

ESTADO Y ECONOMÍA EN MÉXICO. ESTRATEGIAS Y FUNCIÓN DEL DERECHO

José ROLDÁN XOPA*

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema.* II. *¿Un derecho estratégico para una economía estratégica?* III. *Órganos reguladores ¿entre la tecnocracia y democracia?* IV. *Creación de regulaciones e intereses privados.* V. *Ilustrando la “captura” de la regulación por los intereses.* VI. *Hacia un conocimiento jurídico estratégico.*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Si en el mercado mundial o en las economías nacionales, los países y los agentes económicos buscan tomar posiciones ¿cuál es la función del derecho? Se dice, y en eso hay algo de razón, que el derecho establece las reglas del juego y por tanto, los jugadores actúan o deberían actuar “de acuerdo” con el derecho. Así pues, a nivel global, las reglas serían las que se refieren al comercio mundial (OMC, principalmente), y en los ámbitos regional y nacional, los tratados y los órdenes jurídicos nacionales, según se trate. Esta perspectiva, no obstante, tiene limitaciones, la primera es que nos lleva a visualizar a las normas como ajenas o extrañas a los jugadores, y la segunda como reglas “neutras” o de imparcialidad frente a los agentes lo cual no siempre es así. Suponer la heteronomía y la imparcialidad del derecho como algo absoluto puede conducir a visiones ingenuas sobre el mismo. El derecho, cualquier norma, supone en su origen una cierta racionalidad que supone orientaciones de conducta de acuerdo con ciertos modelos u orientaciones de política. Toda norma supone pues una política. En tal sentido interioriza valores, ideologías, modos

* Doctor en derecho, director de la maestría en derecho administrativo y de la regulación del ITAM.

de entendimiento de la convivencia social, etcétera. El derecho es “interesado”. A lo anterior se agrega, que las reglas no son estables, predeterminadas y ciertas, sino que también se da un juego por las reglas, es decir que las reglas se van creando, las interpretaciones cambian, y por tanto la incertidumbre forma parte del contexto del juego.

La apreciación anterior tiene el propósito de establecer una perspectiva o enfoque del derecho en un escenario en el que es importante la competitividad; donde la creación de nichos, la atracción de inversiones, la protección del capital nacional, el mejoramiento de las condiciones de vida de la población se establecen como propósitos explícitos, pero que pueden ser usados como argumentos de instrumentalización de políticas de resultado incierto.

En esta colaboración se analizarán a partir de una perspectiva más amplia que destaca la importancia del pensamiento jurídico estratégico, una diversidad de ejemplos que muestran algunos de los problemas jurídicos que se enfrentan para hacer posible políticas más eficaces.

II. ¿UN DERECHO ESTRATÉGICO PARA UNA ECONOMÍA ESTRATÉGICA?

¿En un país que busca posicionarse en la economía mundial, qué función tiene el derecho?

La globalización plantea nuevos escenarios para la acción de los agentes políticos y económicos. Establece también un nuevo contexto normativo. Los tratados internacionales son bases comunes. Abren sistemas jurídicos, contienen unas reglas que pueden exceder los controles nacionales. La relación entre derechos nacionales presenta tensiones entre mercados nacionales. También se encuentran distintas culturas jurídicas, pero la diferencia de tamaños marca orientaciones hacia las cuales el derecho se transforma. Para el caso mexicano, se abre a nuevas fuerzas económicas, se transforman las instituciones. Se crean “reglas propicias a la inversión”: derechos de propiedad, competencia económica, transformación de instituciones, nueva concepción del Estado como regulador y árbitro imparcial en el que los agentes económicos son iguales. Todo lo anterior ha sido presentado como lo “apropiado” para desencadenar círculos virtuosos de acuerdo con ciertas pautas de pensamiento. El llamado neoliberalismo expresa el auge del pensamiento único. La hegemonía “académica”,

trocada en la razón la acción pública en el Consenso de Washington fueron la piedra de toque en las transformaciones de las últimas décadas.

Desde una perspectiva crítica (y autocrítica) Stiglitz, ajeno a sospechas de globalifobia, dice:

La parte de la globalización que estamos viviendo se inició con la presencia algunas décadas atrás de personajes como Ronald Reagan, como Margaret Thatcher en Gran Bretaña, quienes de alguna manera tomaron esa ideología y trataron de llevarla, junto con un grupo de expertos, más hacia sus intereses como países que a los intereses de los países donde se aplicaba.¹

El modelo traducido a política jurídica, supone un sujeto antropológico cuya libertad de decisión es deseable. El derecho, entonces, debe garantizar tal autonomía de decisión, así como la seguridad de los derechos sobre los que decide y la seguridad de que su decisión esté garantizada. Hay un modelo de hombre, un modelo de negocios, y un modelo de acción pública.

Las líneas de privatización, desregulación y liberalización condujeron a dismantelar proteccionismos pero también tuvieron como secuela minar los medios de acción pública y de consideración de las peculiaridades nacionales. En el libro ya citado de Stiglitz, puede encontrarse numerosos referentes de los errores, graves en ciertos casos, de aplicar el recetario del FMI en condiciones en las que se hacía abstracción del conocimiento y la realidad nacional, en contraste con los mejores resultados de políticas que marcaron su distancia de las recomendaciones o imposiciones del Fondo. A estas alturas y luego de resultados poco alentadores, se fortalecen las posturas críticas. Dice Kay:

El modelo estadounidense de negocios supone que la economía de mercado queda definida y descrita por las actividades de gente codiciosa dotada con derechos de propiedad vigorosamente defendidos, pero por otro lado libre de regulaciones. El problema no es, simplemente que esta versión no es cierta, es que el intento por hacer al mundo conforme a este modelo ha sido profundamente dañino, tanto para el funcionamiento de la economía de mercado como para su legitimidad política.²

¹ Stiglitz, Joseph E., "El malestar de la globalización", *Este País*, núm. 143, febrero de 2003, México, p. 11.

² Kay, John, "La economía real", *Este país*, junio 2003, núm. 147, México, p. 8.

En el contexto de competencia, el pensamiento de políticas públicas, incluidas las económicas deben ser estratégicas. La experiencia de países asiáticos muestra mayor pragmatismo que apego a los manuales de la economía “académicamente correcta”. Así, en efecto, el mercado tiene un sitio importante pero también el dirigismo estatal tiene su espacio.

La estrategia, supone definiciones, direcciones. El derecho contiene el instrumental para la estrategia. Desde las libertades, las abstenciones, pero también las intervenciones. Según el Diccionario de la Lengua, estrategia es el arte, traza para dirigir un asunto; es un proceso regulable, conjunto de las reglas que aseguran una decisión óptima en cada momento.

Pensar que aún en los países donde se ha acunado el pensamiento económico dominante el Estado ha sido abstencionista sería ingenuo. Por el contrario, es posible detectar políticas deliberadamente intervencionistas:

el auge de las transnacionales está animado no sólo por sus propios gobiernos, sino además por las enormes subvenciones y privilegios fiscales que les otorgan los países de acogida, como el Reino Unido e Irlanda, al igual que por los Gobiernos de Europa del este, que están dispuestos a vender a precio de saldo el patrimonio nacional a golpe de privatizaciones y de incentivos fiscales de todo tipo.³

Se percibe en Asia:

En Asia oriental no se siguieron al pie de la letra las medidas propuestas por las agencias financieras internacionales: se protegieron los mercados incipientes de bienes y servicios, la banca privada o estatal quedó bajo el control gubernamental, se subsidió el desarrollo tecnológico de las empresas y se apoyó la integración vertical de las cadenas productivas y la absorción de la tecnología fue más activa que pasiva (*learning by doing*).⁴

Se repite en China:

Lo que los chinos hicieron en los últimos 25 años no fue privatizar las empresas del Estado sino crear empresas privadas, alentarlas, para que com-

³ Clairmont, Frédéric F., “Doscientas sociedades controlan el mundo”, *Pensamiento crítico vs. Pensamiento único, Le Monde diplomatique*, Tema de Debate, Madrid, 1998, p. 44.

⁴ Viniestra González, Gustavo, “Relaciones entre la estrategia económica y el avance Tecnológico”, *Este País*, México, núm. N142, enero de 2003, p. 67

pitan con las empresas del Estado y, como consecuencia, éstas tienen que ponerse al nivel de las empresas privadas para competir; esto es lo que distingue a China de otros países. Los chinos no compraron el consenso de Washington; lo que han comprado es la tecnología de países avanzados y se han concentrado en las exportaciones de China; no han liberalizado otras áreas, como el mercado de capitales; definitivamente no han seguido el modelo o consenso de Washington y van por la liberalización gradual.⁵

En el mercado, se requieren precisar y garantizar las libertades económicas. La regulación juega ese papel, pero todo poder debe ser controlado, esa también es una función de la regulación. La seguridad jurídica, o la reducción de la incertidumbre es el resultante del derecho y el control. Una estrategia de desarrollo supone, entre otros:

- a) definición de un modelo de desarrollo;
- b) definición de los instrumentos de mercado/estado, cuánto mercado y cuanto Estado.
- c) Uso subordinado a la política de:
 - Sistema impositivo con criterios extrafiscales (no solo recaudatorios).
 - Política de subsidios.
 - Criterios sobre concentraciones (transnacionales nacionales).
 - Políticas de fomento.
 - Criterios sobre ayudas públicas.

La conformación política interna ha cambiado los ritmos de acción. Con el PRI la modernización tuvo un ingreso avasallador. Ahora en ciertos puntos (energía, telecomunicaciones), se ha enervado (en el sentido de debilitar, quitar fuerzas) a la apertura. Lo “nacional” se ha convertido en el centro de la diferencia. Las posturas, son, la nación la soberanía, por un lado; y la apertura y la modernización por otro.

Por otra parte, el contexto internacional, muestra que los Estados no actúan de igual manera sino que los Estados también compiten entre sí, Son oferentes de reglas. Buscan tomar una posición y por tanto, supone un papel activo.

⁵ Stiglitz, *op. cit.*, nota 1, p. 13.

Para ilustrar el enfoque aquí sugerido, examinaré dos situaciones, una referida al diseño institucional y otra al proceso regulatorio. En el primer caso se busca destacar cómo en el derecho nacional se abre un sitio de recepción a las “agencias” regulatorias y se provocan una serie de choques entre la racionalidad económica y de desempeño en el que se inspiran y el diseño constitucional y el principio democrático. En la segunda situación se analiza cómo en la creación de regulaciones se corre el riesgo de que los diversos intereses determinen los contenidos de una regla pública y su propiciamiento por el diseño del procedimiento regulatorio.

III. ÓRGANOS REGULADORES ¿ENTRE LA TECNOCRACIA Y DEMOCRACIA?

Una de las grandes transformaciones que ha tenido la administración pública en los últimos años es la creación de numerosos órganos desconcentrados a los que se les han asignado funciones cuya materia es de la mayor relevancia en la actuación pública, y que, en general, había estado a cargo de órganos de la administración centralizada. No obstante, debe decirse que la innovación no es nominativa, ni siquiera cuantitativa; se trata fundamentalmente de una transformación de las características tradicionales de los órganos desconcentrados, al grado tal de llevarse a cabo una reforma de las instituciones públicas que impacta la gestión de los asuntos públicos, la forma de estructuración y organización de la administración pública y el arreglo constitucional de los poderes.

El término que mejor podría expresar y sintetizar el fenómeno anotado es el de “autonomía de los órganos”. Una autonomía, sin embargo, gradual pero que permite marcar distancias con los típicos órganos desconcentrados subordinados al titular de la dependencia (secretaría de Estado o departamento administrativo). La autonomía se muestra además como una tendencia, es posible apreciar, la idea persistente de que para el mejor funcionamiento de las instituciones públicas debe garantizarse un ámbito de actuación de los órganos que permita llevar a cabo sus tareas en condiciones de ausencia o menor injerencia de la “política”, y, por el contrario, un espacio de libertad que permita que la “técnica” sea el ámbito de decisión administrativa.

La autonomía es vista como una condición (más que un fin) que de credibilidad y objetividad al funcionamiento de los órganos reguladores.

En la ingeniería de estos órganos se aprecia por una parte la necesidad de que las decisiones regulatorias o de aplicación de la ley sean “objetivas” (no sesgadas por las políticas) así como expertas y este último “conocimiento” tiene que ver con la “virtud” económica de las medidas (eficiencia económica, corrección de fallas del mercado).

La exigencia de objetividad, experiencia, conocimiento técnico, imparcialidad, se han reconducido hacia la condición de autonomía del mando de la política (como factor contaminante) así como de los intereses regulados. El diseño por tanto debiera garantizar tal autonomía y hacerla “transparente”.

Los órganos reguladores, son el:

ambiente institucional que condiciona a las transacciones que se generan a propósito de las reformas estructurales, que a fin de garantizar el adecuado desenvolvimiento de los procesos de liberalización y defensa de la competencia, en primer lugar, será indispensable un ambiente institucional fuerte que pueda romper las industrias monopolizadas verticalmente integradas. En este sentido, a fin de asegurar el funcionamiento del modelo competitivo a largo plazo, el ambiente institucional debe ser capaz de comprometerse a un no-intervencionismo y a una política de fomento competitivo.⁶

La funcionalidad al mercado ve a la “política” como una externalidad indeseable porque altera la “legalidad” económica de la oferta y la demanda. Por tanto, los reguladores tienen que tomar distancia de los políticos, creando autonomías. Pero también la autonomía tiene sentido respecto de los regulados ante el riesgo de la captura regulatoria, esto es que sean los intereses de los regulados o de algún sector de ellos el que controle al regulador extrayendo beneficios.

Sin embargo, el modelo, al menos en el caso mexicano tiene el riesgo de entrar en una contradicción constitucional, pues el carácter del presidente

⁶ Fignon, Dominique, “Why Diversity Will Persist in the European Electricity System?”, *II Conferencia Internacional de Organización Industrial*, Universidad Carlos III, Madrid 1998; utiliza como caso paradigmático al modelo inglés cuyas características institucionales han posibilitado la consolidación de las reformas estructurales experimentadas en diversos sectores: Así, los derechos de propiedad de los activos del sistema estaban en manos del gobierno; a su vez, los poderes regulatorios y legislativos estaban centralizados, y sin la interferencia de los gobiernos regionales; y finalmente, se contó con un poder judicial en el que no existe un mecanismo para apelar una ley a través de los tribunales.

de la República como jefe de gobierno y de la administración, y de los secretarios de Estado como los responsables políticos de su ramo, implican atribuciones de conducción de políticas públicas que deben ser seguidos por tales órganos reguladores. Por otra parte, aunque se justifique que la función de estos últimos es “técnica” (la misma precisión de la eficiencia es una elección de política), toda regulación es “conformadora”, conduce y supone ejercicio de política. Así que la autonomía de la política es una falacia. La presencia de la política no solamente es inevitable, sino aún más es debida, es una atribución que proviene de un mandato dado al presidente por su origen democrático y su función constitucional.

En el modelo están, principalmente: la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF), la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (Consar), la Comisión Federal de Competencia (CFC); la Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofotel) y la Comisión Reguladora de Energía (CRE).

Para efectos de análisis resultaría conveniente analizar el caso de la Cofotel a la luz de una propuesta presentada en el Congreso mexicano para modificar la regulación de radio y televisión.

Bajo el argumento de fortalecer tal órgano regulador se propone su modificación de 4 a 5 comisionados y su nombramiento por periodos escalonados de 8 años (los actuales comisionados son de libre remoción). De aprobarse la propuesta legislativa resultaría que el actual presidente de la República nombraría de un solo tajo a los cinco comisionados, los cuales en su primera designación tendrían periodos de 5 años (1), 6 (1), 7 (1) y 8 (2). Los subsiguientes nombramientos tendrían ya una duración de 8 años para todos. Solamente podrían ser removidos por causa grave demostrada previo procedimiento.

La designación de los titulares es uno de los elementos más importantes a través de los cuales se van integrando los canales o cauces en el ejercicio del gobierno. Quien tiene el poder de nombramiento cuenta con la posibilidad de integrar las élites que ejercen el poder estatal. Por esta vía se señalan a las personas que habrán de ejecutar, orientar o decidir las políticas, las regulaciones, los actos de administración pública; además, integran los equipos, se afianzan los compromisos, se pactan acuerdos, etcetera. Tiene su máxima expresión cuando quien lo ejerce tiene una libertad absoluta para decidir quien ocupa el cargo, cuáles son sus características personales (edad, profesión, sexo, nacionalidad, etcétera), así

como un poder absoluto para removerlo. Como se observa, el condicionamiento por ley para su nombramiento y remoción disminuye el poder del presidente.

En el ejemplo que señalamos tendríamos que las facultades de nombramientos se traducen en poderes desiguales según sea el periodo de gobierno:

Sexenio 2000/2006:	5 nombramientos (antes nombró a los 4 actuales)
Sexenio 2006/ 2012:	2 nombramientos (al quinto y sexto año de su periodo)
Sexenio 2012/ 2018:	3 nombramientos (al primer y segundo año)
Sexenio 2018/2024:	5 nombramientos (en el primero, segundo, tercero y cuarto año de su periodo)

Si el escalonamiento de los nombramientos busca un distanciamiento de quien los designa así como una preservación de la continuidad en el órgano decisor, la periodización muestra que se obtiene un resultado de presidentes de la República con poderes dispares, en el que tienen desigualdad de influencia *ex post* y *ex ante* en la integración de los órganos de decisión. El primero y el cuarto periodo tienen poderes privilegiados y en cambio el segundo resulta discriminado. Lo anterior plantea por supuesto un problema constitucional respecto de la igualdad institucional (todos los presidentes de la República deben gozar de los mismos poderes). Pero también presenta un severo problema para la eficacia de las elecciones democráticas y la conducción de las políticas públicas.

Expliquemos lo anterior, una elección presidencial supone también una elección a cargo de los ciudadanos como una opción social, sea de continuidad o de cambio. En el supuesto de que se elija el cambio, la democracia hace posible que se “castigue” al gobierno anterior y supone que el nuevo “realizará” un cambio. Los electores esperan resultados. El escalonamiento en cambio supone continuidad, atenúa el cambio, lo hace gradual. Sin embargo cuando un presidente hereda un órgano cuya integración ha sido hecha totalmente por el ejecutivo anterior y se ve imposibilitado para formar mayoría y limita sus poderes de nombramiento al último año de ejercicio, el diseño legislativo provoca “un premio” a la opción

derrotada e impide e incluso obstaculiza el ejercicio de la conducción a la opción vencedora. Hay un severo cuestionamiento a las reglas de la democracia.

La autonomía elimina el poder de instrucción de los mandos políticos. El poder de instrucción o mando se rompe cuando se otorgan atribuciones a los órganos desconcentrados para decidir sus propias resoluciones sin estar sujetos a las instrucciones de los órganos superiores de la dependencia o entidad de la cual forman parte. El fenómeno anterior se presenta con el otorgamiento de competencias propias cuyo ejercicio y decisión compete a los mismos. Así pues, mientras los órganos desconcentrados típicos “funcionaban” con atribuciones correspondientes a las propias Secretarías a las cuales la ley les otorgaba su competencia, en los órganos desconcentrados de nuevo tipo sus atribuciones provienen de una fuente originaria: la ley, aun cuando las atribuciones corresponden igualmente a la Secretaría. Su fundamento pues, no es ya el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF), sino, generalmente, una norma del mismo rango. Tales disposiciones no contienen la regla expresa de subordinación como sí lo hace la LOAPF. ¿Es constitucional la asignación de atribuciones a los órganos desconcentrados que de acuerdo con la constitución corresponden al Ejecutivo, sin que este pueda instruirlos? ¿siendo el presidente jefe de la administración, es constitucional que se le prive del poder de mando sobre esos órganos?

El poder autónomo de decisión del órgano regulador consiste en resolver por sí y ante sí sin instrucción del superior y sin la posibilidad de que éste lo sustituya. No hay revisión *ex ante*, ni operan las técnicas de traslación de competencia como la delegación o la avocación.

Indudablemente la pericia técnica en un órgano administrativo es deseable para una buena administración. Pero las decisiones públicas no son decisiones de la ciencia o del ámbito del conocimiento, sino decisiones de la conducción. La técnica está al servicio de la conducción. Sostener que las decisiones de un regulador son “técnicas” solamente, es una falacia. Cualquier decisión pública (soportada en el *imperium*) que conforma o busque provocar conductas, es una decisión de política. Por supuesto que los reguladores toman decisiones de política. Y la política es una cuestión de la democracia. Y la política es una cuestión de estrategias.

IV. CREACIÓN DE REGULACIONES E INTERESES PRIVADOS

La creación de normas generales al seno de la administración, por lo general se sujeta a un procedimiento. La Ley Federal de Procedimiento Administrativo establece la regla general de someter tanto a los proyectos de normas administrativas como legislativas al procedimiento de mejora regulatoria; otra norma relevante es la Ley Federal de Metrología y Normalización (LMN) diseña un procedimiento especial para las Normas Oficiales Mexicanas.

Según la LMN, una NOM es la

la regulación técnica de observancia obligatoria expedida por las dependencias competentes, conforme a las finalidades establecidas en el artículo 40, que establece reglas, especificaciones, atributos, directrices, características o prescripciones aplicables a un producto, proceso, instalación, sistema, actividad, servicio o método de producción u operación, así como aquellas relativas a terminología, simbología, embalaje, marcado o etiquetado y las que se refieran a su cumplimiento o aplicación.⁷

La Ley Federal sobre Metrología y Normalización contiene un procedimiento en el que intervienen diversos órganos de la Administración pública así como quien pudiera tener interés en la materia regulada. Algunas etapas son obligatoriamente publicadas en el *Diario Oficial* y sometidas a consulta pública. En esto es relevante observar cómo en el procedimiento se hacen presentes los intereses, sea en los órganos que deciden o bien en el procedimiento.

Los órganos administrativos participantes:

El procedimiento está a cargo de las dependencias de la Administración Pública quienes elaboran el anteproyecto de NOM, lo someten al Comité Consultivo y posteriormente expiden la norma.

El Comité Consultivo Nacional de Normalización, está integrado por: personal técnico de las dependencias competentes, según la materia que corresponda al comité, organizaciones de industriales, prestadores de servicios, comerciantes, productores agropecuarios, forestales o pesqueros; centros de investigación científica o tecnológica, colegios de profe-

⁷ Artículo 3o., fracción XI.

sionales y consumidores. Sus funciones son: elaborar el proyecto de NOM con base en el anteproyecto de la dependencia; formular observaciones al anteproyecto de la dependencia y publicar la NOM si ha sido expedida por varias dependencias.

La denominación de “consultivo” daría una primera impresión de que su función no es decisoria. No obstante una revisión del procedimiento ahuyenta esa impresión primaria. El procedimiento de creación de la NOM tiene las siguientes etapas:

- a) La fase de anteproyecto. La dependencia envía el anteproyecto al Comité (junto con una Manifestación del Impacto Regulatorio)⁸ que a su vez puede hacer observaciones que deberá enviar a la dependencia. Si no las hubiere o la dependencia mantuviese su anteproyecto ordenará al Comité que publique en el *Diario Oficial* como proyecto.
- b) La fase de consulta del proyecto. El Comité publicará el proyecto a efecto de que dentro de los siguientes 60 días naturales los interesados presenten sus comentarios. Al término del plazo, el comité consultivo estudiará los comentarios recibidos y, en su caso, procederá a modificar el proyecto en un plazo que no excederá los 45 días naturales; se ordenará la publicación en el *Diario Oficial de la Federación* de las respuestas a los comentarios recibidos así como de las modificaciones al proyecto, cuando menos 15 días naturales antes de la publicación de la norma oficial mexicana.
- c) La fase de decisión. Una vez aprobadas por el comité de normalización respectivo, las normas oficiales mexicanas serán expedidas por la dependencia competente y publicadas en el *Diario Oficial de la Federación*.
- d) La fase de publicación. Cuando dos o más dependencias sean competentes para regular un bien, servicio, proceso, actividad o materia, deberán expedir las normas oficiales mexicanas conjuntamente. En todos los casos, el presidente del comité será el encargado de ordenar las publicaciones en el *Diario Oficial de la Federación*.

⁸ Deberá contener una explicación sucinta de la finalidad de la norma, de las medidas propuestas, de las alternativas consideradas y de las razones por las que fueron desechadas, una comparación de dichas medidas con los antecedentes regulatorios, así como una descripción general de las ventajas y desventajas y de la factibilidad técnica de la comprobación del cumplimiento con la norma.

El procedimiento anterior no se aplica en caso de emergencia.

El diseño de los órganos que participan y del procedimiento, da como características de la creación normativa las siguientes: la presencia en su origen de una norma originada en la administración; la confusión en el Comité de funciones “consultivas” y funciones de decisión (formación y aprobación de la NOM); la participación en el Comité de sujetos con intereses que tiende a borrar la distancia entre el regulador y de los regulados, lo que afecta la imparcialidad y objetividad de la decisión; una doble posibilidad de participación de los interesados en la decisión y en la consulta; una participación parcial de los interesados en la instancia de decisión; una aprobación validadora de la Secretaría sin facultad material de decisión.

La falta de organización de consumidores impide una representación de este sector y una mayor relevancia de sus intereses en el proceso regulatorio.

El diseño anterior como se observa, estructuralmente conduce a la captura, por los intereses, de los órganos de decisión y de la regulación misma.

V. ILUSTRANDO LA “CAPTURA” DE LA REGULACIÓN POR LOS INTERESES

El problema: la regulación del expediente clínico

Según la Norma Oficial Mexicana NOM 168 SSA1 1998 (en lo sucesivo NOM 168), la propiedad del expediente es del médico y de la institución hospitalaria, además obliga al médico o a la institución a otorgar “la información verbal y el resumen clínico” previa petición por escrito especificándose con claridad el motivo de la solicitud”.

La cuestión es clara: esta regulación niega el derecho de los pacientes (o causahabientes) de acceder o tener la información del expediente formado con motivo de su atención y se limita a obtener información verbal o un resumen clínico del médico o al institución. No resulta exagerado afirmar que se protege el ámbito de disponibilidad de la información del médico subordinando el interés del paciente.

En consecuencia el paciente carece de derechos de propiedad, se le priva del derecho a ser informado, los costos de la información lo incentivan para permanecer con el médico o la institución, y la decisión de

cambiar de médico es también costosa pues un nuevo médico sería también un nuevo expediente. No es aventurado afirmar que se da un caso de “captura de la regulación”.

La NOM, como se observa, es obligatoria para sus destinatarios, vincula a la autoridad administrativa y ésta tiene facultades para aplicar sanciones en caso de incumplimiento.

La NOM 168 es una norma de carácter general expedida por el presidente del Comité Consultivo Nacional de Normalización de Regulación y Fomento Sanitario el 30 de septiembre de 1999 y su obligatoriedad se dirige a:

- a) los prestadores de servicios de atención médica de los sectores público, social y,
- b) privado, incluidos los consultorios.
- c) La decisión regulatoria que da lugar a la situación descrita, se produce en buena medida, dadas las condiciones de organización institucional y regulatoria, que predeterminan quién decide, cómo se decide, quienes participan en el proceso de la toma de decisión y qué intereses son los que tienen interlocución.

El Comité⁹ responsable de la NOM 168, estuvo compuesto por:

- Instituciones y dependencias gubernamentales: 27
- Industriales, prestadores de servicios colegios de profesionistas: 16
- Instituciones y asociaciones de educación: 5
- Representantes de consumidores: 2

En la consulta participaron los siguientes interesados:

- Secretarías de Estado: 3
- Dependencias y entidades de salud de gobiernos estatales: 32
- Instituciones públicas de salud: 17
- Academias y asociaciones médicas profesionales: 4
- Asociaciones de hospitales: 1
- Instituciones académicas: 3
- Representación de consumidores (Profeco): 1
- Representantes de pacientes: 0

⁹ Reglas de operación de 13 de junio de 2002.

El diseño anterior como se observa, estructuralmente conduce a la captura, por los intereses de la profesión médica, de los órganos de decisión y de la regulación misma. Mezcla las instancias de decisión y de representación de intereses, lo que da lugar a la captura de las regulaciones y del regulador. La modificación de tal diseño será decisivo para la imparcialidad de la decisión y la mejor tutela del interés general. Además será trascendente para superar el conflicto ético de contradicción de intereses.

VI. HACIA UN CONOCIMIENTO JURÍDICO ESTRATÉGICO

A estas alturas pareciera ocioso destacar la importancia del pensamiento estratégico en el derecho. En nuestras latitudes se hace intuitiva y pragmáticamente. Una primera cuestión es cómo pensamos el derecho. Una cultura jurídica muy arraigada parte de que usualmente apreciamos pasivamente al derecho es decir nos preguntamos qué es el derecho, pero no solemos cuestionarnos acerca de porqué el derecho es así o bien cómo debe ser el derecho para enfrentar problemas sociales.

En el caso de mi disciplina, el derecho administrativo, ha predominado la idea de que se trata de un derecho de “ejecución”, pero no un derecho de “conducción”. Si destacamos esta segunda apreciación, la cuestión de conducción ¿hacia adónde? O ¿cómo conducir? Derivan a la interiorización de cómo hacer políticas públicas y cómo instrumentarlas, lo cual es un asunto de estrategias.

Aquí es donde los instrumentos de análisis formal llegan a sus límites y los expertos en derecho debiéramos enriquecernos con conocimientos tales como los de las políticas públicas, gestión pública, elección pública, entre otros.