

# LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN MÉXICO ENTRE EL MERCADO Y LAS INSTITUCIONES

JOSÉ ROLDÁN XOPA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Estado regulador?* III. *Las libertades económicas y los derechos humanos.* IV. *La dimensión institucional de la economía. Los órganos reguladores.* V. *Epílogo.*

## I. INTRODUCCIÓN

Las reformas estructurales en materia de energía, telecomunicaciones y competencia económica modificaron sustancialmente el entendimiento que, desde la década de los ochenta del siglo pasado, se había mantenido en la Constitución. En aquel entonces, el capítulo económico de la Constitución agregaba a las potestades de propiedad sobre los recursos naturales —en particular la minería, los hidrocarburos y el espacio aéreo— la rectoría sobre el desarrollo nacional y las reglas sobre la intervención directa del Estado en la economía. La intervención de tal naturaleza se ordenó a partir de actividades estratégicas y prioritarias: en las primeras, se estableció una reserva pública para su realización en exclusiva —inicialmente la comunicación satelital (más tarde liberalizada), el servicio público de energía eléctrica, la explotación de los hidrocarburos, la petroquímica básica, la acuñación de moneda y la emisión de billetes—; mientras que en las segundas, por considerarse prioritarias, se canalizaron subsidios y se establecieron empresas públicas.

Los cambios tuvieron como eje la definición de los linderos de las funciones del Estado en la economía. Las reformas estructurales lo retiraron como agente económico monopolista en lo que quedaba de las áreas estratégicas y, en contrapartida, se reforzaron las atribuciones regulatorias y se dio un nuevo estatus constitucional a los órganos de defensa de la competencia y al regulador de las telecomunicaciones. En el sector de la energía, se reestructuraron los órganos reguladores, mejorando sus mecanismos de coordinación, y se creó una agencia encargada de la seguridad en materia de energía y medio ambiente.

Si sólo se atiende a lo anterior, estos cambios conducen a la afirmación de que estamos ante la conformación de un Estado regulador cuya función en el mercado es hacer frente a sus fallos. Sin embargo, tal certeza resulta apresurada si no se consideran algunas otras piezas necesarias para comprender la Constitución económica, pues la sola apreciación de que el Estado regula los fallos del mercado le daría una función subsidiaria; esto es, la idea de que el mercado es el mecanismo fundamental de realización de la economía y que el Estado tiene una función correctiva cuando se presentan —por citar ejemplos— externalidades, información asimétrica y cuestiones concernientes a los bienes públicos en sentido económico o a problemas de monopolio. En tal entendimiento, los mecanismos intervencionistas suponen un alcance de los derechos como el de propiedad, libertad de empresa y contratación en una condición de fundamentalidad, y, por tanto, las acciones públicas son de garantía a tales derechos: protección de la propiedad, garantía de los contratos, antimonopolios, principalmente presentes, por supuesto, en el ordenamiento máximo. Sin embargo, la Constitución mexicana establece, además, finalidades concernientes al desarrollo económico y de combate a la pobreza. En uno y otro casos, no se está ante funciones meramente subsidiarias, sino constructivistas.

El desarrollo económico y la acción frente a las desigualdades económicas vistas como tareas del Estado implican que, en ambos casos, las medidas intervencionistas requieren de políticas públicas de fomento, de conducción u orientación de actividades economi-

cas, de ayudas gubernamentales para la inversión, de medidas redistributivas, por citar algunos casos. Tales acciones constructivistas<sup>1</sup> se traducen en medidas promercado, de reencauzamiento del mercado o limitadoras de él. El mercado puede verse como solución, pero también como problema. Por ejemplo, el fomento a la micro- y pequeña empresa puede contraponerse a una competencia abierta y requiere de tratos diferenciados; o bien, por razones de salud pública, pueden establecerse impuestos a productos altos en azúcares o grasas trans, a bebidas alcohólicas o al tabaco.

Así pues, la Constitución establece libertades económicas centrales para una economía de mercado como derechos protegibles y también establece fundamentos para limitarlas, como la función social de la propiedad, y limitaciones a las libertades de empresa o de industria cuando afecten los derechos de la sociedad, entre otros.

La acción pública frente al mercado tiene también una dimensión institucional tanto en la organización que gestiona o administra las atribuciones y acciones públicas como en un aspecto financiero o presupuestal. Cómo se organiza el Estado es otra cuestión relevante para los enfoques economicistas que pasa desapercibida. La economía de mercado y la política pública para el desarrollo o para el enfrentamiento de las desigualdades sociales requieren no sólo de instituciones, sino de buenas instituciones, y de procedimientos para diseñarlas, implementarlas y evaluarlas. En el caso mexicano, la transformación de los reguladores en órganos constitucionales autónomos plantea el nuevo escenario por analizar; sin embargo, también con la autonomía constitucional que se presenta, el Senado asume nuevas funciones en los frenos y contrapesos institucionales, aunque también en funciones de gobierno, particularmente en el nombramiento, la vigilancia y la rendición de cuentas.

<sup>1</sup> La idea del constructivismo jurídico está asociada a técnicas intervencionistas. Si bien la academia norteamericana lo asoció con una tendencia legislativa (Cf. Bruce A. Ackerman, *Del realismo al constructivismo jurídico*, Ariel, Madrid, 1988, pp. 105-141), la función constitucional tiene un alto componente de constructivismo jurisprudencial.

Para cerrar esta introducción, vale señalar que las reformas en materia de derechos humanos y de amparo también son esenciales en el entendimiento de la Constitución económica. El control de constitucionalidad en sede jurisdiccional ha sido un terreno particularmente intenso: los principios de universalidad, no regresividad, indivisibilidad e interdependencia, así como la interpretación conforme y el principio pro persona, son las claves de la nueva interpretación y argumentación constitucional. La interpretación y argumentación no se limitan a la tarea de decidir el caso —al determinar el sentido de las normas, función que los tribunales constitucionales desarrollan cotidianamente—, realizan algo más que desentrañar su significado. La función jurisprudencial estructura relaciones sociales y económicas, procesos políticos, funciones institucionales.

Las reformas constitucionales tienen diferencias de sentido entre sí. Los momentos y las circunstancias políticas en las que se dieron marcaron su impronta. El Pacto por México llevó a que las tres principales fuerzas políticas —el Partido Acción Nacional (PAN), el Partido Revolucionario Institucional (PRI) y el Partido de la Revolución Democrática (PRD)— aprobaran las reformas en competencia y telecomunicaciones. En el acuerdo se distinguen los reguladores como constitucionales autónomos; la radiodifusión y las telecomunicaciones como servicios públicos; la predominancia como basamento para disminuir la participación de las grandes empresas en los mercados, y las reglas especiales para la revisión judicial. La reforma energética, acordada sin la participación del partido de izquierda (PRD), prescindió de la calidad de constitucionales autónomos para los reguladores energéticos, se retrajo el régimen de servicio público y se mercantilizaron las relaciones entre los proveedores del servicio y los usuarios. En conjunto, son reformas al capítulo económico de la Constitución, pero con sentidos conceptuales, ideológicos y de política contrastantes. Se trata de una Constitución hecha a varias manos.

Con este panorama, se plantea esta colaboración; para ello, los polos que se han elegido están entre el mercado, los derechos humanos y las instituciones; y, en medio, los quehaceres estatales,

para los cuales se dota de una organización institucional, cuya función es garantizar los derechos y realizar las políticas públicas. Si bien las administraciones, por su cometido institucional, tienen a su cargo las garantías primarias, los tribunales que conocen del control de legalidad o la constitucionalidad son cada vez de mayor relevancia.

La creación de órganos constitucionales autónomos con función regulatoria —la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece) y el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT)— y el incremento de la autonomía de los órganos reguladores coordinados —la Comisión Reguladora de Energía (CRE) y la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH)— también han diversificado la determinación de las políticas públicas, relativizando la conducción del Ejecutivo, en el alcance tanto de los instrumentos de planeación como de los instrumentos regulatorios que proveen a la aplicación de la ley. Así pues, la función reguladora de la economía reside en varios centros de decisión y da lugar a una administración policéntrica.

En el caso de los tribunales, a las funciones tradicionales de nulidad, invalidez de actos de autoridad o desaplicación (en el caso de normas generales), se suman funciones interpretativas que impactan el entendimiento de las políticas públicas en materia económica. Así, los tribunales, mediante la interpretación y los efectos de sus sentencias, asumen también una función reguladora. Al precisar derechos u obligaciones, las sentencias establecen diversos estatutos personales en un contexto en el que económicamente todos compiten, pero, jurídicamente, unos tienen alguna protección constitucional que puede alterar la paridad en la competencia.

En la reforma constitucional en materia de amparo, se abre la posibilidad de que particulares que realicen actos de autoridad sean considerados responsables en los juicios de amparo; en algunos casos, porque los particulares tienen la calidad de concesionarios de servicios públicos (lo que sucede en telecomunicaciones y radiodifusión) o por el tipo de actividad que practican o los servicios que ofrecen (por ejemplo, el acceso a la internet de banda ancha, declarado como derecho por la Constitución, o electricidad,

por su especial relevancia en las necesidades básicas). En consecuencia, las empresas, de acuerdo con el tipo de relaciones jurídicas que establecen, pueden colocarse como titulares de derechos, o bien como autoridades.

De esta manera, la Constitución —en palabras de Tushnet— se forma ya a varias voces. La constitucionalización de la función regulatoria, de los órganos reguladores, y de reglas y principios especiales, en particular las reglas aplicables a la revisión judicial (eliminación directa del juicio contencioso administrativo, imposibilidad de otorgamiento de medidas cautelares en el juicio de amparo y suspensión de la ejecución de sanciones pecuniarias hasta la resolución definitiva del amparo), dibujan en su conjunto un ámbito identificable por su racionalidad. La eficiencia económica es el referente común que alinea las libertades y las intervenciones públicas. En la función administrativa, los reguladores conforman un conjunto de órganos que, independientemente de su tipo normativo, se identifican como cuerpos técnicos, que en el ejercicio de su autonomía realizan ya funciones de gobierno. En la judicatura se establecen tribunales especializados debido a que la materia requiere una atención institucional no ordinaria.

## II. ¿ESTADO REGULADOR?

La función reguladora como un concepto incorporado en la reforma de 2013 al lenguaje constitucional tiene antecedentes normativos en la legislación; formalmente se está ante una constitucionalización de la función. No obstante, la regulación no es tampoco novedosa en nuestro ordenamiento jurídico. Desde la década de los noventa del siglo pasado, la mejora regulatoria y la emisión de diversas leyes sectoriales eran conocidos como “sectores regulados”. En la reforma constitucional, en su antecedente legislativo y, de manera creciente, en el terreno judicial, se recurre a las raíces teóricas de la regulación que centran su funcionalidad en el modo de afectación al comportamiento de los agentes a los que se dirige y al resultado buscado.

La regulación, en principio, supone la neutralidad frente al mercado y los agentes que actúan en él. Esto supondría también la neutralidad de la Constitución económica. En su origen, la regulación, como intervención pública, se justifica cuando hay fallos de mercado: *a)* déficit de competencia: posición de monopolio, monopolio natural y competencia destructiva; *b)* déficit de información: riesgo temporal, selección adversa y asimetrías informativas, y *c)* externalidades. La regulación es subsidiaria de la “autorregulación” del mercado, es una acción *ex post*.<sup>2</sup> La apreciación neoclásica supone que la oferta y la demanda constituyen el mecanismo que ordena los mercados. La libertad para hacer posible la competencia y los mercados está en el ámbito de la competencia económica, y corresponde a un derecho negativo, es decir, de oposición a la intervención pública. Se formula que el conocimiento económico, particularmente en la economía normativa, no solamente describe, sino que cumple una función prescriptiva sobre los mercados y, consecuentemente, sobre las intervenciones públicas. Las apreciaciones sobre las virtudes del abstencionismo estatal han sido moderadas por acontecimientos tales como la crisis de los bonos inmobiliarios en Estados Unidos. Luego de la experiencia, exponentes del pensamiento liberal como Richard Posner han expresado su escepticismo acerca de la autorregulación del mercado y, en contrapartida, el alcance del derecho y el desempeño de las instituciones públicas.<sup>3</sup>

Así pues, la neutralidad como condición institucional se refiere a la relevancia que tienen la claridad y la certidumbre de las reglas de aplicación por igual a los agentes económicos. Establece como derechos o bienes constitucionalmente protegidos las libertades y los derechos económicos (libertad de empresa, comercio, propiedad), y su proceso de mercado. Sin embargo, como se ha mencionado, la Constitución mexicana no corresponde a la ortodoxia liberal,

<sup>2</sup> Para todos estos puntos puede consultarse a Stephen G. Breyer, *Regulation and Its Reform*, Harvard University Press, Cambridge, 1982, pp. 15-36.

<sup>3</sup> Cf. Richard A. Posner, *La crisis de la democracia capitalista*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 50-65.

considera la limitación de los derechos de propiedad por razón de su función social, la posibilidad de establecer precios fijos y subsidios en actividades que se consideren prioritarias. Por eso, la neutralidad tiene sesgos: hace referencia al desarrollo económico y al mejoramiento de las condiciones de vida de la población; de ahí que en sectores como el de telecomunicaciones, determinados derechos como los de las audiencias o el acceso a la banda ancha se establecen como derechos humanos. De esta suerte, la configuración constitucional del mercado y las intervenciones públicas se determinan tomando en cuenta un ámbito de libertades (empresa, comercio, propiedad), un estatus constitucional de modalidades o restricciones a la actividad empresarial o la de los servicios establecidos también como derechos (derechos de las audiencias, servicios de banda ancha, derechos de los consumidores, principalmente) y un conjunto de instrumentos de política económica, de uso discrecional (precios fijos, subsidios, regulación) o ante situaciones determinadas (prohibición y sanciones a prácticas dañinas para el proceso de competencia impuestas a un operador predominante).

La demarcación constitucional de los ámbitos de libertad y de las técnicas intervencionistas permite establecer los sentidos del poder normativo, ya sea en la preservación de las condiciones de competencia o en el ejercicio constructivista. La regulación tiene un sentido constructivista. Baldwin y Cabe puntualizan esto de la siguiente manera: “deliberada influencia pública sobre ciertas actividades por las que comprende todas las formas de acción pública que tienen como finalidad influir sobre las actividades, tanto por medidas imperativas como no imperativas; lo relevante es el influjo intencionado sobre las actividades industriales o sociales”.<sup>4</sup>

La presencia de la regulación se ha unido en México al postulado constitucional que asigna al Estado una función de rector del desarrollo. Regir es, entonces, *regular*; esto ha marcado el tránsito de un modelo de Estado de derecho (en donde el Estado tenía una función subsidiaria y secundaria para intervenir en caso de una ruptura

<sup>4</sup> Robert Baldwin, *Understanding Regulation*, Oxford University Press, Londres, 1999, p. 2.



del orden público) al de Estado social de derecho (en donde tiene una función central de rectoría económica), cuyo fundamento se encuentra en los artículos 25 y 28 de la Constitución mexicana. En sede jurisdiccional, la idea del Estado regulador ha sido recogida como parámetro de calificación de la constitucionalidad de determinadas medidas, señalando que presuponen un contexto diferenciado, en el que los particulares se ubican como sujetos activos y participantes de ciertos mercados, o como prestadores de un servicio concesionado o permisionarios para la explotación de un bien público. Por lo anterior, su conducta está regulada por normas que, si bien tienen como marco una ley que establece las líneas regulativas principales, también se integran por una pluralidad de instrumentos normativos, como reglamentos, Normas Oficiales Mexicanas (NOM) u otras de naturaleza administrativa, que son requeridas por la regulación especializada técnica y flexible para la realización de ciertos fines de políticas públicas, establecidos en la Constitución o en las leyes que, en contrapartida, se han de desarrollar por órganos administrativos igualmente especializados y técnicos. De ahí que el modelo de Estado regulador supone un compromiso entre principios: el de legalidad —el cual requiere que la fuente legislativa, con legitimidad democrática, sea la sede de las decisiones públicas desde donde se realice la rectoría económica del Estado— y los de eficiencia y objetividad —que necesitan que los órganos expertos y técnicos conduzcan esos principios de política pública a una realización óptima, mediante la emisión de normas operativas que no podría haber previsto el legislador, ya que, de lo contrario, estarían en riesgo constante de quedar obsoletas, pues los cambios en los sectores tecnificados obligarían a una adaptación incesante poco propicia para el proceso legislativo y más apropiada para los procedimientos administrativos—. <sup>5</sup>

<sup>5</sup> Cf. “Estado regulador. Parámetro constitucional para determinar la validez de sus sanciones”, Tesis 1a. CCCXVII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 10, Décima Época, Tomo I, septiembre de 2014, p. 574. Registro: 2007408, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Materia(s): Constitucional. Amparo directo en revisión 3508/2013. Centennial, S. A. de C. V.

La regulación se verá potenciada también como técnica de decisión normativa. Derivada de la discusión sobre justicia cotidiana, el Ejecutivo presentó una iniciativa de reforma constitucional al artículo 25 en materia de mejora regulatoria. La reforma plantea que deberán observarse los principios y las bases para el establecimiento e implementación de una política pública en materia de mejora regulatoria, a los que deberán sujetarse los órdenes de gobierno, en el ámbito de sus respectivas competencias, el catálogo nacional de trámites y la obligatoriedad para inscribirlos, con el fin de generar seguridad jurídica a los particulares, así como las obligaciones de las autoridades para facilitar los trámites y la obtención de servicios.

De ello se derivó la ley general de alcance nacional. Si se toma en cuenta que la mejora regulatoria es una metodología cuyo valor reside en mejorar la decisión de las autoridades, la decisión de regular alguna actividad humana requiere conocer con precisión el problema público por enfrentar o resolver y si, para tal propósito, es necesaria la regulación. La mejora regulatoria pretende mejorar la calidad, viabilidad y confianza en la decisión. El análisis de impacto regulatorio provee información útil para saber de qué manera puede lograrse el mayor beneficio social con los menores costos para las personas y para las instituciones.

Una de las herramientas centrales es el análisis de impacto regulatorio, el cual permite evaluar una propuesta de regulación, proporcionando información relevante para garantizar que los beneficios sean superiores a los costos; asimismo, permite ponderar la conveniencia o ventaja que una alternativa de solución tiene respecto de otras. Las metodologías de análisis costo/beneficio se han

---

30 de abril de 2014. Cinco votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. José Ramón Cossío Díaz y Jorge Mario Pardo Rebolledo manifestaron apartarse de las consideraciones relativas al tema contenido en la presente tesis. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: David García Sarubbi.

perfeccionado a lo largo de las últimas décadas, desde la Manifestación de Impacto Regulatorio —empleada inicialmente por la Comisión Nacional de Mejora Regulatoria (Conamer)— hasta el modelo de costeo estándar y el análisis de impacto regulatorio. Esta reforma implica la posibilidad de extender dicha metodología a los distintos órdenes de gobierno, que a su vez tienen diferentes grados de desarrollo y de aprovisionamiento institucional para enfrentar una función que tiene complejidad técnica en la reforma constitucional.

### III. LAS LIBERTADES ECONÓMICAS Y LOS DERECHOS HUMANOS

La propiedad y la libertad de contratación, de empresa y de competencia son necesarias para el mercado. Las diversas declaraciones de derechos, las constituciones y los instrumentos internacionales incorporan en el catálogo de los derechos los relacionados con las libertades de mercado. La Constitución mexicana protege la propiedad privada (artículo 27), la libertad de empresa y de comercio (artículo 5), la libertad de concurrir a los mercados (artículo 28), y paralelamente sus moderaciones, restricciones o límites: la función social de la propiedad, los derechos de la sociedad, la prohibición de los monopolios, entre otros.<sup>6</sup>

La historia de los derechos, vista a partir del eje libertad/igualdad, está a su vez apoyada en reflexiones teóricas problemáticas. Las teorías son terrenos de encuentros de diverso tipo, particularmente en lo que se refiere a la apreciación de los derechos fundamentales, que a la vez son apreciaciones sociales.

En el Estado regulador, los materiales básicos de su función son las libertades y sus capacidades correctivas y constructivistas. En tal sentido y recogiendo lo dicho por Vanberg, el orden del mercado

<sup>6</sup> La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece derechos análogos: el derecho a la propiedad privada (artículo 21) y a la libertad de asociación con fines económicos (artículo 16).

—definido por su marco institucional— es una cuestión de elección constitucional (explícita o implícita) en función de los procesos de mercado, que además implica cuáles reglas son deseables.

De esta suerte, el derecho en su papel de orientación social establece las conductas debidas; en conjunto, la regulación estructura políticas públicas, establece ámbitos de actuación de los agentes sociales, roles públicos y privados, y crea o asigna competencias a instituciones gubernamentales. El derecho es más una técnica de medios que de fines. Los fines como consecuencias o como estados de cosas son menos ponderados en el derecho que los fines como estados de cosas deseables, o como principios, es decir, en cuanto construcciones argumentales.

Así pues, el Estado es un generador de regulaciones dirigidas a los agentes económicos y, a la vez, es un ejecutor de tales regulaciones (*rulemaking* y *adjudication*). La regulación constitucional mexicana tiene orientaciones de sentido; no se está ante una Constitución neutral de economía de mercado en el entendimiento más liberal. La normativa, la narrativa jurisprudencial y el discurso constitucional están permeados por el Estado social y sus consideraciones a la igualdad social, la protección a los consumidores, el acceso a los productos de primera necesidad y, más recientemente, la presencia de una dualidad mercancías/derechos altamente problemática (es el caso de la internet de banda ancha).

El hecho de que se constitucionalice la regulación y sus propósitos de eficiencia económica, al lado del constitucionalismo social y la protección a sectores vulnerables (consumidores, sujetos indígenas, menores de edad, etc.) o los asuntos de interés general, da como resultado un cúmulo de relaciones intraconstitucionales no necesariamente pacíficas. La incorporación de contenidos constitucionales, donde cada paquete de reformas supone políticas con sus propios supuestos y objetivos, se acompaña también de discursos y *stakeholders* especializados. Cada reforma, vista en sí como una unidad de sentido, conlleva apreciaciones “departamentalizadas” de la Constitución; este fenómeno no es solamente académico, sino que se extiende a la ejecución y al control judicial. La se-

paración de la Administración Pública Federal (APF) es también un distanciamiento de la política de gobierno del Ejecutivo. El *expertise* técnico, como el ámbito natural de los reguladores, es rebasado en algunos casos por la política pública decidida por el regulador. La creación de tribunales especializados es también un aliciente para que el control judicial de lo regulatorio sea administrado por departamentos. La lógica departamentalista es una tendencia natural propia del motivo de cada reforma: presentarse como solución al problema específico, por ejemplo, la necesidad de inversión y la crisis energética; la necesidad de acotar el poder de las empresas de medios y de telecomunicaciones; el acceso social a la banda ancha, etcétera.

Vistas las reformas constitucionales como decisiones para resolver problemas sociales, comparten la lógica de la política pública; estamos ante un proceso de reforma constitucional por políticas. Tal lógica es contrastante con apreciaciones holísticas y problemáticas para la interpretación sistemática de la Constitución. La apertura en el enfoque incrementa las posibilidades de conflictos: ¿se resolvería de la misma manera un problema si se valora la internet como una mercancía que como un derecho humano?

En la conceptualización de las libertades y los derechos económicos sustanciales para el mercado la discusión es de lo más rica. Los discursos y las narrativas desde la economía, la regulación o el derecho son diversas, contrastantes y aun contradictorias. El discurso de los derechos no es exclusivo de las teorías jurídicas. Los derechos no son apreciados solamente como piezas jurídicas, sino como posibilidades de acción en las decisiones sobre recursos escasos, por ejemplo, que en conjunto conforman cierto tipo de sociedad o de desarrollo.

El mercado, en su concepción más liberal, es apreciado como una conformación social básica para organizar la sociedad. La definición de los derechos de propiedad, la protección de las libertades de comercio, empresa, competencia y la potencial competencia al acceder al mercado son sus piezas básicas. La competencia —dice Hayek— opera como un proceso de descubrimiento que ofrece oportunidades, la posibilidad de aprovechar ventajas,

y transmite a otros esa posibilidad; el mercado es un mecanismo de transmisión de información, de descubrimiento de preferencias por satisfacer, de precios.<sup>7</sup>

Por otra parte, la legislación antimonopolios como regulación pública de la economía se justifica por el daño que éstos causan a la eficiencia económica, debido a la transferencia de riqueza de los consumidores a los monopolistas que imponen los precios. El monopolio tiene costos sociales.

Desde el punto de vista de las teorías jurídicas de los derechos, las apreciaciones son diversas y también las implicaciones. Por ejemplo, Dworkin, uno de los autores más influyentes en el pensamiento jurídico sobre los derechos, parte de la idea de que frecuentemente hay una sola respuesta correcta, objetando los planteamientos que admiten una diversidad de respuestas.<sup>8</sup> Tal punto de partida metodológico, ligado a las piezas de construcción de razonamiento: los principios y su función argumental, tiene también implicaciones en las respuestas a los problemas. El postulado de la respuesta correcta única puede ser adverso a la racionalidad instrumental y al pensamiento estratégico. La argumentación basada en principios puede no ser apta para atender las consecuencias de las decisiones, sino para postulados de principio como argumentos de autoridad.

Además de los problemas metodológicos en el análisis y abordaje de los problemas, se encuentra la cuestión de *qué son* los derechos, a la que sigue la de *cuáles son*. Otro autor no menos influyente es Ferrajoli. Para el profesor italiano, los derechos fundamentales tienen, como primer rasgo, la universalidad y, como segundo, los estatus de la persona: corresponden a la personalidad “natural”, a su condición personal de ciudadano y a su capacidad de obrar.

“Así pues —dice Ferrajoli— denominaré ‘derechos fundamentales’ a aquellos derechos que corresponden universalmente a ‘todos’ en cuanto ‘personas naturales’, en cuanto ‘ciudadanos’, en cuanto

<sup>7</sup> Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad*, vol. II, Unión Editorial, Caracas, 1988, p. 210.

<sup>8</sup> Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Planeta, Barcelona, 1995, p. 397.

personas naturales ‘capaces de obrar’ o en cuanto ‘ciudadanos capaces de obrar’”.<sup>9</sup> A partir de lo anterior, distingue los siguientes tipos: derechos humanos, derechos públicos, derechos políticos y derechos civiles. Los primeros son aquellos que corresponden a los seres humanos en cuanto tales (vida, dignidad, *habeas corpus*, intimidad, privacidad, inviolabilidad del domicilio y la correspondencia); los derechos públicos son los que corresponden a las personas naturales en cuanto ciudadanos (derecho de reunión, residencia, trabajo, circulación); los derechos políticos o derechos-potestad corresponden a los ciudadanos con capacidad de obrar (voto activo y pasivo, acceso a cargos públicos), y, finalmente, los civiles.

Para Ferrajoli, los derechos civiles son aquellos reconocidos a la persona en cuanto es capaz de obrar, son derechos-poder en los que se funda la sociedad civil y el mercado (capacidad negocial, libertad de empresa y otras formas de libertad mercantil o profesional). Son derechos secundarios o instrumentales, a diferencia de los humanos y públicos, que son primarios o sustanciales.

Una de las posturas interesantes, y más para nuestro tema, es la exclusión del ámbito de los derechos fundamentales que Ferrajoli hace de los derechos patrimoniales. Éstos se distinguen de los fundamentales, ya que son singulares (tienen por objeto bienes o prestaciones concretas) en lugar de universales y son disponibles en lugar de indisponibles. Los derechos fundamentales no son jamás patrimoniales, están excluidos de la disponibilidad. Los derechos patrimoniales, agrega el autor, excluyen a todas las demás personas. Los fundamentales corresponden en igual forma y medida. Al igual que los patrimoniales, son derechos subjetivos, ya que son intereses jurídicamente protegidos en forma de expectativas positivas o negativas. Los derechos fundamentales son subjetivos y son universales.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, Trotta, Madrid, 2011, p. 686.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pp. 684-700.

El desarrollo teórico de Ferrajoli se dirige a responder la pregunta de *qué son* los derechos fundamentales; la respuesta a *cuáles son* se la deja al derecho positivo. No es el caso de esta colaboración examinar el catálogo de los derechos económicos ni hacer una dogmática de ellos; en la antesala de tal análisis y por la relevancia que puede tener para esa tarea, las diversas teorías proveen preconcepciones de los métodos y técnicas de análisis, así como de concepciones sustantivas sobre los derechos. De cara al análisis de la Constitución económica, los mercados y los derechos humanos, suponer que hay respuestas correctas únicas, enfoques principalistas de la Constitución y concepciones sustantivas sobre los derechos humanos es central en la comprensión de los derechos en la economía.

#### IV. LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DE LA ECONOMÍA. LOS ÓRGANOS REGULADORES

El incremento de órganos constitucionales autónomos producto de las reformas de los últimos años ha modificado sustancialmente el arreglo institucional *de* los poderes y *entre* los poderes. El modelo de administración presidencialista en el que el Ejecutivo ejercía los poderes plenos como jefe del gobierno y de la administración no solamente se ha extinguido, sino, aún más, emigrado a nuevos centros de decisión. Este desplazamiento requiere de una nueva explicación no solamente institucional, sino de su nueva función en la arquitectura de la Constitución.

Asimismo, su diseño involucra al Congreso —y al Senado en específico— en una diversidad de funciones tales como la designación de integrantes de los órganos de decisión y de gobierno, o prórroga en su caso, la recepción de informes periódicos de actividades, el juicio político y la declaración de procedencia. Para destacar lo anterior, basta mencionar al Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI). Así pues, al analizar las funciones de control del Senado sobre los organismos constitucionales autónomos (OCA),



deben tenerse presentes dos niveles de apreciación: uno inmediato, referente a las atribuciones concretas del Senado sobre tales entidades (nombramiento, información, controles políticos); otro mediato y referente al funcionamiento del Estado mexicano. El Senado tiene una función estratégica en el sistema de frenos y contrapesos, de manera que si, en los orígenes del constitucionalismo federal se explicaba su creación como contrapeso de los diputados y, con éstos, de los otros dos poderes, ahora tal función se diversifica. Al ser centros de ejercicio de poder, los OCA requieren de contrapesos que se dan con el modo de ejercer las atribuciones. En esta última función no se está ya ante la mera cuestión de potestades o competencias, sino en el modo de su desempeño; es decir, si su intervención contribuye a balancear los riesgos de abuso del poder, o bien, si contribuye a mejorar el desempeño de los entes autónomos.

La experiencia que a lo largo de estos años se ha acumulado en la relación del Senado con los OCA ha sido accidentada, pero con tendencia a intensificarse. Desde los intentos iniciales por participar en la no objeción o ratificación de los comisionados de la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofeco) como órgano desconcentrado que fue declarado inconstitucional por la Corte, hasta que, ya constitucionalizados, fueron designados en los casos del INAI (antes IFAI, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública), y ratificados como en los casos de la Cofece, IFT, los cuales se agregan a los ya existentes de la Fiscalía General (antes PGR, Procuraduría General de la República), el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi), el Banco de México (Banxico) o la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH). Se han presentado cuestiones que ponen en el centro de la reflexión la calidad de las intervenciones senatoriales. La acción frente a ellos ha sido dispar: más intrusiva y de ruptura de procesos previamente trazados, como en el IFAI, la Cofece y el IFT, donde decidieron renovar totalmente los órganos máximos, o bien que han sido más cuidados, como en las designaciones de Banxico. En dichas experiencias se acumulan buenas y malas prácticas cuyos resultados ya se han manifestado o que aún están por verse.

El sintético repaso anterior tiene el propósito de centrar la finalidad principal de este texto: exponer los problemas principales en las funciones de control del Senado hacia los OCA.

En el proceso de “despresidencialización” ha estado presente una diversidad de razones, dependiendo de las peculiaridades de cada OCA. La posibilidad de manipulación y la desconfianza a la sujeción presidencial ha sido una constante. El repaso a los orígenes de la primera generación de OCA muestra que la autonomía de Banxico se plantea luego de la crisis de la década de los setenta; el Instituto Federal Electoral (IFE) del monopartidismo y los fraudes electorales; la CNDH ante las secuelas de la guerra sucia y las limitaciones de los controles judiciales.

La estabilidad económica, el arbitraje y la neutralidad política —la mejor garantía de los derechos humanos— fueron buenos motivos para innovar la organización constitucionalizada. En contraste, en los recientes OCA —la Cofece, el IFT, y el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval)— hay decisiones de compromiso y de intención para limitar al presidente; se asiste más ante una cuestión de “poder”, de quién o quiénes deciden qué. Si bien en el caso de los órganos reguladores se ha desarrollado una extensa reflexión y bibliografía<sup>11</sup> que destaca como deseable la autonomía funcional de los órganos de decisión política, se ha concentrado tal autonomía como una forma de organización institucional instrumental que posibilita la objetividad en la decisión pública. Sin embargo, tal autonomía no se ha planteado en la discusión especializada al grado de recomendar su separación de la política económica o de las definiciones de política pública.

Tenemos entonces, por una parte, que, en el ejercicio de sus funciones legislativas, el Senado ha tenido un papel notable en el diseño de los diversos OCA, pues se observa que el proceso de discusión

<sup>11</sup> Véase de Peter Spink, “Modernización de la Administración pública en América Latina: evaluación de los recientes cambios en la gerencia de los ministerios y de las agencias reguladoras. Orientaciones metodológicas”, en Peter Spink, Francisco Longo y Koldo Echebarri (coords.), *Nueva gestión pública y regulación en América Latina. Balances y desafíos*, CLAD, Caracas, 2001.

de las iniciativas ha tenido en ese órgano una fase destacada para los acuerdos políticos. Por otro lado, una vez consumada la parte legislativa, se activan las funciones de control.

En la primera de las funciones, la explicación de los diversos modelos de organización de los OCA debe ser la base para proyectar un posible análisis *ex post* de la creación legislativa, así como para establecer los referentes de la evaluación del desempeño.

En las funciones de control,<sup>12</sup> además de los diseños normativos, hay que ponderar las prácticas observadas. Si los procedimientos que desahogue el Senado en la designación están diseñados para garantizar estándares mínimos en los seleccionados, aumentará la probabilidad de que haya mejores perfiles. Si el Senado cuenta con instrumentos para evaluar el desempeño de los OCA a partir de los informes periódicos que éste tiene obligación de rendir, hay mayor probabilidad de que la rendición de cuentas sea eficaz.

La Administración Pública Federal ha tenido profundos cambios en las últimas tres décadas. Los rasgos principales de su evolución son los siguientes:

- a) En la década de los noventa, se inició la creación de órganos reguladores como la Comisión Federal de Competencia Económica (CFC)<sup>13</sup>, la Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel)<sup>14</sup>, y la Comisión Reguladora de Energía (CRE),<sup>15</sup> principalmente, que tuvieron en común la característica formal de constituirse como órganos desconcentrados y, funcionalmente, con ámbitos de autonomía crecientes (en particular la Cofetel).

<sup>12</sup> Véase *La función legislativa*, Senado de la República, México, 2012, pp. 132 y ss.

<sup>13</sup> Creada en la Ley Federal de Competencia Económica publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de diciembre de 1992.

<sup>14</sup> Creada por Decreto del Ejecutivo Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 9 de agosto de 1996.

<sup>15</sup> Creada en Ley de la Comisión Reguladora de Energía, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 31 de octubre de 1995.

- b) La creación de entidades dotadas de autoridad (Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, IMPI),<sup>16</sup> entidades a cargo de alguna área de gestión focalizada (mujeres, indígenas, familia, juventud), así como de empresas paraestatales encargadas de actividades económicas, todas ellas como organismos públicos descentralizados, lo que provoca que en un mismo tipo organizativo convivan diversas funciones.
- c) La presencia creciente de entidades descentralizadas que, por diversas razones, no se encuentran sectorizadas en alguna secretaría de Estado.
- d) La transformación de entidades desconcentradas (Cofetel, Cofeco) o descentralizadas (Inegi, IFAI), que en su origen forman parte de la APF, en organismos constitucionales autónomos.<sup>17</sup>

El funcionamiento de la APF tiene, entre otras, una dificultad en su expresión jurídica, en tanto el modelo fundamental que estructuró a la APF —formalizado en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF)— quedó rebasado y fue desbordado al paso de los años. La LOAPF, que data de 1976, se diseñó bajo un entendimiento de organización administrativa jerarquizada de mando y control, en el que las decisiones fundamentales y de conducción residen en el presidente y en los secretarios de Estado.

Con este modelo, los controles senatoriales se ejercían hacia la APF, bajo el supuesto de los mandos políticos del presidente y de los secretarios de Estado, pues supone la jerarquía de sus titulares. Los esquemas para garantizar la decisión y conducción política fueron garantizados (en la reforma de fines de la década de los se-

<sup>16</sup> Originalmente creado, su actual estructura data del Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de diciembre de 1993.

<sup>17</sup> La transformación de los órganos desconcentrados referidos se realiza por reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de junio de 2013. Previamente, el Inegi se transformó en órgano constitucional autónomo por reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de abril de 2006. Por su parte, la transformación del IFAI en un órgano de tal tipo fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de febrero de 2014.

tenta) con mecanismos de nombramiento, presupuestarios, de disciplina y de revisión de las decisiones.

Una primera manifestación de los OCA en los ámbitos de administración es su propia transformación orgánica. Se conforma ya una administración policéntrica que presenta nuevos retos en los diseños legislativos y en el control congresional, si se atiende a que éstos deben tender hacia la gobernabilidad democrática y hacia mejores condiciones de desarrollo. El mando político de los secretarios y del Ejecutivo (mediante diversos mecanismos: decisión, veto, nombramiento y presupuesto, principalmente), que les permitía fincar en ellos la responsabilidad sobre los organismos bajo su competencia, no funciona más.

Con los OCA no se responde al Ejecutivo, aun cuando en algunos casos, como el del IFT, se vinculan al Plan Nacional de Desarrollo (PND). Existe entonces el riesgo de que haya una ausencia de poder en la exigencia de la rendición de cuentas. En el nuevo diseño constitucional, el Senado asume atribuciones para que se le presenten cuentas, por lo que es su responsabilidad hacerlo eficazmente. En el entendido de que el PND es, en lo fundamental, definición de políticas, el resultado institucional y funcional es que el IFT está guiado por la política pública presidencial, es decir, con una autonomía acotada en tal terreno, pero con insuficientes mecanismos de rendición de cuentas.

Además del cambio formal en el tipo de organización institucional, debe considerarse también el tipo de función que realiza el o los órganos en cuestión. Por ejemplo, para una entidad como la CNDH, cuyo rol es el control no jurisdiccional de entes gubernamentales, la autonomía es condición necesaria de legitimidad. En el caso contrario están áreas como las telecomunicaciones, donde el órgano encargado atiende una función administrativa en la que hay orientaciones de política pública, metas de gobierno, actos de autoridad, actos de habilitación para la realización de actividades o aprovechamiento de bienes del dominio público, principalmente la APF y el Ejecutivo. La situación anterior se da de manera más clara en el caso de las telecomunicaciones.

En este último caso se presenta una situación en la cual el PND es norma de conducta para el nuevo IFT, sin embargo, los instru-

mentos de verificación y rendición de cuentas a cargo del Ejecutivo se ven disminuidos en comparación con los que ejerce sobre el resto de la Administración. Ante esto, los controles congresionales se hacen presentes, aunque con una mayor politización y una menor infraestructura técnica. La autonomía implica la no subordinación, y con ella los poderes de verificación y control presupuestario y disciplinario de la Administración se pierden y no son sustituidos por otros. De esta suerte, mientras el Ejecutivo puede (en el PND o en los programas sectoriales) establecer los objetivos de su administración y ordenar, coordinar, cambiar a los mandos o sancionar, estas mismas posibilidades no se dan en el caso de los OCA.

En tales condiciones, el seguimiento y la verificación de su desempeño tendrá que ser replanteado. Los mecanismos de mando y control no resultan ser los aplicables en tal contexto y se requiere poner en práctica nuevos mecanismos de coordinación institucional y de acuerdo. Los mecanismos de control y verificación a cargo del Ejecutivo tendrán que dar paso a los mecanismos congresionales de control y rendición de cuentas.

### Nombramiento

La tabla 1 tiene el propósito de exponer la función del Senado y, en su caso, la de otros órganos del Estado. El propósito es tener la comparación que ilustre el juego de frenos y contrapesos y las decisiones a cargo del propio Senado.

**TABLA 1**

OCA	Ejecutivo	Senado
Banco de México	Propone al gobernador y vicegobernadores	Ratifica
INEE	Integra la terna y la somete al Senado	Designa de entre la terna con dos terceras partes del voto de los presentes.

**TABLA 1 (cont.)**

OCA	Ejecutivo	Senado
IFT	Nombra comisionados de entre los seleccionados en el procedimiento previo.	Ratifica los nombramientos hechos por el Ejecutivo y designa al presidente de entre los comisionados.
Cofece	Nombra comisionados de entre los seleccionados en el procedimiento previo.	Ratifica los nombramientos hechos por el Ejecutivo y designa al presidente de entre los comisionados.
Coneval		Corresponde a la Cámara de Diputados.
Inegi	Designa miembros de la Junta de Gobierno.	Aprueba el nombramiento.

La tabla muestra la diferencia de procedimientos y combinaciones posibles en los que hay participación variada del Ejecutivo y del Senado.

- 1) *Funciones de ratificación o aprobación.* En los casos de Banxico y del Inegi, el Senado tiene a su cargo la ratificación o aprobación a partir de la propuesta del Ejecutivo.
- 2) *Funciones de ratificación de comisionados y selección del presidente.* A diferencia de la aprobación, o ratificación, cuya decisión es binaria (se acepta o se rechaza), al agregarse la función de selección y designación del presidente del órgano, se ponen en juego otros elementos en la decisión, en particular la selección de un perfil con habilidades de liderazgo, de gestión administrativa y de conducción política.

La revisión de los diversos procedimientos de designación muestra la variedad de funciones y lógicas que se da en cada uno de los OCA. Si se individualiza el procedimiento en actos o funciones la cadena igualmente es diversa: convocatorias, recepción y revisión de documentos, determinación de los criterios de selección, comparecencias y entrevistas, nombramiento, ratificación, selección del presidente del órgano.

En la toma de decisiones asociadas a los anteriores actos encadenados, se encuentra también una lógica política. El procedimiento instrumentado para las designaciones en el IFAI es un buen ejemplo de los distintos aspectos involucrados. El Acuerdo de la Junta de Coordinación Política (Jucopo) estableció un procedimiento sencillo: se abre la convocatoria, se reciben propuestas que pasan por el primer filtro “formal” de la Jucopo, luego se envían a las Comisiones Unidas de Anticorrupción y Participación Ciudadana, de Reglamentos y Prácticas Parlamentarias y Estudios Legislativos Segunda, quienes harán las comparecencias y presentarán al pleno las propuestas definitivas. Para ser candidato se requieren requisitos mínimos: ser mexicano por nacimiento, mayor de 35 años, gozar de buena reputación, no haber sido condenado por algún delito que merezca pena corporal por más de un año de prisión (a menos que fuera por robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastimare la buena fama), residencia en el país durante los dos años anteriores, y no haber sido secretario de Estado, procurador general (ahora fiscal), o, en la Ciudad de México, senador, diputado federal, gobernador o jefe de Gobierno.

En tanto no se establecen requisitos sobre conocimientos o experiencia relacionados con las materias del IFAI, la regla tiene un sentido inclusivo más que excluyente. Los requisitos son más negativos que positivos. Sólo podrán excluirse quienes no acrediten los requisitos formales o falseen la información. Los requisitos subjetivos, como la buena reputación, se presumen. La ley en tal rubro es más específica al exigir “haberse desempeñado destacadamente en actividades profesionales, de servicio público o académicas, relacionadas con la materia de esta Ley”.



La función de la Jucopo es articular los acuerdos políticos como instancia que reúne las cúpulas de las fracciones. Las comisiones tienen un alcance y función distintos. Salvo el caso de las presidencias, en las que el juego e influencia depende del acuerdo político, su integración se da a impulso de las agendas e intereses de los senadores. En el caso de las designaciones en el IFAI, el Acuerdo de la Jucopo cambia las reglas del juego establecidas en la reforma constitucional. El Acuerdo dice que luego de la “amplia consulta” a la sociedad, “los grupos parlamentarios” propondrán a los candidatos; de esta manera desplaza a los grupos parlamentarios como las instancias de generación de los candidatos. Esto no es necesariamente negativo, ya que, de haberse dado la propuesta por los grupos, equivaldría a una mayor partidización en la selección; de esta forma, se cambia la lógica de la decisión.

Ahora bien, como se manifestó en el proceso de designación, el diseño del procedimiento para el IFAI presenta un déficit técnico que contrasta, por ejemplo, con el de la Cofece y el del IFT. Sin marco institucional expreso, pero que tampoco lo prohibía, se formó, a instancia de la Comisión, un comité de expertos que acompañó el proceso de selección y aportó una dosis de objetividad, y es un primer ejercicio para realizar una metodología de evaluación de los aspirantes.<sup>18</sup> La experiencia posteriormente fue replicada en la Ciudad de México.

La metodología desarrollada incluye la acreditación de conocimientos en la materia (datos personales, acceso a la información y transparencia) y, en segundo término, el soporte documental; de esta manera, los criterios empleados valoran lo siguiente:

- 1) *Trayectoria profesional acreditada y verificable*. Considera la experiencia de las aspirantes en órganos, instituciones académicas u organizaciones de la sociedad civil dedicadas a la

<sup>18</sup> “Informe del acompañamiento al proceso de designación de los Comisionados del Órgano Garante de Acceso a la Información Pública y Datos Personales”, Senado de la República, México, 2014. Consultado en [www.senado.gob.mx/comisiones/anticorrupcion/docs/ifai/Informe\\_designacion.pdf](http://www.senado.gob.mx/comisiones/anticorrupcion/docs/ifai/Informe_designacion.pdf).

transparencia, la garantía del derecho de acceso a la información, la protección de datos personales, archivos públicos o la rendición de cuentas, así como sus aportaciones académicas, profesionales o civiles en la materia.

- 2) *Objetividad, autonomía e independencia de los partidos políticos.* Toma en cuenta la evidencia disponible para acreditar que las aspirantes hayan dado prueba de su objetividad y autonomía.
- 3) *Compromiso con los derechos humanos.* Se observa el desempeño que hayan tenido las aspirantes durante su trayectoria profesional en la promoción y la defensa de los derechos humanos. Se pone especial atención en los datos que demuestren la salvaguarda de los principios de máxima publicidad y defensa del interés público, así como su compromiso con la más plena garantía del derecho de acceso a la información.
- 4) *Experiencia en cuerpos colegiados.* Se valoran las experiencias exitosas que hayan demostrado las aspirantes como miembros de otros cuerpos colegiados, de cualquier naturaleza.
- 5) *Trayectoria con los sujetos obligados.* Contempla la experiencia profesional, académica o de participación social que los aspirantes acrediten respecto a los sujetos obligados por la reforma constitucional en materia de transparencia y acceso a la información.
- 6) *Calidad, estructura y factibilidad de su programa de trabajo.* Valora la claridad de ideas, la pertinencia y alcance de las propuestas, la definición y forma de enfrentamiento de los problemas, así como la posibilidad de su ejecución.
- 7) *Prestigio y reputación pública.* Toma en cuenta las referencias y los datos de los que disponga para emitir una opinión sobre el prestigio y la reputación públicas.

La carga que el Senado tiene en la selección de los aspirantes le asigna también la responsabilidad de hacerlo con los mejores estándares. La novedad establecida en la Cofece y el IFT supera la mera discrecionalidad que durante mucho tiempo ha imperado en la designación de presidente de la CNDH.

## Remoción

**TABLA 2**

OCA	Ejecutivo	Senado
Banxico	n/a	Por causa grave en términos del Título Cuarto y sujetos a juicio político
Cofece	n/a	Por causa grave en términos del Título cuarto y sujetos a juicio político
IFT	n/a	Por causa grave en términos del Título Cuarto y sujetos a juicio político
Coneval	n/a	Por causa grave en términos del Título Cuarto y sujetos a juicio político
Inegi	n/a	Remueve por causa grave y sujetos al Título Cuarto y a juicio político

Los enunciados son ambiguos y, a pesar de que remiten al Título Cuarto, no hay un procedimiento específico ni un órgano competente (tabla 2).

La regla es que puedan ser removidos por causa grave (Inegi). En el caso del Senado, este mecanismo opera por juicio político; sin embargo, una de las peculiaridades es la racionalidad política (conveniencia, oportunidad, estabilidad política de este mecanismo), que no lo hace idóneo para resolver objetivamente la configuración de las causas.

La rigidez de los mecanismos para remover a los comisionados ha provocado una reconducción de acciones cuya finalidad es la misma. Inicialmente la reforma legislativa y posteriormente la constitucional han sido empleadas para renovar o propiciar la renovación de las instancias colegiadas de decisión y gobierno. Ante las dificultades de renovar totalmente al colegiado mediante reforma legislativa (en el caso de la Cofetel, el Poder Judicial amparó a los comisionados separados), la reforma constitucional elimina el

riesgo de invalidación judicial. En contrapartida, la renovación de los plenos en condiciones de anormalidad institucional rompe la estabilidad y la continuidad, e introduce incertidumbre no solamente en los comisionados, sino en la institución.

Si bien con prácticas como la descrita se consigue el efecto de remover a los comisionados, las razones para ello se pierden en la discrecionalidad política. Predomina más la decisión que la razonabilidad e impide conocer las causas y, en su caso, el peso que ellas tienen en la decisión política;<sup>19</sup> así lo anunció el presidente del Senado, sin explicar por qué, ni cuáles fueron las razones específicas para cada uno de ellos. La misma situación para todos impide conocer la relación de causa y efecto e individualizar la responsabilidad si la hubiera. El Senado —que debiera decir las razones— prefiere la negativa ficta, es decir, elude su función en la rendición de cuentas.

## Informes

**TABLA 3**

OCA	Tipo de informe
Banxico	
Cofece	Presentará un programa anual de trabajo y un informe trimestral a los poderes de la Unión.
IFT	Presentará un programa anual de trabajo y un informe trimestral a los poderes de la Unión.
Coneval	Su presidente presenta un informe a los poderes de la Unión (artículo 26, último párrafo).
Inegi	

<sup>19</sup> En el nombramiento de los comisionados del IFAI, el dictamen se limitó a afirmar que no se había ratificado a los comisionados debido a que “no se alcanzaron los acuerdos para mantener a los actuales comisionados”.

La presentación de informes ante los poderes de la Unión, entre ellos al Senado, es un acto que puede limitarse a un acto protocolario, o bien puede maximizar la rendición de cuentas. El tránsito de una a otra dimensión depende, por supuesto, de la intencionalidad de los senadores o por las comisiones respectivas, pero la voluntariedad puede tener alcances limitados (tabla 3).

En este aspecto, la institucionalización de los procesos puede ser más eficaz. Para avanzar en el proceso de rendición de cuentas no bastaría solamente con el acto pasivo de *recibir* el informe, sino que se requiere además procesarlo y extraer las consecuencias para la responsabilidad institucional o personal.

El enfoque de rendición de cuentas sugiere activar las posibles consecuencias derivadas de tales informes, que pueden ser positivas o negativas. La evaluación del desempeño permitiría apreciar *ex post* los impactos de los diseños institucionales y normativos. Entre las posibles medidas están, por una parte, establecer un mecanismo de respuestas institucionales: al informe debe seguir un análisis y respuestas congresionales; por otra, para maximizar el enfoque de rendición de cuentas es necesario diseñar instrumentos que sean el referente establecido por aquellos elementos que desde la perspectiva del Senado impliquen comparecencias.

## Comparecencias

**TABLA 4**

Banxico	Obligación de comparecer, artículo 93
Cofece	Obligación de comparecer, fracción VIII, artículo 28
IFT	Obligación de comparecer
Inegi	Obligación de comparecer
Coneval	Obligación de comparecer

Las obligaciones de comparecencia enlistadas en la tabla 4 comprenden las obligaciones constitucionales complementadas con las previstas en la ley.

## V. EPÍLOGO

En el análisis de la regulación de la economía, es pertinente dar cuenta de las transformaciones que se han dado en México en las últimas décadas. La explicación no se agota en el contraste de diversos modelos aparentemente claros: nacionalista o globalizador, o bien, neoliberal y social. La pluralidad política y la alternancia en el poder diluyeron la identificación de las decisiones sobre las reglas fundamentales de la ordenación económica con alguna fuerza política y, si bien hay en general una orientación promercado, las reformas en competencia económica y en telecomunicaciones surgieron de un pacto entre los partidos de izquierda, centro y derecha. El acuerdo partidario se explica por el interés común de establecer límites a las corporaciones de medios de radiodifusión y telecomunicaciones ante su influencia y participación directa en la política.

La existencia de distintos acuerdos y alianzas para realizar las reformas, así como las sucesivas reformas en derechos humanos, en materia de amparo, energía y mejora regulatoria, agregan complejidad en la explicación y operación de la Constitución económica. Cada una de las reformas constitucionales tiene su propia lógica, y al apreciarse en conjunto muestran zonas de encuentro, de traslape y también de colisiones de sentido.

La regulación constitucional y las posibles contradicciones tienen implicaciones prácticas. En el marco constitucional —entre el mercado como ámbito en el que se desarrollan los intereses económicos y los derechos humanos en cuanto expectativas de mejores condiciones de vida—, los encuentros no están exentos de contradicción.

La revisión aquí hecha es indicativa de la complejidad de la operación. La eficiencia es el concepto central que opera como prin-

cipio interpretativo y como parámetro de validez en la regulación económica. En tal sentido, las reformas en competencia económica, energía, telecomunicaciones y mejora regulatoria forman el entramado para vertebrar las libertades económicas, la acción del Estado y las decisiones de los tribunales, en particular los especializados. Pero, por otra parte, los derechos de los consumidores, la función social de la propiedad, los derechos laborales, los cometidos públicos para disminuir las desigualdades y combatir la pobreza, así como los derechos sociales, marcan la orientación a acotar, limitar, o alinear en función de sus propósitos sociales hacia otros de tipo distributivos, y en todo caso hacia una idea de la optimización de las acciones públicas que atienda tales propósitos. En la representación de las contradicciones y en su tratamiento, los métodos de decisión forman también parte de las disputas: el estándar de proporcionalidad interioriza las consideraciones de eficiencia entre principio y valores en pugna; que en la ponderación se examine que un determinado principio prevalezca sobre otro (por ejemplo, la libertad de comercio sobre la salud pública) o la competencia económica respecto de la ordenación del suelo, todo ello se dirime a través de tales técnicas de decisión, a pesar de que sea en el terreno judicial que se determine la constitucionalidad de una regulación o una decisión administrativa y de que en él se manifiesten como disputas en derechos, en una perspectiva más amplia, las regulaciones y las litis, que pueden tener como sustrato cuestiones de política económica.

En este otro terreno, los tribunales y sus métodos de decisión se enfrentan a la dificultad de justicializar la política económica. Tal dificultad no solamente se presenta por las funciones constitucionales correspondientes a los jueces o al Ejecutivo y a los congresos como instancias de decisión política y democrática, sino también por las limitaciones existentes en sus procedimientos y en la información de la que disponen. Las técnicas de decisión sobre derechos son las mejores técnicas de decisión sobre políticas.

En cuanto a lo institucional, el nuevo modelo de los órganos constitucionales autónomos plantea una nueva ecuación en los frenos y contrapesos. Al fortalecerse las autonomías, por una parte, se

refuerza la decisión técnica y las posibilidades de influencia de la política partidaria y de los intereses económicos, pero, por otro lado, se diluyen los vínculos con la política pública del Ejecutivo, se fortalece la relevancia del Senado y se relajan los procedimientos de rendición de cuentas.

El enfoque de rendición de cuentas<sup>20</sup> crea una relación de diálogos institucionales entre el agente y el principal; al obligarlo a rendir informes, le da la responsabilidad de dar buenas cuentas, de ser eficiente y eficaz en el mandato que el orden jurídico le asigna. A quien se le rinden cuentas, se le otorga la responsabilidad de evaluar y de destinar consecuencias. Si este último no cumple esta función, la rendición de cuentas es una relación incompleta e insatisfactoria tanto institucionalmente como para el desarrollo.

De este modo, en el nuevo escenario de la ordenación constitucional de la economía, no solamente tienen importancia las relaciones público-privadas formalizadas en las libertades económicas, la intervención del Estado como agente económico o las técnicas intervencionistas. Otra cuestión primordial corresponde a los diseños y funcionamientos institucionales. La efectividad, sea de la protección a las libertades económicas o de las medidas regulatorias, depende de que existan buenas instituciones.

<sup>20</sup> Al respecto véase, de María Amparo Casar, Ignacio Marván y Khemvirg Puente, “La rendición de cuentas y el Poder Legislativo”, en Mauricio Merino Huerta, Sergio López Ayllón y Guillermo Miguel Cejudo Ramírez (coords.), *La estructura de la Rendición de Cuentas en México*, CIDE-IJ/UNAM, México, 2010, p. 331.