta información, los gobiernos pueden destinar recursos para apoyar “*adaptation-resistant improvements* (mejoras resistentes a la adaptación)” en lugar de “*adaptation-prone improvements* (mejoras propensas a la adaptación)”, y los gobiernos pueden establecer políticas públicas para que los empresarios hagan lo mismo.<sup>394</sup>

Coincido, con esos autores, en que la felicidad depende del tipo de consumo de que se haga (y no tanto de la discusión teórica, por demás interesante, respecto de si la felicidad es absoluta o relativa).

Por ello, sugieren que para hacer que las generaciones futuras sean más felices, deberían invertirse recursos en desarrollar cierto tipo de bienes (tradicionalmente calificados dentro de la felicidad absoluta): calefacción en el invierno; aire acondicionado para el verano; desarrollo de medicamentos para tratar problemas relacionados con el sueño, depresión, migraña; mejores sistemas de salud, servicios y organización de eventos sociales para favorecer las relaciones interpersonales<sup>395</sup>, etc.

---

<sup>394</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>395</sup> Para Haid, Seder y Kesebir, quienes proponen tres hipótesis respecto de la relación (*relatedness*), la interacción social (amistades, matrimonio) es uno de los mayores elementos que contribuye a incrementar el bienestar. “La gente necesita de relaciones para desarrollarse”. En su ensayo, abordan el tema del bienestar relacionado con la parte, no del individuo, sino colectiva. Aproximación interesante a ser considerada en las políticas públicas municipales, que cuentan con espacios naturalmente destinados a congregar masas y que pueden favorecer la realización de eventos sociales (bailes, música, deportes, etc.). Véase Posner, Eric A. y Sunstein, Cass R. *Law & Happiness*, Haid et al., *Hive Psychology, Happiness, and Public Policy*, EUA, The University of Chicago Press, 2010, p. 135.

## 2. La felicidad nacional como referente constitucional

### 2.1. Bután

La Constitución del reino de Bután establece en su artículo 9.2, como uno de los principios de su política estatal, “El Estado buscará promover las condiciones que consigan alcanzar la *Gross National Happiness* (Felicidad Nacional Bruta)”.

El origen histórico de este enunciado data de 1729, fecha de la unificación de Bután, y se declaraba que: “si el Gobierno no puede proveerle felicidad a su pueblo, entonces el Gobierno no tiene razón de ser.”<sup>396</sup>

Para el exclusivo propósito de señalar qué es lo que se mide, de manera multidimensional, en un índice de *Gross National Happiness* (GNH), enumero los indicadores para el GNH de Bután— los dejo en su idioma original (inglés) por considerarlos más elocuentes. Así, el índice mide los siguientes nueve aspectos, con sus respectivos subindicadores<sup>397</sup>:

- 1) *Bienestar Psicológico*
  - a. Satisfacción vital
  - b. Equilibrio emocional (emociones positivas y negativas)
  - c. Espiritualidad
- 2) *Salud*
  - a. Estado de Salud Individual
  - b. Días saludables
  - c. Discapacidad a largo plazo
  - d. Salud Mental

---

<sup>396</sup> En 1972, el Rey Cuarto de Bután declaró que el GNH era de mayor importancia que el “*Gross National Product*”, y desde entonces y en lo sucesivo, el país orientó sus políticas públicas y de desarrollo a dicha finalidad.

<sup>397</sup> Consultado en <http://www.grossnationalhappiness.com/wp-content/uploads/2012/04/Short-GNH-Index-edited.pdf>, el 20 de agosto de 2014, a las 8:00 P.M.

- 3) *Educación*
  - a. Alfabetismo
  - b. Requisitos educativos
  - c. Conocimiento
  - d. Valores
- 4) *Cultura*
  - a. Idioma
  - b. Habilidades artesanales
  - c. Participación socio-cultural
  - d. Driglam Namzha<sup>398</sup>
- 5) *Esparcimiento*
  - a. Horas Laborales
  - b. Horas de Descanso
- 6) *Buena Gobernanza*
  - a. Participación Política
  - b. Libertad Político
  - c. Entrega de Servicios
  - d. Desempeño del Gobierno
- 7) *Vitalidad Comunal*
  - a. Soporte social

---

<sup>398</sup> *“DriglamNamzha (Camino de la Armonía) es el hábito esperado (de consumo, vestido, movimiento), especialmente en condiciones y espacios formales. Se constituyó especialmente con las convenciones de vida comunal y el trabajo en fortalezas y monasterios. Algunos elementos del DriglamNamzha son comúnmente practicados por los butaneses cuando interactúan entre ellos en espacios formales, y es brevemente instruida en instituciones educativas.”*

<http://www.grossnationalhappiness.com/wp-content/uploads/2012/04/Short-GNH-Index-edited.pdf>, p. 22. Consultado el 20 de agosto de 2014. Este indicador es, algo así como “nuestros convencionalismos sociales”, de compleja identificación en países que, como el nuestro, son un mosaico cultural y de tradiciones.

- b. Relaciones Comunes
- c. Familia
- d. Víctimas del crimen
- 8) *Diversidad Ecológica y Resistencia*
  - a. Contaminación
  - b. Responsabilidad Ambiental
  - c. Vida Salvaje
  - d. Asuntos Urbanos
- 9) Estándares de Vida
  - a. Ingreso familiar
  - b. Bienes
  - c. Calidad de vivienda

## 2.2. Reino Unido

Según información oficial y pública del Reino Unido, en 2010, el Primer Ministro lanzó un programa denominado “*National Wellbeing Programme*” que tenía como objetivo “medir el progreso como país, no sólo de cómo la economía crece, de cómo nuestras vidas se mejoran, no sólo como un estilo de vida, sino respecto de la calidad de vida”.<sup>399</sup>

De acuerdo con el equivalente a nuestro INEGI, la Oficina Nacional de Estadística (Office for National Statistics), “[m]edir el Bienestar Nacional consiste en mirar hacia ‘el GDP y más allá’. Incluye indicadores principales en áreas como la salud, relaciones interpersonales, satisfacción laboral, seguridad económica, condiciones ambientales y medidas de ‘bienestar personal’ (evaluación de los individuos hacia su propio bienestar)”<sup>400</sup>

---

<sup>399</sup> <https://www.gov.uk/government/collections/national-wellbeing>, consultado el 20 de agosto de 2014, a las 8:10 P.M.

<sup>400</sup> <http://www.ons.gov.uk/ons/guide-method/user-guidance/well-being/about-the-programme/index.html>, consultado el 20 de agosto de 2014, a las 8:15 P.M.

### 3. El índice de felicidad para México

De acuerdo con Patricia Galeana<sup>401</sup>, la Constitución gaditana (la de Cádiz, vigente en México, entre 1812 y 1814) retomó principios de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.

Así, el artículo 13 disponía que la finalidad del Gobierno era la felicidad de la Nación, partiendo de la base de que toda sociedad política tiene como finalidad el bienestar de los individuos que la componen.

El artículo 24 de la Constitución de Apatzingán de 1814 (Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mejicana) establecía que la felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en un goce de igualdad, seguridad, propiedad, y libertad<sup>402</sup>.

Para tales efectos, disponía que “la íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas”.<sup>403</sup>

En la Constitución de 1824, la felicidad fue desterrada del texto supremo al establecerse la religión católica, apostólica y romana como la oficial, dando paso a declaraciones de este corte:

“En el nombre de Dios todopoderoso, autor y supremo legislador de la sociedad. El Congreso general constituyente de la nación mexicana, en desempeño de los deberes que le han impuesto sus comitentes, para fijar su independencia política, establecer y afirmar su libertad, y promover su prosperidad y gloria, decreta la siguiente:”

---

<sup>401</sup> Cfr. Galeana, Patricia. *El Impacto de la Constitución de Cádiz en México*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3525/15.pdf>.

<sup>402</sup> En lo que respecta a la libertad, estoy con Amartya Sen en el sentido de distinguir entre la posibilidad de hacer algo y la libertad de hacerlo. Cfr. SEN, Amartya, *The idea of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2009, p. 284.

<sup>403</sup> <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1814.pdf>.

Dimos un giro, sin duda erróneo, al transitar de la felicidad y el bienestar —en las constituciones previas— a la religión como principio basilar del Estado; aunque, luego, también de éste (afortunadamente) nos despojaríamos.

Algunas ideas y creencias, a mi modo de ver, han propiciado que cierto sector de la población se conforme con lo poco que el Estado quiera darle, pues algunos entienden que la felicidad es para después, cuando muramos. Con ello, se obstaculiza la plena adquisición de conciencia y responsabilidades mutuas en un Estado de Derecho caracterizado por el esfuerzo permanente de *todos* para mejorar las condiciones de bienestar.

El ingreso (económicamente hablando) es un medio para lograr estándares de vida más elevados. De él dependen otros indicadores: obtener un buen nivel educativo, por ejemplo, es un requisito importante para encontrar empleo. Sin embargo, siguiendo a Angus Deaton, premio Nobel de Economía 2015, no debemos aplicar el criterio de Pareto<sup>404</sup> en relación con el ingreso, pues ello pasa por alto otros aspectos del bienestar: una cuestión es el *bienestar* y otra lo que Deaton llama “*material living standards*” (las cuestiones materiales que necesitamos para vivir).<sup>405</sup>

El bienestar de la sociedad es un indicador relevante para la modificación de políticas públicas con miras a corregir desviaciones. En el caso del bienestar subjetivo, el ánimo de la población es determinante para la vida económica y social de cualquier país<sup>406</sup>.

---

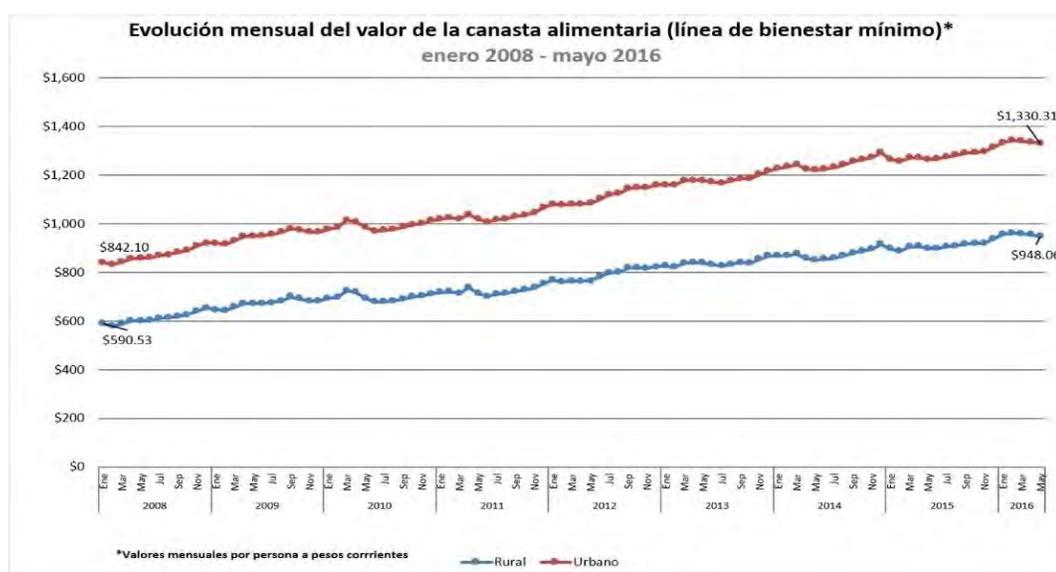
<sup>404</sup> Los economistas explican que si algunas personas obtienen mucho dinero mientras la mayoría no obtiene nada, pero no pierden, el mundo es un mejor lugar. A ello, Deaton les responde que la referencia debe ser no en términos de lo que personas tienen (*material living*) sino en términos de bienestar (*wellbeing*).

<sup>405</sup> Deaton, Angus. *The Great Escape. Health, Wealth, and the origins of inequality*, Princeton University Press, 2013, pp. 5 y ss.

<sup>406</sup> Amartya Sen se ha mostrado un tanto escéptico de los indicadores de felicidad puesto que puede ignorarse el peso específico de las carencias, cito textual: “[...] *the use of the happiness scale can be quite misleading if it leads to ignoring the*

Seguendo a Deaton, se confirma que una buena vida (*good life*) ciertamente significa algo más que dinero. Es más, una vez que ciertas necesidades básicas están cubiertas, el dinero no tiene una repercusión para hacer la vida mejor. El efecto se genera en aquellas personas que están en pobreza.<sup>407</sup>

De acuerdo con el CONEVAL, a partir de la información del INEGI sobre precios e inflación, la evolución mensual del valor de la canasta alimentaria es la siguiente, con una afectación sobre la línea de bienestar para los casos de la población rural (azul) y urbana (rojo)<sup>408</sup>:



Otra cuestión que señala Deaton y que para mí investigación es relevante, es que “es un error confundir “satisfacción vital” con “felicidad” ya que aquella (*life satisfaction*) es una consideración general y ésta (*happiness*), una emoción, un estado o un sentimiento, parte de la experiencia de la vida.<sup>409</sup>

*significance of other deprivations that may not be at all well-judged in the scale of happiness.”* SEN, Amartya, *The idea of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2009, p. 284.

<sup>407</sup> Deaton, Angus. *The Great Escape ...* pp. 7 y ss.

<sup>408</sup> <http://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Lineas-de-bienestar-y-canasta-basica.aspx>.

<sup>409</sup> Deaton, Angus. *The Great Escape ...* pp. 8 y ss.

De acuerdo con el “*Better Life Index*” de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), publicado en 2014, “México ha progresado en gran medida en la última década en la mejora de la calidad de vida de sus ciudadanos, especialmente en las áreas de educación, salud y empleo. No obstante, México se encuentra en una posición baja en buena parte de los temas en comparación con la mayoría de los demás países incluidos en el Índice para una Vida Mejor.”<sup>410</sup>

De ese índice cabe destacar las siguientes conclusiones:

<b>Indicador</b>	<b>México</b>	<b>Promedio de la OCDE</b>
<b>Ingreso familiar neto promedio por persona</b>	\$12,850 USD al año <sup>411</sup>	\$23,938 USD al año
<b>Empleo remunerado</b>	61% de las personas entre 15 y 64 años de edad. (79% de los hombres vs 45% de las mujeres <sup>412</sup> ).	65%

<sup>410</sup> <http://www.oecdbetterlifeindex.org/es/countries/mexico-es/>, consultado el 28 de agosto de 2014 a las 5:00 A.M.

<sup>411</sup> La brecha entre los más ricos y los más pobres es considerable; la población situada en el 20% superior de la escala de ingresos, gana cerca de trece veces lo que percibe la población que ocupa el 20% inferior.

<sup>412</sup> Este dato pone en evidencia la necesidad de generar políticas públicas de equidad de género para impulsar el desarrollo laboral de las mujeres. Sobre este tema, *Cfr. Sen, Amartya, Development as Freedom*, Alfred A. Knop Inc., New York, 1999, pp. 189 y ss. Al respecto Sen dice “[p]ero limitado papel de la agencia activa de las mujeres también afecta de forma grave a la vida de todas las personas, tanto de los hombres como las mujeres, tanto de los niños como de los adultos. Aunque existen todas las razones del mundo para seguir preocupándose por el bienestar y el malestar de las mujeres y para continuar prestando atención a su sufrimiento y a

<b>Horas trabajadas al año<sup>413</sup></b>	2,226 horas <sup>414</sup>	1,765 horas
<b>Educación</b>	36% de los adultos entre 25 y 64 años han obtenido el equivalente de un título de educación secundaria <sup>415</sup> .	75%
<b>Calidad de la educación</b>	417 puntos en lectura, matemáticas y ciencias en el Programa para la	497

sus privaciones, también es urgente y esencial, sobre todo en este momento, enfocar la agenda de las mujeres basándose en el concepto de agente”.

<sup>413</sup> Luis Garicano sostiene, y coincide plenamente, que en relación con el ocio (que supuestamente se incrementaría con mayor tecnología en el trabajo) “No podemos dar una respuesta satisfactoria a esta paradoja sin entender que una buena parte de nuestro consumo no está destinado a satisfacer necesidades absolutas, sino relativas. No aspiramos a tener un nivel elevado de consumo en sí mismo, sino a tener una posición concreta con respecto a nuestros pares. Por ello, muchos de los bienes que consumimos son “bienes posicionales”, como los llamó el economista británico Fred Hirsch. Su valor depende de lo que consuman los demás.” *Cfr.*, Garicano, Luis, ¿Por qué no trabajamos menos horas?, Periódico El País, 16 de marzo de 2014, [http://economia.elpais.com/economia/2014/03/14/actualidad/1394798341\\_369013.html](http://economia.elpais.com/economia/2014/03/14/actualidad/1394798341_369013.html).

<sup>414</sup> Casi el 29% de los empleados tienen un horario de trabajo muy largo, cifra mucho mayor que el promedio de la OCDE de 9%; y, entre ellos, el 35% de los hombres trabajan más horas que el 18% de las mujeres.

<sup>415</sup> Esto se aplica ligeramente más en el caso de los hombres que en el de las mujeres, ya que el 38% de ellos han terminado con éxito la educación secundaria, mientras de las mujeres, sólo un 35%.

	Evaluación Internacional de Estudiantes <sup>416</sup> .	
<b>Salud</b>	La esperanza de vida al nacer es de casi 74 años.	80 años
<b>Contaminación ambiental</b>	El nivel de partículas atmosféricas PM10 — partículas contaminantes del aire lo suficientemente pequeñas como para penetrar en los pulmones y dañarlos— es de 29.8 microgramos por metro cúbico.	20.1 microgramos por metro cúbico.
<b>Calidad del agua</b>	68% de las personas dicen estar satisfechas con la calidad del agua.	84%
<b>Política y participación ciudadana</b>	74% de las personas creen conocer a alguien en quien pueden confiar cuando lo necesiten.	89%
<b>Participación electoral</b>	63% durante las recientes elecciones <sup>417</sup> .	72%

<sup>416</sup> Promediamente, en México, las niñas superaron a los niños por 1 punto, cifra menor que la brecha media de la OCDE de 8 puntos.

<sup>417</sup> La condición social y económica puede afectar los niveles de votación, sin embargo, en México existe *poca* diferencia en los niveles: la participación electoral entre el 20% que ocupa el nivel superior de la escala de ingresos, se estima en 63%, mientras que para el 20% que ocupa el nivel inferior, se estima un 61%. Esto sugiere que en México hay una amplia inclusión social en las instituciones democráticas.

<b>Satisfacción con la vida (bienestar subjetivo)</b>	<b>82% de las personas dicen tener más experiencias positivas en un día normal</b> (sentimientos de paz, satisfacción por sus logros, gozo, etc.) <b>que negativas</b> (dolor, preocupación, tristeza, aburrimiento, etc.).	76%
---	--	-----

En un artículo publicado en Reforma, Alejandro Faya refiere que dicho índice pretende ofrecer un panorama sobre la calidad de vida de los diversos países con base en los aspectos que más importan a las personas y definen su bienestar: ingreso, trabajo y remuneración, vivienda, salud, educación, conexiones sociales, involucramiento civil y gobernanza, calidad medioambiental, seguridad y bienestar subjetivo.

Un aspecto omitido por Faya es el de la participación de la mujer en el ámbito laboral<sup>418</sup>.

---

<sup>418</sup> Sin embargo, Amartya Sen sí se ha ocupado del tema de la participación de la mujer y de su bienestar: “La agencia activa de las mujeres no puede pasar por alto la acuciante necesidad de rectificar muchas desigualdades que arruinan el bienestar de las mujeres y la someten a un trato desigual; por lo tanto, el papel de la agencia también tiene mucho que ver con el bienestar de las mujeres. Del mismo modo y en sentido contrario, cualquier intento práctico de mejorar el bienestar de las mujeres ha de basarse en la agencia de las propias mujeres para conseguir ese cambio. Por lo tanto, el aspecto del bienestar y la agencia de los movimientos feministas se entrecruzan. Y, sin embargo, fundamentalmente distintos, ya que el papel de una persona como "agentes" es distinto (aunque no independientes) del papel de esa misma persona como "paciente". El hecho de que la gente también pueda tener que

Lo relevante de Faya es que pone sobre la mesa la paradoja consistente de que el bienestar subjetivo en México es positivo en comparación con el resto de los indicadores.

Uno pensaría, dice Faya, “que el bienestar subjetivo —es decir, la valoración que las personas tienen respecto de su propia experiencia de vida— depende en fuerte medida de que las necesidades materiales estén debidamente cubiertas”.

Para encontrar las razones, Faya documenta que, durante el primer trimestre de 2012, el INEGI aplicó en una muestra de hogares —por primera vez en la historia de la estadística oficial— el módulo denominado “Bienestar Autorreportado” (BIARE), con el fin de conocer la satisfacción de vida, felicidad y balance afectivo de la población adulta en México.

Los resultados confirmaron que los mexicanos, a pesar de tener carencias notorias, perciben la vida con buenos ojos, y que la dimensión que más satisfacción generó fue la familia<sup>419</sup>, mientras que la situación económica fue la que menos.

---

verse como paciente no altera las modalidades y responsabilidades adicionales que van unidas a la agencia de una persona.”, al respecto *Cfr.* Sen, Amartya, *Development as Freedom*, Alfred A. Knop Inc., New York, 1999, pp. 188 y ss. Nótese que las implicaciones de las aportaciones de Sen sobre el bienestar de la mujer se pudieran reflejar en (i) la regulación evolutiva de aspectos económicos dentro del matrimonio o de las uniones, cualquiera que sea la denominación que se le dé, entre personas del mismo sexo, o no, y (ii) los roles futuros de los hijos con madres más participativas en los ingresos familiares.

<sup>419</sup> En relación con la familia y la evolución de formas sociales de integrarla, vale la pena retomar la reflexión de Sunstein: ¿Tenemos derecho constitucional a que el Estado prevea una institución del matrimonio? ¿Debe proveer algo el Estado, suponiendo que la respuesta sea afirmativa? *Cfr.* Sunstein, Cass R. *Conspiracy Theories and Other Dangerous Ideas*, Simon & Schuster, New York, USA, 2014, pp. 102 y ss.

El factor *familia* explica, según Faya, el hecho de que el bienestar subjetivo en México sea más alto que el registrado en otros países donde las condiciones materiales son superiores o, en algunos casos, bastante superiores.

Hay una vinculación entre la facción del Derecho que regula los daños (*Derecho de Daños*) y ese aspecto de la felicidad, que parte del principio de derecho de no hacer daño a los demás (una especie de seguro recíproco).

Es notorio que quien afecta la esfera (no jurídica, sino personal) de los otros, afecta *su* nivel de bienestar y de felicidad y, por ende, debe (teóricamente) indemnizar esa pérdida (insisto en lo altamente complejo que es en cuanto a la determinación del *quantum*, relacionado con la determinación del daño sufrido).<sup>420</sup>

En el Derecho Civil, toda regulación de la responsabilidad civil parte de asegurar que, si un daño se produce en las condiciones que el propio derecho determina y, en consecuencia, puede ser calificado como “indemnizable”, alguien tiene que cubrirlo.

Esto es, el sujeto debe volver a una situación igual a la que tenía antes del evento que lo dañó. Ello puede ser de dos maneras: regresando las cosas a la situación anterior (*indemnización por naturaleza*) o, en caso de su imposibilidad, mediante el pago de una cantidad económica (*indemnización por equivalente*)<sup>421</sup>.

---

<sup>420</sup> Respecto de la indemnización integral en el daño moral, la SCJN ha dicho que: “Si bien los intereses extrapatrimoniales no tienen una exacta traducción económica, ello no debe dar lugar a dejar sin reparación al afectado.” *Cfr.* Tesis: 1a. CCLIV/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, rubro “PARÁMETROS DE CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL. LOS INTERESES EXTRAPATRIMONIALES DEBEN SER REPARADOS.” En la tesis se reconoce que nuestro derecho ha evolucionado, dejando atrás la reparación del daño con base en límites bien tasados o establecidos a través de fórmulas fijas, transitando a “la necesidad de su reparación justa e integral”.

<sup>421</sup> Inherente al principio de no dañar, está el de la reparación integral. O sea, la víctima tiene derecho a recibir solamente lo relativo al monto del daño. Recibir en

El Derecho parte de la idea, genéricamente aceptada, de que no se puede tolerar que alguien “vaya por la vida” generando daños, sin pagarlos. Ello conduciría, además de a situaciones socialmente inconvenientes, a disminuir el bienestar de las personas.

El gran problema se sitúa en sede del llamado daño moral, puesto que, en términos estrictamente económicos, la víctima del daño nunca estará en el mismo nivel de utilidad, aunque se le pague todo el dinero del mundo.<sup>422</sup>

---

exceso caería en el terreno del enriquecimiento ilícito, recibir de menos actualizaría dicha figura en la persona del victimario.

<sup>422</sup> (i) Piénsese en el caso del pianista que, por culpa de otro, pierde una o ambas manos: jamás podrá volver a tocar el piano ni, consecuentemente, a disfrutar plenamente de la vida (“*hedonic damages*”; *daños hedónicos*). Si el pianista fuera indiferente (económicamente) a tener sus manos o a cobrar cierta cantidad de dinero, mi tesis podría ser rebatida. El uso de la razón nos autoriza a concluir que nadie, en su sano juicio, sería indiferente en condiciones como la apuntada. En dicho sentido, transcribo, por su relevancia: Tesis I.6o.C.11 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 6, mayo de 2014, tomo III, p. 1949, rubro y contenido: “DAÑO MORAL. EL CÁLCULO DEL MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN RELATIVA, DEBE FIJARSE NO SÓLO CON UNA CANTIDAD POR ESE CONCEPTO, SINO TAMBIÉN DEBEN TOMARSE EN CUENTA LAS CONSECUENCIAS DE ORDEN INMATERIAL QUE SUFRIERON LA VÍCTIMA Y SUS FAMILIARES. Aun cuando es verdad que con el pago de la indemnización por daño moral no se logra la reparación total de los derechos lesionados ni el dolor causado, debe procurarse que la indemnización pecuniaria fijada sea digna y suficiente para proporcionar a las víctimas satisfactores útiles para sanar los daños morales sufridos. Así, una vez comprobados los daños sufridos por aquéllas y sus familiares, la violación a la integridad psíquica y moral de ambos, se llega a la indefectible obligación de procurar inmediata, adecuada y efectivamente la reparación de los daños morales e inmateriales causados; lo cual no se logra únicamente con la fijación de una cantidad por concepto de indemnización por daño

Otro aspecto del daño extra-patrimonial: nuestro país, al seguir un sistema codificado, solamente declara indemnizables aquellos supuestos previstos por el legislador (y en su caso, por la interpretación jurisprudencial), por lo que habría que explorar primordialmente en los juicios civiles del fuero común qué es lo que se ha estado reconociendo en tribunales al respecto. Residualmente, a nivel federal, existen precedentes que lo ilustran y que vale la pena comentar.

---

moral, sino que es necesario considerar, además, las graves circunstancias del daño ocasionado, la intensidad de la afectación que lo produjo, el cambio en las condiciones de vida de la víctima y sus familiares, las comprobadas afectaciones a la integridad personal de los familiares y las restantes consecuencias de orden inmaterial que sufrieron.” **(ii)** En la literatura económica se denomina “*willingness to accept*” (disposición a recibir) para implicar la cantidad económica que una persona estaría dispuesta a demandar a cambio de renunciar a una mano, unos dedos, un pie, etc. *Cfr.* Posner, Eric A. y Sunstein, Cass R. (cords.), *Law & Happiness*, Sunstein, Cass R. *Illusory Losses*, EUA, The University of Chicago Press, 2010, p. 161, *in fine*. **(iii)** El mismo Sunstein revela un descubrimiento contra-intuitivo: la satisfacción vital (“*life satisfaction*”) de algunas personas discapacitadas es esencialmente la misma que la de las personas que no han perdido un solo miembro del cuerpo. Paralelamente, muchos de quienes han perdido un miembro pagarían por recuperar el miembro perdido, creyendo que así, serían más felices. *Ibidem*. p. 172. **(iv)** Como ha dicho Gómez Pomar: “Sin embargo y desde el punto de vista de la víctima, las cosas nunca volverán a ser como antes del accidente: por más que todos los gastos y pérdidas patrimoniales hayan sido objeto de una compensación en dinero, la víctima no se verá restituida a la situación anterior al terrible accidente que sufrió. De estar en el caso, nadie diría que le es indiferente sufrir el accidente y ser compensado que no sufrirlo. La indemnización de los daños patrimoniales no basta para restaurar la situación de utilidad anterior al evento dañoso.” Véase Gómez Pomar, Fernando, *Daño Moral*, Revista Indret, [http://www.indret.com/pdf/006\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/006_es.pdf).

En primer lugar, el Código Civil Federal, en su artículo 1916, define al daño moral como

“la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.”

El daño moral siempre es indemnizable en términos económicos, independientemente de la existencia de un daño material, o de la fuente responsable (contractual o extracontractual): asimismo, en el CCF se dispone que “cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.”

El CCF establece que el monto de la indemnización será determinado por el juez, para lo cual deberá tomar en cuenta (i) los derechos lesionados, (ii) el grado

de responsabilidad, (iii) la situación económica<sup>423</sup> del responsable y de la víctima<sup>424</sup>, (iv) así como las demás circunstancias del caso.

Es preciso, primero, identificar qué especie de daño moral es el afectado<sup>425</sup>. Posteriormente, me parece oportuno señalar que no es lo mismo dañar, en términos

---

<sup>423</sup> Llama particularmente la atención que el legislador haya puesto como referente de la indemnización “la situación económica de las partes, del responsable y de la víctima”. Si el propio CCF parte de la base de que la indemnización debe ser integral (“la reparación del daño debe consistir, a elección del ofendido, en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios”), no queda claro por qué habría que atender a dichas cuestiones materiales. El que daña debe pagar *el todo*, independientemente de si su capacidad económica lo puede soportar. Es más interesante analizar la otra parte de la ecuación: la situación económica de la víctima.

<sup>424</sup> ¿Las víctimas que poseen fortunas millonarias dejarán de ser indemnizadas frente a victimarios pobres? Menudo problema. Entonces, ¿por qué debe tomarse en cuenta la situación económica de la víctima? Me parece que por una sencilla razón: tiene que ver con el nivel de bienestar individual de las personas, pues sólo así se cumpliría con el deber de no dejar sin reparación al afectado.

<sup>425</sup> La clasificación la encontramos en esta tesis: “DAÑO MORAL. SU CLASIFICACIÓN EN CUANTO AL CARÁCTER DEL INTERÉS AFECTADO. En nuestro ordenamiento jurídico, se plantea una distinción en el tratamiento de la responsabilidad por daño al patrimonio moral, dependiendo de su carácter. En efecto puede sostenerse que el daño moral es un género dividido en *tres* especies: (I) daño al honor, el cual afecta a una persona en su vida privada, honor o propia imagen; (II) daños estéticos, que son los que afectan la configuración y los aspectos físicos de las personas; y, (III) daños a los sentimientos o a la parte afectiva del patrimonio moral, como se les ha denominado en la doctrina, y que hieren a un individuo en sus afectos.” Tesis 1a. CCXXXI/2014 (10ª.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 7, junio de 2014, tomo I, p.449, rubro

de honor, configuración física, etc., a una persona cuyo bienestar personal está en ceros, que a una persona con mayor bienestar.

El bienestar personal tiene un impacto social susceptible de ser indemnizado. Así, en el caso de los profesionistas, dado que no todos son iguales ni igualmente exitosos, los juzgadores tendrían que ponderar específicamente hasta dónde debe el victimario indemnizar, ante lo cual resulta importante analizar la situación económica de la víctima, aunque no en sí misma, sino por el efecto que tiene sobre el bienestar.

Acerca de este tema, me parece erróneo el pronunciamiento de la Primera Sala de la SCJN, pues no advirtió la afectación del bienestar de la porción normativa “la situación económica de la víctima”, por considerar que “la medida no es idónea [...], pues la situación económica de la víctima no es útil para medir la calidad e intensidad del daño extra patrimonial, por lo que no conduce a satisfacer el derecho a una justa indemnización, ya que la condición social de la víctima no incide, aumenta o disminuye, el dolor sufrido.”

De manera sorprendente, la SCJN equipara dos conceptos distintos (aunque relacionados) en uno solo: situación económica y condición social. A mi manera de ver, la SCJN se equivoca también en el ejemplo que trae a colación para justificar su interpretación, pues dice que “lo contrario llevaría a afirmar que una persona con mayores recursos sufre más la muerte de un hijo que una persona con menores recursos, o que una persona con bajos ingresos merece una mayor indemnización que una persona económicamente privilegiada.”

Es lamentable, y desafortunado, el ejemplo que da la SCJN, pues se pone a comparar víctimas ricas *versus* víctimas pobres, cuando no viene al caso.

Asimismo, también me parece equivocado cuando la SCJN afirma que “o que una persona con bajos ingresos merece una mayor indemnización que una persona económicamente privilegiada”, porque precisamente es al revés, puesto que la

---

y contenido: “DAÑO MORAL. SU CLASIFICACIÓN EN CUANTO AL CARÁCTER DEL INTERÉS AFECTADO.

indemnización debe ser integral y guardar una asimetría respecto de la situación de bienestar de la persona dañada.<sup>426</sup>

Lo más curioso de todo es que en el mismo asunto<sup>427</sup>, la Primera Sala fijó el criterio junto con el que comento a continuación, que son contrarios.

En esta segunda tesis, se dice que “es válido tomar en cuenta la situación económica de la víctima para determinar la indemnización correspondiente a las consecuencias patrimoniales derivadas del daño moral”. Y agrega que

“la ponderación de la condición social [otra vez habla de condición social], como dato computable a la hora de valorar el menoscabo patrimonial que ocasione el daño moral no distribuye derechos de acuerdo a clases de personas. Por el contrario, apunta a descubrir en su real dimensión el perjuicio. No se trata de quebrantar la garantía de igualdad sino de calibrar, con criterio equitativo, la incidencia real que el daño tiene en el perfil subjetivo del damnificado, para lo cual no puede prescindirse de la ponderación de estos aspectos. [...] Sería imposible determinar el monto de ciertas

---

<sup>426</sup> Tesis: 1a. CCLXXIV/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, rubro “INDEMNIZACIÓN EXTRAPATRIMONIAL POR DAÑO MORAL. EL ARTÍCULO 1916, PÁRRAFO ÚLTIMO, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN LA PORCIÓN NORMATIVA QUE SEÑALA "LA SITUACIÓN ECONÓMICA DE LA VÍCTIMA", ES INCONSTITUCIONAL SI SE APLICA PARA CUANTIFICAR AQUÉLLA.”

<sup>427</sup> Amparo directo 30/2013. J. Ángel García Tello y otra. 26 de febrero de 2014. En los dos asuntos las votaciones fueron idénticas: Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín.

consecuencias patrimoniales del daño moral, sin tomar en cuenta la situación económica de la víctima.”<sup>428</sup>

En suma y como corolario, es importante tener en cuenta para efectos de regulación y decisión judicial, el impacto que sobre el bienestar de las personas tiene la correcta valoración de los daños y su adecuada cuantificación.<sup>429</sup>

No se puede dejar de señalar lo extremadamente complejo que dichas operaciones resultan, pero como afirma Sunstein “los ‘daños hedónicos’ son los más serios que enfrenta la gente<sup>430</sup>”. Tales daños (*hedonic damages*) indemnizan la pérdida de disfrute de la vida.<sup>431</sup>

Para nuestros propósitos, basta con señalar la necesidad de que en sede judicial puedan hacerse operaciones como las descritas, para que se indemnice de manera integral (lo que sería adecuado), y que en casos similares haya indemnizaciones similares. Me parece que la correcta valoración de los daños,

---

<sup>428</sup> Tesis 1a. CCLXXV/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, rubro “PARÁMETROS DE CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL. SE PUEDE VALORAR LA SITUACIÓN ECONÓMICA DE LA VÍCTIMA PARA DETERMINAR LAS CONSECUENCIAS PATRIMONIALES DERIVADAS DEL DAÑO MORAL (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).”

<sup>429</sup> En la literatura sobre felicidad — Sunstein —, se señala la importancia de corregir los defectos en la asignación de daños por parte de los tribunales y de los jurados, pues no existen tablas que permitan resolver con claridad el problema de la determinación de cuánto indemnizar por la pérdida de un brazo, de la función sexual, o la muerte de una mascota. Lo que sí queda claro, es que hay que hacer guías para los jueces que atiendan casos particulares como el del pianista que pierde la mano, cuya pérdida es mayor a la de un profesor de inglés que también la pierde. *Cfr.* Sunstein, Cass R., *Illusory ... cit.*, pp.185-186.

<sup>430</sup> *Ibidem*, p. 159 y ss.

<sup>431</sup> Retorno al ejemplo del pianista.

sobre todo cuando son morales o afectan el bienestar futuro (*pain and suffering*<sup>432</sup>) de la víctima, es uno de los grandes retos que la jurisprudencia mexicana enfrenta para el correcto desarrollo del Derecho de Daños.

---

<sup>432</sup> Una visión complementaria a la de Sunstein la ofrecen los profesores Peter A. Ubel y George Loewenstein. Ellos continúan desarrollando la idea de que la gente se adapta a las nuevas circunstancias regresando rápidamente a los niveles (o más cercanos a) normales de felicidad, por lo que las indemnizaciones por dolor y sufrimiento deberían ser pequeñas. En cambio, sostienen que la pérdida de alguna capacidad o habilidad puede implicar indemnizaciones mayores aunque su impacto sobre la felicidad sea menor. *Cfr.*, Posner, Eric A. y Sunstein, Cass R., *Law & Happiness*, Ubel, Peter A. y Loewenstein, George, “Pain and Suffering Awards: They Shouldn’t Be (Just) about Pain and Suffering”, EUA, The University of Chicago Press, 2010, p. 195 y ss. Otros autores proponen la fórmula de la *happiness regression equation* (“ecuación de regresión de la felicidad”) para calcular daños compensatorios en sede de daño emocional, así como de *pain and suffering*. Muy interesante resulta el método propuesto ya que demuestra que después de la muerte de un familiar (ascendiente, descendiente o cónyuge) las personas se van adaptando y el “*psychological distress*” (“*angustia psicológica*”) disminuye progresivamente. Véase Posner, Eric A. y Sunstein, Cass R. *Law & Happiness*, Oswald, Andrew J. y Powdthavee Nattavudh, “Death, Happiness, and Calculation of Compensatory Damages”, EUA, The University of Chicago Press, 2010, p. 217 y ss. De nueva cuenta, insisto, no pretendo resolver todos estos problemas que son abordados, comúnmente no por abogados sino por microeconomistas. Mi propósito es el de traerlos a colación para tener mayores elementos de análisis y, en la medida de lo posible, enriquecer el proceso de formación jurisprudencial en materia de daños.

## Capítulo IV. La orientación normativa hacia el bienestar

### 1. Introducción

Hay un conjunto de disciplinas jurídicas orientadas al bienestar social. En ese sentido, el “Derecho del Bienestar” —categoría que propongo—, estaría formado por esas porciones del derecho en que se busca de manera primordial elevar la calidad de vida de las personas.

Dentro del *Derecho del Bienestar* incluyo las normas relacionadas con protección al consumidor y las relativas a prohibir monopolios, concentraciones ilícitas y prácticas monopólicas<sup>433</sup>.

La economía de mercado no es posible sin reglas esenciales y básicas relativas a la regulación de la propiedad y los contratos. En este último tópico, hay normas especiales para regular los contratos cuando una de las partes es un empresario, y su contraparte un consumidor final.

Se trata de las relaciones *business to consumer* (B2C) a las que llamamos *relaciones de consumo*. Tales reglas deben ser diseñadas de manera inteligente y permitir ajustarse de manera razonable al tiempo que las relaciones de consumo se modifican.

Pero en el ámbito estrictamente empresarial, derivado de las fallas que tienen los consumidores al elegir lo que más bienestar produce (lo que más les conviene), los comerciantes pudieran orientar sus esfuerzos de la misma manera a través de “*nudges*” para que los consumidores puedan decidir con mayor facilidad.

Todo un tema que puede revolucionar la forma de operación del mercado, en el que hay poca o mala información, y en otros casos, ciertamente engañosa.<sup>434</sup>

---

<sup>433</sup> Junto con la política fiscal de tener impuestos progresivos reales, impuestos a las herencias y un IVA generalizado, la política antimonopolios y para evitar concentraciones es crucial para evitar que las empresas continúen apropiándose, de manera ilícita, del valor que se genera en la economía y que, de otra forma (de haber competencia efectiva y generalizada) se dispersaría entre toda la población.

<sup>434</sup> La información nutrimental es una de esas áreas de oportunidad. Nadie entiende las tablas que hoy se imprimen en los empaques. Es tinta desperdiciada. Véase, en

Siguiendo de cerca las aportaciones del economista hindú, Amartya Sen, el bienestar de las personas está fincado en su capacidad de desarrollar “por sus propios medios” actividades que, en términos amplios, sean de su agrado o les gusten.

Para Amartya Sen, el bienestar se traduce en tener:

- (i) Seguridad personal
- (ii) Seguridad ambiental
- (iii) Acceso a la educación
- (iv) Un consumo que permita adquirir bienes materiales necesarios para vivir dignamente
- (v) Salud y acceso al sistema sanitario
- (vi) Relaciones sociales (atractivas y aceptables, en lo emocional y económico).

Haciendo un paralelismo con nuestro Derecho, encuentro que de los seis aspectos identificados por Sen, los primeros cinco están contemplados, con distinta intensidad, grados y magnitudes, en el Derecho del Consumidor.<sup>435</sup>

---

cambio, el programa “*choose my plate*” en <http://www.choosemyplate.gov/about.html>, que presenta un plato con porciones de frutas, vegetales, proteínas, granos y lácteos, en lugar de usar la tradicional pirámide, pues visualmente los estudios arrojan datos sorprendentes de que los consumidores lo entienden mejor.

<sup>435</sup> El aspecto relativo a “relaciones sociales” (atractivas y aceptables, en lo emocional y económico) cae fuera del ámbito de la política de protección al consumidor, sin embargo, tiene una relación indirecta que quiero señalar: en la medida que el patrimonio de los consumidores, como objeto de tutela, sea bien cuidado por el Estado, la eficiencia permitiría que los consumidores tengan acceso a mejores relaciones interpersonales. Es un tema que merece más honda reflexión que la que me limito a apuntar.

El artículo 1º de la LFPC contiene, entre otras previsiones, los principios básicos en las relaciones de consumo, sobre la base de que se trata de una ley de interés social, de orden público, con derechos irrenunciables y que permite la hetero-integración normativa (tratados, legislación nacional, principios generales del derecho, analogía, costumbres y equidad), resaltando su eminente carácter transversal: aplica para todas las actividades de la economía de mercado.<sup>436</sup>

A continuación, realizo un proceso de identificación (elemental e inacabado) de los indicadores de bienestar *vis a vis* con los derechos y principios previstos en el artículo 1º de la LFPC. Me concentraré en identificar cada uno de los indicadores de bienestar para encontrar al menos uno o los más representativos de los derechos, pues no se trata aquí de repetir todo el texto de la LFPC, intentona irrelevante.

<b>Indicador de bienestar</b>	<b>Seguridad personal</b>	<b>Seguridad ambiental</b>	<b>Acceso a la educación</b>	<b>Consumo para vivir dignamente</b>	<b>Salud y acceso al sistema sanitario</b>
-------------------------------	---------------------------	----------------------------	------------------------------	--------------------------------------	--

---

<sup>436</sup> Ese principio de generalidad encuentra una lamentable excepción que muestra el desorden legislativo y la asimetría institucional en perjuicio de los consumidores: la expulsión de los servicios financieros del sistema de tutela de los consumidores. Sobre este particular desarrollaré un apartado especial.

<b>Principio básico</b>	<b>Fracción I<sup>437</sup></b> <b>Fracción VIII<sup>438</sup></b> <b>Fracción XIV<sup>439</sup></b>	<b>Ninguno</b>	<b>Fracción IV.<sup>442</sup></b> <b>Fracción V<sup>443</sup></b> <b>Fracción VII<sup>444</sup></b>	<b>Fracción I</b> <b>Fracción II<sup>446</sup></b> <b>Fracción III<sup>447</sup></b>	<b>Fracción I</b>
-------------------------	--	----------------	---	--	-------------------

<sup>437</sup> “La protección de la vida, salud y seguridad del consumidor contra los riesgos provocados por productos, prácticas en el abastecimiento de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos.”

<sup>438</sup> “La real y efectiva protección al consumidor en las transacciones efectuadas a través del uso de medios convencionales, electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y la adecuada utilización de los datos aportados;”

<sup>439</sup> “Vigilar y verificar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en esta ley y, en el ámbito de su competencia, las de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, así como de las normas oficiales mexicanas y demás disposiciones aplicables, y en su caso determinar los criterios para la verificación de su cumplimiento;”

<sup>442</sup> Recopilar, elaborar, procesar y divulgar información objetiva para facilitar al consumidor un mejor conocimiento de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado; En el caso de servicios educativos proporcionados por particulares, deberá informar a las y los consumidores, la publicación señalada en el segundo párrafo del artículo 56 de la Ley General de Educación así como la aptitud del personal administrativo que labora en el plantel;”

<sup>443</sup> “Formular y realizar programas de educación para el consumo, así como de difusión y orientación respecto de las materias a que se refiere esta ley;”

<sup>444</sup> “Realizar y apoyar análisis, estudios e investigaciones en materia de protección al consumidor;”

<sup>446</sup> “Procurar y representar los intereses de los consumidores, mediante el ejercicio de las acciones, recursos, trámites o gestiones que procedan;”

<sup>447</sup> “Representar individualmente o en grupo a los consumidores ante autoridades jurisdiccionales y administrativas, y ante los proveedores;”

	<b>Fracción XVII.</b> <sup>440</sup> <b>Fracción XX.</b> <sup>441</sup>		<b>Fracción VIII</b> <sup>445</sup>	<b>Fracción VI</b> <sup>448</sup> <b>Fracción IX</b> <sup>449</sup> <b>Fracción IX bis.</b> <sup>450</sup> <b>IX Ter.</b> <sup>451</sup>	
--	--	--	-------------------------------------	---	--

---

<sup>440</sup> “Denunciar ante el Ministerio Público los hechos que puedan ser constitutivos de delitos y que sean de su conocimiento y, ante las autoridades competentes, los actos que constituyan violaciones administrativas que afecten la integridad e intereses de las y los consumidores;”

<sup>441</sup> “Requerir a los proveedores o a las autoridades competentes a que tomen medidas adecuadas para combatir, detener, modificar o evitar todo género de prácticas que lesionen los intereses de los consumidores, y cuando lo considere pertinente publicar dicho requerimiento;”

<sup>445</sup> “Promover y realizar directamente, en su caso, programas educativos y de capacitación en las materias a que se refiere esta ley y prestar asesoría a consumidores y proveedores;”

<sup>448</sup> “Orientar a la industria y al comercio respecto de las necesidades y problemas de los consumidores;”

<sup>449</sup> “Promover nuevos o mejores sistemas y mecanismos que faciliten a los consumidores el acceso a bienes y servicios en mejores condiciones de mercado;”

<sup>450</sup> Promover en coordinación con la Secretaría la formulación, difusión y uso de códigos de ética, por parte de proveedores, que incorporen los principios previstos por esta Ley respecto de las transacciones que celebren con consumidores a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología;

<sup>451</sup> “Promover la coordinación entre las autoridades federales, estatales y municipales que corresponda, a fin de asegurar la protección efectiva al consumidor en contra de la información o publicidad engañosa o abusiva;”

				<b>XIII.</b> <sup>452</sup> <b>XIV bis.</b> <sup>453</sup> <b>XVI.</b> <sup>454</sup> <b>XVIII.</b> <sup>455</sup>  <b>XX Bis.</b> <sup>456</sup>	
--	--	--	--	--	--

---

<sup>452</sup> “Vigilar y verificar el cumplimiento de las disposiciones en materia de precios y tarifas establecidos o registrados por la autoridad competente y coordinarse con otras autoridades legalmente facultadas para inspeccionar precios para lograr la eficaz protección de los intereses del consumidor y, a la vez evitar duplicación de funciones;”

<sup>453</sup> “Verificar que las pesas, medidas y los instrumentos de medición que se utilicen en transacciones comerciales, industriales o de servicios sean adecuados y, en su caso, realizar el ajuste de los instrumentos de medición en términos de lo dispuesto en la Ley Federal sobre Metrología y Normalización;”

<sup>454</sup> “Procurar la solución de las diferencias entre consumidores y proveedores y, en su caso, emitir dictámenes en donde se cuantifiquen las obligaciones contractuales del proveedor, conforme a los procedimientos establecidos en esta ley;”

<sup>455</sup> “Promover y apoyar la constitución de organizaciones de consumidores, proporcionándoles capacitación y asesoría, así como procurar mecanismos para su autogestión;”

<sup>456</sup> “En el caso de que en ejercicio de sus atribuciones identifique aumentos de precios, restricciones en la cantidad ofrecida o divisiones de mercados de bienes o servicios derivados de posibles prácticas monopólicas en términos de lo dispuesto por la Ley Federal de Competencia Económica, la Procuraduría, en representación de los consumidores, podrá presentar ante la Comisión Federal de Competencia la denuncia que corresponda;”

				<b>XXI.</b> <sup>457</sup> <b>XXII.</b> <sup>458</sup> <b>XXIII.</b> <sup>459</sup>	
<b>Desarrollo normativo</b>	Artículos 8 bis y 10, 58, 73.V, 73 Quintus, 25 Bis, 76 Bis, 128 Ter, 82, 18, 18 Bis, 36,	42, 24.IV, 24.V, 31,	16, 17, 25 Bis, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 42, 43, 44, 45, 56, 57, 58, De manera genérica, las fracciones IV, V, VII y VIII:	De manera genérica, las fracciones I, II, III, VI, VI, IX, IX bis, IX Ter, XIII. XIV bis, XVI, XVIII, XX Bis, XXI, XXII y XXIII.	Ninguna directa
			Seguridad personal Seguridad ambiental	Seguridad personal Seguridad ambiental	

---

<sup>457</sup> “Ordenar se informe a los consumidores sobre las acciones u omisiones de los proveedores que afecten sus intereses o derechos, así como la forma en que los proveedores los retribuirán o compensarán;”

<sup>458</sup> “Coadyuvar con las autoridades competentes para salvaguardar los derechos de la infancia, adultos mayores, personas con discapacidad e indígenas;”

<sup>459</sup> “Publicar, a través de cualquier medio, los productos y servicios que con motivo de sus verificaciones y los demás procedimientos previstos por la Ley sean detectados como riesgosos o en incumplimiento a las disposiciones jurídicas aplicables.”

			Acceso a la educación	Acceso a la educación	
			Un consumo que permita adquirir bienes materiales necesarios para vivir dignamente	Un consumo que permita adquirir bienes materiales necesarios para vivir dignamente	
			Salud y acceso al sistema sanitario	Salud y acceso al sistema sanitario	

2. Disciplinas sustantivas orientadas al bienestar (Derecho del Bienestar)
  - 2.1. Derecho del Consumidor

Referirse a “Derecho del Consumidor” —o, si se prefiere, simplemente a los “derechos de los consumidores”—, dado el poco desarrollo normativo y jurisprudencial que en México hemos alcanzado tras cerca de cuarenta años de incursión en este dominio<sup>460</sup>, junto con el incipiente desarrollo doctrinal que no ha desarrollado aún una justificación que permita hablar de disciplina autónoma, implica referirse a la calidad de vida que tienen las personas, en cuanto y en tanto se constituyan como consumidores finales<sup>461</sup> de bienes y servicios ofrecidos en el mercado.

---

<sup>460</sup> *Cfr.* Para tener la doctrina jurisprudencial con cierto orden y sistematización desde la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación hasta mediados de 2010 (antes de iniciar la Décima Época), García Sais, Fernando, *Jurisprudencia del Consumidor*, México, Editorial Tirant Lo Blanch-ITAM, 2012.

<sup>461</sup> Es de destacar el concepto destinatario final, ya que es el dato esencial para que un contratante pueda ser calificado como consumidor. Cuando en el habla popular, o incluso en términos económicos amplios, se refiere al consumidor, no se piensa

Hablar de la protección al consumidor también implica, y no puede hacerse sin tener en cuenta, la economía conductual (*behavioral economics*) y, como dice Sunstein<sup>462</sup>, la importancia de la simplicidad (*simplicity*).

De acuerdo con el profesor Ovalle Favela, los derechos de los consumidores se han desarrollado a partir de la segunda mitad del siglo XX, producto de “los movimientos y protestas de los propios consumidores (*consumerism*)”<sup>463</sup>.

---

necesariamente en el destinatario final. Hay que tener cuidado con el uso del lenguaje jurídico. Por ejemplo, en materia de telecomunicaciones, hay contratantes y dentro de estos hay consumidores. En este sentido, el famoso discurso de John F. Kennedy ante el Congreso de EUA en el que declaró que “Consumidores, por definición, somos todos”, el concepto “consumidor” se utilizó en su acepción abstracta. El texto del discurso del expresidente de los EUA en <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>. La realidad es que todos somos consumidores en potencia, no en acto. El análisis debe ser caso por caso. En la doctrina quien más se ha ocupado de reflexionar en torno a las nociones de consumidor es, sin duda, Gema Alejandra Botana García. Remito a su trabajo, principalmente a Noción del consumidor en el Derecho comparado, España, Revista Estudios sobre Consumo 1990, N.º 18, pp. 51-62. Asimismo, *Cfr.* Noción de Consumidor, en Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores, Madrid, Editorial McGrawHill, 1999, pp. 28-47. Otros autores, como Fernández Gimeno, añaden elementos interesantes para la determinación del criterio, como por ejemplo el del “uso exclusivo vs. usos mixtos”. *Cfr.* Los consumidores y usuarios como sujetos afectados a una especial tutela jurídica, en Derecho Privado de Consumo, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2005, p.101-110. Para el Derecho Mexicano, véase: García Sais, Fernando, Derecho de los Consumidores a la Información, México, Editorial Porrúa-ITAM, 2007, pp-35-52.

<sup>462</sup> Simpler... cit., p. 93

<sup>463</sup> Ovalle Favela, José, *Derecho de los Consumidores*, México, Editorial Oxford University Press, 2008, p.4.

Al respecto, añado que, en los países más desarrollados, el movimiento de protección al consumidor surgió primero desde la sociedad, y con la protección del gobierno mediante leyes después.

Es en los países menos educados, con mayores brechas de desigualdad de oportunidades y trato, donde los Estados se vuelcan a proteger de manera paternalista al consumidor (pues él ni siquiera sabe que necesita protegerse).<sup>464</sup>

Los daños que los productos farmacéuticos le ocasionaban al consumidor (caso de la talidomina que, tras cincuenta años sigue avivando litigios, transfronterizos, en materia de daños<sup>465</sup>) y las fatalidades en los accidentes vehiculares por diseños defectuosos, abrieron en Estados Unidos de América un espacio para el desarrollo de la materia<sup>466</sup>.

---

<sup>464</sup> En Europa, el movimiento en apoyo de ese grupo social (consumidores) se inició alrededor de la década de los setenta en Francia, y luego en la entonces República Federal Alemana. En el Reino Unido se consolidó en los años ochenta. *Cfr.* Reyes López, María José, *La protección de los derechos de los consumidores y usuarios en la actualidad*, Derecho Privado de Consumo, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2005, p.23.

<sup>465</sup> Así lo reporta *The Telegraph* en su artículo intitulado “*Thalidomine is still casting dark shadows 50 years on*”.  
<http://www.telegraph.co.uk/science/8905408/Thalidomide-is-still-casting-dark-shadows-50-years-on.html>

<sup>466</sup> Al respecto, es famosa la publicación “*Unsafe at any speed*” del abogado del consumidor Ralph Nader, quien alegaba que los daños ocasionados a los pasajeros en un accidente automovilístico, no se debían primordialmente a que se violaban los límites de velocidad, sino al defectuoso diseño de los automóviles (lo que a la postre se denominó en la jurisprudencia norteamericana como “*design defects*”), provocando que la industria automotriz de Estados Unidos implementara, en sus diseños, medidas de seguridad específicas para aminorar los daños que sufrían los pasajeros al golpearse entre sí o contra el interior del vehículo. Allí podemos ubicar el desarrollo e implementación de los cinturones de seguridad obligatorios. Es

En los ochenta, en España, la atroz comercialización del aceite de la colza (aceite desnaturalizado para uso industrial) impulsó el desarrollo de protección al consumidor y de la responsabilidad derivada de los productos defectuosos promulgándose, así, la Primera Ley General de Consumidores en 1984.

El síndrome del aceite tóxico se instaló en la mente de los *policy makers* para prever un sistema normativo que disuadiera prácticas comerciales abusivas e ilícitas, al tiempo que imputase responsabilidades adecuadamente.

En México no ha ocurrido una tragedia que esté documentada en los tribunales federales derivada de productos defectuosos. Ojalá y así permanezca<sup>467</sup>.

---

importante, además, mencionar el efecto de la percepción social ante dicha regulación; antes, el uso de los cinturones de seguridad era mal visto (una señal de cobardía o falta de confianza en el piloto). Una vez que socialmente su percepción es positiva, su uso se incrementa y se salvan más vidas. Incluso la tecnología ayuda: un timbre molesto e intermitente lleva al pasajero a ajustarse el cinturón.

<sup>467</sup> Para ahondar en el tema de los daños en el sector automotriz, debo señalar que en México se comercializan automóviles sin aditamentos imprescindibles como bolsas de aire o frenos de disco (superiores en su capacidad de frenado que los de tambor). En un hipotético accidente entre dos vehículos, las probabilidades de daños o muerte aumentan para quien no tenga una bolsa de aire. Así, se produciría una lamentable pérdida humana y tendríamos a un consumidor-asesino-culposo, con todos los costos sociales que ello implica. Una política de mercado debería propiciar mínimos de seguridad obligatorios, o evitar que determinados vehículos (los menos equipados) circulen en zonas de alta velocidad. Una regulación que propicie el bienestar, debería prever mecanismos para que los conductores de vehículos tomen decisiones más racionales en torno a la conducción y las velocidades. Por ejemplo: que se informe a los consumidores, previo a la decisión de compra, cuáles son las estadísticas de accidentes, daños y muertes ocasionadas por cada vehículo, dados los distintos niveles de seguridad ofrecidos por las marcas automotrices. Ese tipo de informaciones serían más efectivas que derrochar dinero en campañas que promuevan el uso del cinturón.

Pero, no es necesario que ello acontezca para avanzar de manera determinante en el desarrollo legislativo de una ley en materia de productos defectuosos, porque las incipientes referencias a los mal llamados “productos peligrosos” no proveen de contención, y las reglas de responsabilidad civil general no son útiles para los consumidores.<sup>468</sup>

---

<sup>468</sup> (i) Efectivamente, no es lo mismo un producto *peligroso* que uno *defectuoso*. Un arma de fuego es peligrosa, sobre todo en manos inadecuadas. Pero será defectuosa si produce daños inesperados derivados de un diseño, de un proceso de producción o de información defectuosos (“trilogía del defecto”, contemplada en el *Second Restatement of Torts*, emitido por el *American Law Institute*, que desarrolla en su Sección 402A el tema del “riesgo estricto de productos defectuosos/ *strict liability for defective products*”). (ii) Así me pronuncié durante mi participación en el *Foro de Consulta Técnico del Programa de Desarrollo Innovador de PROFECO 2013-2018*, “Fortalecer el mercado interno dentro de un propicio ambiente de negocios y una eficaz defensa del consumidor”, México, D.F., 28 de agosto de 2013. Conforme a la responsabilidad objetiva se requiere que el daño se produzca en una relación de alteridad; esto es, que quien emplea un objeto, dañe a otro. En la responsabilidad por productos defectuosos, es el propio consumidor quien usa y se daña (o daña a otros, *bystanders*), por ello no aplica en México esta modalidad. Queda solamente la responsabilidad subjetiva con el alto inconveniente de tener que acreditar sus extremos (ilicitud, nexo causal, etc.). (iii) Resalta la nula atención al problema, sobre todo a partir de la consideración de que, con la negociación del TLCAN, se produjeron profundas reformas a normas económicas, y tanto en EUA como en Canadá se tiene un desarrollo tanto normativo como jurisprudencial del “*product liability*”. Al respecto, *Cfr.* Ovalle Piedra, Julieta, *La responsabilidad civil por productos en México, Canadá y Estados Unidos*, consultado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/32/1.pdf>.

Las razones que hablan del porqué el Estado mexicano tutela al consumidor final pueden identificarse en un modelo paternalista<sup>469</sup> (años setenta) en el que, dadas las condiciones de fronteras cerradas (no había GATT ni TLCAN), la política económica era la de fortalecer la economía nacional, y el Estado subsidiaba gran parte de los esfuerzos empresariales, evitando (de manera implícita) la competencia y la innovación y, consecuentemente, se ofrecían en el mercado bienes y servicios más o menos uniformes, sin que el consumidor tuviera verdaderas alternativas para comparar.

Lo anterior explica gran parte de los problemas que, en materia de competencia económica subsisten, pero que menciono en otro apartado. Por lo pronto señalo que, en ese entorno, el consumidor como objeto de protección paternalista era visto en una especie de interdicción, con capacidades reducidas.

La creación de un Instituto del Consumo, junto con una Procuraduría, no puede entenderse sino en ese contexto en el que había que proteger a los pobres y a los desamparados. Con ese pobre aparato *ius-filosófico*, es difícil concebir un desarrollo normativo e institucional sólido, como aconteció en los hechos.

Posteriormente, hasta el año 2004, se comienza a perfilar —con base en las reformas a la Ley Federal de Protección al Consumidor— una política económica

---

<sup>469</sup> Quizá por ello hay opiniones que dicen que el consumidor es el soberano del mercado y no su esclavo, que el consumidor no necesita protección o tutela. *Cfr.* Mosset Iturraspe, Jorge, *Defensa del Consumidor*, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003. p.16. Una adecuada contra-postura a esto es la de Miguel Ruiz Muñoz (*Introducción a la protección jurídica de los consumidores*, en Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores, Editorial McGrawHill, Madrid, 1999, p.8), que sostiene que “cabe plantearse si esta soberanía ha existido realmente en alguna ocasión” y que “todo esto ha propiciado que se venga hablando en los últimos tiempos de la degradación de la posición del consumidor”.

que justificaba la tutela del consumidor con la importancia de salvaguardar el derecho a la información<sup>470</sup> y el derecho a elegir.

Ello no es casualidad ni ocurrencia, se debió, por un lado, a que desde la entrada de México al GATT y al TLCAN, todo el derecho económico mexicano sufrió modificaciones esenciales motivadas por la mayor competencia y el nuevo ambiente generado ante la apertura al mundo.

Paralelamente, en la Economía, se difundieron ideas relacionadas con la asimetría informativa existente en los mercados, y las dificultades y costos que ello implicaba para una toma racional de decisiones de consumo.

Hoy estoy cierto que la existencia de una ley que protege al consumidor se fundamenta en el paradigma de la asimetría informativa, pues si el consumidor tuviese toda la información para decir respecto de la contratación de un bien o servicio y, además, la capacidad de identificar qué información es relevante y cuál no, sus decisiones se acercarían a situaciones óptimas de bienestar.<sup>471</sup>

---

<sup>470</sup> Coincido fundamentalmente con Ruiz Muñoz cuando afirma que “[l]a consecuencia para el consumidor es que se ha visto desbordado en sus relaciones jurídicas de aprovisionamiento doméstico fundamentalmente *por carencias informativas*, hasta el punto de que se trastoca el mismo juego del mercado [...]”. *Ibid.*

<sup>471</sup> Por ello el debate popular respecto de las llamadas “letras chiquitas” debe reorientarse. Claro que el tamaño de la letra importa, pero más su contenido. Debe ser legible, claro y simple. De lo contrario, por más grande que sea la letra, el derecho a recibir información adecuada se vulneraría. A veces sorprende que los empresarios tomen decisiones en materia de publicidad (modalidad de dar información) que afecta al propio sector. Por ejemplo, antes de 2005 era común observar que se anunciaban paquetes o viajes de avión en los que expresamente se señalaba que el precio anunciado no era el definitivo pues debían sumarse cantidades por conceptos de TUA, cuotas de seguridad y de combustible y otros impuestos. Tal situación de indefinición del precio a pagar viola el derecho a poder decidir, y a la vez afecta al empresario quien, en aplicación de la regla *contra*

Inclusive, como se demostró en el experimento del psicólogo Daniel Kahneman, conocido como el experimento del gorila invisible (disponible en *YouTube* como “*The invisible Gorilla*”), en ocasiones las personas no vemos lo evidente porque estamos concentrados en otras cosas.

En ese experimento, se pidió a las personas que contaran el número de pases de balón que hacen los jugadores. Mientras lo hacían, entraba un gorila, y permanecía desapercibido.

Así (toda proporción guardada), es que los empresarios utilizan la ceguera del consumidor, y aunque haya información que deba ser tomada en cuenta, permanece desapercibida al consumidor. Aquí es donde la regulación y la actuación de las autoridades deben ser efectivas y eficientes para evitar la inducción al error a través de estos métodos “mágicos” de engaño.<sup>472</sup>

---

*proferentem*, estaría obligado a suministrar el servicio en los términos ofrecidos; esto es, sin incluir costos adicionales que el precio anunciado (lo engañoso se tiene por no puesto). Tuve la fortuna de impulsar desde la Profeco, ese mismo año, que dicha práctica se eliminara, lo que se logró con un par de reuniones con los grupos de interés económicos y con un oficio del entonces Procurador. También debo precisar que me tomó más tiempo convencerlos de lo dañino de la práctica y, confieso, que no creo que lo hayan entendido, pero aceptaron hacer algo sólo por mi insistencia. En un reciente estudio de Sunstein, refiere precisamente el problema de los “costos ocultos” en el sector de las aerolíneas (de EUA), y dice que el efecto era que “la gente no tenía conocimiento real de los ‘costos de bolsillo’”, por lo que fue hasta 2011 que el Departamento de Transportes hizo algo para reducir el problema. En eso sí, la Profeco se adelantó 6 años. *Cfr.* Sunstein, Cass R., *Simpler. The future of government*, EUA, Simon & Schuster, 2013, p.90. En México el efecto que se logró fue que la publicidad fuera explícita en anunciar “todos los impuestos y costos incluidos”.

<sup>472</sup> Así acontece en muchas operaciones comerciales en las que al consumidor se le sorprende; por ejemplo, en la venta de tiempo compartido, en la que se organiza toda una empresa para persuadir al consumidor de comprar. Por ello, en este tipo

Por ello, Sunstein afirma que “[i]nformados por la psicología humana y la importancia de la simplicidad, el gobierno debe tomar pasos decisivos que ayuden a la gente a ver “gorilas invisibles””.<sup>473</sup>.

La política jurídica de protección al consumidor tiene como finalidad complementar el sistema de economía de mercado<sup>474</sup>, y corregir<sup>475</sup> (o controlar) el propio sistema. Los mercados no se autocorrigen, la experiencia lo ha demostrado. El dogma en cuestión es falso. Quizá el proceso de corrección, en todo caso, es a largo plazo, tan largo que quizá no lleguemos a verlo, puesto que las reglas actuales favorecen el poder de mercado y vuelve a los poderosos la balanza que fija las reglas del juego.

Como dice el Nobel Joseph Stiglitz, en *Rewriting the rules of the American economy*, “[v]ivimos en un mundo crecientemente globalizado, donde las reglas de comercio y finanzas son importantes. El problema es que dichas reglas están típicamente puestas en procesos no transparentes ni democráticos —aquellos dedicados a la industria tienen más poder que los consumidores, los trabajadores y otros ciudadanos, también afectados. Es fácil dilucidar cómo dichas reglas elevan

---

de transacciones se otorga al consumidor un plazo de reflexión (*cooling off period*) para desistirse de su consentimiento. Es una extensión del derecho concedido en las ventas a distancia ex art. 56 de la LFPC.

<sup>473</sup> Simpler..., *cit.*, p. 129, *in fine*.

<sup>474</sup> Por ello, los consumidores están presentes en las leyes económicas, como la de competencia económica y las de competencia desleal (superficialmente esto último en el artículo 6 bis del Código de Comercio).

<sup>475</sup> En esta función correctora es posible circunscribir la protección al patrimonio, salud y seguridad de los consumidores en el abastecimiento de bienes y servicios, junto con la actividad del Estado mediante la justicia administrativa (lo que hace, o debe hacer, Profeco).

las ganancias corporativas a costa de sus trabajadores y del medio ambiente.”<sup>476</sup>, a lo que agrego: “y a costa de los consumidores”.

Es más, en la esencia propia de los mercados reside la idea de tentar al consumidor para que compre y gaste todo su dinero, por lo que el sistema económico pareciera demandar mucho autocontrol para el consumidor, “una especie de voz interna” que continuamente esté mandando alertas: “no, lo hagas”.

Asimismo, los mercados han inventado muchas necesidades y formas de venderlas: la visita racional a un supermercado requiere la fortaleza de un “superconsumidor”, atento y perspicaz, que pueda esquivar todas las intenciones y llegar hasta la leche y los huevos sin comprar algo que en verdad no necesita.<sup>477</sup>

Pero la regulación de dicha tutela debe obedecer a fines más explícitos, que se identifican con la consecución del bienestar; por ello el énfasis en el derecho a la información como la columna vertebral del sistema de protección del consumidor.

La ley debe enfocarse en que el consumidor tenga información clara y adecuada, pero además debe dar un paso adicional: propiciar que, con base en la información que se presente (y en cualquier forma, lo que incluye imágenes, diálogos, textos, etc.), se facilite la toma de mejores decisiones en términos de bienestar.<sup>478</sup>

---

<sup>476</sup> Stiglitz, Joseph E., *Rewriting the rules of the American economy: an agenda for shared prosperity*. Consultado en Internet el 16 de junio de 2016 en <http://community-wealth.org/sites/clone.community-wealth.org/files/downloads/report-stiglitz.pdf>, p .27.

<sup>477</sup> Me remito, para ampliar sobre estos aspectos a Akerlof, George y Shiller, Robert. *La economía de la manipulación*. Paidós Empresa, México, 2016, p. 66 y ss.

<sup>478</sup> Proveer de información de calidad al consumidor es muy importante. Incluso pudiéramos hacer un parangón, que sólo señalo, para los temas netamente políticos. Si las personas tienen a su alcance la posibilidad de analizar la información adecuada proporcionada, el resultado del proceso competitivo democrático sería mejor. La idea, tanto para el mercado como para la política, es que quien tiene la

Los avances en la Economía sugieren la necesidad de transitar hacia un “*smart disclosure*”, es decir, dar acceso a los consumidores a información esencial (*key information*), como lo puede ser la relacionada con la consecuencia que tiene la toma de determinadas decisiones de consumo.<sup>479</sup>

La regulación de los fenómenos que se presentan en el mercado no puede ser dejada a la suerte, amerita de una presencia inteligente del Estado a través de las regulaciones sectoriales.

Solamente quienes se benefician de reglas no apropiadas, o de la ausencia de regulación, son quienes están a favor de la no intervención del Estado. Regulación y mercado libre son dos partes esenciales de la ecuación.

Ello implica transitar de manera definitiva hacia un sistema en que el consumidor sea un sujeto de regulación, no un objeto. Se deben analizar los efectos totales que la regulación causa sobre la base del test costo-beneficio, considerando, además, los efectos netos totales.

No debe estimarse razonable una regla sobre la base de que sus beneficios son mayores que los costos. Debe darse un paso adicional: maximizar los beneficios y disminuir (hasta suprimir<sup>480</sup>) los costos.

---

información es quien debe facilitarla. La regulación de este tipo de mecanismos es barata y muy eficiente.

<sup>479</sup> Como el caso del “*Green Button*” que usan los proveedores de electricidad en EUA y con base en el cual los consumidores pueden conocer su uso de electricidad, dando sólo un clic. El ahorro en el patrimonio de los consumidores es cuantioso en medida que pueden tomar decisiones informadas. Además de ese ahorro se producen otros beneficios colectivos al usarse menos la electricidad y contaminar menos. En el caso mexicano, dudo mucho que el semáforo que aparece en los recibos de luz logre esos propósitos.

<sup>480</sup> Un ejemplo de lo anterior es la regla de que las cláusulas abusivas en contratos con consumidores se tienen por no puestas. El beneficio de esa regla es, aparentemente, alto. Sin embargo, su materialización es costosa. En ocasiones el costo (procesal, administrativo, personal) de perseguir que la cláusula sea

Y los derechos colectivos y difusos de los consumidores tienen algo de relevancia al respecto, sobre todo en un entorno de economía de masas, de transacciones electrónicas y a distancia, y de uso rampante de nuevas tecnologías.<sup>481</sup>

Al Derecho y a los operadores jurídicos del sector, tanto en sede administrativa como judicial, les compete propiciar que en el mercado haya más y mejor información, pero siempre haciendo prevalecer la calidad por encima de la cantidad, y que la información sea adecuada y clara. No es lo mismo comprar un chicle que una casa, y las reglas deben atender ese tipo de variantes.<sup>482</sup>

---

declarada abusiva para obtener que se tenga por *no puesta* disuade al consumidor promedio. Debemos diseñar reglas más inteligentes para que sean disuasorias de prácticas abusivas. En la medida que ello acontezca, el bienestar de los consumidores se incrementará.

<sup>481</sup> Mucho del bienestar de los consumidores depende del medio (social, tecnológico, mercado). Todos los consumidores, sean de la clase económica que sean, padecemos del mismo sistema de mercado, sobre todo cuando hablamos de mercados con alta presencia de monopolios y prácticas monopólicas. A los más pobres les afecta más, sin embargo. Lo más curioso de todo es que quienes se benefician del poco bienestar de los consumidores, lo hacen con base en las reglas que el Estado nos da para, supuestamente, tratarnos con igualdad, dignidad y prosperidad. En relación con la tecnología, el marco jurídico debe instrumentar medidas para que el consumidor ahorre, tome mejores decisiones y sea más feliz. La contratación de servicios no debería exigir la presencia física del consumidor en un punto de venta, tampoco su cancelación. Si el tiempo es dinero, el dinero desperdiciado en filas asciende a cantidades estratosféricas. Pero además de poderse hacer por Internet, por ejemplo, el proceso debe ser fácil, sencillo, ágil y con información adecuada. El exceso de información también es ineficiente, pues complica la detección de lo relevante.

<sup>482</sup> Un elemento adicional a considerar es que los consumidores a veces contratan sin tener experiencia y en algunos casos jamás tendrán experiencia (seguros de

Estamos en presencia de un conjunto de disposiciones normativas, dice Reyes López, “que tiende a proteger al individuo en particular y a la sociedad en general<sup>483</sup>” y citando a De León Arce dice que “se trata de normas asistemáticas que afectan directamente al derecho patrimonial”<sup>484</sup>.

Los consumidores, como sujetos del mercado regulado, son diversos, y en esa diversidad, las políticas públicas y las resoluciones administrativas y judiciales no deberían pecar de precisión y oportunidad.

La protección de los derechos de los niños, los ancianos (o adultos en plenitud) y los enfermos, merece una atención especial por su también especial vulnerabilidad ante determinadas prácticas comerciales que pueden ser calificadas como abusivas, aunque no así para los demás consumidores.

Los derechos del consumidor, al ejercerse frente a un empresario que a veces puede ser de naturaleza pública (paraestatales o empresas del Estado) no los convierte en derechos prestacionales.

Empero, en la medida en que tales derechos son un medio para alcanzar fines coincidentes con derechos prestacionales (salud, medio ambiente, expresiones patrimoniales<sup>485</sup> —vivienda, suministros de Internet, educación privada,

---

vida). En estos casos el Estado debe facilitar la toma de decisiones. ¿Cómo saber si la empresa que elegimos entregará a nuestros herederos la suma asegurada, si cuando ello suceda estaremos muertos?

<sup>483</sup> *Cfr.* Reyes López, María José, *La protección de los derechos de los consumidores y usuarios en la actualidad*, Derecho Privado de Consumo, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2005, p.39.

<sup>484</sup> *Ibidem*.

<sup>485</sup> Los consumidores tienen derecho a la protección de su patrimonio y ello tiene el carácter de derecho humano. Así se ha pronunciado un Tribunal Colegiado como se lee en la Tesis I.3o.C.53 C (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XIV, noviembre de 2012, tomo 3, p. 1846, de rubro y contenido: “CONSUMIDOR. LA OBTENCIÓN DEL MÁXIMO BENEFICIO CON SUS RESERVAS, ES UN DERECHO HUMANO DEL CONSUMIDOR TUTELADO EN EL

---

ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, QUE SE COMPLEMENTA CON LAS DIRECTRICES DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA SU PROTECCIÓN. Las Directrices de la Organización de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, de nueve de abril de mil novecientos ochenta y cinco, contenidas en la resolución 39/248 reconocen implícitamente ciertos derechos, en la medida en que pretende lograr o mantener una protección adecuada de los consumidores, particularmente de quienes se encuentran en los países en desarrollo. Estas directrices atañen a que las modalidades de producción y distribución de bienes y servicios respondan a las necesidades y deseos de los consumidores; instar a los productores de bienes y servicios a que adopten normas éticas de conducta; a crear grupos de defensa del consumidor; promover un consumo sostenible; que en el mercado se den condiciones que den a los contribuyentes una mayor selección a precios más bajos; a poner freno a prácticas comerciales abusivas y a la cooperación internacional en la protección del consumidor, y a un derecho a la información, que se resumen en: A) La protección del consumidor frente a los riesgos de salud y su seguridad. La directiva 11 establece la obligación de los gobiernos de adoptar o fomentar la adopción de medidas apropiadas, incluidos sistemas jurídicos, reglamentaciones de seguridad, normas nacionales o internacionales, y el mantenimiento de registros de seguridad para garantizar que los productos sean inocuos en el uso al que se destinan; que los productores notifiquen de los peligros no previstos que hayan notado con posterioridad a su circulación en el mercado, o de los defectos graves o peligros considerables aun cuando el producto se utilice de manera adecuada, y lo retiren del mercado, reemplazándolo, modificándolo o sustituyéndolo y, en su caso, cuando no fuere posible otorgando una compensación al consumidor. B) Promoción y protección de los derechos económicos de los consumidores. Entendido como el derecho de los consumidores a obtener el máximo beneficio con sus recursos económicos, evitando el empleo de prácticas como la adulteración de alimentos, la comercialización basada en afirmaciones falsas o capciosas y los fraudes en la

---

prestación de servicios. C) El acceso de los consumidores a una información adecuada como obligación gubernamental que, en su caso, permita el conocimiento sobre los efectos en el medio ambiente de las decisiones y comportamiento de los consumidores, así como de las consecuencias que puede tener la modificación de las modalidades de consumo, tomando en consideración la tradición cultural del "pueblo de que se trate"; D) La educación del consumidor. Que debe incluir aspectos como la sanidad, nutrición, prevención de enfermedades transmitidas por los alimentos y su adulteración; peligros de los productos; rotulado de productos; legislación pertinente, forma de obtener compensación y organismos de protección al consumidor; información sobre pesas y medidas, precios, calidad, condiciones para la concesión de crédito y disponibilidad de artículos de primera necesidad, así como utilización eficiente de materiales, energía y agua; E) La compensación efectiva al consumidor, a través de procedimientos oficiales o extraoficiales que sean rápidos, justos, poco costosos y asequibles, facilitando a los consumidores información sobre los procedimientos vigentes para obtenerla y solucionar controversias; F) Asociación de consumidores para defensa de sus intereses; G) La promoción de modalidades sostenibles de consumo, entendido como el conocimiento de que las necesidades de bienes y servicios de las generaciones presentes o futuras se satisfacen de modo tal que "puedan sustentarse desde el punto de vista económico, social y ambiental". Acorde con la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar el derecho humano que subyace en la controversia judicial, el tribunal de amparo tiene facultad para reconocer el valor jurídico interpretativo pro persona a las directrices establecidas por la Organización de las Naciones Unidas, puesto que la Asamblea General de las Naciones Unidas es un órgano formado de representantes de todos los Estados miembros, que expresan una voluntad colectiva respecto a los principios y normas jurídicas que han de regir la conducta de los Estados, a los que no puede permanecer ajeno el tribunal nacional, lo cual trasciende para que garantice una política de competencia tendiente a lograr el óptimo uso o asignación de recursos escasos, tanto a través de la eficiencia en la producción (considerando la relación entre el costo de los

etc.), empiezan a configurarse como unos derechos que deben ser atendidos de una manera más seria.

Como afirma Sunstein, “una buena arquitectura de decisión regula a los reguladores”<sup>486</sup>, por lo que debemos enfocar nuestra atención a la forma en que los distintos entes públicos reguladores, cualquiera sea su naturaleza formal (pero materialmente impactante al mercado), regulen de manera inteligente e innovadora.

Me parece que gran parte de la aversión frente a la regulación se debe al tipo de regulación que se produce, puesto que carece de la más mínima imaginación y racionalidad para orientarse al bienestar general.

Una sociedad consumidora más educada y mejor informada, guiada por la regulación directamente al bienestar, reclama más activamente sus derechos. Es más consciente de su papel en el mercado y el Estado.<sup>487</sup>

---

insumos y su producción final desde la óptica de la empresa) así como desde la posición del consumidor de bienes y servicios, asignándolos de tal manera que ninguno obtenga provecho indebido a costa de otros, pues importa que el Estado, a través de la ley y sus normas reglamentarias, así como el órgano u órganos especializados para regular la competencia económica, y en su caso que tutelen los derechos de los consumidores, establezcan mecanismos y garantías que permitan la entrada de nuevos competidores al mercado; la amenaza de sustitutos; el poder de negociación de los proveedores; el poder de negociación de los consumidores y la rivalidad real entre competidores; y también deben intervenir directamente en los casos en que el daño que se produce sea sustancial para las personas o un sector de la sociedad consumidora.”

<sup>486</sup> Sunstein, Cass R. *Simpler ... cit.*, p. 35.

<sup>487</sup> Por ello, existe el oculto (y oscuro) interés por mantener a la población sin acceso a la educación, pues de lo contrario se pone en riesgo el *status quo* de quienes se han beneficiado.

No se trata de eliminar la *libertad contractual*, en el sentido de decidir qué obligaciones y derechos asumir en un contrato<sup>488</sup>, sino de que dicha decisión esté influenciada (en la terminología de *Nudge*) por la regulación.<sup>489</sup>

*El Roto* ilustró, el 4 de enero de 2001 en su viñeta de *El País*, así la situación del consumidor, aludiendo la conveniencia de silenciarlo más que potencializar sus derechos (y sus garantías):

---

<sup>488</sup> En relación con las obligaciones asumidas, la legislación del consumidor debería contener reglas por *default* (Sunstein, *Simpler*) que protejan sus intereses, aun cuando no realicen acción alguna. En materia de consumidores, es común que de manera ilícita se invierta la regla: si pasado cierto tiempo el consumidor no avisa que no quiere el servicio adicional (la revista o el seguro), se entenderá aceptado. Además de que esto genera menos bienestar y gasto al consumidor, el proceso de salirse es oneroso, pues muchas veces los proveedores tratan de evitar que el consumidor lo logre. Es evidente que la mejor regla sería precisamente la inversa: si el consumidor no avisa que quiere la revista, no se le envía. Y esa provisión se complementarían con otra que dijera que si la sigue enviando, la empresa asume el costo (se trataría de regalos). En suma, se trataría de un tema de diseño normativo enfocado seriamente al bienestar. Ello pone en evidencia que, desde la iniciativa privada, se hace algo de *choice architecture*, aunque enfocado a la utilidad empresarial por encima del bienestar de los consumidores. ¡Habría que girar la tuerca!

<sup>489</sup> El derecho a la información de los consumidores adquiere con esto una renovada vigencia como el pilar de la tutela de los consumidores. Elementos tan simples como la información que se puede dar en una factura de luz o teléfono, o en el etiquetado de alimentos, propiciarían hábitos de consumo que protegieran de manera más adecuada el patrimonio del consumidor. Debemos privilegiar, siempre, la libertad de decisión del consumidor, pero sobre una base de información adecuada, clara y simple. Ahí el Estado tiene mucho por hacer.



La puerta de entrada a muchas situaciones de bienestar, vinculadas íntimamente con derechos prestacionales, es el derecho del consumidor. Si el Estado, desde la CPEUM, protege que las personas tengan acceso a una vivienda<sup>490</sup> digna, en sede el consumidor lo desarrolla con la regulación en materia

---

<sup>490</sup> Los profesores Akerlof y Shiller sostienen, acertadamente, que la vivienda es, para la mayoría, la principal adquisición de su vida, y el consumidor es esencialmente vulnerable y está sujeto a una serie de estafas. Cfr. Akerlof, George y Shiller, Robert. *La economía de la manipulación*. Paidós Empresa, México, 2016, p.145 y ss.

de derecho a la información y contratos de adhesión<sup>491</sup>, al pretender (de manera poco efectiva) desterrar prácticas lesivas de ese derecho.<sup>492</sup>

Lo mismo puede decirse, por ejemplo, del derecho a la salud, cuando es prestado por empresas en ambientes organizados para tal fin. No pretendo afirmar que los profesionales de la medicina son comerciantes, sólo digo que cuando el servicio se presta por conducto de hospitales que buscan un lucro empresarial, al materializarse las relaciones de consumo el Estado debe irradiar su fuerza para preservar los derechos humanos de los consumidores.<sup>493</sup>

---

<sup>491</sup> En un entorno de economía de masas, los contratos de adhesión son de mucha utilidad para las empresas, puesto que no tienen que destinar tiempo a la negociación individual. Es una gran herramienta, pero hay que tener cuidado en su diseño. Algunas Normas Oficiales Mexicanas exigen el registro previo ante la Profeco y otros órganos reguladores o sectoriales. Es un control administrativo del bienestar que producirán al consumidor, en mi terminología. Hay que tener especial cuidado en evitar *default rules* que los consumidores informados no aceptarían. Algunas prácticas comerciales incluyen por *default* cargos por diversos conceptos que el consumidor, por descuido, termina aceptando. En el sector de las aerolíneas, ello acontece en los *websites* de venta de boletos al público.

<sup>492</sup> Nótese que estamos hablando de un derecho prestacional vinculado con actos entre personas que no tienen el carácter de autoridad. Ello implica una transición hacia una nueva concepción en la que los derechos prestacionales están relacionados con la calidad de los contratos en el mercado. El Estado no debe retraerse de su regulación bajo el argumento de que quien lo presta es un particular.

<sup>493</sup> En esa tendencia la Tesis: III.2o.C.95 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXI, mayo de 2005, p. 1537, de rubro y contenido: “RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA DE HOSPITALES, RESPECTO DE LOS PROFESIONISTAS QUE INTEGRAN SU ROL. ESTÁ FUNDADA EN LA PRESUNCIÓN DE CULPA. La circunstancia de que los médicos que laboran en un hospital actúen sin obedecer órdenes del administrador de éste, no hace improcedente la acción intentada contra aquél, como responsable solidario de los

La salud de los consumidores es, desde luego, un tema perteneciente a la incipiente disciplina del Derecho de los Consumidores. La salud tiene diversos aspectos y facetas.

Recientemente han proliferado los programas gubernamentales enfocados a disminuir los índices de obesidad infantil. Me parecería que una manera inteligente de construir bienestar sería, por ejemplo, regular los tamaños de los empaques de los alimentos que se destinan a los menores de 12 años. Dudo que sea más efectiva una política fiscal que grava con mayores impuestos su consumo. El problema no es de precios, sino de accesibilidad.

De igual manera, si en los supermercados se exhiben de manera accesible (más visible, “más a la mano”) cierto tipo de productos (será de esperarse que) su consumo aumentará.

Así acontece por ejemplo en las cajas de los supermercados: a la altura de los niños se ponen todo tipo de atractivos: dulces, chocolates, botanas, etc.

Una arquitectura enfocada hacia la decisión que más beneficie al consumidor, obligaría a acomodar<sup>494</sup> de manera diferente los anaqueles.<sup>495</sup>

---

daños que los profesionistas causen a los pacientes en el desempeño de su labor, pues la responsabilidad del hospital tiene como fundamento la presunción de culpa en la elección de sus encargados u operarios que causen el daño y en la dependencia en que se encuentran respecto de éste, dado que si proporcionan a los médicos una sustancia peligrosa verbigracia, anestesia, ésta, en razón de los efectos que puede llegar a producir, consistentes en la disminución de funciones vitales incidiendo medularmente en el sistema cardiovascular, respiratorio y cerebral, pudiendo producir, en algunos casos, por sus efectos adversos, hipoxia (falta de oxigenación), y si tal efecto le es causado a un paciente, es claro que el hospital debe responder solidariamente por los daños causados por sus operarios.”

<sup>494</sup> Sobre este tema particular coinciden Sunstein -Thaler y Akerlof-Shiller, en *Nudge* y en *La economía de la manipulación*, ambas *op. cit.*

<sup>495</sup> Sin embargo, en México la gran discusión reside en definir a qué dependencia federal le compete regular el tema de la salud. Una vez que lo resuelvan, esperemos

En algunas cadenas de restaurantes de “comida rápida”, al consumidor se le ofrece la opción de hacer “crecer el paquete” (*super size it*, en Inglés). En alguna ocasión, yo acepté la tentadora promoción, y lo que en realidad crece son los alimentos más ricos en grasas y azúcares (los refrescos y las papas fritas), la proteína (la carne o pollo, suponiendo que lo sean) se mantiene del mismo tamaño.

Akerlof y Shiller sostienen que “las papas de bolsa están ahora científicamente diseñadas con las cantidades óptimas de grasa y sal para maximizar sus ventas<sup>496</sup>”. Parece ser que ahí reside una causa del llamado “ambiente obesigénico”.

A eso hay que añadir los ganchos comerciales que se dirigen a los niños para que adquieran paquetes con juguetes incluidos. Una empresa más responsable con el bienestar, diseñaría de otra manera sus ofertas para ese sector tan vulnerable del mercado.

Mientras tanto, el Derecho no puede ser un espectador complaciente. Se requieren talentosas políticas públicas que orienten adecuadamente el consumo.

En EUA, la organización no gubernamental “*Making Health Easier*”, en su página de internet publicó esta gráfica con la que se demuestra como el mercado se ha orientado hacia el ofrecimiento de raciones más grandes de alimentos.

El sitio de Internet es [www.makinghealtheasier.org](http://www.makinghealtheasier.org), y ésta la gráfica:

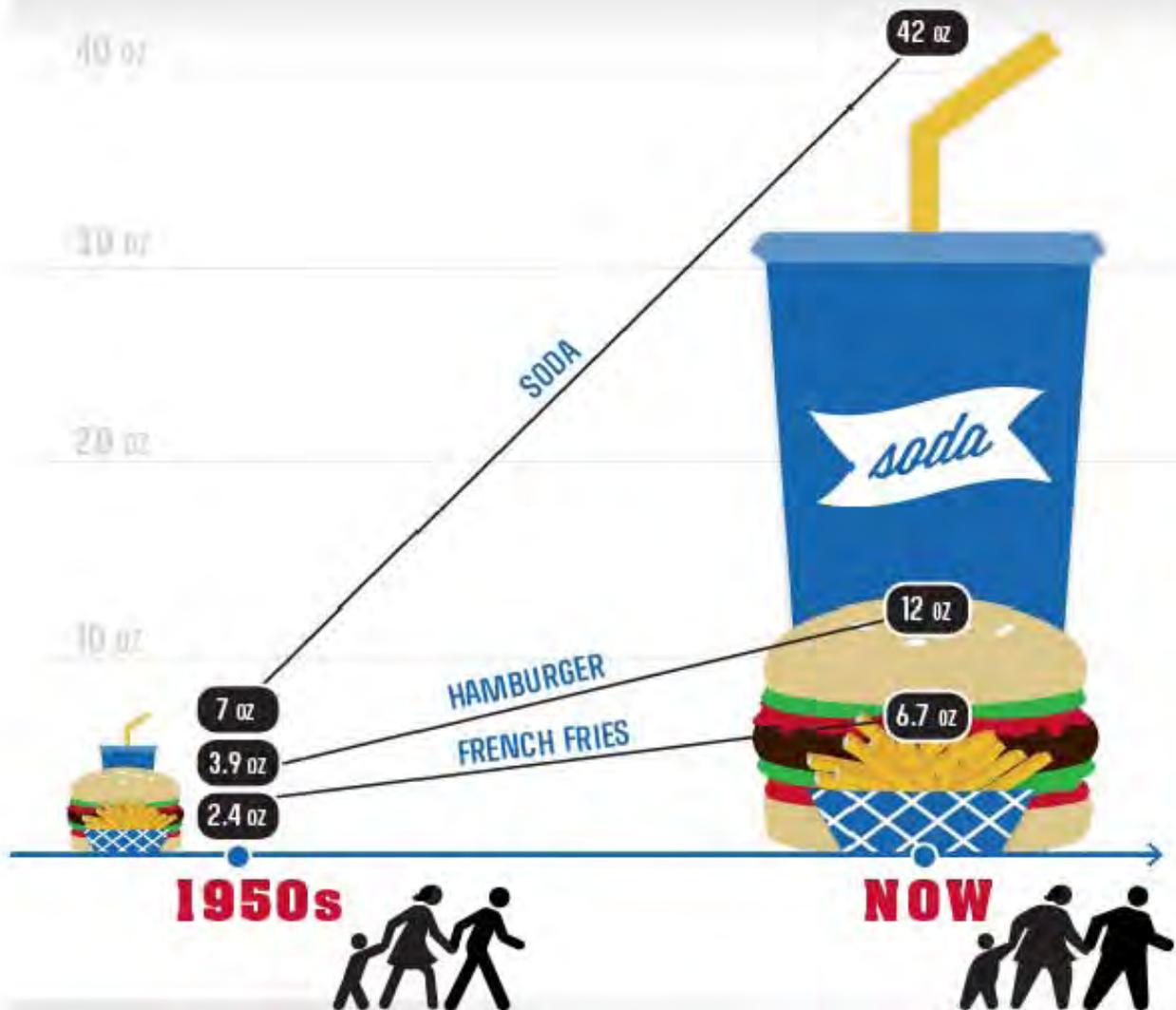
---

que se enfoquen al bienestar de los consumidores. Particularmente, el problema de la obesidad implicará enormes costos sociales y colectivos; se trata de atender un problema de bienestar individual y general.

<sup>496</sup> Cfr. Akerlof, George y Shiller, Robert. *La economía de la manipulación*. Paidós Empresa, México, 2016, p.204.

# THE NEW (AB)NORMAL

Portion sizes have been growing. So have we. The average restaurant meal today is more than four times larger than in the 1950s. And adults are, on average, 26 pounds heavier. If we want to eat healthy, there are things we can do for ourselves and our community. Order the smaller meals on the menu, split a meal with a friend, or eat half and take the rest home. We can also ask the managers at our favorite restaurants to offer smaller meals.



FOR MORE INFORMATION, VISIT  
[MakingHealthEasier.org/TimeToScaleBack](http://MakingHealthEasier.org/TimeToScaleBack)

#### SOURCES

Young, L., & Nestle, M. (2002). The contribution of expanding portion sizes to the US obesity epidemic. *ABM*, 33(2), 246-49.

Young, L., & Nestle, M. (2007). Portion sizes and obesity: Responses of fast food companies. *JPHR*, 21(2), 235-48.

CDC, *Advance Data*, No. 345, Oct. 27, 2004.

CDC, *National Health Statistics Reports*, No. 40, Oct. 12, 2008.

Si la Constitución protege al consumidor, lo hace no por justicia social, sino por su función dentro de la economía de mercado. La falta de comprensión del fenómeno de consumo y del impacto que la regulación tiene sobre la calidad de vida ha propiciado que el repertorio jurisprudencial del Poder Judicial sea, en lo sustantivo, escaso.

Del spot público “regale afecto, no lo compre”, inscrito en un modelo económico proteccionista y paternalista, se debe evolucionar hacia un sistema que estimule el consumo responsable, que privilegie la libertad para contratar, para asumir obligaciones, con base en información adecuada.

La información debe ser “tan adecuada” que el consumidor pueda valorar las consecuencias a largo plazo de sus decisiones, las implicaciones que ellas tendrán en su salud, seguridad y patrimonio.

No se trata de inhibir el consumo. La meta es que en el mercado se produzca y propale información de calidad, que fluya libremente, y que el consumidor tome decisiones que tengan un efecto directo y sostenible sobre su felicidad, al satisfacerle necesidades y minimizarle costos.

Un modelo que privilegie la libertad para decidir, sobre la base de que en el mercado hay información, renuncia a la elaboración normativa prohibicionista (que limita absurdamente la libertad de los empresarios), inspirada en los efectos mediáticos de las sanciones, que no disuaden del incumplimiento (se imponen y debido al ineficiente sistema, no se cobran).

Las prohibiciones deben ser razonables en atención a las conductas que inhiben o estimulan. Sancionar el engaño es bueno.

Sería mejor que no sólo se castigara la inducción al error, sino que se favoreciera que la información disponible en el mercado fuera exhaustiva, clara, sencilla y simple, que facilite al consumidor tomar decisiones superiores que lo sitúen en un mejor nivel de bienestar.<sup>497</sup>

---

<sup>497</sup> En el ITAM, durante el Congreso en Derecho Aeronáutico (28 de agosto de 2014), relaté aquella propuesta que, en 2005, hice desde la Profeco para combatir la práctica publicitaria de anunciar precios incompletos (e indeterminables con la

Al ser la meta el mayor bienestar, el legislador debe incluir reglas predeterminadas que lo fomenten. Las autoridades deben interpretar, como principio general, que las “*default rules*” en los contratos que lesionen el bienestar del consumidor, son abusivas.<sup>498</sup> La cláusula que predetermina que, si el consumidor no cancela un servicio impuesto por el empresario pasado cierto tiempo, éste se declara aceptado, es abusiva.

Similarmente, tan ilícito es mentir respecto de las cualidades terapéuticas de una pomada, que no hacer un *full disclosure* de la información nutrimental de un producto alimenticio.

La política debe estar en la ruta de favorecer que en las obligaciones que asuma, el consumidor tome la mejor decisión y la regla por defecto debe favorecer el mejor cuidado de sus intereses (Constitución, artículo 28). No puedo interpretar de otra manera el mandado constitucional.

En relación con los consumidores y el sistema financiero, en el que existen visos de protección al consumidor —que en el caso mexicano no es del todo certero, ya que, por un lado, la Ley Federal de Protección al Consumidor excluye de su ámbito de protección los servicios regulados por leyes financieras y, por el otro, la

---

información dada) en la venta de boletos de avión. Ante la incertidumbre del monto total a pagar, se lesionaba el derecho a la información del consumidor, se limitaba su derecho a decidir, a comparar entre ofertas y se dañaba su patrimonio. Primero hubo de librar el óxido burocrático. Después, explicarlo a la industria. Con un oficio del procurador (yo lo redacté) se logró modificar el modelo de publicidad que regía. A partir de ahí, la publicidad, no sólo de las aerolíneas, sino del sector turismo, señala: “todos los cargos e impuestos incluidos”. Un gran beneficio para el bolsillo de los mexicanos y a un bajo costo administrativo. En EUA las autoridades hicieron lo mismo en 2011.

<sup>498</sup> En el caso de las aerolíneas, la interpretación se orientó en el sentido de obligarlas a vender al precio incompleto anunciado (regla por defecto). Se protegía al consumidor de manera automática y con el mínimo de esfuerzos y costos.

(mal<sup>499</sup>) llamada Ley para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros define al usuario no en su calidad de consumidor final (que es el sujeto que debe ser tutelado), sino en su calidad de contratante o titular de un derecho frente a una institución financiera<sup>500</sup>—, es palmario que debe acercarse más a las necesidades de la población, que permita a los mexicanos ahorrar (con tasas pasivas efectivas) para tener un retiro digno.

El 18 de enero de 1999, se publicó en el *DOF* la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros (LFPDUSF), con el objeto de proteger y defender los derechos e intereses del público usuario de los servicios financieros, así como regular la organización y funcionamiento de la CONDUSEF<sup>501</sup>.

En dicho momento, ya existía la exclusión del ámbito de aplicación de la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC), sobre los servicios regulados por las comisiones bancaria, de valores, seguros, y fianzas.<sup>502</sup>

Dicha exclusión se mantiene en el texto vigente en 2014, aunque con otras precisiones<sup>503</sup>.

---

<sup>499</sup> Es manifiesta la ausencia casi total de derechos sustantivos en dicha ley. Se trata más bien de una ley de naturaleza orgánica de un organismo descentralizado.

<sup>500</sup> Dicha problemática la he dejado asentada en García Sais, Fernando, “Servicios financieros, acciones colectivas y competencia”, *Revista Mundo del Abogado*, México, julio de 2014.

<sup>501</sup> Soy de la idea de que la aparición de este órgano regulador no ha sido del todo eficaz y que muy probablemente haya estado cooptado durante años, beneficiando más al sector regulado que al tutelado. Un indicador claro de ello es la nula existencia de acciones colectivas, cuando hay tela (y bastante) de donde cortar.

<sup>502</sup> Efectivamente, desde el 25 de diciembre de 1992, entró en vigor la nueva y actual ley del consumidor. Ahí se abrogó la ley que se había publicado el 22 de diciembre de 1975, y que ya contenía excepciones y era inaplicable para “el servicio público de banca y crédito”.

<sup>503</sup> “[...] quedan excluidos los servicios regulados por las leyes financieras que presten las Instituciones y Organizaciones cuya supervisión o vigilancia esté a cargo

Si el efecto de no aplicar la ley del consumidor a los contratos celebrados con las instituciones financieras era el de contar con un organismo especializado en esos temas, ¿debemos concluir que la LFPDUSF es una “ley especial” para los consumidores (usuarios) de servicios financieros? Tengo mis reservas.

Por un lado, al promulgarse la LFPDUSF en 1999, la LFPC definía al consumidor en atención a un rasgo fundamental: el de constituirse como destinatario final de los bienes y servicios.

En ese entonces, la LFPC disponía que no era consumidor quien adquiriera (almacenara, utilizara o consumiera) bienes o servicios con el propósito de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros.<sup>504</sup>

Hoy, en 2014, se sigue protegiendo en exclusiva al consumidor final<sup>505</sup> y, por excepción creada en 2004, al llamado “consumidor intermedio” aunque con una serie de limitaciones (normativas y organizativas) que convierten esa protección en un absurdo jurídico-económico.<sup>506</sup>

---

de las comisiones nacionales Bancaria y de Valores; de Seguros y Fianzas; del Sistema de Ahorro para el Retiro o de cualquier órgano de regulación, de supervisión o de protección y defensa dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.”

<sup>504</sup> La LFPC de 1975 también definió al consumidor equiparándolo al consumidor final, pero en función del uso privado (familiar o doméstico), al decir “a quien contrata, para su utilización, la adquisición, uso o disfrute de bienes o la prestación de servicios”.

<sup>505</sup> Artículo 2, fracción I, ex LFPC: “la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios”.

<sup>506</sup> Efectivamente, el artículo anteriormente citado le da cobertura al consumidor intermedio, sea persona física o moral (y, en este caso, solamente si son microempresas o microindustrias) limitado a los derechos procesales de interponer quejas y denuncias ante la PROFECO. Desde el punto de vista económico, el consumidor intermedio es un verdadero consumidor empresarial. No un destinatario

Con lo anterior, quiero enfatizar que si la LFPDUSF pretendía tutelar a los usuarios de servicios financieros que fueron expulsados del régimen de la LFPC, debió haber definido al “usuario”, respetando los rasgos que los consumidores tienen en nuestro derecho.

Hoy por hoy, el rasgo primordial del consumidor es el de consumir para fines ajenos a las actividades mercantiles o, como decía la LFPC en 1992, para uso privado.

Si un contratante celebra un acto jurídico y el propósito que persigue es obtener un lucro mediante el reingreso al mercado del bien o servicio, no puede ser considerado un consumidor, puesto que no es un destinatario final.

Pero para la LFPUS (en su redacción de 1999), el usuario fue “la persona que contrata o utiliza un producto o servicio financiero ofrecido por alguna Institución Financiera”, y hoy es “la persona que contrata, utiliza o por cualquier otra causa

---

final. De ahí que resulte desacertada la política jurídica de tutelarlos bajo la LFPC, que tiene como finalidad resolver problemas de asimetría informativa en las relaciones *business to consumer* (B2C). Un empresario, por chico o nuevo que sea, es un profesional ante el Derecho; *i.e.*, un experto en el tráfico mercantil. Por lo mismo no puede valerse, por ejemplo, de la lesión como vicio del consentimiento. Por otro lado, considerarlos consumidores (a los intermedios) “únicamente para los casos a que se refieren los artículos 99 y 117 de esta ley” es una sinrazón. ¿Para qué darles un medio sin un derecho sustantivo? Es decir, ¿van a acudir ante la PROFECO a hacer valer derechos mercantiles? Se mete en problemas grandes a la PROFECO, que, si con duras penas tiene la capacidad técnica y operativa para resolver los problemas de aplicación e interpretación de la LFPC, ahora estará resolviendo conflictos y tensiones derivados de contratos mercantiles (típicos y atípicos), que otrora sólo conocían los tribunales jurisdiccionales. Por si ello fuera poco, según una respuesta dada por la PROFECO por conducto del IFAI, no existe registro, desde 2004, de queja alguna por parte de consumidores intermedios. ¿Para qué mantener inutilizada dicha figura en la LFPC?

tenga algún derecho frente a la Institución Financiera como resultado de la operación o servicio prestado”.

Es decir que el énfasis regulatorio pesa sobre lo que se entienda por “institución financiera”, no sobre la finalidad que ese usuario persiga con la celebración del contrato; desde la óptica de la LFPC, éste no merecería tutela si, por poner un caso, el dinero obtenido con el crédito es usado para invertirse en un negocio o cualquier actividad comercial.

Únicamente sería consumidor final el usuario que destinara dicho crédito para fines privados, familiares o domésticos. Ahí la incongruencia legislativa.

Esta asimetría normativa distorsiona el sistema de protección al consumidor. A diferencia de lo que sucede en otros países (como todos los pertenecientes a la Unión Europea), donde consumidores y usuarios de servicios financieros tienen la misma protección legal; en ese sentido, las políticas públicas también son homogéneas en defender que se privilegie, por vía administrativa, a un único organismo público como competente en la materia.

La aplicación práctica de ese disparate teórico se evidencia en el tema de las acciones colectivas. Si de conformidad con el Código Federal de Procedimientos Civiles (artículo 578), “sólo podrán promoverse en materia de *relaciones de consumo* de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente”, no tiene sentido que se haya otorgado legitimación procesal activa a la Condusef (artículo 585, fracción I), pues de conformidad con su ley (LFPDUSF) carece de competencia material al tratarse de relaciones de consumo.

Así se desprende de la definición que se hace de los “usuarios” tutelados y del objeto de la LFPDUSF (artículo 1), que consiste en “la protección y defensa de los derechos e intereses del público usuario de los servicios financieros, que prestan las instituciones públicas, privadas y del sector social debidamente autorizadas, así como regular la organización, procedimientos y funcionamiento de la entidad pública encargada de dichas funciones”.

En ninguno existe una conceptualización de “relaciones de consumo financieras”. Se trata, lisa y llanamente, de relaciones contractuales de naturaleza

mercantil. Su ámbito es el de la contratación, independientemente de su finalidad, en materia financiera.

El artículo 11, V. Bis, de la LFPDUSF, al incorporar la facultad procesal en materia de acciones colectivas, fue más allá de lo que el legislador previó. Aquí se le permite “ejercitar la acción colectiva o asumir la representación de la colectividad de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles, *cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren los derechos e intereses de una colectividad de Usuarios*”; y el exceso legislativo se actualiza: puede ser que los derechos vulnerados de aquellos usuarios no se deriven de una relación jurídica que pueda ser calificada como una relación de consumo.

En el caso (muy lejano, lamentablemente) de que la Condusef intente una acción colectiva, a efecto de garantizar la representación adecuada<sup>507</sup> y la debida integración de la colectividad afectada (tratándose de acciones colectivas en sentido estricto), debería acreditarse que los miembros del grupo sean usuarios que encajan en la definición de *consumidores finales*; de lo contrario, la acción colectiva se estaría aplicando para resolver situaciones ajenas a las relaciones de consumo. Pero, hay algo más: ¿tendrá facultades la Condusef para hacer esa discriminación subjetiva? Me inclino a la duda. Entonces ¿para qué darle legitimación *ad procesum* en materia de acciones colectivas?

El problema, además de pasar inadvertido en la doctrina nacional y en la totalidad de los precedentes judiciales disponibles en el Semanario Judicial de la Federación<sup>508</sup>, debería ser resuelto precisamente con la jurisprudencia, pues la

---

<sup>507</sup> Sobre la innovadora figura procesal, en México, de la “representación adecuada”, remito al capítulo “Adequacy of Representation” pp. 51 y ss, del libro de Klonoff, Robert H., *Class Actions and Other Multi-Party Litigation*, Thomson West, USA, 2007.

<sup>508</sup> Una búsqueda en el Semanario Judicial de la Federación (antes IUS) de la voz “usuario\* servicio\* financiero\*” arroja (al 30 de abril de 2014) un total de 108 tesis, de las cuales más de la mitad se refieren a cuestiones procesales, procedencias,

situación de los consumidores financieros es la peor de todas, a pesar de la aparente sinonimia con el consumidor que algunas tesis aisladas han empezado a dibujar.<sup>509</sup>

Por otro lado, si revisamos el texto vigente de la LFPUSF, encontraremos la poca presencia de derechos sustantivos, a pesar de que el artículo 3º parece

---

medios de defensa ordinarios, laudos, principio de definitividad y amparo, etc. No existe un desarrollo en lo que a derechos sustantivos se refiere.

<sup>509</sup> Dentro del repertorio jurisprudencial hay un grupo de tesis que, sin más, se decantan por determinar que los usuarios de servicios financieros son consumidores y les hacen aplicables los derechos de la LFPC. Entre ellas cito la que lleva por rubro “CONSUMIDOR O USUARIO DE SERVICIOS FINANCIEROS. EL ACCESO AL MERCADO EN CONDICIONES DE LIBRE COMPETENCIA Y CONCURRENCIA, ES UN DERECHO HUMANO PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 28, PÁRRAFOS PRIMERO Y SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”. *Cfr.*, Tesis: I.3o.C.51 C (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XIV, noviembre de 2012, tomo 3, p. 1848, que expresamente dice: “Una forma de garantizar que la relación entre los usuarios de los servicios financieros y las instituciones respectivas pueda garantizar condiciones de profesionalismo, equidad y legalidad, son las normas de derechos humanos que se encuentran contenidas en el artículo 28 constitucional y en los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano.” [...] “Con esa prohibición, lo que se reconoce implícitamente es un derecho humano de la persona en su vertiente de consumidor frente al abuso de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que impidan la libre competencia y la libre concurrencia en el mercado que tenga como finalidad generar una ventaja en perjuicio de las demás personas, determinadas o indeterminadas. Es decir, el Constituyente parte del hecho de que existe una desigualdad en el mercado que es necesario atemperar y sobre todo que debe protegerse al consumidor como una parte débil de la relación económica [...]”.

prometer un listado importante de ellos al decir, como no pocas leyes, que “los derechos que otorga la presente Ley son irrenunciables”.<sup>510</sup>

En ausencia de derechos sustantivos, los magistrados han tenido que hacer malabares interpretativos y empezado a incorporar, a los conflictos cubiertos con la LFPDUSF, derechos propios del consumidor.

Es el caso de los derivados de la figura de la integración publicitaria de los contratos, que es una reacción legislativa contra el engaño publicitario, haciendo una aplicación de los principios clásicos de interpretación contra el estipulante (*contra stipulatorem o contra proferentem*) y en favor de la parte más débil (*pro debilis*).<sup>511</sup>

---

<sup>510</sup> El artículo 5º prevé el establecimiento de programas educativos; el artículo 8º, una base de datos de comisiones y el registro de usuarios que no deseen que su información sea utilizada con fines mercadotécnicos y publicitarios; el 8 Bis, el Buró de Entidades Financieras; artículo 51, información a los usuarios; 56 bis, régimen de los contratos de adhesión y cláusulas abusivas. Ahí acaba el listado.

<sup>511</sup> Así la tesis “TARJETAS DE CRÉDITO. APLICACIÓN DE LAS TEORÍAS DEL CONTRATANTE DÉBIL Y DE PUBLICIDAD EN FASE PRECONTRACTUAL PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD EMISORA”, Véase, Tesis: I.4o.C.193 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXXI, enero de 2010 p. 2241, que aboga, en lo relativo a la emisión de una tarjeta de crédito, por una regulación normativa de los límites del emisor/empresario (institución bancaria) frente al usuario/derechohabiente (consumidor), en medida que ayuden a tutelar los derechos contractuales del segundo. Dichas normas se convierten en la salvaguarda de la libertad contractual, pues buscan las condiciones que propicien un mayor bienestar para el consumidor, a menuda en circunstancias desfavorables (de *debilidad*) frente al empresario. Lo anterior fincado en lo que establecen los artículos 32, 37, 42 y 85 de la Ley Federal de Protección al Consumidor y en los artículos 56 y 57 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, relativos a eliminar prácticas abusivas

A manera de conclusión, sostengo que es necesaria en México una política legislativa que resuelva los problemas normativos que identifiqué para avanzar, en serio, en la tutela de los usuarios de servicios financieros, sobre la base de que solamente aquellos que puedan ser calificados como consumidores finales sean destinatarios de la protección excepcional que el Derecho les dispensa.<sup>512</sup>

---

derivadas de la información inexacta en la frase precontractual, entre otras minucias.

<sup>512</sup> En un reciente artículo, Joseph E. Stiglitz, premio Nobel de Economía, refiere conclusiones que soportan mis afirmaciones y que desde luego comparto: a) Si aumenta el poder monopólico o las empresas (como por ejemplo los bancos) desarrollan mejores métodos para la explotación de los consumidores comunes, ello se mostrará como mayores ganancias y, cuando dichas ganancias se capitalizan, se mostrarán como un aumento en la riqueza financiera. b) No obstante, cuando lo anteriormente detallado sucede, el bienestar social y la eficiencia económica caen incluso de manera simultánea a un aumento oficial en la riqueza medida. Nosotros simplemente no tomamos en cuenta la disminución correspondiente al valor del capital humano —es decir, no tomamos en cuenta la disminución de la riqueza de los trabajadores. c) Lo que hemos estado observando —estancamiento de los salarios e incremento en la desigualdad, incluso a medida que la riqueza aumenta— no refleja el funcionamiento de una economía de mercado que se considera como normal, sino que refleja lo que denomina como “capitalismo sucedáneo” (en inglés *ersatz capitalism*). El problema puede no ser cómo los mercados *deberían* funcionar o cómo funcionan, sino que puede ubicarse en nuestro sistema político, mismo que no ha logrado garantizar que los mercados sean competitivos, además de diseñar reglas que sustentan mercados distorsionados en los que las corporaciones y los ricos pueden (y por desgracia así lo hacen) explotar a todos los demás. *Cfr.* <http://www.project-syndicate.org/commentary/joseph-e--stiglitz-blames-rising-inequality-on-an-ersatz-form-of-capitalism-that-benefits-only-the-rich/spanish#bCUO7j3g1cs9VDfY.99>

Uno de los grandes efectos de las acciones colectivas es el poder disuasorio de conductas empresariales abusivas, que afectan tanto a los consumidores como a los competidores.

En un modelo normativo tan defectuoso como el nuestro, dichos procesos colectivos distan mucho de ser útiles para lograr erradicar vicios e incentivar la competencia, la participación en el mercado de nuevos jugadores —expulsando a los malos— y mercados más eficientes, o para la fuerza de la jurisprudencia obligue a adoptar conductas con hábitos sanos hacia el mercado.<sup>513</sup>

A la vez, considero oportuno abrir el debate y la reflexión en torno al diseño administrativo para canalizar las tensiones en ese sector, pues el desaseo normativo y la falta de contundencia en la política legislativa, en nada abonan al fortalecimiento de los derechos de los consumidores financieros, sobre todo si se toma en serio el interés de la Constitución porque el mercado (entre ellos el financiero) goce de eficiencia para favorecer condiciones de competencia; es decir, mayor bienestar de la población.

En el caso mexicano, dado los altos niveles de concentración<sup>514</sup> (no necesariamente maligno para el consumidor) derivados de una falta de competencia

---

<sup>513</sup> A la fecha, tras cerca de 4 años de vigencia de las acciones colectivas, no se tiene registro de que se haya tramitado alguna en materia de servicios financieros.

<sup>514</sup> Según el Banco de México, la concentración bancaria en México, medida en términos de activos, ha permanecido relativamente estable a lo largo de las últimas décadas, con repuntes transitorios durante la época de la banca nacionalizada (1982-1989) y los años de alta entrada de inversión extranjera al sector (2000-2002). El Índice de concentración Herfindahl-Hirschman se ha mantenido en alrededor de 1,500 puntos, siempre por debajo del nivel de referencia de 2,000 puntos. Estos niveles del índice son comunes en el contexto internacional. El crédito otorgado típicamente representa entre 40% y 60% de los activos de la banca. Por lo tanto, la concentración del crédito bancario refleja de manera directa la concentración de los activos de la banca. Sin embargo, el índice Herfindahl-Hirschman es más alto para el crédito al consumo y a la vivienda. Esto se debe a que, aunque los bancos más

(sí maligna) tanto en sectores económicos como por tipo de créditos, propicia que los consumidores tengan tasas de interés altas, servicios de mala calidad y difícil acceso a ciertos productos.

Al respecto, Banxico reconoce que “sería deseable que la competencia se intensifique y que las tasas de los clientes más cumplidos tiendan a descender”.<sup>515</sup>

Si bien es cierto que, como dice reciente informe del Banco de México, “la evaluación de la competencia en el sector financiero es compleja porque, por un lado, el sistema está compuesto por diversos mercados en los que las instituciones ofrecen servicios de depósito, distintos tipos de créditos, y otros servicios a individuos y empresas”, también lo es que “en todos los sectores de la economía, una competencia más intensa se traduce en aumentos en eficiencia, menores

---

grandes del sistema son jugadores importantes en todos los mercados de crédito, otros bancos más pequeños se especializan en tipos de crédito particulares. Al considerar la cartera de crédito total, la presencia de bancos especializados da la apariencia de un mercado de crédito relativamente fragmentado. Sin embargo, al considerar sólo ciertos tipos de crédito, el número de participantes se minimiza. En efecto, la concentración en los tipos de crédito relativos al consumo (tarjetas de crédito, por ejemplo) es aún mayor a la del crédito en general. Asimismo, es importante tener un dato contextual: la Comisión Federal de Competencia (antes de la reforma constitucional de 2013, que le dio autonomía constitucional) ha establecido límites del Índice de concentración Herfindahl-Hirschman (IHH) para autorizar una fusión. El nivel resultante debe ser menor a 2,000 puntos, o el incremento menor a 75 puntos Cfr. <http://www.banxico.org.mx/publicaciones-y-discursos/publicaciones/informes-periodicos/reporte-sobre-las-condiciones-de-competencia-en-lo/%7B32337A40-0984-B48B-621E-93CE4104806A%7D.pdf>.

<sup>515</sup> Una de las razones que justifica las tasas de interés alta, es el riesgo derivado del cobro de los créditos. En ese sentido, para que los consumidores tengan tasas más bajas, deben instrumentarse reformas que hagan que los procedimientos jurídicos tendientes al cobro de créditos y ejecución de garantías sean más eficientes, lo que abarataría el costo de financiamiento.

precios, más variedad de productos y, en general, produce mejoras en el bienestar de la población”.<sup>516</sup>

Hoy, la gran brecha entre instituciones financieras y consumidores permite prácticas monopólicas y abusos que, de tener herramientas jurídicas adecuadas, se resolverían con efectos colectivos y difusos a bajo costo, con más eficiencia de la que muchas veces logran las resoluciones administrativas de los reguladores.

Quizá porque la experiencia enseña que en algunos sectores de la actividad económica el abuso es regla, acaso derivado de la falta de auténtica y efectiva competencia, *El Roto* empuña de nuevo su pluma:



La relación del sistema financiero con la dignidad de las personas es de suma importancia.

A través de dicho sistema se pueden resolver muchos de los problemas sociales de la actualidad: el de la vivienda, o, en materia de inversión, se puede lograr la materialización de proyectos innovadores (con todos sus beneficios

---

<sup>516</sup> <http://www.banxico.org.mx/publicaciones-y-discursos/publicaciones/informes-periodicos/reporte-sobre-las-condiciones-de-competencia-en-lo/%7B32337A40-0984-B48B-621E-93CE4104806A%7D.pdf>.

sociales y económicos) en las regiones del país más alejadas del centro de la capital política.

La aplicación de los elementos anteriores es de gran utilidad para desprender ricas conclusiones en materia de tutela de los consumidores, particularmente frente al engaño.

En efecto, si los consumidores (ese eslabón *más débil* en el mercado), tuviesen toda la información necesaria para tomar una decisión, no habría lugar para el engaño o la sorpresa, se eliminaría la incertidumbre y el empresario no podría, consecuentemente, sacar una ventaja de tal condición<sup>517</sup>.

Se ha dicho, también, que la tutela por parte del Estado hacia los consumidores reside en su inferioridad, (económica, asociativa o de poder) frente a los grandes empresarios. No concuerdo, pues además de simplista es *contra fáctica*. Por lo demás, pasa por alto elementales principios de economía y derecho presentes en la tesis que postulo de la asimetría informativa<sup>518</sup>.

---

<sup>517</sup> *Cfr.* Reyes López, María José, La protección de los derechos de los consumidores y usuarios en la actualidad, Derecho Privado de Consumo, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2005, p.21. Sostiene que “fueron dictándose normas con la finalidad de impedir [...] la creación de condiciones ambientales que hicieran perder al consumidor la conciencia de sus necesidades, induciéndolo a un consumo desmesurado mediante ofertas previas o simultáneas a la compra, realizadas de manera que directa o indirectamente falseasen la calidad, las cualidades... o simplemente aportasen una información no veraz respecto a la utilidad esperada del bien o servicio ofertado.”

<sup>518</sup> Respecto de la asimetría informativa, Sunstein aporta datos complementarios: “la gente aprende de con quien interactúa; una interacción limitada, garantiza una información limitada” Ello es relevante pues en los estratos más bajos de la sociedad, caracterizados por menores niveles de información, se forman círculos viciosos de información. Incluso en los niveles más altos, educativamente hablando, la información siempre es limitada. *Cfr.* Sunstein, *Simpler...*, cit., p. 149.

No pretendo, aquí y ahora, profundizar en esta interesante discusión, sino aplicar los postulados de que, para elevar los niveles de bienestar de los consumidores, deben estimularse políticas públicas que, con base en el derecho a la información, incentiven la adquisición de bienes y servicios adecuados para dicho fin.

Esto es, como se documenta en “*Two recommendations on the Pursuit of Happiness*”, si los reportes de “*happiness and life satisfaction*” muestran un estancamiento, y que los consumidores dejamos de sentir satisfacción por los bienes que adquirimos pasado cierto tiempo, ¿cómo lograr que los consumidores finales hagamos un consumo al que no nos adaptemos fácilmente?

Al respecto, sobre las comunicaciones comerciales hacia los consumidores (publicidad), una política pública amplia, completa e inteligente sería —más que limitarse a prohibir los métodos engañosos y abusivos, que todos coincidimos deben ser expulsados del comercio— propiciar que los operadores comerciales compitan para dar más y mejor información respecto de las bondades y beneficios (repercusiones directas al bienestar) que se tendrán de consumir sus productos y servicios.<sup>519</sup>

Si los consumidores tienen serias dificultades para hacerse de información, identificar cuál es relevante y cuál no, es comprensible lo complejo de tomar una decisión “racional” (en el sentido de cercana al bienestar) de consumo.<sup>520</sup> A ello

---

<sup>519</sup> De manera curiosa, la publicidad comparativa está permitida en México, pero es poco usada. Las reglas (quizá no escritas) entre los empresarios propician que la comparación entre productos y servicios sea relegada por otras técnicas que no producen bienestar. La comparación mal hecha (no se mencionan expresamente marcas rivales ni productos comparados) es engañosa, pero se realiza.

<sup>520</sup> Hay instituciones del Derecho del Consumidor sumamente útiles para paliar los perniciosos efectos de la publicidad engañosa. No me refiero a las sanciones administrativas (multas económicas) ni a las medidas cautelares de naturaleza intraprocesal (como la orden de suspensión publicitaria), sino a la figura de la integración publicitaria del contrato, conforme a la cual se obliga a quien anuncia a

---

cumplir con lo prometido (o sugerido) en su publicidad. Es el control contractual al engaño. A ello, en los juicios en estricto sentido, habría que agregar la indemnización al interés contractual positivo para compensar la falta de llevar al consumidor a la situación de bienestar prometida y que él, en su fuero interno, incorporó como un resultado natural de la contratación. Un buen ejemplo es el anuncio de un “producto milagro” que alega la eliminación de cicatrices, bajar de peso, salida del cabello, fin de la disfunción eréctil, entre otros; en términos económicos el planteamiento es: si el consumidor tiene una utilidad de su rostro de 60% (el 40% perdido es por la cicatriz) y el anunciante promete eliminar la cicatriz, estaría regresando al consumidor al 100% de utilidad. Pero como la promesa publicitaria, integrada al contrato, no se cumple, dicho umbral debe ser indemnizable. Sobre esa figura, véanse los artículos 37 y 42 de la Ley Federal de Protección al Consumidor. De aplicarse así, es previsible que desaparezca el engaño tan notorio de los productos milagro, en el que los consumidores destinan grandes porciones de su ahorro privado, afectando su calidad de vida. Mientras tanto, el Estado tolera este desplazamiento ilícito de la riqueza. Al respecto, recuérdese el caso de las Píldoras Pinkham (Nueva York, 1880): “cuando Daniel Pinkham [...] se dio cuenta de que las mujeres de la ciudad estaban muy preocupadas por los problemas del riñón, escribió a casa para que los añadieran a la lista de achaques que aliviaban las Píldoras Pinkham, propiedad de la familia, lo que se favoreció en la industria farmacéutica de Estados Unidos, antes de que hubiera una regulación federal.” Si bien es cierto que la regulación es necesaria, también lo es que los regulados pueden cooptar al regulador. Sobre el caso de las Píldoras Pinkham, *Cfr.* Akerlof, George y Shiller, Robert. *La economía de la manipulación*. Paidós Empresa, México, 2016, pp .26-27.

habría que agregar que dicho proceso se torna mucho más complejo en un ambiente de engaño publicitario y prácticas abusivas<sup>521</sup>, que por lo demás ya están prohibidas.<sup>522</sup>

Decidir bien significará mayor bienestar, personal y familiar, con su efecto en el componente social.

Un entorno que propicie buenas decisiones protegerá también otros derechos del consumidor, como puede ser el derecho a su protección patrimonial, a la salud, a consumir bienes y servicios “amigables” con el medio ambiente, y así sucesivamente.

Se advierte, así, un tránsito del bienestar individual al bienestar colectivo.<sup>523</sup>

---

<sup>521</sup> “Las normas relativas a seguridad, efectividad y prescripciones de fármacos hicieron de la industria farmacéutica un terreno de juego para manipuladores. Para ampliar sobre la argumentación *Cfr. Ibídem*, p.199.

<sup>522</sup> Llama la atención la poca doctrina jurisprudencial en materia de publicidad engañosa. Tras una consulta, el 19 de agosto de 2014, en el Semanario Judicial de la Federación, tras teclear “*engañ\* publi\**”, el sistema arroja trece precedentes: de ellos, solamente nueve tienen que ver con el tema del consumidor. Cuatro de ellos en relación con marcas y propiedad intelectual, y cinco en materia de la ley del consumidor. De estos cinco, las tesis son muy superficiales y demuestran que los litigios habidos se han centrado en cuestiones de la misma naturaleza. Así, por ejemplo, el precedente que analiza si la expresión “aplican restricciones” es engañosa al no decir en qué consisten esas restricciones, podría ser el “gran criterio sustantivo” en torno a la problemática; lo cual me parece a todas luces insuficiente e incongruente con la realidad comercial, en que las diversas estrategias publicitarias utilizan varias modalidades de engaño (publicidad parasitaria o adhesiva, publicidad encubierta, etc.).

<sup>523</sup> En el caso de las ventas a domicilio, mediatas o indirectas, hay otro ejemplo de la manera en que el legislador ha pretendido garantizar que el consumidor escoja bien. En el artículo 56 de la Ley Federal de Protección al Consumidor se otorga el beneficio jurídico de dejar sin efectos las transacciones efectuadas a distancia

Una de las técnicas publicitarias más útiles que hay, es la de la comparación. Si por medio de la publicidad comparativa los consumidores reciben más y mejor información, el Estado debería propiciar este tipo de comunicación comercial.

Los aliados de este método serían los empresarios con algún producto (bien o servicio) valioso y que, en virtud de un proceso de competencia y libre concurrencia, quieren posicionar en el mercado, valiéndose de señalamientos objetivos (y, por ende, comprobables) de las bondades supremas de su producto en relación con el comparado.

Como referí, el análisis económico del derecho nos permite advertir que el consumidor optará por el producto que sea más útil (en su globalidad funcional y relacional costo-beneficio).

Al final, intercambiar una suma de dinero por un producto debe llevar al consumidor a una situación de bienestar equivalente al valor del dinero invertido e, idealmente, a una situación superior al valor agregado.

---

después de cinco días, contados a partir –de lo último que suceda— de la firma del contrato (y su entrega material al consumidor) y la recepción del producto. Aquí, la *ratio legis*, se centra en que el consumidor por un lado tenga en su poder toda la información de la operación (por eso se exige entrega del contrato) y constante que el producto se asemeja a lo anunciado. De no ser así, lo puede regresar sin responsabilidad alguna. Esta disposición, en su conjunto, es sumamente interesante y no está exenta de problemas de aplicación puesto que no distingue del tipo o naturaleza de bienes y servicios como si lo hace su equivalente en la Unión Europea. Además, no contiene una regulación de cómo hacer valer el derecho de revocación. Hay un último problema: no prevé un plazo máximo para la postergación del perfeccionamiento del contrato, de tal manera que se tornará eterno mientras el empresario no cumpla con ambas obligaciones (entregar el contrato y el bien, generalmente la primera de ellas se posterga indefinidamente). La ley española, siguiendo a la directiva europea, deja dicho plazo máximo en tres meses.

En un mercado de agentes económicos con tanto poder sustancial, en el que las prácticas monopólicas (absolutas y relativas) y las concentraciones ilícitas son predominantes, y con un inadecuado sistema de tutela del consumidor, la posición de los consumidores es la más lamentable de todas.<sup>524</sup>

El Estado debería (siguiendo al “paternalismo libertario” expuesto en *Nudge*) guiar a los ciudadanos (concepto más amplio que el de consumidor, pero útil) a una decisión más acorde al bienestar.

Es decir, por ejemplo, la norma que dispone que en los contratos de adhesión de casas-habitación se debe informar mínimamente al consumidor de determinados aspectos, debería ir más allá y obligar al empresario a informar respecto de una serie de factores y circunstancias que rodean al producto ofrecido (datos útiles y adecuados de servicios públicos, conectividad local y transportación, seguridad, situaciones medioambientales relacionadas con contaminantes, disponibilidad y calidad del agua potable, etc.)

Siguiendo de cerca las interesantes aportaciones de Christopher Hsee (*et al.*), esta tesis lleva a los legisladores, y a quienes hacen políticas públicas (y empresariales), a tomar un papel constructivo para apoyar “*adaptation-resistant improvements*” y no “*adaptation-prone improvements*”. Es indudable que los gobiernos deben fijar políticas públicas para que los empresarios hagan lo mismo.<sup>525</sup>

Como ha señalado Angus Deaton, la “adaptación” es un aspecto que tomar en cuenta: la gente puede decir que está feliz simplemente porque se ha

---

<sup>524</sup> Nuevamente, no pretendo hacer una tesis respecto de cómo mejorar el sistema, aunque sí señalaré que el predominante carácter político de la justicia administrativa del consumidor (a través de un organismo descentralizado, sin autonomía, con pobre capacidad técnica y recursos humanos poco profesionalizados, como es la deteriorada Administración Pública Federal), ha ido relegando la política de protección al consumidor a un asunto tan burocrático que, aquello que en los años setenta se pensó “política innovadora”, hoy representa un retraso sensible.

acostumbrado a circunstancias desesperantes de vida.<sup>526</sup> Y, en ese proceso de adaptación, me parece que puede haber fenómenos externos, como los medios de comunicación, para que la gente se crea más feliz de lo que realmente es.

Para ilustrar el poder de los medios de comunicación (además de lo ya expuesto anteriormente relativo a la publicidad sobre el uso del tabaco), entra a colación otra viñeta de *El Roto* (19 de marzo de 2001, *El País*); para mayor claridad, un *minarete* es una torre en las mezquitas, desde donde se convoca a los musulmanes en las horas de oración.



El Estado podría vencer esas dificultades, como sugiere Sunstein, si tuviera acceso real a la información del bienestar personal.<sup>527</sup> Además, desde el punto de vista humano, no todas las personas son igualmente sensibles en términos de resiliencia; esto es, responder a la pregunta de qué tan flexibles somos ante situaciones límite y qué capacidad tenemos para sobreponernos a ellas, es un elemento del que pueden “echar mano” (permítaseme la expresión) los jueces al momento de determinar la magnitud de una indemnización.

<sup>526</sup> Deaton, Angus. *The Great Escape. Health, Wealth, and the origins of inequality*, Princeton University Press, 2013, pp. 11 y ss.

<sup>527</sup> Véase Sunstein, Cass R. *Illusory ...*, cit., pp. 163 y ss.

Dado que las personas, dice el autor, solemos exagerar la magnitud del daño que sufrimos ante los eventos que los producen, las demandas judiciales no son coincidentes con la verdadera magnitud de tales daños (*hedonic forecasting errors*), y nos enfrentamos a negligencia de las personas de adaptarse a las nuevas situaciones adversas (*adaptation neglect*).<sup>528</sup>

Hay un tipo de molestias (o daños) a las cuales las personas no se adaptan<sup>529</sup> o no se adaptan fácilmente<sup>530</sup>. Por ejemplo, el ruido que no deja dormir, y que puede

---

<sup>528</sup> (i) Ello conduce a concluir que “Si la gente común comete errores al pronosticar los efectos que tendrán sobre sus propias vidas los eventos adversos, es justo pensar que los jurados (y los jueces) cometerán errores similares al evaluar los efectos de dichos eventos sobre los demandantes, especialmente cuando proyectan pérdidas futuras. Los errores del “juicio hedónico” probablemente afectarán a cuantos estén involucrados en el sistema legal, pero también a la gente común. Como veremos, el mismo argumento aplica a los hacedores de políticas públicas, incluidos los reguladores”. Cfr. Sunstein, Cass R. *Illusory ...*, *cit.*, pp. 168-169. (ii) El problema, para el sistema jurídico, es doble: los jurados y los jueces casi siempre padecen de “*adaptation neglect*” y se concentran, para asignar la indemnización, en la pérdida en cuestión (*Ibidem*, p. 173), y, al mismo tiempo corren el riesgo de infravalorar los daños. Por ejemplo, en materia de ruidos, un reclamo de que al actor le duele la cabeza pudiera ser calificado como menor, cuando el dolor es severo y permanente. *Ibidem*, p. 175

<sup>529</sup> De acuerdo a Sunstein, la adaptación es un fenómeno que explica cómo eventos adversos tienen poco efecto en el bienestar de las personas. Precisamente, la adaptación, dice, explica por qué la gente se equivoca en sus “*hedonic forecasts*” en relación con, por ejemplo, las enfermedades. El análisis de “*adaptive preferences*” ha probado su utilidad en el Derecho, Economía, Ciencias Políticas y Filosofía, aunque todavía carecemos de un adecuado entendimiento de su mecanismo. *Ibidem*, pp. 169-170.

<sup>530</sup> El concepto de “*hedonic adaptation*” se refiere al ajuste, en términos de bienestar, que asegura, de manera inesperada, pérdidas limitadas. *Ibidem*, p. 170.

provenir de diversas fuentes: vecinos que hacen fiestas nocturnas, elevadores en edificios, ambulancias y vehículos que circulan. Existen estudios que reportan daños fisiológicos en niños expuestos a este tipo de ruidos, en quienes se han identificado diversos trastornos del sueño o de la conducta. De acuerdo con Sunstein “los ruidos desagradables reducen el disfrute de la vida y lo hace por periodos continuas de tiempo”.

Los ruidos son materia de las legislaciones civiles y ambientales. Los litigios correspondientes son de la misma naturaleza, y corresponden a la competencia de los tribunales comunes.

No tengo acceso a resoluciones sobre dichos temas, sin embargo, en el ámbito de la jurisprudencia extranjera, tanto de los Estados Unidos de América como de Europa (particularmente en España) hay interesantes criterios. Incluso, algunas comunidades autónomas como Cataluña y Navarra (en España) han promulgado leyes para regular la responsabilidad civil en los casos de inmisiones de inmueble a inmueble<sup>531</sup>.

Por otra parte, los consumidores tienen derecho a recibir información adecuada sobre los efectos que causan los productos que adquirieron (o adquirirán) a su entorno, al medio ambiente. Los consumidores están interesados en contaminar menos. El derecho de todos a tener un medio ambiente sano depende de actos del Estado, sí, pero también de actos de los privados.

Todos necesitamos de agua y de electricidad en nuestros hogares. A reserva de que el uso racional de tales productos nos generará ahorro patrimonial, cuidará paralelamente el medio ambiente.

En EUA se implementó, por la administración de Obama, un programa denominado “Green Button”, por medio del cual los usuarios de electricidad pueden

---

<sup>531</sup> Sobre las inmisiones y casos resueltos en tribunales en España, véanse los estudios de Díaz Romero, María del Rosario, *La Protección Jurídico-Civil de la Propiedad frente a las Inmisiones*, Civitas, Madrid, 2003; y Egea Fernández, Joan, *Acción Negatoria, Inmisiones y Defensa de la Propiedad*, Madrid, Marcial Pons, 1994.

consultar en tiempo real, en sus computadoras, cuál es su consumo de electricidad, cómo se compara con el que hacen sus vecinos y cuánto están gastando de más en comparación. Este tipo de políticas inducen a ahorros patrimoniales considerables y al mejor cuidado de los recursos naturales. Similares regulaciones pueden hacerse para medir el consumo del agua, sobre todo considerando que cuando el recibo llega al domicilio, lo hace con un mes o dos de retraso. Lo ideal sería que un consumidor tuviera información en tiempo real para tomar mejores decisiones. Poco sirve que, tras dos meses de consumo, llegue un recibo con un alto costo y, además, sin información útil y relevante para el usuario. La información tiene más efecto que el cobro de tarifas altas por el consumo.<sup>532</sup>

La interferencia de los derechos del consumidor con los derechos a la salud y al medio ambiente, han sido desarrollados atinadamente en una tesis aislada de los Tribunales Colegiados<sup>533</sup>, de 2012, a partir de una interpretación del artículo 28 de la CPEUM, considerando las Directrices de la ONU.

Recordemos que el artículo 28 constitucional establece, en su tercer párrafo, último enunciado, que la ley debe buscar la organización de los consumidores y el mejor cuidado de sus intereses.

Las Directrices de la Organización de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, de 9 de abril de 1985, contenidas en la resolución 39/248, reconocen (siguiendo lo dicho en la tesis) que las modalidades de producción y distribución de bienes y servicios deben responder:

- (i) A las necesidades y deseos de los consumidores;
- (ii) Instar a los productores de bienes y servicios a que adopten normas éticas de conducta;
- (iii) A crear grupos de defensa del consumidor;

---

<sup>532</sup> Si a ello le sumamos que la población desconfía seriamente de las mediciones que utilizan los proveedores de tales servicios, existen pocos incentivos para racionalizar los consumos de agua y electricidad.

<sup>533</sup> Tesis: I.3o.C.53 C (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Décima Época, Libro XIV, noviembre de 2012, Tomo 3, p. 1846.

- (iv) Promover un consumo sostenible;
- (v) Que en el mercado se den condiciones que den a los contribuyentes [consumidores] una mayor selección a precios más bajos;
- (vi) A poner freno a prácticas comerciales abusivas,
- (vii) A la cooperación internacional en la protección del consumidor, y
- (viii) A un derecho a la información.

La tesis aborda otro aspecto importante: la relación entre derecho de los consumidores y derecho de la competencia económica, al decir acertadamente que:

“para que garantice una política de competencia tendiente a lograr el óptimo uso o asignación de recursos escasos, tanto a través de la eficiencia en la producción, considerando la relación entre el costo de los insumos y su producción final desde la óptica de la empresa; como desde la posición del consumidor de bienes y servicios, asignándolos de tal manera que ninguno obtenga provecho indebido a costa de otros, pues importa que el Estado a través de la ley y sus normas reglamentarias, así como el órgano u órganos especializados para regular la competencia económica, y en su caso que tutelen los derechos de los consumidores establezcan mecanismos y garantías que permitan la entrada de nuevos competidores al mercado; la amenaza de sustitutos; el poder de negociación de los proveedores; el poder de negociación de los consumidores y la rivalidad real entre competidores; y también deben intervenir directamente en los casos en que el daño que se produce sea sustancial para las personas o un sector de la sociedad consumidora.”

## 2.2. Derecho de la Competencia Económica

El Derecho de la Competencia Económica<sup>534</sup> es otro segmento del Derecho al Bienestar, pues la competencia en los mercados, al hacerlos eficientes, estimula una mayor oferta y diversidad de productos y servicios, a menores precios y con mayor calidad, en beneficio directo de los consumidores (en su acepción más amplia, no sólo como destinatarios finales).

Ello se traduce en una mejor calidad de vida, mayor bienestar. La competencia (al igual que la regulación de los derechos del consumidor) provoca, pues, incrementos en los niveles de bienestar.

Hay una confluencia a nivel política económica entre la competencia económica (prohibición de monopolios y prácticas monopólicas), y tutela de los consumidores en el mercado.

La competencia económica, por otro lado, incrementa la eficiencia y productividad de las empresas: al enfrentar una mayor presión de sus propios competidores, éstas tienen mayores incentivos para innovar y mejorar los bienes y servicios que proveen. Ello, en términos abstractos, es bueno para el mercado y para el bienestar.

El siguiente paso, no obstante, es asegurarse de que los beneficios de la competencia se materialicen a través de una mejor asignación de recursos y una más justa distribución del ingreso<sup>535</sup>.

---

<sup>534</sup> La *competencia económica* se refiere a una situación en la que las empresas rivalizan entre ellas y se esfuerzan por ganar más clientes e ingresos. Para ello, pueden emplear diversas estrategias, tales como el establecimiento de precios más bajos, el desarrollo de nuevos productos y servicios (innovación), la reducción de sus costos (a través de concentraciones, por ejemplo) o la realización de mejoras de la calidad, entre otras.

<sup>535</sup> La teoría de la competencia es unánime en señalar: con la competencia se genera un círculo virtuoso que aumenta el ingreso real de las familias e impulsa la competitividad de la economía, fomenta la inversión y genera mayor crecimiento

Los avances en la mejora regulatoria para abatir las barreras de entrada, y una política antimonopólica eficaz que asegure las mismas oportunidades de alcanzar el éxito en el mercado, no representan solamente un asunto de eficiencia económica, sino también de justicia social.<sup>536</sup>

En términos de bienestar, las empresas pueden tomar decisiones que lo impactan al buscar maximizar sus utilidades. Ello acontece cotidianamente en todo el mundo, a través de lo que se conoce como “concentraciones”. Las concentraciones, normalmente, son realizadas a través de la compra de activos y/o acciones entre dos o más agentes económicos<sup>537</sup>.

Las concentraciones, según la doctrina y opinión de Alejandra Palacios Prieto, actual Comisionada Presidente de la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece), son fuente de bienestar<sup>538</sup> y podrían ser un vehículo eficaz para que éste crezca de forma más acelerada que si lo hiciese de manera orgánica, aprovechando sinergias y reduciendo costos de producción.

En efecto, las concentraciones son fuente de bienestar, siempre y cuando no afecten a la competencia, insiste Palacios Prieto. Contar con una efectiva autoridad reguladora que lleve a cabo los análisis de concentraciones, es un elemento importante para prevenir fenómenos de concentración que atenten contra el bienestar de los consumidores.

---

económico. Ahí, los órganos reguladores deben ser realmente independientes y autónomos para evitar ser cooptados por el regulado.

<sup>536</sup> Aspe Armella, Pedro. *El camino mexicano ... cit.*, p. 209.

<sup>537</sup> Una *concentración* es un acto mediante el cual dos o más empresas se combinan. El objetivo: expandir sus actividades hacia otros mercados, generar eficiencias en la producción o abaratar sus costos. Empero, algunas veces las concentraciones pueden reducir la competencia y dañar a los consumidores cuando su resultado es la creación o consolidación de poder de mercado.

<sup>538</sup> Palacios Prieto, Alejandra. Conciliando entre lo social y privado. Reforma, 24 de junio de 2016, consultado el 28 de junio de 2016.

Hay otras maneras de generar daños contra el bienestar del consumidor. Ello acontece, típicamente, con las llamadas *prácticas monopólicas absolutas*<sup>539</sup>, ilícitas por sí mismas, con independencia del análisis de eficiencia, que es un requisito para el estudio de las *prácticas monopólicas relativas*<sup>540</sup>, el otro mecanismo que afecta al consumidor, al mercado y al bienestar.

### 3. El buen funcionamiento del mercado y el bienestar

*La libertad para realizar intercambios económicos desempeña un papel esencial en la vida social.*

Amartya Sen

---

<sup>539</sup> Las *prácticas monopólicas absolutas* son los acuerdos entre empresas competidoras con el objeto de manipular el precio de venta o compra, restringir la producción o compra de bienes, repartirse mercados geográficos o coordinar sus posturas en licitaciones públicas. Estas acciones, que generalmente ocurren a través de acuerdos realizados en secreto, representan la falta más grave contra una economía de libre mercado, pues tienen un efecto nocivo inmediato y significativo sobre el bienestar del consumidor quien se ve forzado a pagar mayores precios o consumir una menor cantidad de estos bienes o servicios.

<sup>540</sup> Las *prácticas monopólicas relativas* son los actos que realizan las empresas con la intención de desplazar indebidamente a otros agentes económicos del mercado, impedirles su acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas. Para que estas conductas se consideren ilícitas, las empresas que las realicen deben tener “poder sustancial” en el “mercado relevante” (es decir, el poder suficiente para imponer condiciones sin que ninguna otra empresa pueda contrarrestarlas). Ejemplos: ventas atadas, exclusividades, negativa de trato, depredación de precios, descuentos por lealtad, elevación de costos del rival, etc.

Como ya he dicho antes, el buen funcionamiento del mercado es un derecho esencialmente difuso en la medida que, a *todos*, nos beneficia un mercado eficiente en el que haya competencia, libre concurrencia y un sistema adecuado de protección al consumidor, donde se privilegie siempre la libertad, y la libertad para escoger (sobre la base de información adecuada, clara y con la ausencia de estímulos negativos hacia niveles no deseados de infra-bienestar).

El “buen mercado” es un factor que condiciona el bienestar social. Existe un vínculo íntimo entre ambos conceptos.

Amartya Sen: “[e]star genéricamente en contra de los mercados sería casi tan raro como estar genéricamente en contra de las conversaciones entre los individuos (aun cuando algunas sean detestables y causen problemas a otros o incluso a los mismos que conversan). La libertad para intercambiar palabras, bienes o regalos no necesite una justificación defensiva pasa de sus efectos favorables, aunque distantes; forma parte del modo en que los seres humanos viven en sociedades interrelacionan (a menos que se les impida por ley o por decreto). La contribución del mecanismo del mercado el crecimiento económico es importante, por supuesto, pero sólo una vez que se reconoce la importancia directa de la libertad para intercambiar palabras, bienes o regalos”.<sup>541</sup>

Hay un círculo virtuoso entre la competencia y la innovación<sup>542</sup> (ya se ha dicho) que se produce en el mercado en beneficio de la sociedad. Aunque,

---

<sup>541</sup> Aún más: La libertad para participar en los mercados puede contribuir de manera significativa, por sí misma, al desarrollo, independientemente de lo que pueda contribuir o no el mecanismo del mercado a fomentar el crecimiento económico con la industrialización. *Cfr.* Sen, Amartya, *Development as Freedom*, Alfred A. Knop Inc., New York, 1999, pp. 6-7.

<sup>542</sup> Deaton señala que las innovaciones son tanto para bien, como para mal, ya que hay intereses económicos muy poderosos que pueden perder *mucho* en caso de innovaciones, poniendo en riesgo sus ingresos, por lo que el uso de lobistas puede frenar cambios legislativos. Angus dice que la desigualdad, a veces, influencia el

ciertamente, aun en un mercado competitivo, los incentivos para extraer riqueza siempre estarán presentes y los consumidores siempre tendrán que estar alerta. El problema es que no pueden permanecer alerta las 24 horas del día. En algún momento, desafortunadamente, serán sorprendidos.

A pesar de tal riesgo, si en el mercado no están dadas las condiciones para su buen funcionamiento, sea por barreras económicas, jurídicas o por prácticas ilícitas de los operadores económicos, es predecible que las empresas no estén compitiendo leal ni sanamente, ni estén aumentando los recursos que se requieran para innovar.

La innovación, en términos generales, produce efectos positivos (aunque puede traer nuevas maneras de abusar del consumidor). La innovación no siempre produce consecuencias positivas<sup>543</sup> para el consumidor, como acontece con las modernas técnicas de rastreo de gustos a través de *Google*, donde se nos ofrecen productos que realmente no necesitamos, como si nos adivinara el pensamiento.

---

proceso de invención, ya que la necesidad es la madre de los avances, pero “*pero nada garantiza un embarazo exitoso*”. Cfr. Angus. *The Great Escape* ... pp. 7 y ss.

<sup>543</sup> Sobre la evolución del *marketing* y las prácticas publicitarias intrusivas, vid., en el mismo sentido: Cfr. Akerlof, George y Shiller, Robert. *La economía de la manipulación*. Paidós Empresa, México, 2016, p.124 y ss. Un ejemplo de avances científicos que pueden ser frenados por competidores, es el de los productos alimenticios que se apoyan en la biotecnología moderna, como los organismos genéticamente modificados que, a pesar de no existir evidencia científica de daño, ve intentos de minar su credibilidad frente al consumidor por parte de grupos de interés de todo el planeta, accionando incluso medios de defensa jurídicos. En México ha habido ya acciones colectivas en contra del maíz transgénico, por ejemplo, por estimar que daña a los consumidores y al medioambiente. Respecto de los OGM's sugiero revisar Bolívar Zapata, Francisco Gonzalo (Coordinador). *Por un uso responsable de los organismos genéticamente modificados*. Academia Mexicana de Ciencias, México, 2011.

Cuando las empresas se sienten cómodas sabiendo que aunque no mejoren sus productos, los consumidores no modificarán sus hábitos y decisiones (yéndose con otros), existe un problema serio de mercado (monopolios, concentraciones, prácticas monopólicas, abusos al consumidor, etc.).

El resultado de contar con un mercado que funcione adecuadamente se traduce en mejores productos, mayor calidad y mejores precios —aunque como hemos visto con Shiller y Akerloff, también el libre mercado tiene patologías, no es la panacea. De ahí que ese derecho difuso al mercado eficiente se materialice en un derecho individual o colectivo en los casos concretos.

Por eso, ante las fallas de mercado y, en particular ante la presencia de pocos incentivos para innovar y competir por el consumidor, en su viñeta del 20 de abril de 2001, *El Roto*, lanza la interrogante *¿Mejores precios y calidad?:*



Y es que, en un escenario de mal funcionamiento del mercado, el bienestar es extraído del consumidor hacia el empresario, como lo demuestran las gráficas de utilidad usadas en microeconomía.

Stiglitz refiere que la presencia de poder político (entendido como la habilidad de las corporaciones para tener leyes y regulación a modo) hace posible que se transfieran los costos a los consumidores (y se les pague menos a los trabajadores).<sup>544</sup>

Por otro lado, una economía nacional que funcione mejor, idealmente tendrá efectos para mejorar las condiciones económicas de los más necesitados. Para mitigar la pobreza regional, pudiera pensarse en una solución que, a vista de todos, parece racional (e incluso necesaria): transferir la riqueza de los ricos hacia los pobres (principio de *Robin Hood*). El mercado, claro, no se encargará de ello, sino las acciones políticas.

De acuerdo con Angus Deaton, la ayuda externa está haciendo más daño que bien, pues afecta las posibilidades que tienen los países de crecer. Sería interesante conocer su opinión en el tema estrictamente doméstico; es decir, las transferencias de riqueza que se dan dentro de un país, o dentro de una misma ciudad, por parte de las personas en favor de los indigentes.

Al respecto, el premio Nobel de Economía 2015 sostiene que dicha política —en el ámbito internacional— se ha llevado a cabo por parte de organismos multilaterales, que transfieren más de 135 mil millones de dólares por año de los países ricos a los pobres<sup>545</sup>, y que dicha medida ha logrado que “en los últimos 40

---

<sup>544</sup> “Existe, también, un poder político —la habilidad de las corporaciones de asegurar la legislación y las regulaciones que les permitan cobrar más a los consumidores y pagarle menos a los distribuidores y trabajadores, obtener menos del gobierno mientras contribuyen menos al bienestar público. El Presidente Theodore Roosevelt utilizó leyes antimonopólicas para frenar el poder económico y político de las grandes corporaciones. La economía ha evolucionado, no así el antimonopolio, que ha fallado en atacar al poder monopólico en todas sus manifestaciones, endémicas en el Siglo XXI”. Cfr. Stiglitz, *Rewriting the rules* ... p. 59.

<sup>545</sup> Deaton dice que “un nombre más formal del principio de Robin Hood es “prioritarismo cosmopolita” (“*cosmopolitan prioritarianism*”), una regla ética según la cual debemos valorar del mismo modo a cada persona del mundo, sin importar

años, la cantidad de pobres se redujera de más de dos mil millones de personas a un poco menos de mil millones; una hazaña destacable.”

#### 4. El Estado y sus órganos reguladores enfocados al bienestar

En 1981, el entonces presidente de Estados Unidos de América, Ronald Reagan, dijo que “la acción regulatoria no debe ser asumida a menos que los beneficios potenciales para la sociedad superen sus costos potenciales”.<sup>546</sup>

Sin embargo, siguiendo a Roldán Xopa, podemos afirmar que la regulación es un poderoso y útil instrumento, generalmente en manos de poderes distintos a los formalmente legislativos y judiciales, para dirigir las políticas sectoriales a partir de determinados fines y principios que se estiman valiosos.

No es que la regulación sea mala *per se*, lo que se trataba en esa época era desregular para dejar que los mercados se ordenaran de manera natural.<sup>547</sup>

La experiencia, sin embargo, demuestra que esto no acontece. Si hemos de rescatar algo de la frase de Reagan, es el análisis económico expreso que

---

dónde viva, y luego concentrar la ayuda donde sea más útil, dando prioridad a los que tienen menos sobre los que tienen más”. Consultado en <https://www.project-syndicate.org/commentary/globalization-hurts-poor-in-rich-countries-by-angus-deaton-2016-06>, el 17 de junio de 2016.

<sup>546</sup> Sunstein, Cass R., *Simpler ... cit.*, p.2.

<sup>547</sup> La película *Too big to fail* (2011), pone en evidencia los efectos perniciosos de la desregulación en materia financiera que, a la postre, condujo a grandes crisis financieras en EUA, con consecuencias sistémicas catastróficas, y que implicó la necesidad de que el gobierno entrara a rescatar. Una especie de FOBABROA *made in USA*. Un análisis interesante al respecto en Murdock, Charles W., *The Big Banks: Background, Deregulation, Financial Innovation and Too Big to Fail. Social Justice*. Paper 39. [http://ecommons.luc.edu/social\\_justice/39](http://ecommons.luc.edu/social_justice/39). Ellos sostienen que en EUA, la desregulación comenzó en la administración de Carter, a cuyo término pasó la “Ley de Desregulación de Instituciones Depositarias y Control Monetario” de 1980. *Cfr.* p.9.

equivaldría a sostener que la regulación debe hacerse si quienes mejoran pueden compensar a quienes no lo hacen (al menos en teoría).

Las aportaciones de Sunstein en *Nudge* (junto con Thaler) y en *Simpler*, me parecen cruciales para guiar los esfuerzos normativos de los órganos reguladores del mercado mexicano, dando paso a una regulación clara, “en español”, que elimine costos y trámites onerosos injustificados para los entes regulados.

La actuación en favor de los consumidores finales y de los consumidores en general debiera partir de esos principios de claridad y bajo costo, pues el ejercicio de derechos vagos, ambiguos y costosos puede ser un gran desincentivo.<sup>548</sup>

En el derecho administrativo mexicano, las aportaciones del profesor José Roldán Xopa han sido fundamentales al continuar la labor de Fraga. Según Cossío Díaz, leer a Fraga “era importante en tanto se adquirirían herramientas conceptuales útiles para entender la realidad administrativa”.

Sin embargo, los problemas que suelen componer al derecho administrativo —dice Cossío— no encuentran cabida en él [en Fraga]”. Tal vez haya llegado el momento de reemplazarlo, como sugiere Cossío. En ese sentido, seguiré en lo fundamental las aportaciones en este ámbito del doctor Roldán Xopa, al ser el “nuevo referente del derecho administrativo mexicano”.<sup>549</sup>

Comparto plenamente la idea de Roldán Xopa de que en México tenemos un nuevo derecho administrativo debido al cambio de paradigma en la política pública orientada hacia el modelo de mercado, caracterizada por la globalización, la pluralidad política y la pluralidad social.<sup>550</sup>

---

<sup>548</sup> Esto aplica para cualquier área o instancia de gobierno, no exclusivamente para órganos reguladores.

<sup>549</sup> Véase Roldán Xopa, José, *Derecho Administrativo*, Prólogo del señor ministro José Ramón Cossío en Díaz, México, Oxford University Press, 2008.

<sup>550</sup> Roldán Xopa, José, *Derecho Administrativo*, México, Oxford University Press. 2008, p. 5.

De manera similar al régimen desregulatorio que se implantó en EUA, México modificó su modelo *intervencionista* por uno de *mercado* (dice Roldán: “más mercado y menos Estado”).

La administración es conductora del proceso de desestatización, y a la vez se ajusta para desempeñar, de la mejor manera, su papel de promotora, reguladora y vigilante del mercado.

Las grandes líneas de privatización, liberalización y desregulación conocida como “mejora regulatoria”, se convierten en los ejes de diseño de la regulación en aquellos sectores comprendidos por razones de interés público.<sup>551</sup>

Nuestro Derecho Administrativo siempre se había caracterizado por su “afrancesamiento”. El modelo norteamericano, en lo concerniente a los órganos del Estado destinados a participar en la regulación de las actividades económicas, comenzó a *tropicalizarse*, consecuencia del proceso de apertura económica, marcada principalmente por la reconversión del Estado a un rol más de regulador que de agente económico.<sup>552</sup>

Algunas de las empresas, ahora en poder de los empresarios, son vitales para el funcionamiento de los mercados. Desde la óptica del derecho administrativo, aquí comienza la transición hacia el bienestar.

La regulación del mercado pone énfasis en el ciudadano, pues busca la satisfacción de un interés público orientado, precisamente, al bienestar<sup>553</sup>.

Los sectores involucrados fueron los de la siderurgia, banca, aviación, minería, ferrocarriles, telecomunicaciones, puertos, carreteras y aeropuertos.

---

<sup>551</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>552</sup> Cuando el Estado dejó de participar en empresas, durante el sexenio de Carlos Salinas de Gortari, se inició la era de las privatizaciones. Toda una revolución política-económica con repercusiones jurídicas y de mercado.

<sup>553</sup> Respecto de los conceptos jurídicos indeterminados aplicables en materia administrativa como “interés social”, “interés público”, “derechos de la sociedad”, etc., *Cfr.* Roldán Xopa, José. *Derecho ... cit.*, p. 294.

En dicho escenario privatizador y liberalizador, era racionalmente previsible el incremento de conflictos jurídico-económicos y la consecuente necesidad del Estado de contar con instituciones que ofrecieran el servicio de “justicia administrativa”, dando paso ineludible a la profesionalización de los servidores públicos.<sup>554</sup>

Tal transformación jurídica y económica se ha guiado por la incidencia de la regulación en la conducta de los entes o agentes económicos regulados.

El poder de mercado que los nuevos *businessman* adquirieron, conllevaba implícita la regulación estricta de los monopolios y la defensa del consumidor. Para ello, la estructura de los organismos del Estado, generalmente dependientes de la Administración Pública Federal (no sólo orgánicamente sino en el sentido de “sumisión”), aunque con ciertos rasgos de autonomía, ameritaron que se diera paso a órganos reguladores que garantizaran el adecuado funcionamiento de los mercados.

De acuerdo con el administrativista contemporáneo más autorizado, J. Roldán Xopa, la desconcentración y descentralización de funciones lleva a la cancelación formal del poder de instrucción del secretario sobre órganos ubicados en la estructura a su cargo.

Al respecto, comparto parcialmente la opinión del citado profesor: dicha cancelación no es general, pues en algunos casos la sumisión y las complicidades políticas permiten cohesionar el poder precisamente en el secretario del ramo.<sup>555</sup>

---

<sup>554</sup> Me refiero a una profesionalización más teórica que real, dado que no en todos los casos ha sido así. Dada la especialización de los temas, es menesteroso contar con servidores públicos altamente calificados en microeconomía, análisis económico del derecho, teoría de la regulación, etc. Quienes hemos tenido contacto, ya como ente regulado, ciudadano-usuario, o empleado, podemos señalar grandes fallas y vicios que por la naturaleza de este trabajo, no vienen a cuento.

<sup>555</sup> Autonomía no plena o moderada, no exenta de muchos problemas cotidianos por diversas tensiones de carácter político. Por ejemplo: la Profeco, al ser un descentralizado, tiene personalidad jurídica propia, pero depende

Una de las grandes transformaciones en la administración pública es la creación de diversos órganos reguladores, que transitaron de desconcentrados, a órganos constitucionales autónomos (particularmente con las reformas estructurales del presidente Enrique Peña Nieto, en materia de competencia y telecomunicaciones). La idea subyacente desde la desconcentración (que no funcionó) fue la de “despolitizar” al órgano en favor de la técnica.<sup>556</sup>

Así, en 1993, se creó la “Comisión Federal de Competencia”, aunque perteneciente (y con subordinación jerárquica) a la Secretaría de Economía. En el mismo año, se creó la Comisión Reguladora de Energía; y en 1996, la Comisión Federal de Telecomunicaciones.

El sector financiero tuvo reformas profundas. Los reguladores del sector se crearon a partir de 1992 con la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas; la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (1994), y la Comisión Nacional Bancaria (1995).

Hay quien opina que la transición al modelo de órganos reguladores no ha sido la mejor. A excepción moderada de los reguladores financieros.

Por un lado, se critica que no tenían independencia técnica ni presupuestaria —al ser órganos desconcentrados—, que contaban con personal escaso y escasamente profesionalizado, y que favoreció el nombramiento de políticos (de carrera, y a la carrera). A ello se añade la falta de diálogo entre órganos reguladores, cuyas decisiones afectan de manera transversal a los mercados.

Actualmente, ya se dijo, se ha dado un paso más firme hacia dicha independencia con la configuración de órganos constitucionales autónomos en materia de competencia y telecomunicaciones. La protección al consumidor sigue anclada a los viejos paradigmas: una asimetría institucional que no abona al bienestar social.

---

presupuestariamente de la Secretaría de Economía. Con tal peculiaridad se comprende que la Profeco no desarrolle a plenitud sus facultades, pues pueden reñir con las políticas de la secretaría que la sectoriza.

<sup>556</sup> *Ibidem*, pp. 232 y ss.

En lo concerniente al sector energía, la Comisión Reguladora de Energía y la Comisión Nacional de Hidrocarburos, evolucionaron de "órganos desconcentrados" a "órganos reguladores coordinados", con personalidad jurídica y patrimonio propios, categoría inédita que los sustrae de la Secretaría de Energía, los coloca en un plano horizontal respecto a las dependencias de la Administración Pública Federal y en línea jerárquica directa con el titular del Ejecutivo.<sup>557</sup>

El Estado mexicano es cada vez más complejo en su organización y estructura, lo que en gran medida obedece a realidades también más complejas. El gran reto es que, al margen de dicha complejidad, el Estado tenga la capacidad de actuar, concretar objetivos públicos y generar bienestar, pues esa es su razón más elemental de ser.<sup>558</sup>

Respecto a la proliferación y nueva creación de órganos constitucionales autónomos, el doctor Diego Valadés considera de manera acertada que "[e]n tanto que los "órganos constitucionales" son autónomos de esos poderes [Ejecutivo, Legislativo y Judicial], resulta que ahora hay zonas del Estado substraídas al dominio soberano del pueblo.

Lo más grave, dice el doctor Valadés es que "[e]l diseño de los nuevos órganos constitucionales y su autonomía ante los poderes a través de los cuales el pueblo ejerce su soberanía, son una distorsión constitucional que se origina en la desconfianza acerca de cómo se practica el poder en México. La ausencia de controles políticos eficaces generó esta deformación. Como consecuencia una parte voluminosa de la burocracia se ha autonomizado de los órganos con relación a los cuales los ciudadanos tenemos derecho de decisión."<sup>559</sup>

---

<sup>557</sup> Pemex y la CFE dejaron de ser "organismos descentralizados" para convertirse en "empresas productivas del Estado".

<sup>558</sup> Sigo en este texto a Faya, Alejandro, "Estado y Reguladores", Periódico Reforma, 21 de agosto de 2014.

<sup>559</sup> Valadés, Diego. "La soberanía burocrática", Periódico Reforma, 27 de mayo de 2014.

Más grave aún: ¿qué efectos tienen esos órganos reguladores, y su regulación, sobre el bienestar de las personas?

Todos queremos mejores condiciones en el mercado, precios más bajos, mejor calidad de los productos, que el medio ambiente sea sano (aire limpio, ausencia de ruidos, etc.), que el agua potable que llega a nuestros hogares sea, en efecto, potable.

Siguiendo a Sunstein, en el tema de la regulación hay dos posturas antagónicas: quienes se oponen a una regulación (porque se benefician de ello), y quienes defienden la idea de que la regulación ordena al mercado y hace posible la propiedad privada. Parecería, entonces, que las críticas deben hacerse hacia la regulación que se extralimita y boicotea que los mercados sean eficientes. No se trata únicamente de hacer análisis costo-beneficio, sino de maximizar la utilidad neta total<sup>560</sup>.

Ambas ecuaciones son complementarias. No debemos permitir regulaciones sólo sobre la base de que hay más beneficios que costos, debemos atender a minimizar esos costos y a maximizar los beneficios. Eso puede lograrse mediante técnicas de *behavioral economics* y *choice architecture*, del tipo propuestas en *Nudge* y en *Simpler*.

Por ejemplo, los consumidores (en particular estudiantes de primaria) escogen los alimentos en las cafeterías según estén colocados. Los más accesibles se consumen más. Resultaría mejor guiar conductas empresariales hacia el diseño y colocación de productos, en lugar de prohibir el consumo de algunos considerados “chatarra”.

En materia de publicidad engañosa, además de su énfasis sancionador, debería complementarse la regulación en el sentido de contribuir hacia una toma de decisiones que generen bienestar.

La publicidad engañosa, recordemos, se produce por acción y por omisión; esto es, por lo que se dice y por lo que no. Esta última es un área de oportunidad para guiar al consumidor hacia hábitos de consumo más benéficos.

---

<sup>560</sup> Sunstein, Cass R. *Simpler* ... cit., pp. 32-35.

Sunstein, con acierto rotundo, sostiene que:

“Los arquitectos de la decisión conducen a la gente. Son ellos quienes pueden promover la complejidad o la simplicidad; confundir a la gente o facilitarles las cosas. Ellos deciden que los platos de tu cena y los marcos de tus gafas sean grandes o pequeños, que los primeros productos que veas en la tienda sean dulces y nueces, que tu automóvil tenga cámara retrovisora y una clara exposición de cuántos kilómetros obtienes por galón, que tus papeles hipotecarios sean largos y complejos, y que veas, o no, todas las tarifas extras asociadas a tu boleto aéreo”.<sup>561</sup>

En cuanto a contratos de adhesión celebrados con consumidores finales, la LFPC dispone de un régimen de cláusulas abusivas y de mínimos de derecho a la información, pero en ninguno de los casos sirven las disposiciones normativas para guiar a un “comportamiento económico” o de “arquitectura de elección”. Nos sostenemos en la idea de prohibir por prohibir cláusulas abusivas, pero sin la eficacia administrativa real de “tenerlas por no puestas”. Lo cierto es que el consumidor que las firma, salvo que se someta a un viacrucis insano, está obligado a cumplirlas, por abusivas que sean.

## 5. La jurisdicción del Derecho del Bienestar

En un estudio reciente, el ilustre constitucionalista mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor, sostiene que “el acceso a la justicia es un derecho humano fundamental”, pero además lo califica como un verdadero “derecho de prestación” lo que en nuestra terminología sería un “derecho prestacional”<sup>562</sup>.

---

<sup>561</sup> Sunstein, Cass R., *Simpler ...*, cit., pp. 37-38.

<sup>562</sup> Véase, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “La justicia y el constitucionalismo social”, *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego, UNAM-El Colegio Nacional, México, 2011, p. 110.

Según Ferrer, el Estado debe realizar las actuaciones necesarias para que “el servicio público de la justicia se preste de manera adecuada y a través de los instrumentos jurídicos idóneos, lo que implica acciones positivas, como las políticas públicas, para eliminar las barreras de acceso efectivo a la justicia”.

Dicha concepción, el Derecho de Acceso a la Justicia como prestacional, es relativamente reciente. La dicción de algunas constituciones latinoamericanas, dice Eduardo Ferrer, referían el acceso a la justicia como una obligación a cargo de los tribunales de justicia, y no como un derecho en favor de las personas.

Coincido con lo expresado, el derecho de acceso a la justicia trasciende la esfera de lo jurisdiccional, con miras a resolver las problemáticas sociales derivadas de la desigualdad material en el acceso a la justicia. Se requieren grandes esfuerzos coordinados por parte de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial para que la justicia en la aplicación de la ley sea igualitaria.

No quiero perder de vista que, junto a las instituciones procesales, podemos hablar de “instituciones del bienestar” como un conjunto más amplio de políticas del Estado para potencializarlo. Ello se puede ver, por ejemplo, en algunos programas sociales que desarrollan los países, como “Oportunidades” en México.

Lo importante es que las instituciones del bienestar estén acompañadas por instituciones democráticas sólidas, de lo contrario se puede potenciar, como lo ha dicho Diego Valadés, la corrupción política y administrativa, o la reproducción de sistemas populistas<sup>563</sup>.

La sola presencia de instituciones democráticas, sin el componente bienestar, produce concentración de riqueza<sup>564</sup>. Por ello, concluyo con Valadés, que

---

<sup>563</sup> Valadés, Diego. *El Bienestar social* ... cit. p. 107. El autor propone la creación de un “Consejo Social” que armonice la representación política y ciudadana, y que certifique el rigor de los insumos informativos para la evaluación de las decisiones del gobierno, congreso y de la judicatura, con una integración “exclusivamente social”.

<sup>564</sup> Un interesante estudio sobre los efectos que tuvo en México la llamada “transición democrática del año 2000”, en Ordóñez Barba, Gerardo. *El régimen de*

“un Estado constitucional sólo se consolida cuando entran en sinergia las instituciones democráticas y las instituciones sociales”.

En México, debemos construir instituciones que midan el impacto de las leyes, normas, actos y omisiones de autoridad sobre el bienestar, e ir construyendo soluciones realistas para que los derechos prestacionales (agua, alimentación, salud, educación, medio ambiente, etc.) sean una realidad creciente para la mayoría de los mexicanos.

De lo contrario, la falencia del Estado de Derecho continuará creciendo, el político tendrá incentivos para ofrecer todo tipo de bienes (encubiertos como derechos prestacionales) y la sociedad desconfiará de las instituciones normativas: carencia que facilitará la falla del Estado de Derecho<sup>565</sup>.

En el siguiente capítulo, me enfocaré en dos instituciones procesales (a las que englobo como “jurisdicción del Derecho al Bienestar” o “Jurisdicción del Bienestar”) que, por su evolución y transformación, o por su reciente incorporación al ordenamiento jurídico, pueden ser de gran utilidad en términos de bienestar social por su carácter tutelar: una, un procedimiento constitucional (juicio de amparo), y la otra, un procedimiento ordinario civil federal (las acciones colectivas en materia de consumo y medio ambiente).

---

*bienestar en los gobiernos de la alternancia en México.*  
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/polis/cont/20121/art/art9.pdf>.

<sup>565</sup> Siguiendo a Jaime Rodríguez- Arana, podemos afirmar que los logros del Estado del bienestar están en la mente de todos: consolidación del sistema de pensiones, universalización de la asistencia sanitaria, implantación del seguro de desempleo, y desarrollo de las infraestructuras públicas. El autor dice: “afortunadamente, todas estas cuestiones se han convertido en punto de partida de los presupuestos de cualquier gobierno que aspire devengará mejorar el bienestar de la gente”, Véase, Rodríguez- Arana, Jaime. *Reforma administrativa y Estado de bienestar*, p.296, consultado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/aida/cont/5/art/art11.pdf>, el 21 de junio de 2016.

La pregunta siempre presente será ¿cómo se puede garantizar el derecho de acceso a la justicia en sociedades con altas cifras de pobreza, desigualdad y corrupción e impunidad como la mexicana?<sup>566</sup>

### 5.1. El juicio de amparo, del autoritarismo al bienestar

Hoy, el juicio de amparo constituye la vía idónea para, no sólo defender los derechos de las personas, humanos o fundamentales, de orden constitucional o supraconstitucional, o por estar reconocidos en algún tratado internacional, sino también para potencializar los derechos prestacionales más allá de los efectos que, en los casos particularmente enjuiciados, puedan darse.

Tradicionalmente, en el juicio de amparo, las personas afectadas por un acto de autoridad, positivo o negativo, acuden para buscar una restitución en el goce del derecho violado, siempre bajo la lupa o el paradigma de los intereses y derechos individuales.<sup>567</sup>

A partir de las reformas acontecidas en materia de interés legítimo (2011<sup>568</sup>), el juicio de amparo dibuja un espectro de efectos más amplio. Aunque no con la

---

<sup>566</sup> Como sostiene María Amparo Casar, “la corrupción es sistémica, que la impunidad es una regla que admite pocas excepciones y que sus costos son gravísimos para el país”. Véase un ensayo más amplio sobre dicho tema en Casar, María Amparo. ¿Y ahora qué? México ante el 2018. La sombra de las instituciones. pp. 23-37. Debate, México, 2018.

<sup>567</sup> Más aún, como dice Valadés, el juicio de amparo surgió como respuesta a los excesos presidenciales de Santa Anna, y la idea era proteger a los ciudadanos frente al abuso del autoritarismo, primero en la Constitución yucateca y después en la Federal de 1824. Véase, Valadés, Diego, *El bienestar social*, cit. p. 102.

<sup>568</sup> DOF de 6 de junio de 2011. La reforma concierne fundamentalmente al juicio de amparo, ahora robustecido al ampliarse la procedencia del amparo respecto de cualquier norma general, al prever su procedencia por violaciones a aquellos derechos humanos plasmados en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte; con la introducción de figuras como el *amparo adhesivo* y los

velocidad que algunos desearíamos, sí comienza a notarse jurisprudencialmente una clara tendencia a potencializar los efectos de las sentencias en sede de control constitucional de los derechos prestacionales.

El Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y Jurisdicción en toda la República, sostuvo en 2015 un relevante criterio en relación con los requisitos para acreditar el interés legítimo tratándose del reclamo de normas generales autoaplicativas <sup>569</sup>.

De manera sucinta, el órgano jurisdiccional colegiado establece que

*“tratándose de supuestos de interés legítimo sólo se requiere constatar una afectación individual o colectiva, a partir de una situación calificada, actual, real y jurídicamente relevante a sus intereses, que esté tutelada por el derecho objetivo para que, en caso de obtener el amparo, pueda traducirse en un beneficio para el quejoso (entendido en lo individual o colectivo).”*

En agosto de 2011, el Pleno de la SCJN sostuvo un criterio, a la fecha aislado, en la tesis de rubro “DERECHO A LA SALUD. SU TUTELA A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO.”, que sostiene que tratándose del derecho a la salud “el juicio de amparo es un medio de control de la constitucionalidad de actos y normas con efectos únicamente para el caso concreto, como lo establecen los artículos 103, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 76 de la Ley de Amparo; sin embargo, ello no permite descartar que, en ciertas ocasiones, dar efectividad al amparo implique adoptar medidas que colateral y fácticamente

---

*intereses legítimos individual y colectivo*; la adopción de nuevos conceptos en torno a la violación de derechos por omisión de las autoridades; la declaratoria general de inconstitucionalidad; la creación de los Plenos de Circuito; y una nueva forma de integrar jurisprudencia “por sustitución”; entre otras.

<sup>569</sup> Tesis: I.1o.A.E.36 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 23, octubre de 2015, Tomo IV, p. 4015.

tengan efectos para más personas que las que actuaron como partes en el caso concreto.”<sup>570</sup>

Lo que acontece es que, tradicionalmente (y en eso hay cierto grado de unanimidad entre los juristas, principalmente entre los estudiosos de los procedimientos constitucionales), sólo en aquellos procedimientos conocidos como acciones de inconstitucionalidad o las controversias constitucionales, existe la posibilidad de impugnar normas (no actos de autoridad en el sentido de acciones u omisiones, como en el amparo) y buscar una declaración de invalidez con efectos generales o erga omnes.

Así que, con la ampliación, por llamarla de alguna manera, del concepto de interés jurídico al interés legítimo, se abre la puerta para la protección de un conjunto de situaciones y derechos que tendrán un efecto, irremediable y afortunadamente, más amplio que el que pudiera acontecer bajo el paradigma de un modelo de protección de derechos estrictamente individuales.

Para seguir con el ejemplo de la protección del derecho a la salud, imaginemos el caso de una persona que vive con su familia en una ciudad de algún Estado de la República mexicana, como tantas, sin servicios de salud dignos o, es más, sin servicios de salud en absoluto.

Si en el juicio esta persona está bien representada, (y cuando digo eso no solamente me refiero a un abogado bien entrenado, con un conocimiento profundo y profuso de las normas y de la doctrina jurisprudencial, sino a una situación en apariencia contradictoria: bien “representado” por un tribunal de derecho en el que el juzgador se asume con funciones serias y responsables de potencializar los derechos prestacionales que la constitución otorga. Inclusive, implica que el propio servidor público se sienta parte de lo que algún día serán los efectos colectivos de la resolución que él en su momento dicte), logrará romper esa barrera que la tiene, como a muchos otros mexicanos, aislada, y accederá a lo que parece un lujo: la justicia constitucional (nótese esta curiosa interrelación entre derechos

---

<sup>570</sup> Tesis: P. XVIII/2011 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, agosto de 2011, p. 32.

prestacionales; uno el acceso a la justicia, que corresponde además el instrumento para hacer valer otros derechos prestacionales).

En algunas ocasiones, en aquellas ciudades donde los jueces de distrito del poder judicial de la Federación tienen residencia efectiva y jurisdicción, ese vínculo de bonhomía representativa puede tener mayor presencia; en otras, la lejanía entre el juzgado y las comunidades, vuelven insensibles a los buscadores a la hora de conocer y fallar sobre derechos prestacionales.

En diversa tesis aislada de los Tribunales Colegiados de Circuito de agosto de 2012, ya en plena 10ª época, se sustentó un criterio que justifica ese deber que tiene el juez, no solamente formal, sino de empatía con la situación que se somete a su conocimiento.

En dicho criterio se sostiene que el juez de distrito está obligado a identificar el derecho humano cuya protección se solicita, y que debe velar por el respeto irrestricto a aquello que se estima violentado.

“Al momento de dictar sentencia en el amparo, está obligado a examinar, íntegra y conjuntamente, la demanda y sus anexos, a fin de identificar el derecho humano cuya protección se solicita, para lo cual será conveniente, en principio, que se esclarezca la naturaleza del acto reclamado, la génesis de los derechos que deben salvaguardarse y las particularidades específicas del caso concreto para velar por su respeto irrestricto.”<sup>571</sup>

Siguiendo los precedentes del máximo órgano de control constitucional, la labor de los jueces no es sencilla. Por un lado, parecería que la función del juez debería centrarse en encontrar la norma que le da cobertura al derecho humano en cuestión; y por otro, parecería que esos derechos humanos, más allá del texto que los contiene, son derechos *vivos* dentro de una línea de interpretación evolutiva o progresiva.

---

<sup>571</sup> Tesis: I.3o.(I Región) 2 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XI, agosto de 2012, Tomo 2, p. 1606.

Y, por último, la misma SCJN ha indicado que en dicho fenómeno evolutivo hay que estar atentos a la interpretación “que hagan los organismos internacionales, intérpretes autorizados en relación con tratados específicos, en una relación dialéctica.”<sup>572</sup>

## 5.2. Acciones Colectivas

Toda la idea, según consta en la Exposición de Motivos de la reforma constitucional al artículo 17, para incluir el acceso colectivo a la justicia (de 2010), se edificó en torno a facilitar el ejercicio de las acciones colectivas, dejando atrás los anacrónicos modelos individualistas y formalistas.<sup>573</sup>

En relación con el mecanismo de *opt in* (optar por entrar) no cabe más que afirmar que es regresivo e ineficiente. Está demostrado, desde la Economía, que lo más efectivo son los “*automatic enrollments*”, pues los incentivos económicos no superan su efectividad.<sup>574</sup> La regla asumida, o regla de defecto (*default rule*), por el Derecho es importante, y sus efectos notorios.

Sin duda, quienes lograron que el Congreso de la Unión invirtiera el mecanismo que originalmente estaba previsto en la iniciativa de reforma (*opt out*, optar por salir, todos incluidos salvo el que manifieste lo contrario), también lograron contribuir a menores niveles generales de bienestar social.

---

<sup>572</sup> Tesis: 1a. CDV/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 12, noviembre de 2014, Tomo I, p. 714.

<sup>573</sup> Derrotar el formalismo me parece uno de los grandes retos del sistema jurídico. De poco sirve un modelo novedoso de acceso a la justicia si su interpretación es formalista, si para descubrir cómo activarlo es necesario desenmarañar disposiciones jurídicas de diversos ordenamientos. Siguiendo a Piero Calamandrei, “en el proceso, puede existir entre las partes una igualdad teórica a la que no corresponde una paridad de hecho”. Véase, *Proceso y democracia*, trad. De Héctor Fix-Zamudio, Buenos Aires, ediciones jurídicas Europa América, 1960, PP. 181.

<sup>574</sup> Sunstein, Cass R., *Simpler ... cit.*, p. 58.

En lo concerniente a la disciplina de la competencia económica, cabe apuntar lo siguiente.

Las reformas en materia de justicia colectiva iniciadas, en 2010<sup>575</sup>, con la incorporación del Derecho fundamental del Acceso Colectivo a la Justicia al artículo 17 de la Constitución, y en 2011 con su regulación en el Código Federal de Procedimientos Civiles<sup>576</sup>, forman parte de un inacabado proceso de construcción de las acciones colectivas, en el que el rol de los juzgadores se vuelve fundamental para mitigar algunos defectos normativos e, incluso, algunas regresiones<sup>577</sup>, campos minados para la sana evolución de un sistema de justicia colectiva con la finalidad de mejorar el bienestar social.

El texto de la porción que interesa del artículo constitucional es el siguiente:

“El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.”

---

<sup>575</sup> Decreto publicado en el DOF el 29 de julio de 2010.

<sup>576</sup> Decreto publicado en el DOF el 30 de agosto de 2011, vigente a partir de marzo de 2012.

<sup>577</sup> Los *policy makers* y los legisladores federales deberían, a la brevedad, hacer las reformas necesarias para eliminar aspectos regresivos como: el control de entrada a la colectividad (eliminando el *opt in*), la regulación ineficiente del pago de gastos, costas y honorarios de los representantes y abogados, ampliar las materias objeto de las acciones colectivas, regular de manera más eficiente el Fondo (de acciones difusas) y corregir algunas inconsistencias normativas que han generado dudas (como en el caso de las acciones difusas que, incorrectamente ha estimado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, requieren sean promovidas por al menos treinta personas).

Una primera lectura de este párrafo cuestionaría el carácter indispensable de que la Constitución prevea las acciones colectivas, pues si el acceso colectivo a la justicia es sólo una modalidad del acceso a la justicia, parecería innecesario.

Sin embargo, el hecho de que esta institución haya sido incluida en el artículo del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva es, al menos desde el punto de vista de nuestra tradición, de alto valor.<sup>578</sup>

Lo que sin duda alguna es un exceso, es la delegación al Congreso para “determinar las materias de aplicación”, puesto que la regla general debió haber sido que habría espacio para la promoción de acciones colectivas en todas aquellas disciplinas en las que los derechos e intereses colectivos y difusos estuvieran presentes. De otra manera, no se entiende una limitación al acceso a la justicia tan, a todas luces, irracional.

En la Exposición de Motivos se dijo que las leyes federales emitidas a consecuencia de la reforma constitucional, “determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño”. La finalidad de la reforma estaba encaminada a “la construcción de un efectivo estado de derecho, en donde todo aquel que tenga un derecho o interés, pueda encontrar la forma de protegerlo y defenderlo adecuadamente a través del sistema de las instituciones<sup>579</sup> de administración de justicia.”

---

<sup>578</sup> (i) Pudiéramos pensar que se está reservando a la Federación la regulación de las acciones colectivas, con lo que los Estados no podrían regularlas, lo que, a su vez, parece atentar contra su derecho en aquellas materias sustantivas que tienen competencia. (ii) Además, cuando esta reforma constitucional se publicó ya existían al menos tres Estados que habían promulgado leyes locales en materia de acciones colectivas. ¿Serán inconstitucionales de manera sobrevenida? (Esta idea la obtuve tras conversar con el doctor Roldán Xopa).

<sup>579</sup> *Cfr.* Sen, Amartya, *The idea of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2009, prólogo, p. X.

En lo concerniente a las materias, el proyecto de iniciativa preparado por los académicos<sup>580</sup> se inclinaba, precisamente, a incluir a todas aquellas en las que fuera identificable un derecho colectivo.

La Exposición de Motivos lo decía claramente:

“Corresponderá al legislador ordinario tanto en el ámbito federal, como en el estatal, la adecuada interpretación del contenido y esencia de esta reforma, a efecto de establecer acciones y procedimientos ágiles, sencillos y flexibles que permitan la protección colectiva de derechos e intereses mencionados, en las materias en las que sea necesaria su regulación, incluyendo pero sin limitar a aquellas relacionadas con el medio ambiente, el equilibrio ecológico, el desarrollo sustentable, el uso y disfrute de espacios públicos, el uso y protección de los bienes del dominio público, libre competencia económica, acceso a servicios públicos, derechos de los consumidores y usuarios, moralidad administrativa, así como todos aquellos previstos en la legislación secundaria y en tratados internacionales.”<sup>581</sup>

Entonces, el enunciado “tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño”, fue un añadido en sede política, quizá como muestra de la desafección hacia la justicia colectiva.

En relación con las materias objeto de la acción colectiva, por una lamentable disposición del Código Federal de Procedimientos Civiles, sólo se pueden promover aquellas en materia de relaciones de consumo (de bienes o servicios, públicos o privados) y medio ambiente.

---

<sup>580</sup> Dirigidos por Alberto Benítez Tiburcio, Doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Fernando García Sais.

<sup>581</sup> *Cfr.*

[http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2008/02/asun\\_2410647\\_20080207\\_1202394980.pdf](http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2008/02/asun_2410647_20080207_1202394980.pdf).

Toda aquella trasgresión a un derecho colectivo (sea en sentido estricto o difuso) que no tenga por fuente una relación de consumo o un derecho en materia de medio ambiente, no tiene cobertura jurídica alguna.

En nuestro sistema jurídico, las relaciones de consumo están reguladas en la Ley Federal de Protección al Consumidor, el cual tiene pretensiones de unicidad (en el sentido de que contiene todos los derechos de los consumidores, sin perjuicio de los que otras leyes les otorguen).

Si bien la LFPC no define expresamente qué debemos entender por “relaciones de consumo”, su contenido se desprende del sistema de tutela del consumidor, que parte de la base de dar/reconocer derechos sustantivos y procesales excepcionales a quienes en su carácter de “destinatarios finales” realizan los actos de adquisición, utilización o disfrute de los bienes y servicios, siempre y cuando su contraparte sea un empresario<sup>582</sup>.

Conforme a ello, en México —como en todo el planeta— solamente los consumidores finales gozan de la protección especial a que me he referido.<sup>583</sup> Ello significa que todas aquellas adquisiciones que el adquirente reincorpora —de cualquier manera— al mercado, quedan fuera del ámbito protector.<sup>584</sup>

---

<sup>582</sup> La jurisprudencia es consistente con tal criterio.

<sup>583</sup> Y, en nuestro caso, con una desastrosa excepción: los consumidores intermedios (incorporados en 2004 a la LFPC). *Cfr.* Artículo 2, fracciones I y II, de la LFPC.

<sup>584</sup> Como las verificadas para incorporarse en el ejercicio de una profesión o de una actividad mercantil. Nuestro Derecho no protege a los actos mixtos de consumo; esto es, aquellos casos en los que se es destinatario final y, a la vez, el bien o servicio se usa para fines empresariales. Un tema por demás interesante y de difícil identificación en la práctica. Por ejemplo, recientemente conocimos del concurso mercantil de una empresa de transporte aéreo (Mexicana de Aviación). En ese procedimiento concursal están reconocidos créditos de más de diez mil “consumidores” que acudieron a la Profeco para presentar su queja por incumplimiento de servicio. En dichas quejas, no se corroboró si tales personas iban a destinar sus viajes para fines exclusivamente personales o familiares. Por este

Por último, queda el tema de los daños al consumidor en materia de competencia económica.

Esta materia tiene como origen constitucional el artículo 28, que desarrolla parte de los postulados de la rectoría económica del Estado. Ahí se prevén los principios tanto en materia de prohibición de monopolios, prácticas monopólicas, concentraciones ilícitas, como de libre concurrencia y protección al consumidor.

La normativa de la competencia económica tiene como meta final mejorar la calidad de vida de las personas que participan de manera directa en el mercado. Es un error considerar al consumidor como el destinatario de dicha meta. El destinatario es el consumidor final y el consumidor empresarial. Todos se benefician de la eficiencia de los mercados.

Sin embargo, el legislador estimó que, en el caso de las acciones colectivas, estas serían procedentes (artículo 588) frente a actos que hayan dañado al consumidor (no dice “final”, pero no puede entenderse de otra manera) por la existencia de concentraciones indebidas o prácticas monopólicas que, en ambos supuestos, hayan sido “declaradas existentes” por resolución firme emitida por la Comisión Federal de Competencia Económica.

Este tipo de acción colectiva nos invita a reflexionar en torno a la siguiente problemática.

---

motivo, se corre el riesgo de que en el concurso mercantil se paguen créditos a “falsos consumidores”, con carácter preferente en atención a un criterio jurisprudencial que mejoró la prelación de los consumidores respecto de sus créditos en concurso. *Cfr.* Tesis: I.7o.C.10 C (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro VIII, mayo de 2012, Tomo 2, p. 1820, de rubro “CONSUMIDORES. CRÉDITOS DE LOS, EN UN CONCURSO MERCANTIL Y SU PRELACIÓN; SE UBICAN INMEDIATAMENTE DESPUÉS DE LOS TRABAJADORES (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 217 A 222, 224, FRACCIÓN I, Y 225, FRACCIÓN I, DE LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES).”

1. ¿En el caso de las prácticas monopólicas relativas, qué debe entenderse por “declaradas existentes por resolución firme de la CFC”?

2. ¿Se necesita que la práctica sea ilícita y se sancione?

3. A la luz del test de la eficiencia, ¿a qué conclusión se llegaría si el agente económico *de facto* realizó las prácticas a que se refieren los artículos 54 y 56 ex LFCE, pero dicho agente demuestra que se generan ganancias en eficiencia, y la CFC determinó que la práctica no es ilícita?

4. En este último caso, ¿se podría argumentar que es procedente la acción colectiva por actos que hayan dañado al consumidor, a pesar de que la práctica no fue ilícita pero sí existente?

Acerca de la violación al principio de progresividad (no regresividad), cabe hacer las siguientes reflexiones:

El artículo 17 constitucional fue modificado en 2011 para incorporar, en el párrafo tercero, las acciones colectivas como un mecanismo o herramienta de acceso a la justicia.

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

El desarrollo de la regulación se materializó en el Código Federal de Procedimientos Civiles, Libro Quinto (artículos 578 al 626), con algunas modificaciones a otros artículos como el 1º, en lo concerniente al tránsito del interés individual al colectivo:

“Sólo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena, y quien tenga el interés contrario. Actuarán, en el juicio, los mismos interesados o sus representantes o apoderados, en los términos de la ley. En cualquier caso, los efectos procesales serán los mismos, salvo prevención en contrario. Se exceptúan de lo señalado en los párrafos anteriores, cuando el derecho o interés de que se trate sea difuso, colectivo

o individual de incidencia colectiva. En estos casos, se podrá ejercitar en forma colectiva, en términos de lo dispuesto en el Libro Quinto de este Código.”

El Libro Quinto (artículos 578 al 626) del CFPC desarrolla un conjunto temático caracterizado por los siguientes aspectos:

1. Competencia y materias (artículo 578).
2. Procedencia y definición de intereses y derechos colectivos, difusos e individuales de incidencia colectiva (579, 580).
3. Clasificación de las acciones colectivas (581).
4. Tipo de sentencias (pretensiones) (582).
5. Guía interpretativa para los jueces (583).
6. Prescripción de la acción (584).
7. Legitimación procesal activa (585).
8. Representación adecuada (586).
9. Elementos formales de la demanda (587).
10. Requisitos de procedencia de la legitimación en la causa (588).
11. Causales de improcedencia de la legitimación en el proceso (589).
12. Emplazamiento / Certificación (590).
13. Admisión / Desechamiento (591).
14. Contestación de la demanda (592).
15. Requisito de la notificación (593).
16. Adhesión a la acción (594).
17. Audiencia Previa y de conciliación / Convenio (595).
18. Apertura del juicio a prueba (596).
19. Ampliación de términos (597).
20. *Amicus curiae* (598).
21. Medios probatorios (600).
22. Desahogo probatorio (601).
23. Carga a legitimados para informar a la colectividad estado procesal (602).

24. Sentencia: alcance, contenido, acumulación, cumplimiento, notificación, representación fraudulenta/nulidad (603-609).
25. Medidas precautorias (610-611).
26. Medidas de apremio (612).
27. Reglas sobre acumulación (613).
28. Cosa juzgada (614-615).
29. Gastos y costas (616-618).
30. Asociaciones (619-623).
31. Fondo de acciones difusas (624-626).

### **¿Por qué una reforma constitucional sobre acciones colectivas?**

El acceso colectivo a la justicia no es sino una modalidad de la tutela judicial efectiva. Parecería que, si la Constitución proclama ese derecho general, el mecanismo particular de las acciones colectivas no necesitaría un reconocimiento en sede constitucional. Entonces, ¿por qué se buscó la reforma constitucional?

Una primera respuesta podría estar relacionada con nuestra tradición de constitucionalizar todo. Lo que no está en la Constitución, pareciera no tener valor o tener un valor menguado.

Otra aproximación está vinculada con la señal que en el Federalismo mexicano se manda a los congresos locales. Si lo que se pretende es dejarles claro que la competencia de determinada materia es Federal, es mejor tomarlos en cuenta en el proceso constitucionalizador respectivo.

En el caso mexicano, se optó por incluir a las acciones colectivas directamente en la Constitución, otorgando con ello competencia a la Federación para expedir las leyes que regulen las acciones colectivas. Ello significa que, atentos al artículo 17, los Estados no tienen competencia para legislar en materia de acciones colectivas.

Este primer aspecto nos invita a la reflexión:

1. Se limita a los Estados a regular acciones colectivas en materias propias de su competencia.

2. Se trastoca la división de poderes.
3. Se invaden competencias de los Estados para regular lo que el pacto federal les ha reconocido previamente.
4. Se presenta una inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas leyes sobre acciones colectivas promulgadas con anterioridad.

En segundo lugar, desde la Constitución se establece que el Congreso tendrá, materialmente, la capacidad de (i) expedir las leyes que regulen las acciones colectivas y (ii) la de determinar las materias de aplicación de las acciones colectivas.

¿Significa ello que, con la expedición de las reformas al CFPC, el legislador ya cumplió el mandato constitucional? ¿Fue exhaustivo? ¿Cabe hablar, en teoría, de acciones colectivas en otras leyes y otras materias?

Recordemos que el legislador federal limitó las reformas al CPFC a dos materias: relaciones de consumo y medio ambiente.

¿Por qué dejar fuera de las acciones colectivas a los derechos colectivos en materia de servicios públicos (en los que no haya relación de consumo) o los relacionados con el desarrollo urbano, conservación del patrimonio artístico o histórico, derechos políticos, o cualquier otro derecho colectivo identificado en las leyes o en los tratados?

A continuación, profundizaré en tres aspectos que me parecen regresivos a la luz de los principios constitucionales y los derechos convencionales:

#### **A. La limitación de las materias**

Me referiré particularmente a lo concerniente a las “relaciones de consumo”, dado que la materia ambiental no presenta ambigüedad alguna que conduzca a interpretaciones complicadas o contradictorias.

En México, las relaciones de consumo están previstas y desarrolladas por una ley federal específica que regula las relaciones entre consumidores y proveedores.

Si bien es cierto que la Ley Federal de Protección al Consumidor no define expresamente lo que debe entenderse por una relación de consumo, ello se deduce de manera sistemática y teleológica.

En su artículo 1º, se dice que el objeto de dicha ley es promover y proteger los derechos y cultura del consumidor, procurando la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores.

Luego establece los llamados “principios básicos en las relaciones de consumo”.

Posteriormente, en el artículo 2º, define lo que debe entenderse por consumidor y por proveedor. En el caso del consumidor, la definición lo equipara al llamado por la doctrina “consumidor final”, al requerirse que, frente a la contratación de bienes y servicios, el consumidor actúe como destinatario final.

A partir de 2004 se incluye también, aunque de manera limitada, una protección al “consumidor intermedio”.

La limitación tiene que ver con las vías administrativas dispuestas para su tutela: únicamente procede recibir quejas y procedimientos arbitrales ante Profeco.

Además, en el caso de las personas morales, no cualquiera puede ser consumidor intermedio, se necesita estar acreditada como microempresas o microindustrias y que el *monto de lo reclamado* no exceda de \$444,328.57 (monto actualizado al 2013). (Nótese que conceptualmente no es lo mismo “monto de lo reclamado” que “monto de la operación motivo de la reclamación”.)

Ahora bien, la contraparte del consumidor también está definida en la LFPC, en el artículo 2, fracción II, y se llama *proveedor* a la persona que, de manera ordinaria, realiza contratos con los consumidores. En nuestro derecho, ello es propio y característico de los comerciantes, de los empresarios.

Así, las relaciones de consumo encuadran perfectamente en las llamadas relaciones *business to consumer* (B2C) o relaciones de empresa a consumidor.

En nuestro sistema jurídico hay tres tipos de relaciones, en el ámbito privado:

1. Relaciones entre empresarios o *business to business* (B2B).

Este tipo de relaciones están previstas principalmente por el Código de Comercio, la Ley General de Sociedades Mercantiles.

**2.** Relaciones entre sujetos de derecho privado, entre consumidores o *consumer to consumer (C2C)*

Las relaciones entre sujetos que no son comerciantes, están regidas por la legislación civil de la entidad federativa de que se trate.

**3.** Y relaciones entre empresarios y consumidores, o relaciones de consumo.

Las relaciones faltantes, es decir, las entabladas entre comerciantes y consumidores, están reguladas por la LFPC.

Calificar a determinada relación como *ajena al consumo*, no significa dejarlas fuera del ordenamiento legal, ni que los contratantes no tienen derechos o herramientas para buscar solucionar los conflictos. Lo único que quiere decir, es que las contiendas no tienen las vías ni los derechos establecidos para las situaciones jurídicas particulares creadas con base en la LFPC.

Por ejemplo, quien vende un vehículo que usó determinado tiempo y busca reemplazarlo, no podría ser considerado un comerciante; falta el elemento de la periodicidad, como acontece con quien se dedica a comprar y vender coches usados.

Correlativamente, quien adquiere de esa persona ese vehículo usado, no lo hace en su calidad de consumidor, sino de persona de derecho civil, celebran, pues, una compraventa civil.

Si una empresa vende piezas de un motor que otra empresa necesita para fabricar la turbina de un avión, estarán celebrando un contrato de *compra-venta mercantil*. Ambas partes son empresarias.

Por último, si una persona adquiere de un comerciante un vehículo pueden darse las siguientes posibilidades:

**a)** Que lo adquiriera para destinarlo a su negocio o profesión

- b) Que lo adquiriera para usarlo en el ámbito privado, familiar o doméstico.
- c) Que lo adquiriera para uso mixto.

Solamente en el último caso, se puede hablar de manera pura y técnica de un consumidor final.

Con los anteriores elementos estamos en posibilidad de concluir que solamente en estos casos concretos proceden las acciones colectivas, sólo cuando se acredite plenamente que hay una *relación de consumo*.

En el caso de las colectividades, es necesario hacer una calificación individual de los miembros del grupo, para cerciorarse que todos y cada uno son consumidores finales.

Ahora bien, la noción de consumidor final se integra con dos categorías que también son útiles para las acciones colectivas: consumidor jurídico y consumidor material.

El consumidor jurídico es quien celebra el acto jurídico, y el consumidor material es quien goza de los efectos materiales del contrato.

En una acción colectiva, ambos tipos de consumidores finales —jurídico y material— pueden ser representados y tutelados. Lo correcto sería hacer la calificación desde la demanda.

Por ejemplo, en una acción colectiva en sentido estricto, conforme al artículo 585, fracción II, el representante común de la colectividad, para reunir a los 30 miembros afectados, podría válidamente integrar a ambos tipos de consumidores. Imaginen el caso de una unidad habitacional en la que sólo hay 29 propietarios (consumidores jurídicos) pero en cada casa habita más de una persona.

Una vez que concluimos que sólo proceden las acciones colectivas en materia de relaciones de consumo y definimos en qué consisten, se pone en evidencia que el legislador dejó fuera, de manera expresa, todas las relaciones contractuales en las que no hay la presencia de ambos sujetos, consumidores y proveedores (B2B), primordialmente.

Otro problema se presenta en torno a los servicios financieros, que, en estricto sentido, pueden ser celebrados con las instituciones financieras tanto por consumidores finales como por empresarios.

En una primera lectura del CFPC, sobre todo a partir de que en la propia reforma legal se le concedió legitimación procesal activa a la autoridad administrativa denominada CONDUSEF, podría concluirse que (i) la CONDUSEF se dedica a proteger a los usuarios equiparados a consumidores finales, y (ii) que las acciones colectivas proceden para resolver conflictos derivados con los sujetos tutelados por la Ley para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

No obstante, una lectura más profunda provocaría otra conclusión: las acciones colectivas en materia de servicios financieros no proceden cuando no sean relaciones de consumo.

El debate que propongo parte de la lectura de la definición de “usuario” que se hace en la ley últimamente mencionada.

*“Artículo 2o.- Para los efectos de esta Ley, se entiende por:*

*I. Usuario, en singular o plural, la persona que contrata, utiliza o por cualquier otra causa tenga algún derecho frente a la Institución Financiera como resultado de la operación o servicio prestado;”*

Como se observa, en ningún lado se establece que el usuario deba ser “destinatario final” del servicio del que surge el derecho que tiene frente a la institución financiera. Además, en ninguna parte de la ley se prevé que la Condusef pueda hacer tal categorización de los usuarios.

Luego, entonces, ¿puede un juez de distrito rechazar una acción colectiva en materia financiera si no se acredita que sean usuarios finales? ¿Puede la Condusef, con sus atribuciones, hacer dicha discriminación?

O en México, a diferencia del resto del mundo, los usuarios de servicios no son consumidores finales, o no existe protección a ese grupo que, por cierto, queda fuera de tutela de la LFPC.

¿Debería interpretarse que, ante dicha laguna, sí gozan de la protección de la LFPC y de la Profeco?

*“Artículo 5.- Quedan exceptuadas de las disposiciones de esta ley, los servicios que se presten en virtud de una relación o contrato de trabajo, los servicios profesionales que no sean de carácter mercantil y los servicios que presten las sociedades de información crediticia.*

*Asimismo, quedan excluidos los servicios regulados por las leyes financieras que presten las Instituciones y Organizaciones cuya supervisión o vigilancia esté a cargo de las comisiones nacionales Bancaria y de Valores; de Seguros y Fianzas; del Sistema de Ahorro para el Retiro o de cualquier órgano de regulación, de supervisión o de protección y defensa dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.”*

¿Es decir, si los consumidores finales-financieros fueron expulsados de la LFPC y no fueron bien recibidos por la LFPDUSF, deberíamos interpretar que la excepción no aplica?

**B. La adhesión / exclusión de miembros del grupo (opt in vs opto ut)**

El artículo 594 establece las reglas que deben seguirse por parte de los “miembros de la colectividad afectada”, para adherirse a la acción colectiva propuesta por el representante común. Éstas son:

En el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas:

A. **Forma:** La adhesión puede realizarse por cada individuo que tenga una afectación, a través de una comunicación expresa por cualquier medio, y dirigida al representante (al legitimado colectivo).

B. **Momento:** Los afectados podrán adherirse voluntariamente a la colectividad durante la substanciación del proceso, y hasta 18 meses posteriores a que la sentencia haya causado estado o, en su caso, el convenio judicial adquiera la calidad de cosa juzgada.

C. **Forma:** Dentro de este lapso, el interesado hará llegar su consentimiento expreso y simple al representante, quien a su vez lo presentará al

juez. El juez proveerá sobre la adhesión y, en su caso, ordenará el inicio del incidente de liquidación que corresponda a dicho interesado.

D. **Regla para el caso de exclusión voluntaria:** Tratándose de la adhesión voluntaria, la exclusión que haga cualquier miembro de la colectividad posterior al emplazamiento del demandado, equivaldrá a un desistimiento de la acción colectiva, por lo que no podrá volver a participar en un procedimiento colectivo derivado de o por los mismos hechos.

E. **Indemnización:** Tratándose de acciones colectivas en sentido estricto, e individuales homogéneas, sólo tendrán derecho al pago que derive de la condena las personas que formen parte de la colectividad y prueben, en el incidente de liquidación, haber sufrido el daño causado.

Para las acciones difusas no se prevé mecanismo de adhesión alguno, porque de conformidad con la naturaleza de los derechos e intereses difusos, se tratan de derechos pertenecientes a una colectividad indeterminada y, por ende, la sentencia que se dicte alcanzará a esa colectividad indeterminada, sin que sea necesario consecuentemente identificar individualmente a sus integrantes.

Ahora bien, independientemente de que la adhesión a la acción está regulada de manera clara y, además, prevea un mecanismo relativamente sencillo (comunicación expresa por cualquier medio dirigida al representante) para integrarse formalmente a la colectividad en el juicio, podemos reflexionar en torno a las siguientes cuestiones.

¿Es regresivo que el legislador exija la manifestación expresa de los miembros de la colectividad afectada para participar en la acción colectiva, en atención a los principios de economía procesal y, particularmente, al de mayor protección posible a la colectividad?

Si el legislador hubiera escogido como mecanismo el llamado “*opt out*” (optar por salir) todos los miembros de la colectividad afectada se hubieran comprendido incluidos en las acciones colectivas. Solamente quien hubiera deseado no participar, se hubiera podido excluir. Parece ser que esta opción es la más protectora.

Los efectos económicos del “*opt in*” (optar por entrar), al requerir que los individuos sean informados primero y, después, manifiesten su deseo de entrar, es costoso.

A nivel internacional, subsiste una preeminencia en el uso del derecho de exclusión por encima del derecho de adhesión. Así, la regla 23 de las *Federal Rules of Civil Procedures* de EUA.<sup>585</sup>

En Brasil, con el Código de Defensa del Consumidor, el legislador y la doctrina han estimado que el derecho de adhesión vulnera la esencia de las acciones colectivas, ya que disminuye el número de miembros de la colectividad, restándole fuerza al procedimiento para llegar a una transacción.

En nuestro derecho civil, la indemnización debe ser integral. Ello significa que cubre tanto el daño emergente como el lucro cesante, y precisamente al cien por ciento. Quien daña, paga. Y paga todo el daño causado.

En materia de daños colectivos, con una regla de “*opt in*”, se vulnera el principio de indemnización integral del daño, dado que considerando solamente este aspecto (no entro aquí a los costos procesales), la parte actora recibirá solamente el cien por ciento del daño (en el mejor de los casos), pero no se cubrirá el daño de quienes, cualesquiera sean los motivos, no entraron al proceso.

Con esto, el demandado terminará pagando menos del cien por ciento de los daños causados. Es decir, se trataría de una infra indemnización.

Me parece que este es el principal problema de la regla del “*opt in*”.

Por otra parte, en materia de consumidores, tanto la doctrina jurídica como la económica han postulado que los contratos deben favorecer reglas por defecto (*default rules*) que maximicen el bienestar del consumidor.

---

<sup>585</sup> El caso de las acciones colectivas de Estados Unidos (class actions) debe ser estudiado de cerca para comprender la relevancia que ese tipo de litigios ha tenido en relación con la defensa de derechos colectivos y, en general, con el bienestar. Una lectura sobre dichos aspectos y sobre el papel de los abogados, actores y defensores, en Hensler, Debora *et. al. Class Actions Dilemmas, Pursuing Public Goals For Private Gain*, Rand Institute for Civil Justice, Santa Monica, California, 2000.

Llevando al ámbito procesal tales consideraciones, la regla por defecto que más beneficia a las colectividades de consumidores es la de estimarlos parte de la acción, salvo que manifiesten su deseo de excluirse.

### C. La limitación en las costas

En nuestro país, los *gastos* y *costas* son las erogaciones que se han hecho con motivo del proceso y en virtud del pago de los honorarios legales.

La diferencia entre ambos conceptos es meramente doctrinal, ya que la legislación mexicana no se pronuncia al respecto. Recuerda, únicamente, que, en nuestro país, están prohibidas las costas judiciales en cuanto a contribuciones para la prestación del servicio público jurisdiccional.

En materia de acciones colectivas, el artículo 616 dispone: “en la sentencia de condena se incluirá lo relativo a los gastos y costas que correspondan.” Sin embargo, a diferencia de lo que acontece en otros procedimientos civiles, el artículo 617 transfiere los gastos y costas a cada parte, al establecer la regla general de que:

*“Artículo 617.- Cada parte asumirá sus gastos y costas derivados de la acción colectiva, así como los respectivos honorarios de sus representantes.”*

Ello implica que, además de que el demandado infra indemnizará, al no cubrir la totalidad de los daños a toda la colectividad dañada, sino sólo a quienes hayan formado parte del juicio, también es exonerado de cubrir los gastos y costas que por su ilicitud se generen.

En el derecho colombiano y brasileño, la regla general es que las costas deben ser pagadas por la parte vencida. La única excepción es la obligación del actor de cubrir las costas cuando se esté frente a una acción temeraria, o de mala fe. En el mismo sentido actúa el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

Entonces, conforme a nuestro derecho, a los consumidores se les condena (sin juicio previo) a pagar los gastos y costas, no obstante que su acción colectiva haya resultado fundada y procedente.

Se trata, a mi parecer, de una grosera trasgresión al derecho de tutela judicial efectiva, y urge que alguien la impugne y declare inconstitucional.

Por si ello fuera poco, se introdujeron otros desincentivos procesales, puesto que en el ya mencionado artículo 617, se establecen limitantes injustificadas a los honorarios de los litigantes, al establecerse un arancel *máximo* (que a todas luces viola el derecho fundamental de los abogados, como profesionistas, a ejercer libremente su profesión):

*“Los honorarios del representante legal y del representante común, que convengan con sus representados, quedarán sujetos al siguiente arancel máximo:*

*I. Serán de hasta el 20%, si el monto líquido de la suerte principal no excede de 200 mil veces el salario mínimo diario en el Distrito Federal;*

*II. Si el monto líquido de la suerte principal excede 200 mil pero es menor a 2 millones de veces el salario mínimo diario en el Distrito Federal, serán de hasta el 20% sobre los primeros 200 mil y de hasta el 10% sobre el excedente, y*

*III. Si el monto líquido de la suerte principal excede a 2 millones de veces el salario mínimo diario en el Distrito Federal, serán de hasta el 11% sobre los primeros 2 millones, y hasta el 3% sobre el excedente.”*

Dichas reglas operan, incluso, en el caso de alcanzarse una transacción o convenio judicial:

*“Si las partes llegaren a un acuerdo para poner fin al juicio antes de la sentencia, los gastos y costas deberán estar contemplados como parte de las negociaciones del convenio de transacción judicial. En cualquier caso, los honorarios del representante legal y del representante común que pacten con sus representados deberán ajustarse al arancel máximo previsto en este artículo.”*

## Capítulo V. Conclusiones

La gran desigualdad en México que es causa de otros graves problemas sociales que enfrenta México requieren acciones urgentes y de fondo, de gran calado. El Derecho es un instrumento que, con la visión que propongo, puede ser útil para emprender el camino hacia mejores escenarios de bienestar, de menor desigualdad y de mayores oportunidades.

La ausencia de un sentido claro de Estado de Derecho (o su deficiencia operativa) invita por un lado a una definición constitucional que se decante por el bienestar y que irradie hacia abajo de la Constitución y en todos los ámbitos y esferas.

Es justo reconocer que, en términos de bienestar, se han materializado grandes avances; la profunda brecha en la desigualdad, el aumento de la pobreza (notablemente en el sur del país, aunque no exclusivamente), la concentración de la riqueza entre las élites, la desigual contribución al pago de impuestos (sin progresividad real y sin IVA generalizado, sin impuestos a las herencias, estrategias fiscales al alcance de los más ricos sin una política fiscal que prohíba la elusión), la falta de incentivos adecuados para proteger y cuidar el medio ambiente (penalizar conductas que hacen daño y promover las que no), la proliferación de empleos que no permiten que las personas satisfagan sus necesidades básicas, el desempleo y subempleo, el engaño a los consumidores en el mercado, la alta presencia de monopolios, el acaparamiento de activos, las prácticas monopólicas, la baja calidad educativa (pública y privada), la insuficiencia del sistema sanitario para llevar salud a todo el país y los altos niveles de inseguridad pública son circunstancias ante las cuales, como juristas sociales, debemos repensar nuestros modelos de operación normativa y asignarle una meta a nuestro Estado de Derecho.

Los operadores jurídicos, en cualquiera de nuestros desenvolvimientos, no podemos soslayar la urgencia, importancia y complejidad que representa superar todas y cada uno de los vicios enunciados precedentemente. Si resolver adecuadamente cualquier conflicto jurídico es un reto, mayor aún en el caso de las tensiones sociales referidas en el párrafo anterior.

En su solución efectiva se involucran recíprocamente el Estado, sus órganos, el presupuesto, y en una medida muy importante de los operadores económicos, de los consumidores, y de las familias. Avanzar requiere esfuerzos colectivos sociedad-gobierno.

En el campo de la judicatura, la labor de los jueces en procedimientos en los que está en juego el bienestar de las personas, las colectividades, y, en suma, de la sociedad como conjunto, es muy relevante.

Los jueces federales se han convertido no sólo en pilar y en garante del bienestar, si no en un verdadero control de las decisiones y omisiones que, en ciertos ámbitos (principalmente de gasto público y presupuestario) realizan los servidores públicos pertenecientes a otros Poderes de la Unión.

En tales procedimientos, la ponderación entre diversos derechos así como las tensiones producidas entre ellos, las conexiones sustantivas, así como los efectos que sobre la economía nacional puedan tener su sentencia, hace que la función judicial sea no solamente compleja, sino complicada.

Sin lugar a duda, requerimos de una judicatura talentosa, puesto que las operaciones normativas en sede de bienestar son y serán complejas. Las escuelas de Derecho tienen retos mayúsculos para adaptar sus métodos de estudio a esta corriente de pensamiento. Los estudiantes de Derecho deberían pensar *bienestar* cuando piensan *Derecho*.

¿Quién mide el impacto que tiene el Congreso, a través de la legislación, sobre el bienestar? La tarea también debe abarcar a los diputados y senadores, no se circunscribe sólo a los jueces. El desafío, inclusive, desborda a la judicatura. Los juristas (abogados, académicos, operadores jurídicos en general, tanto empleados públicos como privados) enfrentamos retos de gran envergadura.

No solo se trata de superar defectos de formación (escolar, universitaria, práctica) sino de despegarse de viejos paradigmas teórico-prácticos que provocan el estancamiento del Derecho y su escaso impacto en la mitigación de condiciones que favorecen los privilegios que, a su vez, siembran de manera exitosa la semilla de la desigualdad.

La formación escolar de gran parte de los abogados de este país ha padecido de letargos por la preservación del *status quo* “formalista” del Derecho, como si el Derecho fuese una isla, y no un verdadero instrumento del Estado para mejorar la calidad de vida de las personas.

Los cacicazgos que, desde hace tanto tiempo le hacen daño a México, también existen en el Derecho: los grupos de interés, ya económicos, políticos o académicos, con tal de sobrevivir y afianzarse en el control de la toma de decisiones, han lesionado gravemente, y por años, el sano desarrollo y evolución del Derecho.

Esa manera tradicional de pensar y convivir con el Derecho, evidentemente, ha tenido repercusiones en la manera que operan nuestras instituciones y la falta de legitimación del derecho en la mente de las personas.

El cambio jurídico reflejado claramente con la reforma convoca a una constelación de operadores jurídicos y operadores económicos para cumplir con sus finalidades. El ritmo social, económico y político imprimen un sello nuevo a las leyes. Dichos operadores deben ser los aliados que hagan posible el cumplimiento de la norma.

Los sistemas jurídicos y, en particular el Derecho mexicano, provee de herramientas para que los operadores jurídicos y los intérpretes normativos propongan soluciones innovadoras, eficaces para potencializar los efectos de los derechos de las personas.

De la misma manera, nuestro Estado de Derecho, inevitablemente marcado por una cultura e idiosincrasia, debe ser visto como un instrumento —no como un fin en sí mismo— al servicio de las necesidades siempre cambiantes y dinámicas de la sociedad.

El Estado de Derecho debe privilegiar la consecución del bienestar de los ciudadanos, por lo tanto, los operadores jurídicos que desde el Estado (servidores públicos) realizan cotidianamente ejercicios normativos (interpretación, creación, aplicación), deben buscar que se maximice la utilidad, medida en términos de bienestar.

Aparte de la necesidad de contar con herramientas formales que le permitan, a los operadores jurídicos, realizar los más complejos silogismos jurídicos o, por ejemplo, calificar, desde el punto de vista estrictamente formal, el destino de una reclamación en un tribunal de derecho, los juristas deberían estar muy atentos a los efectos que —inmediatamente, o en el mediano o largo plazo—, posterior al dictado de la sentencia, se generarán en la sociedad.

Y es que, efectivamente, lo anterior aplica no solamente a las decisiones tomadas en un órgano jurisdiccional, sino para aquellas decisiones que tienen efectos generales sobre la población, sin distinción del Poder del Estado en el cual sean tomadas.

Vivimos en una época en la que parecería que las administraciones públicas, tanto federales como estatales y municipales, parecen vivir su propia inercia y no entender a cabalidad la importancia de sus funciones. Lo mismo puede decirse de la actuación de los llamados *órganos reguladores de la economía*, que muchas veces están cooptados por el regulado o, simplemente, la agenda del funcionario no es coincidente con la idea tras la norma, tras la reforma, tras la política pública.

Las agendas personales del moderno servidor público difícilmente empatan con una visión de un Estado de Derecho enfocado al bienestar —aunque debo decirlo, siempre hay héroes, hombres y mujeres, en el servicio público que demuestran la excepción— en los términos en los que desarrollado esta investigación.

Quienes hemos tenido la oportunidad de servir al país en algún órgano regulador, conocemos a la perfección las reglas no escritas del juego: las instituciones administran el *status quo*, privilegian los intereses de los grupos que acceden al poder, y en un segundo o tercer plano, queda relegado el cumplimiento de los fines institucionales.

En el mercado, la participación de la empresa debe producir eficiencias para que circulen productos y servicios de mayor calidad, inocuos (a las personas y al medio ambiente), en un entorno de competencia económica que permita a más y a cualquiera participar en el mercado.

Si los operadores económicos, los dueños del mercado, continúan con estrategias que buscan generar necesidades más que satisfacerlas, si persisten ofreciendo, en muchos casos, productos y servicios chatarra, el consumidor no obtendrá niveles de calidad de vida adecuados.

El mercado debe servir para aumentar el bienestar a largo plazo; que se incentive el consumo de lo que es “bueno” para las personas, que desde que salimos por la mañana, a trabajar o a dejar a los niños a las escuelas, no tengamos que estar “a la defensiva” respecto de la publicidad comercial. En algún momento, hasta el más precavido, sucumbe ante las amenazas. Desde el mercado necesitamos que la regulación incentive a que haya más y mejor información; no sólo más información que, lejos de ayudar, sea un estorbo para la toma de buenas decisiones.

Con base en lo anterior, he sostenido que el consumidor carece de racionalidad, pues generalmente sus decisiones no son tales. La asimetría en la información es el pilar y fundamento de la tutela del consumidor, a través de leyes e instituciones administrativas y procesales.

En el ámbito de las relaciones entre personas (derecho privado) el principio de la *buena fe contractual*, previsto como regla por defecto (*default rule*), debería tomarse más en serio para cubrir esas lagunas que subyacen en las decisiones de la mayoría de los consumidores.

El derecho privado ha sido relativamente pasado por alto en cuanto a su posibilidad de mejorar las condiciones generales de convivencia y, desde luego, de bienestar.

Si los destinatarios de las normas cumplen de manera más amplia, constante y generalizada con las normas, la cosecha de condiciones materiales de bienestar se facilitará.

La búsqueda del bienestar social encuentra un camino libre de obstáculos a través del ejercicio responsable e informado de los derechos, de los medios y de las instituciones jurídicas establecidas desde la Constitución General de la República; pasando por las leyes y códigos federales, transitando hacia los ámbitos estatal y

municipal, hasta llegar al ordenamiento jurídico de menor valor jerárquico en el sistema.

Al ser conscientes, como lo he hecho al desarrollar esta investigación, que los problemas subyacentes en términos de bienestar ameritan un enfoque multidisciplinario (trayendo elementos de la Economía), podremos fortalecer el Estado de Derecho.

Para fortalecer el *rule of law* e incrementar el bienestar se deben incorporar criterios de definición y elementos de medición. Si los jueces o los funcionarios de la administración pública no tienen claro el para qué de su tarea, se corre el riesgo de prevalencia del status quo.

Las carreras (en los distintos poderes y en los diferentes ámbitos) deberían ponderar el nivel de cumplimiento y de emparejamiento de la actuación con la meta propuesta. La ocurrencia, la improvisación, el nepotismo y el tráfico de influencias como bases de selección de personal deben terminar.

Derivado de los pocos controles que el desempeño, tanto individual como institucional, tienen en términos de bienestar, permite que las decisiones que se van tomando importen más elementos de política que de administración en serio. Aquí es transcendental no perder de vista que fuera del Poder Judicial, la presencia de profesionales ajenos al derecho tiene naturalmente mayor presencia. Creo que lejos de ser un factor en contra, ello se convierte en un aliado.

Y no es que los abogados seamos la causa del problema. La causa reside, a mi criterio, en la formación y la enseñanza del Derecho, antes apuntadas. Es más sencillo que un economista, que no ha estado influenciado por métodos de enseñanza arcaicos y tradicionales (dado que la producción científica de élite en la materia es extranjera), pueda acercar sus ejercicios económico-normativos al bienestar.

Por ello, gran parte de los autores que he seguido para robustecer esta investigación, son economistas. La utilización de modelos económicos permite advertir desviaciones normativas u operativas, e implementar estrategias para minimizarlas.

Es justo reconocer, sin embargo, que dichas desviaciones nunca van a desaparecer. El libre mercado y el Estado de Derecho siempre tendrán fallas: la competencia perfecta es un mito, y el Estado de Derecho perfecto, también.

Sin embargo, quiero hacer énfasis en la importancia, como lo he señalado en alguna parte de este trabajo, de que la noción que los juristas tengamos respecto de las funciones normativas es crucial, dada la relevancia que tiene el sector de los abogados en la función cotidiana de nuestras instituciones.

Tal parecería que el pensamiento jurídico alejado del bienestar ha favorecido las lamentables deficiencias en la planeación y asignación de recursos públicos, la generación de monopolios, las concentraciones indebidas de recursos, la escasez de todo tipo de benefactores.

El Derecho del Bienestar tiene que ser el mejor aliado en esta línea evolutiva del derecho hacia el respeto de los derechos humanos. Para hacerlos realidad debemos avanzar en el aspecto esencial que he disertado aquí: recaudar más para gastar mejor. Sin una política fiscal que se base en que los más ricos paguen más y de manera progresiva y sin gravar las herencias (sucesiones), el camino no será sencillo. De la misma manera, transitar hacia un IVA generalizado con un esquema de compensación efectivo para los deciles que más se afecten (por el impacto en alimentos y medicinas) debe ser una prioridad.

Es importante destacar el argumento equivocado de que, para hacer realidad esos derechos sociales, se requiere destinar inmensas cantidades económicas, o sacrificar grandes porciones del PIB nacional.

En el ámbito internacional, de acuerdo con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, están documentados casos de países como Brasil o Sudáfrica, en donde destinando menos del 1% del Producto Interno Bruto, lograron reducir los índices de pobreza y desigualdad en 10 puntos.

Al respecto, sostienen Akerlof y Shiller, “el problema no reside en el PIB, sino en el equilibrio: el equilibrio de libre mercado genera una oferta de anzuelos para cualquier debilidad humana. Nuestro PIB (refiriéndose al de EUA) puede

multiplicarse, de nuevo por cinco y medio, y después hacerlo de nuevo, y aún estaremos en la misma situación.”<sup>586</sup>

México debe fundamentar la disminución de las asimetrías (la desigualdad, la falta de oportunidades) a partir del talento de los mexicanos. El talento es el mayor activo que tenemos y si no permitimos que se produzca más talento (que impacte positivamente en la innovación, desarrollo y crecimiento) el país seguirá siendo controlado por élites y aristocracias poco ilustradas.

La desigualdad y la pobreza constituyen círculos viciosos que tienden a reproducirse y perpetuarse. Por ello se requiere de la intervención del Estado para romperlos, y es imprescindible, entonces, fortalecer nuestras instituciones del bienestar.

Sin una visión progresista de nuestra función como juristas, teniendo siempre como meta la generación de mejores condiciones sociales (bienestar), de poco o nada sirve la reforma de 10 de junio de 2011 en sede constitucional, en la que se evidencia el reconocimiento de la progresividad de los derechos humanos, a través de la utilización del principio pro persona como eje rector de la interpretación de la aplicación (por parte de todas las autoridades del país) de las normas, buscando siempre favorecer la mayor protección.

Solamente así, lograremos que aquella lectura de nuestro texto constitucional coincida con la realidad. Ese maravilloso país dibujado en nuestra Carta Magna debe ser una realidad a la que se aspire con el esfuerzo cotidiano de todos, y con grandes esfuerzos de apoyo a aquellos segmentos de la población más vulnerables, más necesitados.

En 2017 nuestra Constitución cumplió sus primeros 100 años de vigencia. Hoy toca darles mayor contenido normativo a aquellos derechos “políticos”, siguiendo la senda de muchos precedentes judiciales que ya lo hacen.

La era de los Estados que se sustituyen en el individuo, ha terminado. No necesitamos Estados paternalistas, necesitamos ejercer nuestras libertades sobre

---

<sup>586</sup> Cfr. Akerlof, George y Shiller, Robert. *La economía de la manipulación*. Paidós Empresa, México, 2016, p.69.

la base de igualdad en donde el ciudadano desarrolla sus potencialidades al máximo, todo a partir de una base mínima, lo que puede coincidir con el llamado “mínimo vital”.

El Constitucionalismo Contemporáneo está enfocado al Bienestar. Los fenómenos reformistas, las incipientes doctrinas jurisprudenciales, y las voces de algunos juristas y de un buen número de economistas, así lo han demostrado.

La meta que tenemos que cruzar es la que ha marcado históricamente al Derecho en todo el planeta: hacer coincidir el *deber ser* con el *ser*. Debemos asumir, con la mayor humildad posible, que es un postulado ideal, utópico, pero también debemos “tomar al toro por los cuernos”, asumir la responsabilidad y el deber de ejecutar todos nuestros esfuerzos para alcanzarlo, para rozarlo.

El Estado no debe limitarse a garantizar libertades, debe buscar que sus connacionales satisfagan las necesidades más elementales que les permitan alcanzar niveles de bienestar satisfactorios.

Las instituciones del Estado y el Derecho, como instrumento, deben estar orientados hacia dicho fin. La Economía, como ciencia, es una buena herramienta de análisis. La disciplina financiera del gobierno, el más grande aliado.

El ciudadano debe ver en el Derecho un instrumento tangible para mejorar sus condiciones de vida, para elevar su calidad de vida, para poder realmente decidir, tener libertad, asumir las propias decisiones. No pueden ser otros quienes decidan. El Derecho debe resolver tensiones y asignar eficientemente derechos.

Espero, humildad y esperanza por delante, que este trabajo sirva de guía para otros abogados, muy talentosos, que seguramente continuarán desarrollando aspectos de lo que yo he denominado *disciplinas jurídicas del bienestar*, dentro de mi visión del constitucionalismo contemporáneo, que tiene como perspectiva el bienestar de los ciudadanos en términos cada vez más equitativos.

De modo que, incorporando el modelo de aplicación del Derecho que propongo, cada vez más mexicanos tengan mayor acceso a los *derechos prestacionales*: mejor salud, mejor vivienda, mejor educación, mejores empleos, un medio ambiente digno y un mercado de bienes y servicios que suministre los satisfactores que la población necesita para vivir mejor.

Y que, en efecto y al final, vivamos mejor.

## Bibliografía

- AGUILAR CAMÍN, Héctor (Coord). ¿Y ahora qué? México ante el 2018, Nexos-Debate, noviembre de 2017, México.
- AKERLOF, George y SHILLER, Robert. *La economía de la manipulación*. Paidós Empresa, México, 2016.
- ASPE ARMELLA, Pedro. El camino mexicano de la transformación económica. Fondo de Cultura Económica. México, 1993.
- BÁEZ SILVA, Carlos, La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México, Porrúa e IMDPC, México, 2009.
- BELTRÁN GAOS, Mónica, “Salud y derechos humanos: binomio imprescindible en nuestros días”, en Problemas actuales del derecho social mexicano, tomo II, Rabasa Gamboa, Emilio y Ramírez Marín, Juan, coordinadores, Porrúa e ITESM, México, 2007.
- BEN-SHANAR, Omri, et. al., More than you wanted to know. The Failure of Mandate Disclosure, Princeton University Press, New Jersey, USA, 2014.
- BOLÍVAR ZAPATA, Francisco Gonzalo (Coordinador). Por un uso responsable de los organismos genéticamente modificados. Academia Mexicana de Ciencias, México, 2011.
- BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra. (Remito en términos generales a su trabajo, principalmente "Noción del consumidor en el Derecho comparado", Revista Estudios sobre Consumo 1990, España, N.º 18.
- BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra. “Noción de Consumidor”, en Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores, Editorial McGrawHill, Madrid, 1999.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. “La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales.” en: Estudios básicos de derechos humanos. San José de Costa Rica: IIDH, 1994.
- CASTRO Y CASTRO, Juventino V. El amparo social, Porrúa e IMDPC, México, 2005.
- COOTER, Robert D. y ULLEN, Thomas. Derecho y economía, FCE, México, trad. de Eduardo L. Suárez, 2016.
- COOTER, Robert D. The Strategic Constitution. Princeton University Press, 2000.

- COSSÍO DÍAZ, José Ramón. Estado Social y Derechos de Prestación. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón. Prólogo del señor ministro Roldán Xopa, José. Derecho Administrativo. Oxford University Press. México, 2008.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón. Cambio Social y Cambio Jurídico. Miguel Ángel Porrúa, México, 2008.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, MEJÍA GARZA, Raúl, ROJAS ZAMUDIO, Laura. El Caso Radilla. Editorial Porrúa, México, 2013.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, MEJÍA GARZA, Raúl, ROJAS ZAMUDIO, Laura. La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos. Editorial Porrúa, México, 2015.
- DEATON, Angus. The Great Escape. Health, Wealth, and the origins of inequality, Princeton University Press, 2013.
- DE OBESO ORENDAIN, Juan Carlos. El Principio de Vinculación al Gasto Público a la Luz de los Derechos Humanos. Tesis doctoral. Universidad de Guadalajara, México, 2016.
- DOLAN, Paul y PEASGOOD, Tessa. "Measuring Well-Being for Public Policy: Preferences or Experiences", en Posner, Eric A. y Sunstein, Cass R. Law & Happiness. The University of Chicago Press, 2010.
- FERNÁNDEZ GIMENO, José Pascual. "Los consumidores y usuarios como sujetos afectados a una especial tutela jurídica", en Derecho Privado de Consumo, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. "Acceso a los servicios públicos", Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo, Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego, UNAM-El Colegio Nacional, México, 2011.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. "La justicia y el constitucionalismo social", Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo, Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego, UNAM-El Colegio Nacional, México, 2011.
- GARCÍA SAIS, Fernando. Derecho de los Consumidores a la Información. Una aproximación a la publicidad engañosa en México, Editorial Porrúa-ITAM, 2007.

- GARCÍA SAIS, Fernando. "Servicios financieros, acciones colectivas y competencia". Revista Mundo del Abogado, julio de 2014, México.
- GARGARELLA, Roberto, "Justicia dialógica y derechos sociales", en Los derechos sociales en el Estado constitucional, Espinosa de los Monteros, Javier y Ordóñez, Jorge, coordinadores, Tirant Lo Blanch, México, 2013.
- GONZÁLEZ CARRANCÁ, Juan Luis, "El poder judicial y la transición democrática en México", en Funciones del Derecho en las democracias incipientes. El caso de México, Molina Piñeiro, Luis J., Ojesto Martínez P., Serrano Migallón, Fernando. Porrúa, UNAM, México.
- Haidt, Seder y Kesebir, "Hive Psychology, Happiness, and Public Policy", en Posner, Eric A. y Sunstein, Cass R. Law & Happiness. The University of Chicago Press, 2010.
- HENSLER, Debora et. al. Class Actions Dilemmas, Pursuing Public Goals for Private Gain, Rand Institute for Civil Justice, Santa Monica, California, 2000.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, Razonamientos en la sentencia judicial, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- HERNÁNDEZ, María del Pilar, Constitución y Derechos Fundamentales, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, núm. 84, septiembre-diciembre de 1995.
- HARRISON, Jeffrey L., Law and Economics, Thomson West, USA, 2000.
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass, El costo de los derechos, México, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012.
- HSEE, Christopher et. al. Two recommendations on the Pursuit of Happiness, en Posner, Eric A. y Sunstein, Cass R. Law & Happiness. The University of Chicago Press, 2010.
- KLONOFF, Robert H., Class Actions and Other Multi-Party Litigation, Thomson West, USA, 2007.
- MIRANDA CAMARENA, Joaquín et al., Garantías sociales, Porrúa y Universidad de Guadalajara, México, 2012.
- MOLINA PIÑEIRO, Luis J., OJESTO MARTÍNEZ P., SERRANO MIGALLÓN, Fernando (coords.), Funciones del Derecho en las democracias incipientes.

- El caso de México, González Carrancá, Juan Luis, El poder judicial y la transición democrática en México, México, Porrúa, UNAM, pp. 191-206.
- MORA DONATTO, Cecilia. "Derecho al esparcimiento", Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo, Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego, UNAM-EI Colegio Nacional, México, 2011.
- MORTATI Constantino, Istituzioni di diritto pubblico, Padua, CEDAM, 1979.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. Defensa del Consumidor. Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2003.
- NARRO ROBLES, José. "Derechos y políticas sociales", Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo, Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego, UNAM-EI Colegio Nacional, México, 2011.
- NUSSBAUM, Martha C. "Who is the Happy Warrior? Philosophy Poses Questions to Psychology", en Posner, Eric A. y Sunstein, Cass R. Law & Happiness. The University of Chicago Press, 2010.
- OROZCO GARIBAY, Pascual Alberto, Derecho constitucional, el Estado mexicano, su estructura constitucional, Porrúa y Escuela Libre de Derecho, México, 2011.
- OSWALD, Andrew J. y Powdthavee Nattavudh. "Death, Happiness, and Calculation of Compensatory Damages", en Posner, Eric A. y Sunstein, Cass R. Law & Happiness. The University of Chicago Press, 2010.
- OVALLE FAVELA, José. Derecho de los Consumidores. Editorial Oxford University Press, México 2008.
- PIKETTY, Thomas. Capital en el Siglo XXI. The Bleknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts / London, England, 2014.
- POSNER, Eric A. y SUNSTEIN, Cass R. Law & Happiness. The University of Chicago Press, 2010.
- REALE, Giovanni y ANTISERI, Dario. Historia del Pensamiento Filosófico y Científico, Tomo Primero, Antigüedad y Edad Media, Herder, Tercera Edición 2001, Barcelona.

- REYES LÓPEZ, María José. “La protección de los derechos de los consumidores y usuarios en la actualidad”, Derecho Privado de Consumo, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- ROLDÁN XOPA, José, “La nueva organización del Poder Judicial de la Federación y la defensa de la Constitución”, en Cossío Díaz, José Ramón (comp.), La defensa de la Constitución, México, Fontamara, 2015.
- ROLDÁN XOPA, José, “Constitución y Mercado”, Ed. Porrúa-ITAM, México, 2004.
- ROLDÁN XOPA, José, Derecho Administrativo, Prólogo del señor ministro José Ramón Cossío en Díaz, México, Oxford University Press, 2008.
- RUDOLF, Constitución y derecho constitucional, Madrid, CEC, 1985
- RUIZ MUÑOZ, Miguel. “Introducción a la protección jurídica de los consumidores”, en Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores, Editorial McGrawHill, Madrid, 1999.
- SCHNEIDER, Hans Peter, "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado democrático", Revista de Derecho Político, Madrid, CEC, núm. 7, 1979.
- SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises. El Sistema de la Constitución Mexicana. Librería de Manuel Porrúa, S.A. México, 1971.
- SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises, “Fundamentos teóricos de la defensa de la constitución en un estado federal”, en Cossío Díaz, José Ramón (comp.), La defensa de la Constitución, México, Fontamara, 2015.
- SEN, Amartya, Development as Freedom, Alfred A. Knop Inc., New York, 1999.
- SEN, Amartya, The idea of Justice, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2009.
- SOLÉ I FELIU, Josep. El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
- SOWELL, Thomas. Economic Facts and Fallacies, Basic Books, USA, 2011.
- STIGLITZ, Joseph, et. al., Mismeasuring Our Lives: Why GDP Doesn't Add Up, New York: The New Press, 2010.
- SUNSTEIN, Cass R. y THALER, Richard H. Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness. Yale University Press 2008.

- SUNSTEIN, Cass R. "Illusory Losses", en POSNER, Eric A. y SUNSTEIN, Cass R. Law & Happiness. The University of Chicago Press, 2010.
- SUNSTEIN, Cass R. Conspiracy Theories and Other Dangerous Ideas, Simon & Schuter, New York, USA, 2014.
- TROPER, Michel. "Del gobierno de jueces al gobierno por los jueces", en Jueces y derecho, problemas contemporáneos. Carbonell, Miguel; Fix-Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo, compiladores, Porrúa y UNAM, México, 2008.
- UBEL, Peter A. y LOEWENSTEIN, George. "Pain and Suffering Awards: They Shouldn't Be (Just) about Pain and Suffering, en POSNER, Eric A. y SUNSTEIN, Cass R. Law & Happiness. The University of Chicago Press, 2010.
- VALADÉS, Diego. "Responsabilidad social del estado constitucional", Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo, Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego, UNAM-El Colegio Nacional, México, 2011.
- VALADÉS, Diego. El bienestar social como responsabilidad del estado constitucional. Revista Brasileira de Direito Constitucional, número 19, enero-junio 2012.
- VIGO, Luis Rodolfo. "Razonamiento justificatorio judicial", en Bonorino Ramírez, Pablo, editor, Pensar el Derecho, ensayos de teoría jurídica contemporánea, Ara Editores, Lima, 2010.
- VIGO, Luis Rodolfo. Constitucionalización y judicialización del Derecho, Editorial Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2012.
- ZALDÍVAR, Arturo, "El juicio de amparo y la defensa de la Constitución; Fundamentos teóricos de la defensa de la constitución en un estado federal", en Cossío Díaz, José Ramón (comp.), La defensa de la Constitución, México, Fontamara, 2015.

## Fuentes electrónicas

COSSÍO DÍAZ, José Ramón. Voto Particular, Contradicción de Tesis 293/2011, consultado en <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Pleno/DecimaEpoca/293-2011%20PL%20CT%20Votos%20se%C3%B1ores%20Ministros.pdf>, el 12 de mayo de 2014.

DEATON, Angus. “Rethinking Robin Hood”, consultado en <https://www.project-syndicate.org/commentary/globalization-hurts-poor-in-rich-countries-by-angus-deaton-2016-06>, el 17 de junio de 2016.

DE BUEN, Nestor. “La crisis del Estado de Bienestar”, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/22/pr/pr6.pdf>, consultado el 21 de junio de 2016.

DEMOCRATIC PARTY PLATFORM 2016, [http://www.presidency.ucsb.edu/papers\\_pdf/117717.pdf](http://www.presidency.ucsb.edu/papers_pdf/117717.pdf), consultado el 6 de agosto de 2016.

HUERTA LARA, María del Rosario. “Los conceptos de Estado Social de Derecho, Bienestar social e Interés colectivo”, Revista Letras Jurídicas, Universidad Veracruzana, consultado en <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/18/huerta18.pdf>, el 20 de agosto de 2014.

MERINO SEGOVIA, Amparo. “Los efectos de la crisis en el empleo”. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/ius/cont/33/pr/pr4.pdf>, consultado el 21 de junio de 2016.

MURDOCK, Charles W., "The Big Banks: Background, Deregulation, Financial Innovation and Too Big to Fail". Social Justice. Paper 39. [http://ecommons.luc.edu/social\\_justice/39](http://ecommons.luc.edu/social_justice/39), consultado el 9 de septiembre de 2014 a las 6:00 A.M.

OCDE. How's Life? 2017, Measuring Well-Being", [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/economics/how-s-life-2017\\_how\\_life-2017-en#page273](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/economics/how-s-life-2017_how_life-2017-en#page273) el 24 de febrero de 2018.

OVALLE PIEDRA, Julieta. "La responsabilidad civil por productos en México", Canadá y Estados Unidos, consultado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/32/1.pdf> el 27 de agosto de 2014 a las 7: 00 A.M.

ORDOÑEZ, Jorge. "El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Apuntes para la definición de un contenido esencial de ese derecho en la jurisprudencia mexicana", consultado el 12 de mayo 2015, en [https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/62/Becarios\\_062.pdf](https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/62/Becarios_062.pdf).

ORDÓÑEZ BARBA, Gerardo. "El régimen de bienestar en los gobiernos de la alternancia en México", consultado el 21 de junio de 2016. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/polis/cont/20121/art/art9.pdf>

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. Informe sobre Desarrollo Humano 2014, p. 6 Consultado en <http://ep00.epimq.net/descargables/2014/08/28/27a1511518e75cbab284890fe7d226da.pdf>

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. "Reforma administrativa y Estado de bienestar", p. 296, consultado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/aida/cont/5/art/art11.pdf>, el 21 de junio de 2016.

RUIZ MASSIEU, J.F. "Los derechos constitucionales de contenido pragmático", pp. 57-59, Consultado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/898/6.pdf>, el 12 de mayo de 2014.

STIGLITZ, Joseph E. "Democracy in the Twenty-First Century". <http://www.project-syndicate.org/commentary/joseph-e--stiglitz-blames-rising-inequality-on-an-ersatz-form-of-capitalism-that-benefits-only-the-rich/spanish#bCUO7j3g1cs9VDfY.99>

STIGLITZ, Joseph E., "Rewriting the rules of the American economy: an agenda for shared prosperity". Consultado en Internet el 16 de junio de 2016 en <http://community-wealth.org/sites/clone.community-wealth.org/files/downloads/report-stiglitz.pdf>,

## Artículos periodísticos

FAYA, Alejandro. “La mano visible”; artículo publicado en Reforma, <http://busquedas.gruporeforma.com/reforma/Documento/Impresa.aspx?id=1544240-1066&url=http://www.reforma.com/edicionimprensa/paginas/20140207/interactiva/RNEG20140207-005.jpg&text=alejandro+faya&tit=LA+MANO+VISIBLE+%2f+Constituci%3fny+econom%eda#ixzz3B2IM3jtc>, consultado el 21 de agosto de 2014 a las 8:00 P.M.

FAYA, Alejandro. “Estado de Derecho”. Consultado el 15 de julio de 2014 a las 6 A.M.  
<http://busquedas.gruporeforma.com/reforma/Documento/Impresa.aspx?id=1566980-1066&url=http://www.reforma.com/edicionimprensa/paginas/20140428/interactiva/RNEG20140428-004.jpg&text=alejandro+faya&tit=LA+MANO+VISIBLE+%2f+Estado+de+Der echo#ixzz3B2kylFGI>

FAYA, Alejandro. “¿Bienestar subjetivo u objetivo?”. Consultado el 15 de julio de 2014 a las 6 A.M.  
<http://busquedas.gruporeforma.com/reforma/Documento/Impresa.aspx?id=571506-1066&url=http://www.reforma.com/edicionimprensa/paginas/20140514/interactiva/RNEG20140514->

[004.jpg&text=alejandro+faya&tit=LA+MANO+VISIBLE+%2f+%bfBienestar+s+ubjetivo+u+objetivo%3f#ixzz3B2kdPSWg](http://004.jpg&text=alejandro+faya&tit=LA+MANO+VISIBLE+%2f+%bfBienestar+s+ubjetivo+u+objetivo%3f#ixzz3B2kdPSWg)

GALEANA, Patricia. “El Impacto de la Constitución de Cádiz en México”, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3525/15.pdf>, consultado el 8 de septiembre de 2014, a las 5: A.M.

GARGARELLA, Roberto, “El “nuevo constitucionalismo latinoamericano””. Consultado el 21 de agosto de 2014 a las 9:00 P.M. [http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088\\_091940.html](http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088_091940.html)

GARICANO, Luis. “¿Por qué no trabajamos menos horas”. [http://economia.elpais.com/economia/2014/03/14/actualidad/1394798341\\_369013.html](http://economia.elpais.com/economia/2014/03/14/actualidad/1394798341_369013.html), consultado el 16 de marzo de 2014 a las 8:00 P.M.

GARTON ASH, Timothy. “De la fetua al WhatsApp”, consultado en [http://elpais.com/elpais/2014/05/08/opinion/1399545813\\_167323.html](http://elpais.com/elpais/2014/05/08/opinion/1399545813_167323.html), el 9 de mayo de 2014).

KEYNES, John Maynard, “Economic Possibilites”, 1930, p.39, consultado el 15 de junio de 2016, <http://www.econ.yale.edu/smith/econ116a/keynes1.pdf>.

MORENO URIEGAS, María de los Ángeles. “La política de bienestar social y la salud.” Revista de Administración Pública. Consultado el 20 de junio de 2016. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/69/pr/pr7.pdf>

PALACIOS PRIETO, Alejandra. “Conciliando entre lo social y privado”. Reforma, 24 de junio de 2016. <http://busquedas.gruporeforma.com/negocioscom/Documentos/Documento.aspx?strbusqueda=alejandra+palacios&idcatalogo=1&total=132&catalogos=>

InfodexTextos%2cInfodexTextosHist&id=1788941-1066, consultado el 28 de junio de 2016.

PIKETTY, Thomas and ZUCMAN, Gabriel. "Capital is back: Wealth-income ratios in rich countries 1700–2010", <http://piketty.pse.ens.fr/files/PikettyZucman2014QJE.pdf>

VALADÉS, Diego. Editorial en Reforma. Consultado el 21 de agosto de 2014 en <http://busquedas.gruporeforma.com/reforma/Documento/Impresa.aspx?id=1547492-1066&url=http://www.reforma.com/edicionimpresa/paginas/20140218/interactiva/RPRI20140218-010.jpg&text=valades&tit=Diego+Valad%e9s+%2f+Lo+que+queda+de+la+Constituci%3n#ixzz3B2oFJvss>.

VALADÉS, Diego. "¿Salario?", consultado el 19 de agosto de 2014 en <http://www.am.com.mx/notareforma/65171>

VALADÉS, Diego. "La soberanía burocrática". Consultado el 27 de mayo de 2014 en <http://busquedas.gruporeforma.com/reforma/Documento/Impresa.aspx?id=1575311-1066&url=http://www.reforma.com/edicionimpresa/paginas/20140527/interactiva/RPRI20140527-012.jpg&text=valades&tit=Diego+Valad%e9s+%2f+La+soberan%eda+burocr%e1tica#ixzz3B2nciepc>