

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR. UNA PERSPECTIVA A PARTIR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EN RELACIÓN CON EL CASO DE MÉXICO

José Luis Caballero Ochoa¹

I. Introducción

El desarrollo constitucional de los derechos fundamentales ha experimentado una transformación radical en las últimas décadas. El modelo liberal que privilegió los derechos de corte individual, en aplicación de una norma de carácter doméstico y ante la que se han impuesto conductas principalmente de abstención para los órganos del poder público, ha ido ampliando su cobertura gracias a la enorme y benéfica influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como al desarrollo del constitucionalismo contemporáneo afincado mayormente en los ejercicios implementados a partir de la segunda posguerra; y en donde los derechos fundamentales, en una perspectiva diferente en cuanto a su propia naturaleza jurídica, las obligaciones correlativas de los sujetos obligados, y los mecanismos de defensa e interpretación, han ido tomando un papel preponderante en relación con las formas de concebir y generar las normas y estructuras jurídicas.

De forma paulatina, se ha ido trascendiendo el paradigma de los derechos-defensa ante el Estado omnímodo; derechos de tipo “reaccional” de cara a los actos de autoridad, en un ejercicio individual que ha derivado en la concepción del derecho subjetivo público, para devenir en prerrogativas de atribución personal, oponibles *erga omnes*, y en donde su protección requiere la aplicación de la totalidad del ordenamiento, incluso el de fuente internacional. Por su parte, las obligaciones de los sujetos vinculados no solamente se circunscriben a la abstención sino a las modalidades necesarias para la tutela eficaz del derecho, como las prestaciones o las que promueven acciones de discriminación positiva.

¹ Académico del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México.

Las garantías de protección a los derechos fundamentales no se instauran solamente ante la legitimación de un interés jurídico derivado de una norma directamente aplicable, que activa un mecanismo de corte individual, sino a través de una gama de acciones que tutelan otro tipo de intereses, bien de tipo colectivo o difuso, lo que va cambiando el rostro de la justicia constitucional, en buena medida gracias a los mecanismos para la defensa de los derechos.

Asimismo, el sentido de la interpretación constitucional, especialmente sobre derechos fundamentales, se va modificando ante la necesidad de que no se soporte solamente en la literalidad de la norma positiva, sino que se construya atendiendo a otro tipo de criterios que permitan la aplicación coherente de todo el ordenamiento y la solución plausible de la problemática que aborda. No se trata de una reivindicación de los sistemas de derecho que se sustentan en el precedente judicial en donde la argumentación juega un papel relevante, sino de rescatar el auténtico valor que tienen la interpretación y la construcción argumentativa por parte de los operadores jurídicos, con especial relevancia la judicatura.²

En este contexto, los derechos del consumidor adquieren algunas notas particulares que abonan a una discusión que va definiendo el amplio contorno de los derechos fundamentales; desde su conformación en relación con un sector específico de la economía, su configuración colectiva, así como las formas de acceso a la justicia, que van desde una legitimación colectiva de los interesados, hasta formas de cobertura en sede administrativa, a través de organismos “para-judiciales”, como es el caso en México de la Procuraduría Federal del Consumidor (PFC).³

Sobre estos nuevos modos de pensar y hacer el derecho, a partir del ejemplo del derecho del consumidor y la necesidad de su tutela efectiva en el Estado constitucional contemporáneo, se irán articulando las siguientes reflexiones.

II. Los derechos del consumidor en el contexto de los derechos fundamentales: un sector específico de carácter económico con implicaciones sociales

El discurso actual sobre derechos fundamentales ha identificado a la universalidad como el eje de su aplicación: todos los derechos para todos. Esta dimensión tiene un soporte fundamental en las condiciones de igualdad como condición previa *sine qua non* para el alcance universal, y se perfila como un principio sobre el que descansa todo el *andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional*, según ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁴

2 Para una aproximación al tema, Otero, Milagros y Morales, Marco Antonio (coords.), *La justicia, los jueces y la argumentación*, Toluca, Escuela Judicial del Estado de México/Universidad de Santiago de Compostela, 2005.

3 Cfr. Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, CNDH, III/UNAM, 2004, p. 730.

4 Opinión Consultiva OC – 18/03 presentada por el Gobierno de México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 101. En: <http://www.corteidh.org.cr> [21-03-06].

El tema de la igualdad en este contexto adquiere una doble dimensión. Por un lado, a través del reconocimiento de las diferencias, valorando la diversidad para lograr así condiciones igualitarias en el ejercicio de los derechos,⁵ especialmente a través de la regulación de la prohibición de discriminar,⁶ lo que entraña la distinción de sectores específicos, que pueden o no ser considerados como grupos vulnerables, pero que dimensionan características propias; rasgos particulares que al ser tutelados permiten el ejercicio de los derechos *erga omnes* en las mismas condiciones: mujeres, discapacitados, menores, indígenas, consumidores, etcétera. Se trata paradójicamente de la consecución de la universalidad de los derechos a través de la protección de las especificidades que distinguen a sus titulares.⁷

Un segundo aspecto tiene que ver con la igualdad en sentido material, la eliminación de disparidades que conforman estatutos jurídicos diferenciados. Se trata de desigualdades producto de diferencias entre posiciones de poder y los derechos patrimoniales,⁸ obstáculos que el Estado debe remover para asegurar que las mismas condiciones de libertad e igualdad sean reales y efectivas, como precisa el artículo 9.2 de la Constitución española. Su tutela se encuentra especialmente enfocada al rubro de los derechos sociales: la salud, vivienda, medio ambiente sano, condiciones equitativas en el ámbito laboral, etcétera. El fortalecimiento de las condiciones de igualdad material a través de los derechos sociales ha propiciado que la posición preferente de los derechos individuales de corte liberal, especialmente de algunos como la libertad de expresión,⁹ se cuestione a partir de estos derechos, también desde los derechos colectivos, incluso de carácter multicultural, una problemática cuya solución se prevé como toral para la convivencia de los pueblos en el siglo XXI.¹⁰

La cuestión de los derechos del consumidor nos vincula a esta doble realidad; se trata de una conexión entre la especificidad de un grupo sectorialmente determinado en el ámbito económico, que requiere una atención particular por parte del Estado para asegurar equidad, en donde las condiciones genéricas de libertad e igualdad no son suficientes, sino que es necesario implementar modelos de desarrollo específicos como ocurre en general respecto de los derechos sociales.¹¹

5 Tal y como apunta Ferrajoli: "Igualdad es término normativo: quiere decir que los 'diferentes' deben ser respetados y tratados como iguales; y que, siendo ésta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla". Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, segunda edición, Madrid, Trotta, 2001, p. 79.

6 Así se va incorporando en las cartas fundamentales sobre derechos, ya sea en tratados internacionales o en las propias constituciones. El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo II - 81 del Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa, el artículo 14 de la Constitución de España, el artículo 1º, párrafo tercero de la mexicana, etcétera.

7 Así lo apunta Carbonell: "Si la universalización puso en claro que los derechos pertenecen a *todas* las personas, los ciudadanos o las personas con capacidad de actuar, para usar los estatus a los que se refiere Ferrajoli, la especificación quiere responder a las preguntas "¿qué hombre?" y "¿qué ciudadano?".", *op. cit.*, pp. 32-33.

8 Ferrajoli, *op. cit.*, p. 82.

9 Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, México, Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005, p. 104.

10 Cfr. Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996.

11 Cfr. Carbonell, *op. cit.*, p. 33.

La conjunción de estos aspectos reviste a los consumidores de una dimensión dual del ejercicio de los derechos: un reconocimiento específico, que conlleva necesariamente el derecho a la información y a la educación, una dimensión organizativa en asociaciones con una representación específica, pero también la protección por parte del Estado, que implica el acceso a la justicia y medios racionales de reparación de daño ante la vulneración de aquellos.

En este sentido, habría que voltear al tema de las libertades pero también al establecimiento de acciones compromisorias por parte de las autoridades estatales, así como al reconocimiento de diversidades que requieren formas de tutela específica, y que de no implementarse estaría propiciando una discriminación jurídica. Los grupos de consumidores constituyen, en el contexto de las llamadas sociedades neoliberales,¹² un grupo vulnerable que requiere de mecanismos especiales de protección ante el avasallamiento de un mercado cada vez más voraz y concentrado en pocas manos, donde los monopolios *de facto* o las prácticas monopólicas se introducen subrepticamente y constituyen una forma ya generalizada de participación de los agentes económicos en el mercado de bienes y servicios.¹³

De esta forma, habría que considerar que el alcance de la protección constitucional de los derechos de los consumidores, en cuanto a su conformación constitucional, debe implicar los siguientes aspectos:

1. Una primera referencia constitucional que vendría en su reconocimiento y tutela como verdaderos derechos fundamentales, de carácter sectorial de tipo económico, en el rubro de la dimensión de los derechos sociales.

En realidad, una asunción constitucional en este sentido tiene que implicar un planteamiento de fondo sobre la naturaleza misma de los derechos económicos, sociales y culturales, que siguen representando el rostro más diluido de los derechos; aquellos que se siguen considerando según el modelo del *welfare state*, normas programáticas, principios rectores¹⁴ o políticas públicas carentes de mecanismos efectivos para exigir su debida garantía y protección en los mismos términos y condiciones que el resto de los derechos, en su condición de prerrogativas inherentes al ser humano y de aplicación universal.

12 Para Rodrigo Gutiérrez, con el término se trata de definir a una determinada teoría económica "que durante las últimas tres décadas ha servido para proporcionar argumentos a quienes se benefician con la expansión del libre mercado. Se trata de un conjunto de viejos postulados clásicos que vuelven a servir de base a las elites económicas y culturales que hoy encabezan el capitalismo contemporáneo. Dichos postulados resultan de gran utilidad para mantener un modelo de organización económica y social, tanto a escala nacional e internacional que les permite aumentar sus beneficios y proteger sus intereses". Gutiérrez, Rodrigo, "El neoliberalismo contra los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales", en Díaz Müller, Luis, *El mito del desarrollo y las transiciones a la democracia. Terceras jornadas sobre globalización y derechos humanos*, México, III/UNAM, 2006, p. 85.

13 Como lo señala Miguel Carbonell: "Los consumidores se encuentran cotidianamente con la necesidad de realizar actos jurídicos frente a grandes corporaciones. Muchas veces dichas corporaciones gozan de un régimen de monopolio en la prestación de un servicio público e imponen casi por la fuerza (la fuerza de la necesidad se podría decir) sus condiciones a los consumidores.", *op. cit.*, p. 937.

14 Como establece el Capítulo III, del Título I de la Constitución española, que los recoge de los artículos 39 a 52, aunque en el Capítulo II, correspondiente a los derechos fundamentales, se establece la regulación de derechos sociales, por ejemplo los relativos a las relaciones laborales (artículo 37).

De esta forma, un primer aspecto sería tomar en consideración el planteamiento que va adquiriendo cada vez más fuerza en el constitucionalismo contemporáneo en el sentido de que los derechos sociales deben trascender esta óptica para situarse como verdaderos derechos fundamentales, accionables por vía judicial, en el tenor de un modelo de Estado verdaderamente garantista.

2. No obstante, los derechos de los consumidores, insertos en el esquema de los derechos sociales, también son susceptibles de inscribirse en el ámbito de las previsiones atinentes al propio constitucionalismo económico, situado en un capítulo económico de la Constitución y que constituye junto con los propios derechos fundamentales y las normas sobre la organización del Estado, los elementos definitorios del modelo constitucional.¹⁵ Incluso, siguiendo a Pérez Luño, habremos de afirmar que la propia constitución económica se encuentra integrada por derechos fundamentales que especifican el régimen jurídico de la propiedad, la libre empresa, el sistema tributario, las relaciones en el ámbito laboral o los sistemas de seguridad social.¹⁶

En España, el derecho de los consumidores se incorpora al elenco de su propio catálogo de derechos sociales —los principios rectores— lo que ya entraña una dimensión definitoria tanto de su propia naturaleza como del alcance de su protección —es decir, no exigibles por vía judicial;¹⁷ sin embargo, no es ajeno tampoco al ámbito del constitucionalismo económico, ya que si bien es cierto, propiamente el derecho a la libertad de empresa —una previsión que impacta directamente en la regulación del consumo por la libre elección de diversas ofertas en el mercado— se establece en el artículo 38 como un derecho fundamental, los de los consumidores quedan enmarcados en todo un marco tutelar del Estado en relación con la política económica y social en el artículo 51.

En cambio, en México la disposición constitucional inscribe a los derechos del consumidor en el Capítulo I correspondiente a los derechos fundamentales —las garantías individuales— y concretamente se encuentran arropados en el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), un híbrido entre derecho fundamental de carácter social y de política económica que desde el inicio de su andadura constitucional estuvo destinado a garantizar el derecho a la libre concurrencia de los particulares en el desarrollo económico.

3. Esta mixtura entre un derecho social con fuertes implicaciones económicas es lo que imprime un rasgo particular a los derechos del consumidor, porque finalmente éstos se ejercen de frente a un modelo concreto que requiere de la libre participación económica

15 Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, séptima edición. Madrid, Tecnos, 1998, p. 19.

16 *Ibidem*, p. 20.

17 Gregorio Cámara apunta que no se configuran como derechos subjetivos exigibles ante los tribunales, sino que las leyes concretan su alcance, es decir, se realizan como normas programáticas, y en este sentido, podrán exigirse ante los tribunales ulteriormente. Señala que “su eficacia, en definitiva, no es inmediata y directa, sino que está diferida e intermediada por lo que disponga el legislador respetando la prefiguración realizada por el constituyente”, Cámara Villar, Gregorio, “Constitución económica y derechos sociales”, en Balaguer Callejón, Francisco (coord.), *Derecho constitucional*, Volumen II, Madrid, Tecnos, 1999, p. 240.

y de la prohibición de monopolios para hacer efectivo el derecho del consumidor a un mercado libre de prácticas que “disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios”, tal y como establece en México el artículo 8° de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE).

De cualquier manera, me parece que habría que considerar este doble aspecto atinente al derecho, que para satisfacer su efectiva protección requiere previamente del ejercicio de la libre empresa, de una competencia sana entre los agentes económicos que participan en el mercado; se trata de la *ratio cognoscendi* de los consumidores con respecto a los sujetos obligados, en este caso los proveedores de bienes y servicios. En este sentido, no es trivial que la propia LFCE en México tenga previsiones que se vinculan con la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC). Así, el artículo 7° de la primera dispone que la PFC será la responsable de la *inspección, vigilancia y sanción* respecto de la determinación de los precios máximos de los productos.

III. La tutela de los derechos del consumidor en el Estado constitucional

1. La defensa de los derechos del consumidor inserta en el marco de los intereses de tipo colectivo

Este aspecto se encuentra vinculado inicialmente a los intereses que legitiman al consumidor para hacer valer sus derechos, lo que requiere también un cambio de paradigmas en relación con los parámetros de legitimación de los titulares de los derechos.

Tradicionalmente, los derechos fundamentales se han traducido en derechos subjetivos públicos, esto es, facultades derivadas de una norma determinada que se oponen frente el Estado, cuya obligación correlativa se genera precisamente en relación con el ejercicio de tal facultad; lo que ha impedido que quienes no ostentan el interés jurídico¹⁸ directo se encuentren excluidos de los mecanismos de protección a los derechos, como ha ocurrido con el juicio de amparo en México.

El margen de legitimación de quienes ostentan los derechos se debe ampliar ante una realidad que va estableciendo relaciones jurídicas más complejas del Estado con los particulares y entre los particulares mismos, lo que deja fuera de protección a una franja muy amplia de personas en distintas circunstancias para reivindicar sus pretensiones en clave de derechos fundamentales; en especial en los vínculos que se ejercen de forma colectiva, o en atención a un derecho que no deriva directamente de una norma sino de la aplicación del ordenamiento en general.

¹⁸ Eduardo Ferrer señala que este tipo de interés “se constituye como la posición a cuyo favor la norma jurídica contiene alguna prescripción configurándolo como la posición de prevalencia o ventaja que el Derecho objetivo asigna al sujeto frente a otros”, Ferrer Mac; Gregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, Colección Breviario Jurídico número 9, México, Porrúa, 2003, p. 19.

Así, en un rubro más amplio se encuentra el interés legítimo, como aquel que deviene de ser sujeto de aplicación de la generalidad del ordenamiento,¹⁹ y del que generalmente se derivan los de tipo colectivo y difuso —como es el caso del medio ambiente—, y que afincados en el interés legítimo pueden encontrar una vía de tutela jurisdiccional.

Un tercer aspecto, más general aún es el interés simple, referido a la convicción de hacer prevalecer la legalidad, y que puede ser el soporte de las acciones populares, aunque en la práctica se han implementado este tipo de acciones en el reconocimiento de los intereses difusos.²⁰

La realidad es que los derechos que se soportan en intereses diversos al interés jurídico, regularmente de tipo individual, no han encontrado cabida en los medios clásicos y más relevantes para la tutela de los derechos fundamentales, por ejemplo el amparo.²¹

Regularmente la defensa del consumidor se ha sustentado en el marco del derecho administrativo a través de órganos para-judiciales, de corte administrativo, procuradurías como en el caso de México, ante las que se realizan procedimientos de esta índole, e incluso de carácter conciliatorio, pero que aún se encuentra lejos de un posicionamiento a partir de los derechos fundamentales; de esta manera se intenta cumplir con el derecho fundamental de acceso a la justicia previsto en el artículo 17 CPEUM, un recurso efectivo para defender sus intereses aunque no sea estrictamente en el ámbito jurisdiccional.

Sin embargo, paulatinamente se han abierto canales para la tutela de los diversos intereses que entran en juego, tanto individuales como colectivos,²² en donde los procedimientos concretos tienden a hacer exigibles derechos que de suyo necesitan una reivindicación judicial más allá de los procedimientos de índole administrativo; es decir, la cuestión es acceder a una tutela judicial efectiva más allá de la procedencia del amparo contra vicios del procedimiento mismo, que pudieran devenir en violaciones a derechos fundamentales conexos, como el debido proceso o la legalidad.

La relevancia que han tomado las acciones colectivas, o más específicamente las *class actions*, para proteger los intereses de un derecho colectivamente considerado²³

¹⁹ *Ibidem*, p. 20.

²⁰ *Ibidem*, p. 22

²¹ *Ibidem*, pp. 35-36.

²² Así por ejemplo, el Código de Defensa del Consumidor de Brasil que establece en el artículo 81:

“La defensa de los intereses y derechos de los consumidores y de las víctimas podrá ser ejercida en juicio individualmente o a título colectivo.

La defensa colectiva será ejercida cuando se trate de:

- I. Intereses o derechos difusos, así entendidos, para los efectos de este Código, los supraindividuales, de naturaleza indivisible, que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hechos.
- II. Intereses o derechos colectivos, así entendidos, para los efectos de este Código, los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base.
- III. Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los derivados de origen común”.

²³ Según la definición que proporciona Antonio Gidi, y que señala que la acción colectiva “es la acción propuesta por un representante (legitimación) en la defensa de un derecho colectivamente considerado (objeto del proceso) cuya inmutabili-

—desde el propósito de sola la defensa del interés público— es cada vez mayor en la protección de distintos tipos de derechos.

De esta manera, en los derechos del consumidor confluyen generalmente tres tipos de intereses:

A) Intereses difusos y colectivos- ambos términos arropan derechos que trascienden la esfera individual, y pueden atribuirse a una colectividad flexible, con identidad social.

La distinción es que, en los primeros, el nexo de unión es una circunstancia de hecho y no tanto jurídica, como ocurre también en los casos de protección al medio ambiente, mientras que los colectivos importan cierta relación jurídica de base, que se soporta en un contrato o en la filiación a determinada sociedad,²⁴ que puede ser el caso de los consumidores bajo determinados supuestos.

B) Intereses individuales homogéneos- se llama así a lo que pudiese ser la suma de derechos subjetivos de tipo individual, que se pueden ejercer de forma colectiva, pero que en el inicio conservan un interés individual, por ejemplo unir la defensa de intereses ante la compra-venta de un producto defectuoso.²⁵

De hecho, en el proceso de generación de un proyecto de ley modelo para Iberoamérica que regule las acciones colectivas con base en este tipo de intereses, se incluye la legitimación activa para los ciudadanos unidos por circunstancias de hecho, relaciones jurídicas de base o intereses individuales homogéneos.²⁶

2. El caso particular del amparo mexicano

De cualquier forma, me parece que una propuesta en clave de derechos fundamentales debe considerar los elementos para la defensa jurisdiccional plena de los consumidores. Habría que diferenciar aquellos países en que el amparo se utiliza para la defensa de una gama amplia de derechos sociales, de aquellos en los que se interpone para la defensa de los derechos civiles, como ha sido lo propio de México, en donde incluso, y erróneamente a mi juicio, los derechos políticos y buena parte de los derechos sociales han estado fuera de este marco protector, aunque se ha iniciado una especie de tránsito del juicio de amparo individual al social, a partir de la reforma de 1963 que dio legitimación a los núcleos de población ejidal y comunal en la defensa de sus intereses.

dad en la autoridad de la sentencia alcanzará a un grupo de personas (cosa juzgada)", Gidi, Antonio, "El concepto de acción colectiva", en AIDI, Antonio y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coords), *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2004.

24 Gidi, Antonio, "Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos", en Gidi, Antonio y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*, segunda edición, México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004, p. 34.

25 *Ibidem*, p. 37

26 Artículo 3º, fracciones I y II. *Cit. Ibidem*, p. 687.

De esta forma, quizás habría que diseñar otro espacio de tutela para este tipo de intereses, una especie de amparo colectivo fuera del ámbito regulador del individual, como ya sucede con las propuestas de un código modelo de estos procesos, que permitan disminuir el gran rezago en la materia.

Por lo pronto, en el seguimiento al tema del amparo mexicano, si se quiere incorporar plenamente la defensa de intereses legítimos, de tipo colectivo o difuso, habría que eliminar las complejidades y sofisticaciones en que ha caído especialmente mediante la aplicación de dos fórmulas:

A) La que estipula que la acción siempre se sigue “*a instancia de parte agraviada*” (artículo 107, fracción I, CPEUM). Esto conlleva la necesidad de un agravio personal y directo que redunde en la imposibilidad de tutelar otro tipo de intereses.

B) Los efectos relativos que comporta la sentencia resolutoria del juicio, al preverse que “sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que versa la queja...” (Artículo 107, fracción II CEPUM). Lo anterior implica que las sentencias únicamente se aplican a quienes concurren al juicio, perviviendo los efectos de la ley inconstitucional o del acto de autoridad lesivo de derechos para quienes no han interpuesto la acción correspondiente. Esta situación ha trastocado enormemente una adecuada tutela constitucional de los derechos, y el mismo control de la constitucionalidad de los actos de los distintos operadores jurídicos y de la legislación secundaria al no resultar en una declaración general sobre la ley o acto que han motivado la demanda de amparo. Tal situación ha llevado en la práctica a la aplicación desigual de la Constitución y a condicionar su eficacia suprema a la posibilidad de implementar estas acciones de tipo individual.²⁷

IV. La previsión de los derechos de los consumidores en la CPEUM

1. Aspectos generales

A) Como ya he señalado, en México los derechos del consumidor se encuentran arropados en el artículo 28 de la CPEUM, precepto que inicialmente se vinculó a la libertad de concurrencia en la participación económica o libertad de empresa, y que paulatinamente ha sufrido modificaciones con relación a este derecho fundamental pero también respecto a la conformación del Capítulo Económico de la Constitución, a partir de una reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) del 3 de febrero de 1983, en que se incluyó esta dimensión en los artículos 25, 26 y 28,²⁸ que comprende la previsión sobre la rectoría económica del Estado, la planeación de la economía y la libertad de empresa, respectivamente.

²⁷ Carbonell, *op. cit.*, pp. 87-88.

²⁸ Al que se suman los artículos 27 - referente a la propiedad— 131 y 134 CPEUM.

Una reforma que, por decirlo de algún modo, permitió la “visibilidad” del constitucionalismo económico —justo en mismo sexenio en que México se abre la internacionalización económica con su ingreso al Acuerdo General de Aranceles y Comercio (Se le conoce como GATT por sus siglas en inglés)— pero que ha sido cuestionada por situarse dentro del capítulo atinente a los derechos fundamentales.²⁹ El anclaje en este capítulo proviene del original artículo 28 que prevé, entre otras cuestiones, la libre concurrencia o libertad de empresa, un derecho fundamental de tipo económico, y que consecuentemente nutre toda una política de Estado en el tema.³⁰

B) El origen del derecho de los consumidores se desprende de la posibilidad de que en la libre concurrencia en el mercado de bienes y servicios, y en la consecuente competencia económica, se presenten los particulares como oferentes y consumidores. Sin embargo, el Estado no deja al mero juego libre del mercado la fijación de reglas, a los mecanismos transaccionales, sino que regula los “*precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular*”, como señala el artículo 28, párrafo tercero, e impone modalidades en su distribución, lo que me parece una presencia mínima de responsabilidad social por parte de la entidad estatal.³¹

Lo que se sigue a continuación en el mismo párrafo tercero *in fine*, y que también se adiciona en la reforma de 3 de febrero de 1983, es la disposición que estatuye constitucionalmente la protección de los derechos del consumidor y que a la letra señala:

“La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses”.

Esta lacónica redacción apunta a dos direcciones: por un lado a derivar la regulación a la ley reglamentaria correspondiente y a rescatar la dimensión colectiva del ejercicio del derecho; se trata de un derecho social cuya debida protección en México requiere de un ejercicio organizativo.

Como he precisado, esta disposición se encuentra vinculada estrechamente al derecho de libertad de empresa o libre concurrencia, y en este sentido a la prohibición de monopolios o prácticas monopólicas, que se encuentra en los tres primeros párrafos del propio artículo 28,³² así como a la ya aludida LFCE, publicada en el DOF de 24 de diciembre de 1992.

29 Carbonell, Miguel, *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, México, IJ/UNAM, 2002, p. 48.

30 En este sentido, José Roldán Xopa afirma que la protección de la competencia económica incluye una serie de garantías, entendidas como derechos de los gobernados, en tanto se comportan como agentes de mercado, así como una serie de postestades y limitaciones públicas. Cfr. Roldán Xopa, José, *Constitución y mercado*, México, Porrúa, ITAM, 2004, p. 173.

31 No obstante, por ejemplo Roldán Xopa parece no estar de acuerdo con esta participación estatal sino que apela al libre ejercicio de competencia en el mercado, lo que yo no comparto del todo. Afirma: “La competencia requiere de una pluralidad de oferentes y demandantes y que sea la concurrencia y la libertad en que se haga el mecanismo fundamental de fijación de los precios. La franja que se establezca entre precios máximos y mínimos parecería ser condición autorregulada de actuación lícita de los agentes económicos”, *ibidem*, p. 175.

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

C) El diseño constitucional tiene un antecedente legislativo en un primer ejercicio de Ley Federal de Protección del Consumidor, publicada en tal DOF de 22 de diciembre de 1975, y que corresponde más a la óptica de una política pública, que al reconocimiento de un derecho propiamente que le diera algún tipo de legitimación judicial en su defensa. Esta primera versión legislativa no enumeró los derechos básicos del consumidor que sí se encuentran descritos en la actual LFPC.

La propuesta legislativa se diseñó ante una petición de diversos sectores de la sociedad y derivó en la creación de la PFC y del Instituto Nacional del Consumidor, que posteriormente se fusionó a la primera.

D) Con posterioridad a la reforma constitucional, se expidió la LFPC, que fue publicada en el DOF el 24 de diciembre de 1992, permitiendo una profunda actualización en la materia, además de armonizarse con el diseño del Capítulo Económico de la CPEUM, así como con la propia LFCE, y que desarrolla la protección prescrita por el artículo 28, párrafo tercero *in fine* de la CPEUM.

Para empezar, el artículo 1º de la ley reconoce de manera explícita los derechos básicos que asisten a los consumidores, aun y cuando se les llama “principios básicos” a diferencia de derechos, como explícitamente les llama el Código de Defensa del Consumidor de Brasil, de donde fueron tomados lo que, por otra parte, no es acertado porque prescinde de la óptica que he venido señalando y que pugna también con lo que establece el propio artículo 1º al señalar la necesaria conformidad de estos derechos con los instrumentos internacionales en la materia.³³

2. Algunos de los principales aspectos del marco legislativo desde la perspectiva de los derechos fundamentales

A) La enumeración explícita de los derechos básicos, que en síntesis se refiere al derecho a la vida, salud y seguridad del consumidor; a la educación y divulgación sobre el consumo; el derecho a la información; a la efectiva prevención y reparación del daño, de tipo patrimonial, moral, individual o colectivo; el derecho de acceso a los órganos administrativos a cuyo cargo se encuentra la protección jurídica de los consumidores, y el

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

Las leyes fijarán bases para que señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios...”

33 Ovaile Favela, José, “Los derechos fundamentales y el Estado: la protección del consumidor”, Carbonell, Miguel (coord.). *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, III/UNAM, 2002, p. 571.

derecho a la protección de los intereses económicos del consumidor, tanto mediante la publicidad como en las transacciones comerciales propiamente.

B) Un segundo aspecto importantísimo, consignado igualmente en el artículo 1º *in fine*, se refiere a los tratados internacionales suscritos en la materia y la demás legislación que sea aplicable, además de los principios del derecho e incluso la costumbre. La disposición establece:

Los derechos previstos en esta ley no excluyen otros derivados de tratados o convenciones internacionales de los que México sea signatario; de la legislación interna ordinaria; de reglamentos expedidos por las autoridades administrativas competentes; así como de los que deriven de los principios generales del derecho, la analogía, las costumbres y la equidad.

Con respecto a los primeros, que es el caso que me interesa en particular referir, nos encontramos frente a una cláusula de reconocimiento de los tratados internacionales que aún no llega a un referente hermenéutico de los derechos fundamentales contenidos en los cuerpos legislativos con respecto a la norma internacional, como ya ocurre en ejercicios de más reciente factura, como es el caso en México de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, publicada en el DOF de 11 de junio de 2003, y en donde se establece un canon hermenéutico similar al que contempla la Constitución española en el artículo 10.2,³⁴ aunque esta ley no establece claramente la interpretación conforme sino un ejercicio de congruencia entre la norma doméstica y la convencional.³⁵

La LFPC en 1992 no ha tenido este alcance, sino que se encarga de señalar que no es exhaustiva en la protección de los derechos del consumidor, sino que se considera como un *minimum* que puede ser ampliado por otras vías y fuentes del derecho, incluso por la costumbre, posición que toman la mayoría de las cartas sobre derechos fundamentales, sean constituciones o tratados internacionales.

De esta forma, la ley se inscribe, en este aspecto concreto, en la corriente más acabada sobre interpretación de derechos fundamentales, al reconocer o propiciar la expansión tutelar de los derechos por vías distintas a las que establecen los preceptos legales que contiene, como ocurre con la mayoría de los tratados en la materia al estipular que no pueden ser motivo para la disminución de los derechos que tengan una protección más amplia en el orden interno o en otros instrumentos internacionales, lo que denota su carácter expansivo.³⁶

34 A la letra: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

35 Se trata del artículo 6 que establece: "La interpretación del contenido de esta Ley, así como la actuación de las autoridades federales, será congruente con los instrumentos internacionales aplicables en materia de discriminación de los que México es parte, así como con las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales y demás legislación aplicable".

36 Me parece que este aspecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos refleja con enorme claridad esta dimensión expansiva al señalar en su artículo 29: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de

C) Otro aspecto relevante es el referido a los medios de defensa, que son procedimientos administrativos vinculados a los medios alternativos de solución de controversias y que favorecen los procesos de negociación hacia los consumidores que vean afectados sus intereses. Se trata de acciones ante la PFC, y se configuran en un procedimiento conciliatorio (artículos 111 – 116); un procedimiento arbitral (artículos 117 – 122), que puede tomar la forma de una amigable composición, o bien seguirse hasta la emisión de un laudo arbitral por parte de la Procuraduría o de un árbitro expresamente designado por las partes; y, un procedimiento administrativo por infracciones a la ley (artículos 123 – 124 bis.)

3. La carencia: la óptica desde los derechos colectivos

No obstante las bondades de esta ley, desde los derechos fundamentales se nota la ausencia de un adecuado tratamiento en la defensa de intereses colectivos. Aunque la LFPC ha introducido en el artículo 26 un procedimiento de acciones de grupo ante los tribunales, cuya representación recae en la PFC, quien cuenta con legitimación procesal activa, ha sido calificado como un tibio intento³⁷ por situar en esta perspectiva la defensa de los derechos del consumidor. Ciertamente ha servido como ejemplo cuando se aborda algún avance legislativo por parte de México en la materia, sin pasar por alto que evidentemente, quienes deberían ostentar la legitimación son los propios consumidores.

Es claro que esta intervención se puede justificar en el sentido de que los productores son una especie de *repeat players* en las acciones litigiosas, que son parte de su quehacer cotidiano, mientras que los consumidores son sujetos de litigio de forma ocasional. Sin embargo, no es posible estatizar la defensa de manera que la legitimación para intervenir ante tribunales la ostente la PFC, lo que amerita un tránsito paulatino que derive en la legitimación directa de estos intereses colectivos.

V. Conclusiones

I. La dimensión contemporánea de los derechos del consumidor adquiere nuevos contornos en el contexto de una inserción constitucional plena en el rubro de los derechos fundamentales, particularmente de cara al principio de igualdad y la consecuente prohibición de discriminar. De igual forma, al inscribirse en el ejercicio plenamente garantista de los propios derechos, que no sustentan su exigibilidad únicamente frente al Estado, sino hacia los particulares --el efecto frente a terceros de la eficacia de los derechos (*Drittwirkung*)-- y en atención a diversos tipos de interés, no sólo el jurídico directo, que dio lugar a la tradicional concepción del derecho subjetivo público, sino a través del

cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que se aparte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos o garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

37 Ferrer Mac-Gregor, *Juicio de amparo e interés legítimo...*, op. cit., p. XIX.

interés legítimo, que arroja a la vez a los de tipo colectivo o difuso, e incluso en atención al llamado interés simple de preservar el orden jurídico.

2. La anterior precisión es de capital importancia porque la inscripción de los derechos del consumidor en la corriente de los derechos fundamentales puede permitir formas adecuadas de tutela en un mercado cada vez más voraz, menos atento a los límites de la competencia y con pretensiones monopólicas, y en el contexto de modelos económicos que impelen a que el Estado abdique tácitamente de su papel regulador de la economía y de su responsabilidad social para ponerse al servicio del gran capital.

3. La asignatura pendiente es transitar de esquemas de tutela afincados únicamente en procedimientos de corte administrativo hacia la judicialización, en donde los consumidores ostenten una legitimación activa a través de vías procesales diversas, lo que permitirá además superar su aislacionismo en la defensa de sus derechos.