



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

CON RECONOCIMIENTO DE VALIDEZ OFICIAL DE ESTUDIOS ANTE LA S.E.P
CON NUMERO DE ACUERDO 944893 DE FECHA 24-III-94

**“TRANSICIÓN AL ESTADO REGULADOR: ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS
EMITIDAS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
RESPECTO DEL IFT COMO ÓRGANO REGULADOR”**

**TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO**

P R E S E N T A

VIVIANA PÉREZ LÓPEZ CUETO

**DIRECTORA DE TESIS:
CLARA LUZ ÁLVAREZ GONZÁLEZ DE CASTILLA**

CIUDAD DE MEXICO 2018

A Dios;

A mis padres, Cecilia y Arturo, por su amor y esfuerzo incondicional para que alcance mis sueños;

A mis hermanos, Marimar y Rodrigo, por acompañarme en cada etapa de mi vida y enseñarme por medio del ejemplo;

A Alejandro, por su amor y apoyo en la elaboración de esta tesis, así como en todos los proyectos que día con día construimos juntos; y

A todos mis familiares y amigos, por compartir el viaje de la vida conmigo.

ÍNDICE

| | |
|--|-----|
| ABREVIATURAS | iii |
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPÍTULO 1 | |
| ESTADO DE DERECHO Y SU EVOLUCIÓN | 3 |
| CAPÍTULO 2 | |
| TRANSICIÓN AL ESTADO REGULADOR | 10 |
| 2.1. Teoría de la regulación..... | 12 |
| 2.2. Origen del Estado Regulador en los países anglosajones..... | 17 |
| 2.2.1 Estados Unidos de América..... | |
| 2.2.2. Reino Unido | |
| 2.3. Origen y objeto del Estado Regulador en México. | 21 |
| CAPÍTULO 3 | |
| CARACTERÍSTICAS DE LOS ÓRGANOS REGULADORES | 29 |
| 3.1. Agencias independientes. | 29 |
| 3.2. Facultades discrecionales. | 31 |
| 3.3. Control judicial de los actos emitidos por el IFT. | 36 |
| CAPÍTULO 4 | |
| IFT: ÓRGANO REGULADOR | 47 |
| 4.1. La COFETEL: órgano desconcertado anterior al IFT..... | 47 |
| 4.2. Creación del IFT..... | 54 |
| 4.2.1. Objeto y mandato del IFT:..... | 56 |

| | |
|---|------------|
| 4.2.2. Integración del IFT. | 61 |
| 4.2.3. Financiamiento del IFT. | 65 |
| | |
| CAPÍTULO 5 | |
| PRINCIPIO DE SUPREMACÍA Y RESERVA DE LEY. | 68 |
| 5.1. Supremacía de ley. | 68 |
| 5.2. Facultad reglamentaria..... | 71 |
| 5.3. Reserva de ley. | 78 |
| | |
| CAPÍTULO 6 | |
| IMPLICACIONES DEL ESTADO REGULADOR AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, JERARQUÍA DE LEYES Y RESERVA DE LEY..... | 87 |
| 6.1. Sanciones reglamentarias (Amparo en directo en revisión 3508/2013) ... | 87 |
| 6.1.1. Principio de legalidad. | 90 |
| 6.1.2. Principio de eficiencia y planificación. | 93 |
| 6.2. Portabilidad (Controversia constitucional 117/2014). | 95 |
| 6.2.1. Jerarquía de normas. | 97 |
| 6.2.2. Reserva de ley. | 102 |
| 6.2.3. Principio de no contradicción. | 106 |
| 6.3. Tarifa Cero (Amparo en revisión 1100/2015). | 108 |
| 6.3.1. Facultades exclusivas de IFT..... | 110 |
| | |
| CAPÍTULO 7 | |
| CONCLUSIONES.. | 117 |
| | |
| BIBLIOGRAFÍA | 122 |

ABREVIATURAS

| | |
|--|--|
| Acuerdo de Portabilidad Numérica: | Acuerdo mediante el cual el Pleno del IFT emite las Reglas de Portabilidad Numérica y modifica el Plan Técnico Fundamental de Numeración. |
| COFECE: | Comisión Federal de Competencia Económica. |
| COFETEL: | Comisión Federal de Telecomunicaciones. |
| Constitución: | Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. |
| Decreto de Reforma Constitucional en Materia de Telecomunicaciones: | Decreto de Reforma Constitucional en Materia de Telecomunicaciones Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013. |
| IFT: | Instituto Federal de Telecomunicaciones. |

| | |
|--|---|
| LFT: | Ley Federal de Telecomunicaciones (1995, hoy abrogada). |
| LFTR: | Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión. |
| SCJN: | Suprema Corte de Justicia de la Nación. |
| SCT: | Secretaría de Comunicaciones y Transportes. |
| Tribunal Colegiado Especializado: | Tribunal Colegiado en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y Jurisdicción en toda la República. |

INTRODUCCIÓN

Con motivo del Decreto Constitucional en Materia de Telecomunicaciones se creó el IFT como un órgano constitucional autónomo dotado de facultades discrecionales. Ello modificó el diseño estructural de la Constitución, al dotarle a dicho órgano regulador facultades para emitir disposiciones administrativas generales; por lo que la SCJN ha tenido que interpretar las facultades de dicho órgano respecto del Congreso de la Unión.

La hipótesis de esta investigación es que a partir de las resoluciones de la SCJN estamos en presencia de una transacción al Estado Regulador. Pues mediante dichas resoluciones se han interpretado las facultades constitucionales del IFT previstas en la Constitución, concluyendo que se han modulado los principios de legalidad y reserva de ley y se han creado los principio de eficiencia, planificación y de no contradicción.

En el primer capítulo, se hace una breve explicación del Estado de Derecho, sin que sea una evolución exhaustiva de cada uno de los tipos de Estados que han surgido, sino que la intención es incursionar el tema objeto de investigación.

En el segundo capítulo de la tesis, se detallan las características del Estado Regulador a partir de la teoría de la regulación, explicando su origen y justificación, así como la definición que la SCJN elaboró del Estado Regulador a partir de la interpretación de la función de dicho órganos reguladores.

En el siguiente capítulo, al ser los órganos reguladores una característica de dicho Estado Regulador, se explica la autonomía de éstos, sus facultades discrecionales y el control judicial que es aplicado a los actos emitidos por éstos.

En el cuarto capítulo, se analizan los antecedentes del IFT, su creación y características, a fin de analizar si efectivamente dicho órgano constitucional autónomo es o no un órgano regulador.

En el quinto capítulo se analiza el principio de legalidad, la jerarquía de normas, las facultades reglamentarias y el principio de reserva de ley. Ello con la intención de poder estudiar y analizar las modificaciones a los mismos.

En el siguiente capítulo, se exponen las resoluciones emitidas por la SCJN en las cuáles los Ministros se han dado a la tarea de analizar **(i)** el Estado Regulador y las modulaciones al principio de legalidad, así como el principio de eficiencia y planificación; **(ii)** las facultades del IFT frente al Congreso de la Unión, explicándose la modulación a la jerarquía de leyes y a la reserva de ley, lo que dio lugar al principio de no contradicción; y **(iii)** la existencia de facultades exclusivas del IFT previstas en la Constitución. Para finalizar con las conclusiones de esta investigación en el último capítulo.

CAPÍTULO 1

ESTADO DE DERECHO Y SU EVOLUCIÓN

En el Siglo XVII junto con la creación de las primeras Constituciones surge el estado de derecho con la finalidad de abolir el estado soberano y arbitrario que gozaba de una potestad legislativa ilimitada¹. En éste el poder estaba concentrado en una sola persona y a través de actos arbitrarios se trasgredían las libertades de los súbditos.²

“Estado de Derecho nace con la Constitución en el siglo XVII, y nace polémicamente, en el momento en que resulta necesario a causa de que el estado pretende un poder tan absoluto como nunca se había conocido antes.”³

Así, con fundamento en los principios del derecho natural se crea el estado de derecho, en el cual las constituciones siempre tienen dos características esenciales: primero, la distribución del gobierno entre diferentes órganos estatales, estableciendo una serie de límites entre los diversos poderes que conforman el Estado a fin de evitar actos arbitrarios; y segundo, se reconocen los derechos y libertades del individuo.⁴

El Imperio del Derecho implica: primero, sumisión de todos los poderes –incluidas las constituciones y los tribunales supremos o constitucionales– a los principios generales de Derecho natural, a la igualdad, la dignidad y los derechos humanos; segundo, sumisión de

¹ Cfr. Pereira Menaut, Antonio-Carlos, *Lecciones de teoría constitucional*, México, Porrúa, 2005, p. 78.

² Cfr. Deloya, Guillermo, *El Estado de Derecho en México*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007, p. 36.

³ Pereira Menaut, Antonio-Carlos, *op. cit.*, p. 78.

⁴ Cfr. Roldán, Omar Giovanni. “*La función garante del Estado Constitucional y Convencional de Derecho*”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México, Serie de Estudios Jurídico, núm. 270., 3 de julio de 2015 p. 125. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3965/9.pdf>.

todos los poderes públicos a la Constitución; tercero, sumisión del ejecutivo a las leyes y a las sentencias judiciales.⁵

Ahora bien, el estado de derecho es a su vez un estado liberal, al reconocerse la libertad del individuo, así como sus derechos humanos. Por lo que hablar de estado de derecho es igual a hablar de un estado liberal de derecho. Ello, toda vez que entre sus principales fundamentos se encuentran: (i) la Constitución que al ser el pacto social reconocer los derechos humanos y limita a la ley; (ii) la separación de los poderes que conforman el Estado, estableciéndose el sistema de pesos y contra pesos por el cual dichos poderes se limitan entre sí; y (iii) la ley que deriva de la voluntad del pueblo y que funge como limite al poder.⁶

En virtud del objeto de la presente investigación, conviene hacer hincapié que desde el punto de vista económico y tras la aparición de las industrias y el concepto de la libre empresa, el estado liberal de derecho postula, bajo el principio de *laissez faire, laissez passer* (dejar hacer, dejar pasar), que entre menos intervenga el Estado en la economía, será mejor el desarrollo del país.⁷

La concepción liberal clásica ha carecido de una definición clara sobre las relaciones entre Estado, por una parte, y la economía y la sociedad por la otra, así como de la delimitación del ámbito de acción del primero respecto a las segundas. En dicha concepción, debido a la separación entre lo económico y lo político, entre lo privado y lo público, el Estado no debe interferir en las acciones individuales que, dejadas en libertad y operantes en el mercado, harían coincidir el interés y el bienestar privados y públicos. El Estado debe restringirse

⁵ Pereira Menaut, Antonio-Carlos, *op. cit.* p. 86.

⁶ Cfr. Deloya, Guillermo, *op. cit.*, pp. 42-44.

⁷ *Ibidem*, p. 41.

a lo que se supone indudablemente público como son el orden y la seguridad.

La misma diferenciación entre Estado y sociedad, entre esfera política y esfera económica –de libre empresa y mercado libre para la acumulación y la rentabilidad–, obliga al Estado a intervenir e incrementar sus funciones y poderes. Lo hace para implantar las precondiciones de la economía de mercado y de su crecimiento, y para las acciones de corrección y restauración que requieren las insuficiencias intrínsecas, los efectos perversos y las perturbaciones del mercado, el cual es incapaz de regular adecuadamente a la economía y la sociedad en su conjunto y los conflictos socioeconómicos y políticos que todo aquello origina.⁸

Posteriormente, al finalizar la Primera Guerra Mundial el Estado Liberal de Derecho evoluciona a un Estado Social de Derecho al ser necesario que el Estado intervenga en la vida social, económica y cultural de los ciudadanos.

En realidad, el Estado contemporáneo ha venido ampliando –a veces excesiva e ineficazmente– su área de acción en materias económicas y sociales. El caso extremo lo han constituido los Estados comunistas –hoy sujetos a un profundo ejercicio de reestructuración–, pero aún los países occidentales más avanzados, de economía de mercado, y los países en proceso de desarrollo, han ido atribuyendo al Estado responsabilidades y facultades cada vez más amplias de intervención en la vida económica y social de las naciones. Los países occidentales de corte capitalista, desde la década de 1930, adoptaron francamente las recomendaciones de John Maynard Keynes para utilizar políticas económicas compensatorias –fiscales y monetarias– para regular los ciclos económicos y procurar la plena ocupación. Los países en

⁸ Deloya, Guillermo, *op. cit.* pp. 69 y 70.

proceso de desarrollo han aumentado considerablemente la acción del Estado para procurar su propio desenvolvimiento a través de una amplia gama de instrumentos y programas de planeación, gasto público, promoción y gestión de empresas, subsidios, regulación, etcétera.

(...)

El Estado social de derecho requiere, como su definición lo contiene, el sometimiento de la acción del Estado al derecho, en todas sus manifestaciones, y mantiene el valor de la seguridad jurídica agregando el de la seguridad social. También mantiene la técnica de la división de poderes para proteger la libertad y asegurar la democracia, y postula una mayor participación ciudadana, no sólo en la formación de los órganos del Estado sino en su actuación cotidiana, en la formulación y ejecución de políticas, en suma, el nuevo concepto de democracia participativa.⁹

Lo anterior, no quiere decir que el Estado Social de Derecho, es contradictorio con el Estado Liberal de Derecho, sino que incluso los componentes formales y los elementos fundamentales del Estado de Derecho siguen siendo los mismos:

En realidad podría afirmarse que no se trata tanto de dos conceptos contradictorios como dimensiones o momentos del estado de derecho: los componentes formales son los mecanismos para actualizar los valores jurídico-políticos que inspiran al Estado y que racionalizan la acción de éste, a la vez que los valores jurídicos necesitan ser actualizados a modalidad del estado derecho: la liberal y la social, distinguiendo que esta última no significa una ruptura con

⁹ Hurtado, Miguel de la Madrid, *El régimen constitucional de la economía mexicana*, pp. 447 y 449, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1365/9.pdf>

la primera, sino un intento de adaptación de los componentes clásicos del estado de derecho a nuevas realidades políticas y nuevas condiciones económicas y sociales.¹⁰

La idea del Estado social de derecho no implica la estatificación de economía y sociedad, como lo ha pretendido el comunismo o los diversos sistemas totalitarios, ni excluye la economía de mercado – con propiedad privada y libertades económicas- sólo que responsabiliza al Estado de regularla, orientarla e intervenirla y corregir o suplir las imperfecciones o insuficiencias del propio mercado. De ahí que se habla de la economía social de mercado.¹¹

En ese sentido, los autores citados coinciden en que desde la creación de las primeras constituciones con la finalidad de abolir las arbitrariedades de los gobernantes, el Estado de Derecho ha ido evolucionado a fin de proteger las necesidades circunstanciales de los ciudadanos, procurando primero un crecimiento liberal de la economía, para posteriormente intervenir en la vida social, económica y cultural mediante la participación estatal en diversas actividades.

Los Estados comienzan a darle a las constituciones la calidad de norma máxima, como el marco legal supremo a cual se deberán de someter tanto los ciudadanos como las autoridades. Por tanto se crean los tribunales constitucionales cuya competencia consiste en analizar y juzgar los diversos actos o normas que trasgreden la Constitución, naciendo así el estado constitucional de derecho.¹²

Es decir, el Estado Constitucional de Derecho surge como un estado garantista que mediante la creación de tribunales constitucionales se protege la

¹⁰ Deloya, Guillermo, *op. cit.*, p. 73.

¹¹ Hurtado, Miguel de la Madrid, *op. cit.*, pp. 448 y 449.

¹² Cfr. Roldán, Omar Giovanni, *op. cit.*, pp. 42-44.

Carta Magna, cúspide del sistema normativo. De esta manera se garantizan los derechos fundamentales de los gobernados establecidos en la Constitución, y se vela por la limitación del poder del Estado que debe sujetarse a las leyes creadas por el Poder Legislativo.¹³

En un primer paso para lograrlo versa sobre la posibilidad de que un Estado sea capaz de avanzar, en primer término, de un Estado de Leyes a un Estado que tenga constitucionalmente establecido un parámetro de actuación para cada autoridad, con la firme finalidad de que en materia de derechos humanos se cree un bloque normativo sólido que sea empelado por toda autoridad, un actuar constitucionalmente establecido.¹⁴

Dentro de los elementos que definen al Estado Constitucional de Derecho destacan la supremacía de ley y el principio de reserva de ley.

El principio de supremacía de ley preceptúa que todas las normas generales se sujetan a las leyes emitidas por el Poder Legislativo. En tanto que el principio de reserva de ley establece que: por un lado existen ciertas materias que únicamente pueden estar reglamentadas por una ley en sentido formal y material, y por otro, señala que los reglamentos emitidos por autoridades distintas al Poder Legislativo deberán de sujetarse a lo dispuesto por las leyes.

Ahora bien, para efectos de esta tesis, es importante mencionar que los sectores de telecomunicaciones radiodifusión, y energético; son sectores surgieron

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Ibídem, p. 42.*

como economías de redes¹⁵, siendo un monopolio natural¹⁶, que actualmente se están perfilando hacia un Estado Regulador

¹⁵ “Beneficio que se deriva de la mayor concurrencia o participación de usuarios o compradores en un mercado. Esto ocurre principalmente en aquellos artículos o productos cuyo valor aumenta en función del número de contactos posibles, situación usual en las tecnologías de comunicación (por ejemplo, un fax se vuelve más útil entre mayor es el número de aparatos instalados y consecuentemente de usuarios conectados entre sí).”

Enciclopedia virtual EMVI <http://www.eumed.net/diccionario/definicion.php?dic=4&def=712>

¹⁶ “Se dice que existe un monopolio natural cuando resulta más conveniente que un bien o servicio sea producido por una sola empresa que por dos o más. Situaciones tales como la provisión de agua potable, servicios de gas y cloacas, energía eléctrica, etc., constituyen ejemplos frecuentes de monopolios naturales.”

Enciclopedia virtual EMVI <http://www.eumed.net/diccionario/definicion.php?dic=4&def=1001>

CAPÍTULO 2

TRANSICIÓN AL ESTADO REGULADOR.

Para efectos de esta investigación es importante explicar la transición hacia un Estado Regulador. Éste tiene la finalidad de llevar a cabo una serie de cambios en la naturaleza y las funciones del Estado, derivado de un cambio en el estilo de gobernar dentro de muchos estados industrializados a lo largo de los 80s y 90s.¹⁷

El Estado Regulador implica la hegemonía de la regulación como forma de gobierno. Ello implica que el gobierno abandona su carácter de productor y se concentra en un rol de generador y garante de las reglas de juego que la sociedad ha acordado como régimen de convivencia. El término regulador debe utilizarse como oposición al de productor, siempre y cuando la regulación no constituya simplemente una modalidad diferente para perpetuar el control estatal en la economía.¹⁸

En ese sentido, al hablar del llamado Estado regulador en el contexto de la reforma administrativa, se hace énfasis en una serie de consideraciones sobre la transformación de un Estado grande e intervencionista hacia un Estado más pequeño pero con mayor capacidad reguladora y un papel más activo de la regulación en el diseño e implementación de las políticas públicas, así como en la solución de las fallas de mercado, ya sea en términos de información o en la provisión de bienes públicos. A diferencia de lo que en su momento se consideró como un Estado social benefactor, el Estado Regulador pretende dividir las funciones de regulación del diseño de

¹⁷ Cfr. Baldwin, Robert et.al. (ed.), *The Oxford Handbook of Regulation*. United Kingdom, Oxford, 2013, p. 64.

¹⁸ Stark, Carlos. *Regulación, Agencias Reguladoras e Innovación de la Gestión Pública en América Latina*, p.14.
<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/CLAD0040204.pdf>.

las políticas, tal y como los procesos de modernización administrativa, está más orientado a valores como la eficiencia económica, la competencia económica y la protección y defensa de los consumidores; de ahí que la solución a los problemas de gestión se enfoquen en delegar algunas facultades del gobierno a órganos especializados y tecnocráticos, ya sea en la figura de una autoridad independiente, o bien, en las llamadas organizaciones con propósito único (Laegreid y Christensen, 2004; Coiman, 2003; Van Thiel, 2004).¹⁹

En el mismo sentido, Robert Baldwin, Martin Cave y Martin Lodge señalan que el Estado Regulador se origina a partir del gobierno central con funciones en la actividad industrial.

La autoridad jerárquica ejercida por el estado sobre las franjas significativas de la actividad industrial se reprodujo en la organización del aparato burocrático del estado a través de un gobierno central organizado por departamentos con control ejecutivo que descansa en las manos de un Ministro ubicado en la cumbre de cada jerarquía departamental. (...) Fue en este contexto que los cambios significativos comenzaron a tener lugar en la forma en que el estado concibió su papel, su estructura organizativa y las maneras con las que trataba de desempeñar sus funciones. Son estos cambios los que busca capturar la imagen de estado regulador.²⁰

¹⁹ Culbero Moreno, Jorge. *Introducción al Estudio de la Regulación Nueva Gestión Pública y Estado Regulador en México*, México, Universidad Autónoma Metropolitana Casa Abierta-Juan Pablos Editor, 2013, p. 40.

²⁰ "The hierarchical authority exerted by the state over significant swathes of industrial activity was replicated in the organisation of the state's bureaucratic apparatus, through a departmentally organised central government with executive control lying in the hands of a Minister situated at the pinnacle of each departmental hierarchy. (...) It was in this context that significant changes began to take place in the way in which the state conceived its role, its organisational structure, and in the ways in which it sought to discharge its functions. It is these changes that the image of the regulatory state seeks to capture.

2.1 Teoría de la regulación.

A partir de la teoría de la regulación se entiende el motivo y justificación del Estado Regulador, por lo cual es importante explicar qué es la regulación y sus elementos básicos.

El tema de la regulación es consustancial al de la reforma del Estado. De hecho, las reformas de los últimos años han estado asociadas a una reducción del rol del Estado como productor directo, una transferencia de protagonismo al sector privado y un fortalecimiento del rol regulador del Estado en el marco de las nuevas realidades vinculadas al progreso tecnológico y la globalización. Esta regulación no es la misma de los sesenta o setenta. No se orienta a reemplazar el mercado cuando éste falla, sino a apoyarlo, profundizarlo, complementarlo y, en no pocas ocasiones, crearlo, contribuyendo así a reducir los costos de transacción derivados de la información asimétrica e insuficiente, asociada, por lo general, a los sistemas de gestión burocrático-centralizados.²¹

La regulación, desde un punto de vista económico, es el conjunto de normas e instrumentos jurídicos que gobiernan la economía. Sin embargo, la actividad de regular no constituye únicamente dicho tipo de normas, sino que es una actividad constante de modificación de las normas de acuerdo con lo dinámico del mercado.²²

Baldwin, Robert, *op. cit.*, p. 66, traducción de Laura Díaz.

²¹ Stark, Carlos, *op. cit.*, p.1.

²² Cfr. Larrañaga, Pablo, *Regulación Técnica Jurídica y Razonamiento Económico*, México, Porrúa-ITAM, 2009, pp. 65 y 66.

Por su parte, Josefina Cortés refiere que se le llama neoregulación a “el ordenamiento jurídico de la economía que resulta imprescindible para que los agentes económicos tengan seguridad jurídica y certeza respecto de las reglas de juego que deben de respetarse en el mercado y que, en definitiva, pueden reducir la incertidumbre y el riesgo de las decisiones estrictamente empresarial –respecto a los derechos de propiedad, cumplimiento de los contratos, responsabilidad por daños, obligaciones de servicio público–.”²³

Al respecto, Pablo Larraña considera que la regulación no es solamente un tipo de normas en específico, sino que está compuesta por diferentes técnicas y estrategias de control dinámico, que no necesariamente se crean mediante procesos legislativos, sino que la regulación reviste tres características fundamentales, a saber, **(i)** se lleva a cabo mediante la creación de normas e instituciones; **(ii)** puede ser vista como una actividad compuesta por diversas acciones o estrategias llevadas a cabo por distintos agentes –reguladores o regulador– con diferentes capacidades o intereses; y **(iii)** se integra en distintas magnitudes de intervención como puede ser una orden, suspensión o comunicación, o diferentes momentos, es decir, *a priori*, como es el caso de la licencia o concesión, o *a posteriori*, como puede ser una sanción.²⁴

El mismo autor, al estudiar la teoría de la regulación establece que se compone de tres elementos básicos: **(i)** el motivo consistente en las fallas del mercado; **(ii)** los órganos reguladores quienes ostentan el poder público de la regulación; y **(iii)** la justificación que descansa en el interés público.²⁵

²³ Cortés Campos, Josefina, *Derecho Administrativo y Sector Eléctrico Elementos de Regulación*, México, Porrúa-ITAM, 2007, p. 167.

²⁴ Cfr. Larraña, Pablo, *op. cit.*, pp. 65 y 66.

²⁵ Cfr. Larraña, Pablo, *op. cit.*, pp. 20 y 21.

2.1.1. Fallos del mercado, como motivo de la regulación:

El mercado es un mecanismo de coordinación social descentralizado y autoregulado capaz de producir resultados socialmente valiosos, dadas ciertas condiciones. Sin embargo, como por distintas razones tales condiciones casi nunca, o nunca, se satisfacen, resultan necesarios distintos grados de intención de la coordinación centralizada y heterónoma típicamente estatal: la regulación. Vistas así las cosas, la teoría “estándar” de la regulación económica encuentra su razón de ser en la constatación de que el mercado es un sistema de coordinación social imperfecto. Es decir, en la noción de “fallo de mercado” que, en términos muy sintéticos, en las páginas anteriores he tratado como los objetivos de producción y distribución que el mercado no puede alcanzar.²⁶

Continúa dicho autor explicado los fallos de mercado desde el punto de vista de la eficiencia, y señala brevemente que las fallas del mercado típicas de la teoría de la regulación son: **(i)** la falta de competencia; **(ii)** información asimétrica; **(iii)** la presencia de externalidades y **(iv)** la existencia de bienes públicos.²⁷ Sin embargo, analizar cada una de dichas fallas del mercado no es materia de este trabajo.

En ese mismo sentido, Jorge E. Cluebro Moreno señala que la regulación se concibe como un medio para solucionar las fallas del mercado o como el instrumento para hacer más eficiente la competencia de los mercados, como es la prohibición de monopolios o la solución de problemas de información.²⁸

²⁶ Larrañaga, Pablo, *op. cit.*, pp. 44 y 45.

²⁷ Cfr. Larrañaga, Pablo, *op. cit.*, p. 32.

²⁸ Cfr. Cluebro Moreno, Jorge, *op. cit.*, p. 11.

Al respecto, Robert Baldwin, Martin Cave y Martin Lodge advierten que la regulación va más allá de creación de las normas, su importancia yace en la interacción de las ciencias económicas, jurídicas, políticas y sociales que inciden en la sociedad.

Como se ha indicado, la regulación se ha convertido en una preocupación mucho más grande que el interés de “gobernar por norma”. La idea de que estamos viviendo en una era de ‘estado regulador’ (Majone, 1994 y 1997; Moran, 2002 y 2003), se ha ido fomentando por la propagación del lenguaje de la regulación a través de los sistemas sociales, así como de las organizaciones estatales y de las estrategias gubernamentales. La sugerencia asociada es que la regulación, su práctica y estudio son fundamentales para la interacción entre las esferas económicas, legales, políticas y sociales. De hecho, la centralidad de la regulación de la vida política, económica y social contemporáneas, tal como se refleja en la noción de que vivimos en la era del ‘estado regulador’ apunta a implicaciones significativas para nuestra comprensión del estado, el poder de los órganos administrativos no elegidos y los esfuerzos actuales para estandarizar y controlar cada vez más dominios sociales.²⁹

2.2.1 Órganos reguladores, poder público de la regulación.

²⁹ “As already noted, regulation has become a much wider concern than an interest in “governing by rule”. The idea that we are living in an era of the “regulatory state” (Majone, 1994 and 1997; Moran, 2002 and 2003) has been furthered by the spread of the language of regulation across social systems as well as state organisations and government strategies. The associated suggestion is that regulation, its practice and study, are central to the interaction between economic, legal, political, and social spheres. Indeed, the centrality of regulation to contemporary political, economic, and social life, as captured by the notion that we are living in the age of the “regulatory state”, points to significant implications for our understanding of the state, the power of non-elected administrative bodies, and ongoing attempts to standardize and control ever more social domains.”

Baldwin, Robert, *op. cit.*, pp. 6 y 7, traducción de Laura Diaz.

El Estado Regulador implica la existencia del administrador público quien determina las exigencias normativas y fácticas del mercado bajo los criterios de legitimidad y eficacia.³⁰

En el siguiente capítulo se desarrollara a detenimiento la naturaleza de los órganos reguladores.

2.3.1. Interés público, como justificación de la regulación.

El Estado Regulador justifica la existencia de la regulación en los intereses públicos. “La regulación no sólo debe hacerse para el interés público, sino que debe ser producto de los intereses del público.”³¹

Larrañaga cita a Anthony Ogus quien tratándose de la justificación de la regulación advirtió lo siguiente:

(...) podemos considerar a la regulación como el ejercicio del poder colectivo con el propósito de remediar los “fallos del mercado” para proteger al público de los males del comportamiento monopólico, de la competencia “destructiva”, del abuso del poder económico privado o del efecto de las externalidades. Algo parecido a esta visión subyace a virtualmente todas las aproximaciones a la regulación desde el interés público. La regulación se justifica porque el régimen regulativo puede hacer lo que el mercado no puede hacer (citado en Morgan y Yeung 2007)³²

³⁰ Cfr. Larrañaga, Pablo, *op. cit.*, p. 10.

³¹ Larrañaga, Pablo, *op. cit.*, p. 89.

³² Larrañaga, Pablo, *op. cit.*, p. 20.

En ese sentido, Larrañaga afirma que una de las justificaciones de la política regulatoria consiste en que la producción sea eficiente mientras que la distribución sea justa.³³

Por su parte, Culbero respecto de las reformas regulatorias señala que éstas buscan crear organismos semiindependientes que regulen a los agentes que participan en mercados y cuasimercados de una manera justa, flexible, eficiente y transparente.³⁴

Finalmente, Cortés advierte que desde el punto de vista de los juristas la regulación se justifica por el interés público, y por lo tanto se debe de analizar la disciplina de la actividad económica, teniendo conciencia de los costos y efectos que derivan de la intervención de la autoridad.³⁵

2.2. Origen del Estado Regulator en los países anglosajones.

A manera de antecedente, cabe señalar el origen y evolución del Estado Regulator.

Lo que indica Majone sobre la aparición del estado regulador europeo resuena con teorías racionales de elección, al menos en la medida en que personas físicas y morales sean retratados como interesados, actores racionales que buscan maximizar su poder y posición. Por otro lado, su explicación también se basa en que las cuentas más convencionales de fracaso de estado benefactor, en la medida en que la gama de opciones disponibles para los estados nacionales y otros participantes en el mercado europeo para perseguir estrategias de interés propio estén delineadas por el ambiente mundial moderno y

³³ Cfr. Larrañaga, Pablo, *op. cit.*, p. 29.

³⁴ Cfr. Culbero Moreno, Jorge, *op. cit.*, p. 38.

³⁵ Cfr. Cortés Campos, Josefina, *op. cit.*, p. 166.

los retos que presenta la tarea de gobernar. Con este fin, Majone considera que el organismo regulador independiente es el único que se adapta a estos desafíos y se encuentra menos expuesto a la presión política y por lo tanto, reúne con mayor credibilidad la comunidad regulada. Indica el crecimiento de esta forma institucional tanto a nivel de la legislación europea y dentro de los estados europeos (tanto miembros como no miembros) como muestra del ascenso del estado regulador en toda Europa en general.³⁶

Ahora bien, Estados Unidos de América y el Reino Unido son países pioneros en materia de regulación. Por lo tanto considero importante desarrollar brevemente el origen del Estado Regulador en éstos.

2.2.1 Estados Unidos de América:

Para explicar la evolución del Estado Regulador en Estados Unidos de América, conviene referirnos a **(i)** el progreso de la agencias regulatorias; **(ii)** el *new deal* implementado por el Presidente Roosevelt; y **(iii)** la desregulación.³⁷

El progreso de las agencias regulatorias surgió en los años 1880's bajo la idea de que la administración del Estado y la política deben de estar separadas, por

³⁶ “Thus Majone’s account of the emergence of the European regulatory state resonates with rational choice theories, at least to the extent that individuals and institutions are portrayed as self-interested, rational actors seeking to maximise their power and position. On the other hand, his explanation also relies upon more conventional accounts of welfare state failure, in so far as the range of options available to nation states and other participants in the European market to pursue self-interested strategies are shaped by the modern global environment and the challenges it presents for the task of governing. To this end, Majone sees the independent regulatory agency as uniquely suited to meet these challenges-being less exposed to political pressure, and thus meeting with greater credibility from the regulated community. He points to the growth of this institutional form both at the EU level, and within European state (both member and non-members alike) as evidencing the rise of the regulatory state across Europe more generally.”

Baldwin, Roberto, *op. cit.*, p. 70, traducción de Laura Díaz.

³⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 71.

lo que crean las comisiones regulatorias independientes con el objeto de regular primordialmente aspectos relacionados con las fallas del mercado.³⁸

Posteriormente, el Presidente de los Estados Unidos de América, Franklin Roosevelt, entre los años 1933 y 1948 impulsó sendas reformas políticas con la finalidad de que el gobierno federal asumiera un papel más activo en la economía del país. En dichos años surgieron más agencias regulatorias, así como dependencias de la administración pública federal.³⁹ Al respecto, la Federal Communications Commission fue creada en 1934 como órgano regulador convergente con facultades en materia de telecomunicaciones y radiodifusión; y limitadas en competencia económica.⁴⁰

Después, a finales de la década de 1970 las agencias independientes empiezan a generar insatisfacción tras considerar que éstas estaban sujetas al legalismo, y a procedimientos complicados, por lo que se propone como reforma desregular aquellas empresas competitivas que en realidad nunca debieron de ser objeto de regulación.⁴¹

En tal virtud, entre 1981 y 1989, se crearon otras medidas con la finalidad de liberar a las empresas de cargas que los organismos reguladores le habían impuesto, al intentar hacer que la administración pública respondiera mejor a las demandas de los ciudadanos a través de la sensibilidad a la competencia.⁴²

2.2.2 Reino Unido.

³⁸ Cfr. *Ídem*.

³⁹ Cfr. *Ídem*.

⁴⁰ Cfr. Álvarez, Clara Luz, "*Derecho de las telecomunicaciones*", *op. cit.*, p. 102.

⁴¹ Cfr. Baldwin, Roberto, *op. cit.*, p. 71.

⁴² Cfr. *Ibídem*, p. 73

En el año 1950 el gobierno británico tomo un mayor control mediante la nacionalización de las industrias clave, interviniendo en la producción y consumo; buscando el crecimiento de la economía nacional en manos del gobierno central; sin que se regularan otros mercados como son el financiero, el legal, el médico, y el educacional.⁴³

Posteriormente, bajo la administración de Margaret Thatcher, se llevaron a cabo diversas reformas que dieron lugar al Estado Regulador “Moderno”.⁴⁴

Estos incluyeron cambios fundamentales en el equilibrio de responsabilidades del estado, en las que éste ya no intentaba manejar la economía entera sino que, enfatizaba la intervención para corregir las fallas particulares del mercado, el desplome de viejas jerarquías de servicio civil en favor de conjuntos más coordinados de organismos públicos, la propiedad pública como modo de control en gran parte reemplazado por una red de industrias privatizadas reguladas, la sujeción de vastas áreas nuevas de vida económica y social como la seguridad alimentaria, las condiciones laborales y el transporte a un control legal, generalmente administrado por un organismo especializado; y la sustitución de la autorregulación de las profesiones más prestigiosas, las principales instituciones financieras y las instituciones de élite como las universidades por regulación legal, también típicamente administradas por una agencia especializada (Moran 2003).⁴⁵

⁴³ Cfr. *Idem*.

⁴⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 74.

⁴⁵ “These included fundamental changes in the balance of state responsibilities in which the state no longer attempted to manage the whole economy but instead emphasised intervention to correct particular market failures; the collapse of old hierarchies of civil service in favour of more loosely coordinated sets of public agencies; public ownership as a mode of control largely replaced by a network of regulated privatised industries; the subjection of vast new areas of economic and social life such as food safety, working conditions, and transport to legal control, usually administered by a specialised agency; and the replacement of self-regulation of the most prestigious professions, the leading financial institutions and

Así, para Moran el surgimiento del estado regulador británico moderno implicó el colapso del sistema de gobernanza anacrónico que se basaba en la confianza entre los empresarios y el gobierno, que fue remplazado por la regulación.⁴⁶

Por su parte, en el Reino Unido se crea Ofcom como un órgano regulador convergente que regula la telefonía, el radio y la televisión; analizando también temas de competencia económica. Dicho órgano fue creado en el 2002.⁴⁷

2.3. Origen y objeto del Estado Regulador en México.

El Estado Regulador fue definido por la Primera Sala de la SCJN al resolver el amparo en directo en revisión 3058/2013 como aquel que planifica las actividades sociales, económicas y culturales con la finalidad de regular el mercado al no ser éste eficiente con la sola participación de los agentes económicos, por lo que se concibe a los órganos reguladores como participantes activos en los sectores o mercados regulados.⁴⁸

En dicha sentencia también se menciona que el Estado Social de Derecho es el antecedente del Estado Regulador, es decir, en ambos el Estado interviene en la vida social y económica de los gobernados, con la característica especial en el

elite institutions like the universities by statutory regulation, also typically administered by a specialised agency (Moran, 2003).”

Idem. Traducción Laura Díaz.

⁴⁶ Cfr. *Ídem.*

⁴⁷ Cfr. Álvarez, Clara Luz, “*Derecho de las telecomunicaciones*”, *op. cit.*, p. 102.

⁴⁸ Amparo directo en revisión 3058/2013, resuelto por unanimidad de la Primera Sala de la SCJN, el día 19 de noviembre de 2014, párrafo 129.

Estado Regulador de que se dotan a ciertas agencias independientes autonomía técnica y de gestión para regular determinadas materias.⁴⁹

Al respecto, tras la resolución de dicho amparo en revisión la Primera Sala emitió la siguiente tesis asilada:

ESTADO REGULADOR. PARÁMETRO CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR LA VALIDEZ DE SUS SANCIONES.

Existe un ámbito en donde el Estado vigila la desviación de la conducta prescrita jurídicamente no sólo en su calidad de Estado policía o vigilante, sino en su papel de Estado regulador, esto es, en ejercicio de su facultad constitucional de planificación de actividades económicas, sociales y culturales, para la realización de ciertos fines, que no podrían cumplirse si se dejaran al libre intercambio de las personas, a quienes, por tanto, no se les concibe como sujetos pasivos de una potestad coactiva, sino como sujetos participantes y activos de un cierto sector o mercado regulado. **Así, esta nota planificadora o reguladora 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 del orden público, al estado social de derecho, en donde el Estado tiene una función central de rectoría económica,** cuyo fundamento se encuentra conjunta y principalmente en los artículos 25 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ahora bien, debe destacarse que las sanciones impuestas en este sector 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 que su conducta está regulada

⁴⁹ *Ibidem.*, párrafo 130.

por normas, que si bien tienen como marco una ley que establece las líneas regulativas principales, también se integra por una pluralidad de instrumentos normativos, como son reglamentos, normas oficiales mexicanas 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 las 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 principios de eficiencia y planificación que requieren que los órganos expertos y técnicos sean los que conduzcan esos principios de política pública a una realización óptima, mediante la emisión de normas operativas que no podrían haberse previsto por el legislador, o bien, estarían en un riesgo constante de quedar obsoletas, pues los cambios en los sectores tecnificados obligaría a una adaptación incesante poco propicia para el proceso legislativo y más apropiado para los procedimientos administrativos.**⁵⁰

Ahora bien, el artículo 28, vigésimo párrafo, fracción IV constitucional⁵¹ establece que tanto la COFECE como el IFT pueden crear y emitir disposiciones administrativas de carácter general. En virtud de dichas facultades otorgadas al IFT,

⁵⁰ Tesis aislada número 1a. CCCXVII/2014, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo I, Septiembre de 2014, p. 574.

⁵¹ “**Artículo 28.-**
(...)
IV. Podrán emitir disposiciones administrativas de carácter general exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia;
(...)”

el Pleno de dicho órgano emitió el Acuerdo de Portabilidad Numérica por el cual estableció las reglas para que los usuarios cambien de compañía telefónica, sin tener que cambiar su número telefónico.

El Senado con fecha 12 de diciembre de 2014 promovió una controversia constitucional radicada con el número de expediente 117/2014, en contra del Acuerdo de Portabilidad Numérica por considerar que éstas transgreden el régimen de competencias entre el Poder Legislativo Federal y el IFT, concretamente por el quebrantamiento de los principios de supremacía y reserva de ley.

Ello, toda vez que las leyes en materia de vías generales de comunicación, tecnologías de la información y comunicación, radiodifusión y telecomunicaciones, incluida la banda ancha e internet corresponden, en exclusiva, al Poder Legislativo Federal; señalando que si bien el IFT tiene facultades para expedir reglas técnico operativas, conforme con las cuales deberá facilitarse el cumplimiento del desarrollo eficiente de las telecomunicaciones, lo cierto es que dicha facultad debe ajustarse a lo que establece la Constitución y la LFTR; ordenamientos en los que el Instituto encuentra el fundamento de su existencia, la frontera de su competencia y el ámbito del desenvolvimiento legal.

En dicha controversia constitucional el Pleno de la SCJN analizó el Estado Regulador señalando que este es un nuevo modelo estatal previsto en el artículo 28 de la Constitución y que su *ratio iuris* consiste en atender las necesidades de los mercados complejos e inequitativos, creando para ello las agencias independientes, dotándolas de facultades diferenciadas de las facultades legislativas y reglamentarias.⁵²

⁵² Cfr. Controversia constitucional 117/2014, resuelta por unanimidad del Pleno de la SCJN el día 7 de mayo de 2015, párrafo 325.

En ese sentido, el Pleno de la SCJN al resolver la controversia constitucional 117/2014 emitió la siguiente jurisprudencia señalando que el Estado Social de Derecho ha evolucionado a un Estado Regulador:

ESTADO REGULADOR. EL MODELO CONSTITUCIONAL LO ADOPTA AL CREAR A ÓRGANOS AUTÓNOMOS EN EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

De la exposición de las razones del Constituyente Permanente en relación con la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013, **se observa que el modelo constitucional adopta en su artículo 28 la concepción del Estado Regulador, entendido como el modelo de diseño estatal insertado para atender necesidades muy específicas de la sociedad postindustrial (suscitadas por el funcionamiento de mercados complejos), mediante la creación de ciertas agencias independientes-de los órganos políticos y de los entes regulados- para depositar en éstas la regulación de ciertas cuestiones especializadas sobre la base de disciplinas o racionalidades técnicas.** Este modelo de Estado Regulador, por regla general, exige la convivencia de dos fines: la existencia eficiente de mercados, al mismo tiempo que la consecución de condiciones equitativas que permitan el disfrute más amplio de todo el catálogo de derechos humanos con jerarquía constitucional. Ahora, la idea básica del Estado Regulador, **busca preservar el principio de división de poderes y la cláusula democrática e innovar en la ingeniería constitucional para insertar en órganos autónomos competencias cuasi legislativas, cuasi jurisdiccionales y cuasi ejecutivas suficientes para regular ciertos sectores especializados de interés nacional; de ahí que a estos órganos**

se les otorguen funciones regulatorias diferenciadas de las legislativas, propias del Congreso de la Unión, y de las reglamentarias, concedidas al Ejecutivo a través del artículo 89, fracción I, constitucional. Este diseño descansa en la premisa de que esos órganos, por su autonomía y aptitud técnica, son aptos para producir normas en contextos de diálogos técnicos, de difícil acceso para el proceso legislativo, a las que puede dar seguimiento a corto plazo para adaptarlas cuando así se requiera, las cuales constituyen reglas indispensables para lograr que ciertos mercados y sectores alcancen resultados óptimos irrealizables bajo la ley de la oferta y la demanda. **Pues bien, al introducirse el modelo de Estado Regulador en la Constitución, se apuntala un nuevo parámetro de control para evaluar la validez de los actos y normas de los órganos constitucionales autónomos, quienes tienen el encargo institucional de regular técnicamente ciertos mercados o sectores de manera independiente únicamente por referencia a racionalidades técnicas especializadas, al gozar de una nómina propia de facultades regulatorias, cuyo fundamento ya no se encuentra en la ley ni se condiciona a lo que dispongan los Poderes clásicos.**⁵³

Tal como se desprende de la tesis de jurisprudencia transcrita el Estado Regulador implica diversas características especiales, siendo éstas:

- 1) La creación de agencias independientes que tienen la facultad de regular las cuestiones técnicas y especializadas de los mercados complejos.**

⁵³ Jurisprudencia número P./J. 46/2015, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo I, Enero de 2016, p. 339.

El Estado Regulador tiene como característica principal atender las necesidades específicas de los mercados complejos. Por lo que se crean las agencias independientes u órganos autónomos que en uso de sus facultades discrecionales en el ámbito técnico y especializado, regulan ciertos sectores y mercados, a fin de coincidir la existencia eficiente de dichos sectores y mercados junto con la garantía de dar a todos por igual los derechos humanos reconocidos en la Constitución.⁵⁴

Mediante la creación de dichos órganos, se busca una nueva estructura constitucional que permita la división del trabajo, siempre respetándose la división de poderes y la cláusula democrática; al tiempo en que se innova la parte orgánica de la Constitución para incluir a los órganos reguladores con facultades quasi-legislativas, quasi-jurisdiccionales y quasi- ejecutivas.⁵⁵

2) La producción de normas técnicas y especializadas creadas por los órganos reguladores.

Al ser el proceso legislativo ineficiente para modificar las normas de forma pronta conforme a las necesidades de los sectores y mercados para que éstos sean eficientes, la Constitución dota a dichos órganos de facultades quasi-legislativas respecto de las cuestiones técnicas y especializadas.⁵⁶

Cabe señalar que sus facultades regulatorias son diferenciadas de las legislativas del Congreso de la Unión y de las reglamentarias del Poder Ejecutivo. Más adelante se abordará respecto de la relación entre las normas emitidas por los órganos reguladores y las demás normas.⁵⁷

⁵⁴ Cfr. Controversia constitucional 117/2014, *op. cit.*, párrafo 325.

⁵⁵ Cfr. *Ibidem*, párrafo 359.

⁵⁶ Cfr. *Ibidem*,, párrafo 364.

⁵⁷ Cfr. *Ibidem*, párrafo 326.

3) El parámetro de control para evaluar la validez de los actos y normas de los órganos reguladores.

El parámetro de control es distinto en razón de la deferencia técnica, lo cual se abordará en el tercer subcapítulo del Cuarto Capítulo de esta tesis.

En el Estado Regulador se lleva a cabo la regulación con base en la experiencia neutral y la evolución de las condiciones del mercado a efecto de identificar cuándo debe de intervenir el Estado para mejorar la eficacia de la economía.⁵⁸

“Esta imagen refleja la creencia de que la política y la regulación pueden estar separadas con este último en el ámbito de la ciencia que puede confiarse a expertos adecuadamente calificados, protegidos de los caprichos de la política.”⁵⁹

⁵⁸ Cfr. Baldwin, Robert, *op. cit.*, p.78

⁵⁹ *Ídem.*

CAPÍTULO 3

CARACTERÍSTICAS DE LOS ÓRGANOS REGULADORES.

La existencia de los órganos reguladores es una de las características del Estado Regulador. Por lo cual es necesario analizar la naturaleza de dichos órganos como agencias con diferentes grados de independencia con facultades discrecionales cuyos actos se someten a un control judicial distinto.

3.1. Agencias independientes.

Los órganos reguladores como agencias independientes tienen la finalidad de asegurar la autonomía de las decisiones que se llevan a cabo respecto de ciertos sectores de suma importancia para el Estado.⁶⁰

Esta clase de organizaciones ha representado una solución intermedia entre la autorregulación de los agentes privados y el control directo del Estado (Majone, 1990), así como un punto medio entre el modelo de la jerarquía y los mecanismos que fragmentan y propician una falta de coordinación del sector público (Christensen y Laegreid, 2005).⁶¹

La experiencia de otros países, en especial de origen anglosajón, han constatado el éxito de encomendar tales cometidos a comisiones, comités, o juntas de regulación de carácter técnico, no político, integradas en su mayoría por expertos profesionales; tales características garantizan la objetividad de las decisiones y la eficiencia en la regulación sectorial. Se trata, en definitiva de auténticos reguladores independientes, dotados de poderes

⁶⁰ Cfr. Cortés Campos, Josefina, *op. cit.*, p. 195.

⁶¹ Baldwin, Robert, *op. cit.*, p. 38.

reglamentarios respecto de los sectores económicos de interés general y sujetos a la dirección de la acción política, la aprobación de programas sectoriales y la reglamentación general de sectores a cargo del gobierno.⁶²

Así, los órganos reguladores son las agencias independientes que se crearon con el objeto de cumplir tres propósitos: **(i)** encontrar un equilibrio entre el control que debe de existir sobre dichas agencias reguladoras y su autonomía que asegure el desempeño; **(ii)** la búsqueda de que sus decisiones sean eficientes a la luz de la rendición de cuentas y la transparencia; y **(iii)** la toma de decisiones basadas en un conocimiento técnico que por consiguiente que asegure su legitimidad.⁶³

(...) un elemento en común ha sido la creación y transformación de las agencias reguladoras caracterizadas por una búsqueda de independencia para regular el comportamiento de los agentes económicos y de los ciudadanos en nuevos sectores de la economía, así como para mejorar las relaciones entre los individuos y las organizaciones públicas a través de mecanismos de transparencia y responsabilidad. Algunos de los argumentos para la creación y el desarrollo de estos organismos son que, a través de los instrumentos y normas que éstos expiden, los mercados y los sectores regulados podrían mejorar su desempeño y ser más eficientes en la prestación de servicios; además, existe la idea de que el diseño institucional bajo el cual estas agencias funcionan proporcionaría mayor autonomía y autoridad formal sin tener efecto en las prácticas democráticas de una sociedad.⁶⁴

⁶² Cortés Campos, Josefina, *op. cit.*, p.195.

⁶³ Cfr. Baldwin, Robert, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁴ Culebro Moreno, Jorge, *op. cit.*, p. 35.

De igual manera, Culebro señala que los organismos reguladores “comparten características tales como un alto grado de especialización horizontal en lo que se refiere a su propósito, proceso, personas, sectores, áreas o funciones en particular, además de diversos mecanismos de toma de decisiones, rutinas, funcionamiento y formas de trabajo, lo que sugiere algún tipo de isoformismo institucional”.⁶⁵

Aunado a ello, Stark señala que las agencias independientes deben de ser flexibles y más acordes a los requerimientos de los ciudadanos con base en la información y el conocimiento.⁶⁶ Asimismo, señala que “muchos programas de cambio han fracasado no por estar mal definidos, ni siquiera mal ejecutados, sino porque no eran viables en el marco institucional vigente y tampoco plantearon una estrategia para cambiarlo”⁶⁷

La independencia de los órganos reguladores es de suma importancia, pues tiene la finalidad de que éste se sustraiga del aspecto burocrático y político a fin de que pueda regular el correcto funcionamiento del mercado no obstante los constantes cambios dinámicos.⁶⁸

En el caso en concreto del IFT como órgano regulador es una agencia independiente cuya naturaleza en el derecho positivo mexicano es de un organismo constitucional autónomo. Los antecedentes de dicho órgano regulador, así como su creación y naturaleza se estudiarán en el capítulo siguiente.

3.2. Facultades discrecionales.

⁶⁵ Culebro Moreno, Jorge, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁶ Cfr. Stark, Carlos, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁷ Stark, Carlos, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁸ Cfr. Álvarez, Clara Luz, *Derecho de las Telecomunicaciones*, 2ª. ed., México, Fundalex-UNAM, 2012, p. 85.

El poder discrecional (potestad) siempre es atribuido por un ordenamiento jurídico, por lo que la potestad de elegir entre varias opciones igualmente válidas y aceptables debe de estar prevista en la ley.⁶⁹

Al respecto, Cassagne señala: “De ese modo, la facultad de elección en que básicamente radica la discrecionalidad opera siempre dentro de la Constitución y de los principios que la nutren que se han señalado, cuya esencia radica en no transgredir la prohibición de arbitrariedad o irracionalidad. Discrecionalidad y razonabilidad son así como dos caras de una moneda que circula hasta tanto el juez compruebe que algunas de esas facetas no es válida o legítima (v.g. si la decisión fuere arbitraria)”.⁷⁰

En otras palabras, “la discrecionalidad es la libertad electiva de que en ocasiones disponen los poderes públicos para decidir lo que estimen más conveniente de acuerdo con las circunstancias de cada caso, cuando la razón de ser esa libertad sea distinta a la existencia de límites en el razonamiento jurídico y del legítimo ámbito de las pretensiones de las partes, de modo que cuando la misma existe se dan diversas soluciones jurídicamente válidas.”⁷¹

(...) la función que desempeña la facultad discrecional (...) consiste en dar flexibilidad a la ley para adaptarla a circunstancias imprevistas o para permitir que la Administración haga una apreciación técnica de los elementos que concurren en un caso determinado o pueda, por último, hacer equitativa la aplicación de la ley, el dominio de dicha facultad debe de extenderse a aquellos casos en los cuales exista la

⁶⁹ Cfr. Tron Petit, Jean Claude, “*El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional*”, Procedimiento y justicia administrativa en América Latina, México, Konrad Adenauer Stiftung e. V., 2009, p. 1.
<http://fldm.edu.mx/libreintercambio/documentos/seminario/6/Control%20discrecionalidad%20admva%20sede%20jurisdiccional%20Tron.pdf>

⁷⁰ Tron Petit, Jean Claude, op. cit., p. 12.

⁷¹ Alonso Más, María José, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, España, Triant lo Blanch, 1998.

posibilidad de muy variadas ocurrencias; en que realmente ocurran elementos cuya apreciación técnica no pueda ser regulada de antemano, o en que, por último, el principio de igualdad ante la ley quede mejor protegido por una estimación de cada caso individual.⁷²

Ahora bien, es importante señalar que “la Constitución no le otorga facultades discrecionales al Ejecutivo: se limita a determinar, en forma concreta o en forma genérica, cuáles son sus atribuciones. Las facultades discrecionales del Ejecutivo surgen, no de la Constitución, sino de la “*legislación*”, cuando esta se limita a señalar “fines” prescindiendo de la mención específica de los medios para lograr aquellos.”⁷³

Dichas facultades discrecionales pueden ser, según la libertad configurativa otorgada por el Legislador, en mayor o menor medida, es decir: “(i) si el Congreso no estableció términos o referencias para el ejercicio de la facultad (discrecionalidad mayor); (ii) si el Congreso dio un marco de interpretación con base en conceptos jurídicos indeterminados (discrecionalidad intermedia); o (iii) si el Congreso permitió al regulador elegir su decisión de entre variables previamente establecidas en la ley (discrecionalidad menor).”⁷⁴

Asimismo, el Primer Tribunal Colegiado Especializado sostuvo que los actos discrecionales contienen aspectos reglados, es decir, elementos del acto que no quedan a la prudente apreciación de la autoridad.

ACTO ADMINISTRATIVO DISCRECIONAL. SUS ELEMENTOS REGLADOS.

⁷² Fraga, Gabino, *op. cit.*, pp. 101 y 102.

⁷³ Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed., República de Argentina, Abeledo-Perrot, 2000, t. I, p. 263.

⁷⁴ Álvarez, Clara Luz, “*Derecho de las Telecomunicaciones*”, *cit.*, pp. 356 y 35.

Los elementos reglados de un acto administrativo emitido conforme a potestades discrecionales consisten en: a) el propio margen discrecional atribuido a la administración (entendido como el licenciamiento o habilitación preconfigurada por la ley) y su extensión; b) la competencia para ejercer esas facultades; c) el procedimiento que debe preceder al dictado del acto; d) los fines para los cuales el orden jurídico confiere dichas atribuciones; e) la motivación en aspectos formales y de racionalidad; f) el tiempo, ocasión y forma de ejercicio de aquéllas; g) el fondo parcialmente reglado (personas, cuántum, etcétera); h) los hechos determinantes del presupuesto; y, i) la aplicación de principios.⁷⁵

Ahora bien, “las decisiones adoptadas según criterios políticos y algunos de carácter técnico, son las únicas, auténticas y puras, expresiones de discrecionalidad.”⁷⁶ La discrecionalidad política consiste en determinar las políticas públicas necesarias para la vida de los ciudadanos, esto es, se deben ponderar los intereses de un caso en concreto con la finalidad de alcanzar las mejores consecuencias.⁷⁷

Por su parte, la discrecionalidad técnica “se entiende como una dificultad para recurrir a expertos que habiliten al «juez promedio» a fin de analizar, evaluar, sustituir y asumir plenamente el control sobre lo resuelto por la autoridad administrativa. Y como consecuencia se aducen razones que impiden o imposibilitan calificar de manera plena las apreciaciones de carácter técnico en lo sustancial, lo que requeriría disponer y aplicar conocimientos especializados,

⁷⁵ Tesis: I.1o.A.E.29 A (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo III, marzo de 2015, p. 2361.

⁷⁶ Tron Petit, Jean Claude, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁷ *Ibidem.*, p. 10.

fundamentalmente para apreciar los hechos del caso y verificar si se satisfacen las condiciones del supuesto.”⁷⁸

Así, la decisión discrecional consiste en la elección de los procedimientos técnicos o científicos que se consideren más benéficos para el interés público.⁷⁹

DISCRECIONALIDAD TÉCNICA EN MATERIA ADMINISTRATIVA. SU CONCEPTO.

La discrecionalidad técnica se define como el arbitrio para valorar o seleccionar, dentro de una pluralidad de opciones, en el contexto de disciplinas distintas al derecho -como la economía, que puede prever varias teorías o técnicas, todas con ventajas o desventajas para alcanzar ciertos objetivos; al igual que tecnologías aplicables en materia de telecomunicaciones- y, de entre ellas, la autoridad puede elegir la mejor o más adecuada, en el entendido de que cualquiera de ellas es igualmente válida, con más o menos límites o niveles de libertad para apreciar.⁸⁰

Aun cuando los actos discrecionales se emiten bajo un margen de libertad, éstos deben de estar debidamente motivados, a fin de justificar su legalidad.⁸¹

Es así que ante la conveniencia de reducir los niveles de discrecionalidad, pero ante lo imposible o desaconsejable de predeterminedar una solución reglada y exacta, que como término medio entre la discrecionalidad fuerte o volitiva y cierta

⁷⁸ *Ibidem.*, p. 13.

⁷⁹ Cfr. *Ibidem.*, p. 24.

⁸⁰ Tesis aislada número I.1o.A.E.31 A (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, , Tomo III, marzo de 2015, p. 2360.

⁸¹ Cfr. Tron Petit, Jean Claude, *op. cit.*, p. 33.

aproximación a conceptos reglados. Desarrollando así la discrecionalidad débil o cognitiva, se tiene a los CIJ⁸², basados en fórmulas abstractas, con el fin de obtener la mejor alternativa posible, con óptima eficiencia, buscando o construyendo la calificación para cada caso en particular y la correspondencia alternativa para que los jueces controlen la razonabilidad en el uso o aplicación de la institución mediante una norma, si bien no delimitada en su forma, pero si en su fondo.⁸³

Por último, es importante mencionar que las facultades discrecionales deben de diferenciarse del poder arbitrario. Pues por un lado, las facultades discrecionales tienen un origen legítimo, al estar prevista en una ley y tiene como límite el interés general; mientras que el poder arbitrario constituye la voluntad propia del titular del órgano administrativo guiado por las pasiones y los caprichos.⁸⁴

3.3. Control judicial de los actos emitidos por el IFT.

(...) pese a esta sabiduría que se presumía de origen divino, la naturaleza humana del rey podía llegar a opacarla, dando lugar a actos, mandatos o sentencias injustas, contra las que no podía haber tampoco forma alguna de impugnación o de resistencia por parte de los “gobernados”, por las mismas razones de ser el rey *medium* en que lo divino, como autoridad final y absoluta de la comunidad, se encarnaba para la reglamentación y dirección de ésta.⁸⁵

⁸². Conceptos jurídicos indeterminados, que el mismo autor, los define como categorías legales calificadas como arbitrio extraordinario, que a partir de fórmulas elásticas, sin límites precisos, contienen criterios, estándares, directrices o referentes para obligar a que la autoridad califique y decida con gran amplitud, si las circunstancias específicas de casos concretos, satisfacen o no el supuesto de hecho de la norma, con variados matices de ductilidad o flexibilidad.

⁸³ Tron Petit, Jean Claude, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁴ Cfr. Fraga, Gabino, *op. cit.*, p.101.

⁸⁵ Sánchez Pichado, C. Alberto, *Los Medios de Impugnación en Materia Administrativa*, México, Porrúa, 2006, p. 7.

Para que exista una auténtica función del Estado de Derecho, se requiere la existencia de un control sobre los actos de autoridad, conforme a un procedimiento que permita su revisión, pues de lo contrario, los gobernados estarían sujetos a la voluntad del Estado.⁸⁶

Por tanto es preciso analizar el control judicial que se ejerce sobre los actos emitidos por los órganos reguladores del Estado, incluyendo aquellos en los cuales hacen uso de su discrecionalidad.

Un antecedente importante es el control judicial de las normas que emite el Legislador en su carácter de órgano democrático en materia económica y tributaria. Al respecto la SCJN ha definido que el grado de control judicial atenderá y será proporcional al grado de discrecionalidad dotado por el texto constitucional, tal como se desprende de la siguiente jurisprudencia:

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES.

Acorde con las consideraciones sustentadas por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 1a. CXXXIII/2004, de rubro: "IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESCRITO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).", siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación. De igual manera, en aquellos asuntos en que el texto constitucional limita la discrecionalidad del Congreso o del Ejecutivo, la intervención y control del tribunal constitucional debe ser mayor, a

⁸⁶ Cfr. Fraga Gabino, *op. cit.*, p. 443.

fin de respetar el diseño establecido por ella. Para este Alto Tribunal es claro que la fuerza normativa del principio democrático y del principio de separación de poderes tiene como consecuencia obvia que los otros órganos del Estado -y entre ellos, el juzgador constitucional- deben respetar la libertad de configuración con que cuentan el Congreso y el Ejecutivo, en el marco de sus atribuciones. Conforme a lo anterior, **la severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte de los autores de la norma.** De esta manera, resulta evidente que la Constitución Federal exige una modulación del juicio de igualdad, sin que eso implique ninguna renuncia de la Corte al estricto ejercicio de sus competencias de control. Por el contrario, en el caso de normatividad con efectos económicos o tributarios, por regla general, la intensidad del análisis constitucional debe ser poco estricta, con el fin de no vulnerar la libertad política del legislador, en campos como el económico, en donde la propia Constitución establece una amplia capacidad de intervención y regulación diferenciada del Estado, considerando que, cuando el texto constitucional establece un margen de discrecionalidad en ciertas materias, eso significa que las posibilidades de injerencia del Juez constitucional son menores y, por ende, la intensidad de su control se ve limitada. En tales esferas, un control muy estricto llevaría al Juez constitucional a sustituir la competencia legislativa del Congreso -o la extraordinaria que puede corresponder al Ejecutivo-, pues no es función del Poder Judicial Federal, sino de los órganos políticos, entrar a analizar si esas clasificaciones económicas son las mejores o si éstas resultan necesarias.⁸⁷

⁸⁷ Tesis número 1a./J. 84/2006, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXIV, Noviembre de 2006, p. 29.

Para mayor referencia, la Primera Sala de la SCJN al resolver el amparo en revisión número 1629/2004 señaló que los aspectos políticos y técnicos tomados en consideración por el Congreso de la Unión –considerando sus facultades de libertad configurativa amplia– no son controlables por el Poder Judicial, ya que ello implicaría una violación al principio de separación de poderes, dado que el órgano judicial se estaría atribuyendo funciones propias del Congreso de la Unión cuyos actos se someten a control judicial.⁸⁸

Dicho criterio, si bien se refiere a la libertad configurativa del Congreso de la Unión, constituye un buen antecedente para analizar el control judicial sobre los actos emitidos por los órganos reguladores. De ese modo, mediante dicho criterio se determinó que los órganos judiciales no se encuentran facultados para sustituirse en el criterio prudencial de otras autoridades que surgieron con motivo de estar capacitadas y especializadas en temas ajenos al derecho. Por lo que se debe reconocer una especial deferencia a sus determinaciones, con el fin de que el contenido jurídico no se vea inmiscuido o invada aspectos técnicos o políticos.⁸⁹

En tal virtud, los órganos judiciales se encuentran limitados al momento de realizar su control judicial tratándose de actos discrecionales, o respecto de ciertas materias con el fin de no invadir esferas competenciales, y por lo tanto se ha clasificado en dos, los tipos de intensidad del análisis constitucional: **i)** estricto; y **ii)** ordinario.

ÓRGANOS REGULADORES DEL ESTADO. ALCANCES DEL CONTROL JUDICIAL DE SUS ACTOS.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que los tribunales del Poder Judicial de la Federación pueden ejercer un

⁸⁸ Amparo en revisión 1629/2004 resuelto por Unanimidad de la Primera Sala de la SCJN sesionado el 24 de agosto de 2005, pp. 11 y 12 de la síntesis incluida en la sentencia.

⁸⁹ *Ídem.*

escrutinio constitucional de diferente intensidad: estricto en ciertos supuestos en que se trata de violaciones al principio de igualdad por el uso de categorías sospechosas, restricciones a derechos humanos, o cuando la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos limite la libertad de configuración del regulador o la actividad discrecional de las autoridades y, ordinario en los demás supuestos; en este sentido, la severidad del control se halla inversamente relacionada con el grado de libertad configurativa o de discrecionalidad de que goza la autoridad, en tanto existen materias, como la económica y financiera, en donde ésta goza de una gran capacidad de intervención y regulación, la cual, si bien no está exenta de control, pues se limita por los derechos humanos y otros preceptos constitucionales, implica que los Jueces ejerzan su función, sin invadir atribuciones que no les corresponden. En estos supuestos, el Alto Tribunal sostuvo que corresponde al órgano regulador del Estado y no al Juez, elegir los medios para alcanzar los fines constitucionales y el tipo de política regulatoria, y sólo toca a este último ejercer el control de esas decisiones, a la luz de los límites que la Constitución y la ley impongan. Así, el control constitucional sobre el ejercicio de esas facultades discrecionales no implica desconocer la autonomía del órgano regulador, ni su capacidad técnica especializada, menos aún sustituirse en la decisión por motivos de mérito y oportunidad, o en la apreciación del orden público o del interés general; simplemente, radica en considerar que en el régimen constitucional, todos los órganos públicos, inclusive los organismos constitucionales autónomos, están sometidos al principio de legalidad, lo que implica que los tribunales judiciales puedan revisar la constitucionalidad de sus decisiones, inclusive en el campo de la discrecionalidad técnica, pues la actuación de la autoridad está ceñida a ciertos límites, entre otros, los derivados de la prohibición de arbitrariedad, las directrices específicas que fijen la Constitución y la ley, la fundamentación y

motivación, que supone que las decisiones de la autoridad no sólo estén formalmente justificadas, sino que se apoyen en hechos ciertos y en una debida interpretación de los fines de la norma que los habilita, de proporcionalidad y de la razonabilidad de la decisión. Más allá de este análisis, no corresponde al Juez establecer si una decisión de política regulatoria es la más convincente o la más idónea, pues ello significaría invadir una función que le es ajena.⁹⁰

En ese sentido, se confirma que el control judicial que ejercen los tribunales sobre los actos emitidos el órgano regulador en materia de telecomunicaciones, esto es, el IFT, atenderá al grado de discrecionalidad de la autoridad, así como a la materia en la que se emita el acto. Se ejercerá un control estricto: **(i)** tratándose de violaciones al principio de igualdad por el uso de categorías sospechosas; **(ii)** restricciones a derechos humanos; o **(iii)** cuando la Constitución limite la libertad de configuración del regulador o la actividad discrecional de las autoridades. En los demás supuestos se ejercerá un control ordinario.

En otras palabras, los aspectos técnicos de un acto de autoridad si bien pueden estar sujetos a un control judicial, éste es en menor medida toda vez que versan sobre conocimientos extraños al saber del juez, por lo que un análisis ordinario conllevaría a la judicialización de aspectos técnicos. Así, corresponde a los órganos reguladores y no al poder judicial, analizar si los aspectos económicos o técnicos son necesarios, y en su caso, si dentro de la variedad de opciones son las mejores.⁹¹

Ahora bien, por lo que respecta a los actos emitidos por el IFT es dable concluir que “(...) la única posibilidad de control judicial y sólo será a nivel superficial,

⁹⁰ Tesis número I.2o.A.E.27 A (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, tomo IV, Mayo de 2016, p. 2743.

⁹¹ Amparo en revisión 1629/2004, *op.cit.*, pp. 11 y 12 de la síntesis incluida en la sentencia.

es cuando tales actos o decisiones impliquen un atropello desproporcionado, irrazonable e innecesario de los derechos fundamentales, donde el tribunal constitucional respectivo, podrá intervenir con extrema cautela (...)”⁹², excluyendo las decisiones que carezcan de un mínimo sustento argumentativo.

Lo anterior aparece reflejado por el Segundo Tribunal Colegiado Especializado al resolver el amparo en revisión número 165/2015.

(...) cabe recordar que el Instituto Federal de Telecomunicaciones es un organismo constitucional autónomo que cuenta con un conjunto de facultades orientadas a alcanzar los fines constitucionales para los que fue creado, entre ellos, evitar que se afecte la competencia y la libre concurrencia en el sector de las telecomunicaciones.

Por ende, si bien sus decisiones se hallan sometidas igual que ocurre con todos los actos, a los principios de supremacía constitucional, separación de poderes y legalidad, que garantizan su sometimiento a la Constitución y a la ley, de modo que su validez debe establecerse a partir de estos parámetros, debe considerarse que este órgano goza de cierta discrecionalidad técnica que permite al Poder Judicial controlarla pero le prohíbe sustituirse en la autoridad para efectos de la valoración del interés general y de la decisión de la política regulatoria apropiada.

En congruencia con esto último, los tribunales pueden ejercer un escrutinio constitucional estricto en ciertos supuestos en que se trata de violaciones al principio de igualdad por el uso de categorías sospechosas, restricciones a derechos humanos, o cuando la Constitución limite la libertad de configuración del regulador o la actividad discrecional de las autoridades y, en los demás supuestos,

⁹². Tron Petit, Jean Claude, *op. cit.*, p. 10.

un escrutinio ordinario, en el entendido de que la severidad del control se halla inmersamente relacionada con el grado de libertad configurativa o de discrecionalidad de que goza la autoridad, en tanto existen materias, como la económica y financiera, en donde ésta goza de una gran capacidad de intervención y regulación, la cual, si bien no está exenta de control, pues está limitada por los derechos humanos y otros preceptos constitucionales, implica que los jueces ejerzan su función sin invadir atribuciones que no les correspondan.

En estos supuestos corresponde al regulador, no al juez, elegir los medios para alcanzar los fines constitucionales y el tipo de política regulatoria, y solo toca a este último ejercer el control de tales decisiones a la luz de los límites que la Constitución y la ley impongan, considerando que la discrecionalidad administrativa supone que ninguna autoridad puede actuar fuera del marco legal ni contravenirlo; debe buscar la satisfacción del interés público y el bien común; sus decisiones deben ser razonables y proporcionales en relación con el fin de la ley; eficaces; de buena fe; ajenos al desvío de poder; y no discriminatorias, en el entendido, se insiste, de que el control sobre el ejercicio de esta actividad no autoriza al juez constitucional sustituirse en la facultad de decidir cuál es la mejor política regulatoria.⁹³

En ese sentido, la matización del control judicial no significa que los actos discrecionales no deban estar sujetos al control constitucional, sino que tal análisis debe realizarse respetando las funciones constitucionales propias de los órganos - en específico del IFT-, razón por la que la profundidad de la revisión debe limitarse a los aspectos jurídicos formales, siendo deferentes frente al órgano regulador con respecto a los temas cuyo núcleo esencial es de índole técnico o político.

⁹³ Amparo en revisión 165/2015 resuelto por unanimidad por el Segundo Tribunal Colegiado Especializado el día 26 de agosto de 2016, pp. 530-532.

En ese sentido, no existen ámbitos exentos de control, sino que respecto de aspectos discrecionales emitidos por el IFT, dicho control debe limitarse a exigir una justificación razonable de la decisión adoptada, de tal modo que no pueda considerarse caprichosa o irracional.

Por ello, el control constitucional consiste en exigir a la autoridad especializada –en el caso concreto al IFT– razones que justifiquen sus actos. Esto es, dichas autoridades deben emitir los actos con una motivación más extensa y específica, pues es mayor la necesidad de justificar la íntima correlación entre motivo o causa, contenido, objeto, finalidad y exigencia con la que se pretende que la autoridad exprese razones de cómo se usó la libertad conferida, justificando un ejercicio legítimo.⁹⁴

Explicado todo lo anterior, es claro para este tribunal que la idoneidad de las medidas ahora controvertidas [las medidas impuestas por el IFT al agente económico preponderante en el sector de las Telecomunicaciones] es una decisión eminentemente técnica por parte del Instituto Federal de Telecomunicaciones, en tanto que se necesitan conocimientos especializados en materia de telecomunicaciones para determinar si dichas medidas son las adecuadas para conseguir los fines que se persiguen con ellas, razón por la que, en principio, dicho órgano regulador no estaba obligado a fundar y motivar por qué eligió dichas medidas y no otras, pues corresponde a este elegir los medios para alcanzar los fines constitucionales y el tipo de política regulatoria.

Lo anterior, no significa de modo alguno que no puedan cuestionarse en juicio estas decisiones; sin embargo, como también se ha

⁹⁴ Para mayor referencia consultar la tesis de rubro: **MOTIVACIÓN LEGISLATIVA. CLASES, CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS; CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE ELEVADA COMPLEJIDAD TÉCNICA. SUS CARACTERÍSTICAS.**

explicado, corresponde a quien está en desacuerdo con la decisión del regulador, demostrar que el ejercicio de su discrecionalidad está fuera del marco legal o lo contraviene; no busca la satisfacción del interés público y el bien común; no es razonable y proporcional en relación con el fin de la ley; no es eficaz; no es de buena fe; no se encuentra ajena al desvío de poder; o bien, que es discriminatoria.⁹⁵

Expuesto lo anterior, se concluye que ante la necesidad de una revisión de los actos de autoridad, y tomando en consideración las facultades discrecionales dotadas a las autoridades especializadas –como es el caso del IFT– se deben de revisar sus actos conforme a las normas jurídicas aplicables, esto es, si no en todos sus aspectos, por lo menos en alguno de ellos.

En síntesis, Clara Luz Álvarez señaló que la deferencia técnica se reduce a los siguientes puntos: “**(1)** los actos del IFT están sometidos al principio de la legalidad como cualquier autoridad y que incluso también lo están las decisiones técnicas; **(2)** los límites evidentes son que las arbitrariedades están prohibidas, que deben observar las directrices constitucionales y que deben fundar y motivar sus actos (justificación, basada en hechos ciertos, actos proporcionales y razonables); **(3)** existen ámbitos en que el regulador y no el juzgador, debe elegir los medios para lograr los fines constitucionales y de política pública; y **(4)** la discrecionalidad técnica consiste en el arbitrio para valorar y seleccionar dentro de una pluralidad de opciones en disciplinas distintas al Derecho, la que el regulador considere mejor para alcanzar ciertos objetivos.”⁹⁶

Expuestos los tres apartados, se evidencia que los órganos reguladores en su carácter de agencias independientes gozan de una autonomía de gestión y que en el uso de sus facultades discrecionales, pueden elegir entre diversas opciones

⁹⁵ Amparo en revisión 165/2015, *op. cit.*, p. 532.

⁹⁶ Álvarez, Clara Luz, *Telecomunicaciones y Radiodifusión en México*, UNAM Posgrados, México, 2018, p. 356.

igualmente válidas y que no necesariamente están previstas por la legislación. Ello incide en el control judicial de dichos actos, pues el Juez no debe de pronunciarse respecto de los temas técnicos y especializados, sino que está limitado a analizar únicamente la razonabilidad de decisiones a la luz de que éstas no sean caprichosas o arbitrarias.

CAPÍTULO 4

IFT: ÓRGANO REGULADOR.

El objetivo de esta investigación es analizar al IFT en su carácter de órgano regulador y como parte del Estado Regulador, resultando pertinente exponer sus antecedentes para comprender a través de un análisis cronológico, la racionalidad de su creación, su naturaleza y las facultades con que lo envisten.

4.1. La COFETEL: órgano desconcertado anterior al IFT.

El 24 de abril de 1995 el Ejecutivo Federal presentó una iniciativa para crear la LFT, hoy abrogada, dicha propuesta tuvo su punto de partida en los avances tecnológicos que venían modificando la economía de las telecomunicaciones, así como la apertura de dicho sector a la competencia por parte de otros países.⁹⁷

La iniciativa buscaba la creación de una nueva legislación que permitiera estar actualizados en materia regulatoria, así como el fortalecimiento de la rectoría del Estado, el aumento de la participación del sector privado en el ramo de las telecomunicaciones con la creación de condiciones que propiciaran la concurrencia, iniciativa e inversión de los particulares bajo un marco regulatorio claro y seguro.⁹⁸

Para ello, se postulaba la necesidad de crear una autoridad reguladora actualizada y que tuviera la facultad de llevar a cabo las políticas y programas regulatorios para promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones. Su naturaleza atendería a un órgano desconcentrado de la SCT, que contaría con autonomía técnica y operativa.⁹⁹

^{97.} Cfr. Exposición de motivos de la Ley Federal de Telecomunicaciones presentada por el Poder Ejecutivo el día 24 de abril de 1995, <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativo.aspx?q=Fahf/ZCcCGTRH7BTx0eHtKCK2XcouBu2Gk48zkHs/UX4/795glaRFOWPSZkxzvWt>

⁹⁸ Cfr. *Ídem*.

⁹⁹ Cfr. *Ídem*.

Meses después, el 7 de junio de 1995 se publicó en el DOF la LFT dentro de la cual, respetando la iniciativa señalada en párrafos anteriores, en su artículo décimo primero transitorio, ordenó que el Ejecutivo Federal tendría la obligación de constituir un órgano desconcentrado de la SCT con autonomía técnica y operativa, que contaría con la organización y facultades necesarias para regular y promover el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones en el país de conformidad con su decreto de creación.¹⁰⁰

Posteriormente, y a un día que se cumpliera el plazo con el que contaba el Ejecutivo Federal para crear dicho órgano, el 9 de agosto de 1996 se publicó en el DOF el decreto por el que se creó la COFETEL. Dicho decreto de creación en sus artículos primero y segundo dispuso la creación del referido órgano administrativo cuyas atribuciones a resaltar para efectos de la presente investigación, eran dentro de otras: **(i)** la expedición de disposiciones administrativas y normas mexicanas, así como la elaboración y administración de los planes técnicos; **(ii)** emitir opiniones sobre las solicitudes para el otorgamiento o revocación de concesiones y permisos en materia de telecomunicaciones; y **(iii)** vigilar y promover la interconexión de redes y equipos de manera eficiente.¹⁰¹

En 2006 se publicó en el decreto por el que se reformaron, adicionaron y derogaron diversos artículos de la LFT. Mediante dicho decreto, se dotó a la COFETEL de autonomía técnica operativa, gasto y gestión, así como de autonomía plena para el dictado de sus resoluciones, todo ello con el fin de promover, regular

¹⁰⁰ Decreto por el cual se expide se Ley Federal de Telecomunicaciones, publicado el 7 de junio de 1995 en el DOF http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4875109&fecha=07/06/1995

¹⁰¹ Decreto por el que se crea la Comisión Federal de Telecomunicaciones, publicado el 9 de agosto de 1996 en el DOF http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4895322&fecha=09/08/1996

y supervisar el desarrollo eficiente y la cobertura social de las telecomunicaciones, y ampliando su campo de actuación al del sector de la radiodifusión.¹⁰²

Al respecto es importante mencionar que la COFETEL como órgano desconcentrado de la SCT, sin personalidad, ni patrimonio propios, dependía en gran medida de la SCT lo que impedía que en realidad ejerciera sus facultades de manera autónoma. Dos claros ejemplos son **(i)** la doble ventanilla la cual “consistió en que la COFETEL compartiera responsabilidades con la SCT: un trámite pasaba por la burocracia tanto de la COFETEL como de la SCT, en perjuicio de la competencia, del dinamismo del sector y de los usuarios.”¹⁰³; y **(ii)** el hecho de que “las resoluciones del pleno de la COFETEL como órgano supremo de decisión podían ser revisadas por el Secretario de Comunicaciones y transportes cuando un particular presentaba algún recurso de revisión. Ello implicaba que las resoluciones del pleno de la COFETEL podían incluso ser modificadas o revocadas por ese funcionario.”¹⁰⁴

La falta de facultades de regulación también se debe al actual diseño institucional, que es complejo y poco claro en muchos aspectos. Esto crea una incómoda división de responsabilidades entre la SCT y la COFETEL en cuanto a la regulación del sector de telecomunicaciones. La función consultiva de la COFETEL lleva a una forma de actuar en la cual la SCT recibe la opinión de ésta y, con frecuencia, realiza su propio análisis. Una vez que la SCT toma una decisión, la COFETEL es responsable de implementarla. En otras palabras, no hay una división clara entre la formulación de políticas y las funciones reguladoras. Esto se denomina coloquialmente “doble

¹⁰² Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión, publicado el 11 de abril de 2006 en el DOF http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=2122874&fecha=11/04/2006.

¹⁰³ Álvarez, Clara Luz, “*Derecho de las Telecomunicaciones*”, *cit.*, p. 105.

¹⁰⁴ Álvarez, Clara Luz, “*Derecho de las Telecomunicaciones*”, *cit.*, p. 106.

ventanilla”, y tiene varios aspectos negativos. En primer lugar, retrasa la toma de decisiones; abre ambos órganos al cabildeo de la industria y ha generado confusión en el sector respecto de dónde reside la responsabilidad. En segundo lugar, debilita las decisiones de regulación, ya que multiplica las oportunidades de impugnación contra alguna de las numerosas etapas del procedimiento. Existe la percepción generalizada de que las impugnaciones que prosperan son resultado de cuestiones procedimentales (p. ej. tarifas de interconexión, uso adicional de los canales de servicios audiovisuales, etc.). Por ejemplo, en las licitaciones de espectro intervienen cuatro dependencias diferentes: la COFECO, la Secretaría de Hacienda (SHCP), la SCT y la COFETEL.¹⁰⁵

Tras resolverse la acción de inconstitucionalidad 26/2006 el Pleno del Máximo Tribunal emitió la siguiente jurisprudencia:

COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES. LAS FACULTADES QUE LE FUERON OTORGADAS POR LA LEY FEDERAL RELATIVA SE ENTIENDEN COMO PROPIAS DE LA SECRETARÍA DE COMUNICACIONES Y TRANSPORTES.

La Comisión Federal de Telecomunicaciones, creada por el Ejecutivo Federal mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 agosto de 1996, es un órgano administrativo desconcentrado dependiente de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, con autonomía técnica y operativa, que carece de personalidad jurídica propia. En ese contexto, las facultades atribuidas a dicha Comisión corresponden a las originariamente otorgadas al Secretario del Ramo, en términos del artículo 16 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, razón por la cual

¹⁰⁵ Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en México, OCDE 2012, p. 52, <http://www.oecd.org/centrodemexico/49528111.pdf>

se entiende que es el propio Ejecutivo Federal quien ejerce las facultades que la ley le atribuye, por conducto de un órgano dentro de otro órgano -la Secretaría de Comunicaciones y Transportes- ambos subordinados jerárquicamente a aquél.¹⁰⁶

Siguiendo la línea histórica, el 8 de enero de 2009 se publicaría en el Reglamento Interior de la SCT, el cual fue controvertido por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión a través de una controversia constitucional. El argumento total fue la invasión de competencias del Congreso de la Unión por parte del Ejecutivo Federal al haber expedido dicho reglamento.

Mediante la resolución de la controversia constitucional 7/2009 la SCJN reconoció la autonomía de la COFETEL, declarando que se encontraba sometida jerárquicamente a la SCT únicamente respecto de las facultades que no le habían sido reservadas como competencia exclusiva¹⁰⁷

Al respecto, se emitieron diversos criterios jurisprudenciales dentro del cual se destaca la siguiente jurisprudencia:

COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES. SU NATURALEZA DE ÓRGANO DESCONCENTRADO DE LA SECRETARÍA DE COMUNICACIONES Y TRANSPORTES, PERO CON AUTONOMÍA TÉCNICA Y OPERATIVA, EXIGE QUE SU DEPENDENCIA Y SUBORDINACIÓN JERÁRQUICA SE LIMITEN A LAS FACULTADES NO RESERVADAS A SU COMPETENCIA DIRECTA Y EXCLUSIVA ASIGNADA POR EL CONGRESO DE LA UNIÓN.

¹⁰⁶ Tesis número P. XXVI/2007, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXVI, diciembre de 2007, p. 966.

¹⁰⁷ Cfr. Controversia Constitucional 7/2009 resuelta por unanimidad por el Pleno de la SCJN el día 24 de noviembre de 2009.

La Comisión Federal de Telecomunicaciones constituye un órgano desconcentrado dependiente de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes sujeto a la relación jerárquica que implica el poder de mando y subordinación del superior en el orden administrativo, conforme al artículo 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, pero tomando en cuenta que el artículo 36 de esta Ley establece como funciones de la Secretaría no sólo las ahí precisadas, sino también las demás que expresamente le fijen las leyes y reglamentos, y que en los artículos 9-A y cuarto transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones y 9o. de la Ley Federal de Radio y Televisión, reformados mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de abril de 2006, el Congreso de la Unión delegó en favor de la Comisión Federal de Telecomunicaciones diversas atribuciones como órgano administrativo encargado de regular, promover y supervisar el desarrollo eficiente y la cobertura social amplia de las telecomunicaciones y la radiodifusión en México, dentro de las cuales se previeron como facultades exclusivas en la fracción XVI del indicado artículo 9-A las que en materia de radio y televisión le confieren a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes la Ley Federal de Radio y Televisión, los tratados y acuerdos internacionales, las demás leyes, reglamentos y cualesquiera otras disposiciones administrativas aplicables, esto es, las relativas a la materia de radiodifusión (radio y televisión abierta) regulada en la Ley Federal de Radio y Televisión, otorgándole autonomía técnica, operativa, de gasto y de gestión, así como para dictar sus resoluciones, debe entenderse que la Comisión en el ejercicio de tales funciones exclusivas no está sujeta a una relación de jerarquía en razón de la competencia otorgada en forma directa por una norma con rango de ley. Por consiguiente, a diferencia de otros órganos

administrativos desconcentrados, cuyo origen y competencia (indirecta) se deben al Poder Ejecutivo Federal, la Comisión Federal de Telecomunicaciones cuenta con atribuciones autónomas que significan distribución de competencias directas que se le atribuyen por mandato de ley, por lo que su dependencia y subordinación jerárquica como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes se limitan a las facultades que no le han sido reservadas a su competencia exclusiva.¹⁰⁸

Otro de los antecedentes de relevancia para el presente análisis es el juicio de amparo en revisión 240/2011, cuya *litis* versaba sobre la impugnación del artículo 63 de la LFT.¹⁰⁹ Dicho amparo fue resuelto en última instancia por la SCJN:

En síntesis, puede decirse que en términos de lo dispuesto en el artículo 9-A de la Ley Federal de Telecomunicaciones, la Comisión Federal de Telecomunicaciones goza de plena autonomía para dictar sus resoluciones; por otra parte, en el artículo cuarto transitorio de la misma ley, se establece que cuando se haga referencia a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, debe entenderse que se hace referencia a la Comisión Federal de Telecomunicaciones; y en el artículo 8° del Reglamento Interno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, se asienta que el Pleno es la suprema autoridad de decisión en el ámbito de competencia de la Comisión.¹¹⁰

¹⁰⁸ Tesis número P./J. 98/2010, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXXII, septiembre de 2010, p. 945.

¹⁰⁹ Cfr. Seguimiento de Asuntos Resueltos por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 240/2011 “El titular de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes carece de competencia para conocer de la revisión de una resolución emitida por la COFETEL” <http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=125952&SeguimientoID=412>

¹¹⁰ Amparo en Revisión 240/2011 resuelto por el Pleno de la SCJN el día 27 de febrero de 2013, pp.169 y 170.

Lo anterior sin duda alguna significó un camino largo para poder configurar y dotar de facultades a la COFETEL, pues precisamente fue a través de la creación de la LFT, sus reformas y los diversos medios de control constitucional promovidos en torno a su existencia, lo que permitió que nuestro país contara con un órgano especializado sobre el sector de las telecomunicaciones y posteriormente en radiodifusión que buscara y persiguiera los fines que desde un inicio se buscaban con su implementación, a saber, como se postuló al inicio del presente capítulo, el desarrollo de las telecomunicaciones y la apertura al sector privado.

A pesar de que la COFETEL fue adquiriendo autonomía gracias a las resoluciones de la SCJN, en realidad sus facultades resultaban insuficientes para regular debidamente el sector de las telecomunicaciones a fin de implementar el desarrollo económico, social y cultural del país.¹¹¹

4.2. Creación del IFT.

El camino recorrido comenzaría a ser interrumpido el martes 2 de diciembre de 2008 con motivo de la primera iniciativa presentada con el fin de crear una nueva legislación, a saber, la LFTR.¹¹²

El proceso legislativo sostendría la necesidad de extinguir a la COFETEL y crear al IFT con el fin de ampliar el ámbito de competencia como órgano regulador que comprendería la responsabilidad de regular el sector de las telecomunicaciones en un marco democrático y de desarrollo, además de dotarlo de independencia.¹¹³

¹¹¹ Cfr. Álvarez, Clara Luz, “Telecomunicaciones y Radiodifusión...” *cit.*, p. 326.

¹¹² Cfr. Exposición de motivos de Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión presentada por el Grupo Parlamentaria del PRI de fecha 2 de diciembre de 2008, Gaceta número 306.
<http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativo.aspx?q=pwUhdNvCSySjs8D73SRJEJ2m1LjUZH7L0oSchS9AALJRcQvOieBY0GR76INymrlu>.

¹¹³ Cfr. *Ibidem*.

Asimismo, con fecha 11 de marzo de 2013 se firmó el Pacto por México en el cual se previó una importante reforma constitucional en materia de telecomunicaciones. Mediante dicho pacto se sentaron tres grandes objetivos a lograr:

1. El fortalecimiento de los derechos vinculados con la libertad de expresión e información y el establecimiento del derecho al acceso a las tecnologías de la información y la comunicación, y a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluida la banda ancha.
2. La adopción de las medidas de fomento a la competencia en televisión abierta y restringida, radio, telefonía fija y móvil, servicios de datos y telecomunicaciones en general, para asegurar la competencia efectiva en todos los segmentos.
3. La generación de condiciones para incrementar sustantivamente la infraestructura y la obligación de hacer más eficiente su uso, lo cual tiene un impacto directo en la caída de los precios y en el aumento de la calidad de los servicios.¹¹⁴

(...) reformar el sector obligaba a incluir un rediseño institucional del órgano regulador para que esta vez sí pudiera cumplir con su cometido del desarrollo eficiente de las telecomunicaciones.

¹¹⁴ Acuerdo Político Nacional “Pacto por México” firmado el 2 de diciembre de 2012 en el Castillo de Chapultepec en la Ciudad de México por el Presidente de la República, Enrique Peña Nieto; Gustavo Madero Muñoz, Presidente del Partido Acción Nacional; Cristina Díaz Salazar, Presidenta Interina del Partido Revolucionario Institucional; Jesús Zambrano Grijalva, Presidente del Partido de la Revolución Democrática y Arturo Escobar y Vega vocero del Partido Verde Ecologista de México, <http://pactopormexico.org/objetivos-de-la-reforma-de-telecomunicaciones/>.

La decisión fue elevar al regulador de telecomunicaciones al máximo grado de autonomía que pudiera otorgársele dentro del Estado mexicano, es decir, de órgano constitucional autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio bajo la denominación de Instituto Federal de Telecomunicaciones.¹¹⁵

4.2.1. Objeto y mandato del IFT:

El IFT fue contemplado jurídicamente en el artículo 28 de la Constitución por el Constituyente Permanente tras la publicación en el DOF el 11 de junio de 2013 de la reforma constitucional. El artículo 28 constitucional otorgó al IFT de facultades, atribuciones y obligaciones, mismas que fueron desde luego más definidas que la entonces COFETEL.¹¹⁶ Cabe señalarse que dicho órgano regulador que no entró en funciones sino hasta el día 10 de septiembre de 2013 en cumplimiento al artículo Sexto Transitorio del Decreto en Materia de Telecomunicaciones.¹¹⁷

El Instituto Federal de Telecomunicaciones es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en los términos que fijan las leyes. Para tal efecto, tendrá a su cargo la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, así como del acceso a

¹¹⁵ Álvarez, Clara Luz, *“Derecho de las Telecomunicaciones” cit.*, p. 328

¹¹⁶ Cfr. Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Telecomunicaciones, publicado el día 11 de junio de 2013 en el DOF http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5301941&fecha=11/06/2013

¹¹⁷ Con fecha 10 de septiembre de 2013 fue integrado el Instituto, en términos de lo dispuesto por el artículo Sexto transitorio del Decreto, mediante la ratificación por parte del Senado de la República de los nombramientos de los Comisionados que integran su órgano de gobierno y la designación de su Presidente.

infraestructura activa, pasiva y otros insumos esenciales, garantizando lo establecido en los artículos 6o. y 7o. de esta Constitución.

El Instituto Federal de Telecomunicaciones será también la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejercerá en forma exclusiva las facultades que este artículo y las leyes establecen para la Comisión Federal de Competencia Económica y regulará de forma asimétrica a los participantes en estos mercados con el objeto de eliminar eficazmente las barreras a la competencia y la libre concurrencia; impondrá límites a la concentración nacional y regional de frecuencias, al concesionamiento y a la propiedad cruzada que controle varios medios de comunicación que sean concesionarios de radiodifusión y telecomunicaciones que sirvan a un mismo mercado o zona de cobertura geográfica, y ordenará la desincorporación de activos, derechos o partes necesarias para asegurar el cumplimiento de estos límites, garantizando lo dispuesto en los artículos 6o. y 7o. de esta Constitución.

Corresponde al Instituto, el otorgamiento, la revocación, así como la autorización de cesiones o cambios de control accionario, titularidad u operación de sociedades relacionadas con concesiones en materia de radiodifusión y telecomunicaciones. El Instituto notificará al Secretario del ramo previo a su determinación, quien podrá emitir una opinión técnica. Las concesiones podrán ser para uso comercial, público, privado y social que incluyen las comunitarias y las indígenas, las que se sujetarán, de acuerdo con sus fines, a los principios establecidos en los artículos 2o., 3o., 6o. y 7o. de esta Constitución. El Instituto fijará el monto de las contraprestaciones por el otorgamiento de las concesiones, así como por la autorización de

servicios vinculados a éstas, previa opinión de la autoridad hacendaria. Las opiniones a que se refiere este párrafo no serán vinculantes y deberán emitirse en un plazo no mayor de treinta días; transcurrido dicho plazo sin que se emitan las opiniones, el Instituto continuará los trámites correspondientes.

La Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones, serán independientes en sus decisiones y funcionamiento, profesionales en su desempeño e imparciales en sus actuaciones, y se regirán conforme a lo siguiente:

- I. Dictarán sus resoluciones con plena independencia;
- II. Ejercerán su presupuesto de forma autónoma. La Cámara de Diputados garantizará la suficiencia presupuestal a fin de permitirles el ejercicio eficaz y oportuno de sus competencias;
- III. Emitirán su propio estatuto orgánico, mediante un sistema de votación por mayoría calificada;
- IV. Podrán emitir disposiciones administrativas de carácter general exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia;
- V. Las leyes garantizarán, dentro de cada organismo, la separación entre la autoridad que conoce de la etapa de investigación y la que resuelve en los procedimientos que se sustancien en forma de juicio;
- VI. Los órganos de gobierno deberán cumplir con los principios de transparencia y acceso a la información. Deliberarán en forma colegiada y decidirán los asuntos por mayoría de votos; sus sesiones, acuerdos y resoluciones serán de carácter público con las excepciones que determine la ley;
- VII. Las normas generales, actos u omisiones de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de

Telecomunicaciones podrán ser impugnados únicamente mediante el juicio de amparo indirecto y no serán objeto de suspensión. Solamente en los casos en que la Comisión Federal de Competencia Económica imponga multas o la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones, éstas se ejecutarán hasta que se resuelva el juicio de amparo que, en su caso, se promueva. Cuando se trate de resoluciones de dichos organismos emanadas de un procedimiento seguido en forma de juicio sólo podrá impugnarse la que ponga fin al mismo por violaciones cometidas en la resolución o durante el procedimiento; las normas generales aplicadas durante el procedimiento sólo podrán reclamarse en el amparo promovido contra la resolución referida. Los juicios de amparo serán sustanciados por jueces y tribunales especializados en los términos del artículo 94 de esta Constitución. En ningún caso se admitirán recursos ordinarios o constitucionales contra actos intraprocesales;¹¹⁸

Asimismo, en los transitorios de la referida reforma se impondría al Congreso de la Unión la obligación de realizar las adecuaciones necesarias al marco jurídico existente para hacer efectiva la reforma constitucional.¹¹⁹ Lo anterior fue el 14 de julio de 2014 cuando se publicaría el decreto por el que se expidió la LFTR, en la cual se reiteraría la naturaleza jurídica del IFT así como sus atribuciones, obligaciones y facultades.¹²⁰

¹¹⁸ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Telecomunicaciones, publicado el día 11 de junio de 2013 en el DOF http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5301941&fecha=11/06/2013

¹¹⁹ Cfr. *Ídem*.

¹²⁰ Cfr. Decreto por el que se expiden la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, y la Ley del Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano; y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, publicado el día 14 de julio de 2014 en el DOF: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5352323&fecha=14/07/2014

A fin de robustecer lo anterior se transcribe el artículo 7° de la LFTR que establece la naturaleza jurídica de dicho órgano.

Artículo 7. El Instituto es un órgano público autónomo, independiente en sus decisiones y funcionamiento, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que tiene por objeto regular y promover la competencia y el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones y la radiodifusión en el ámbito de las atribuciones que le confieren la Constitución y en los términos que fijan esta Ley y demás disposiciones legales aplicables.

El Instituto tiene a su cargo la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, los recursos orbitales, los servicios satelitales, las redes públicas de telecomunicaciones y la prestación de los servicios de radiodifusión y de telecomunicaciones, así como del acceso a la infraestructura activa y pasiva y otros insumos esenciales, sin perjuicio de las atribuciones que corresponden a otras autoridades en los términos de la legislación correspondiente.

Asimismo, el Instituto es la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejercerá en forma exclusiva las facultades que establecen el artículo 28 de la Constitución, esta Ley y la Ley Federal de Competencia Económica.

El Instituto es la autoridad en materia de lineamientos técnicos relativos a la infraestructura y los equipos que se conecten a las redes de telecomunicaciones, así como en materia de homologación y evaluación de la conformidad de dicha infraestructura y equipos.

Los funcionarios del Instituto deberán guiarse por los principios de autonomía, legalidad, objetividad, imparcialidad, certeza, eficiencia, eficacia, transparencia y rendición de cuentas. Desempeñarán su función con autonomía y probidad.

El Instituto podrá establecer delegaciones y oficinas de representación en la República Mexicana.¹²¹

En ese sentido, tras los objetivos de mejorar las condiciones de competencia económica en el sector de telecomunicaciones y radiodifusión estimulando la entrada de nuevos agentes económicos, era necesario un órgano capaz de regular debidamente dichos sectores y que dotara de certeza a los agentes económicos en que habría un juego parejo entre los concesionarios que ya dominaban el sector de telecomunicaciones y radiodifusión, y aquellos nuevos agentes económicos.¹²²

De ahí que se dotara al IFT con autonomía para que contara con la independencia necesaria para establecer, sin prejuicios políticos, los fines y objetivos para los cuales fue creado por el Constituyente Permanente.¹²³

4.2.2. Integración del IFT.

Expuesto lo anterior cabe precisar el modo de integración del IFT que permite que dicho órgano regulador sea un órgano constitucional autónomo dotado de experiencia técnica y especializada.

¹²¹ *Ídem.*

¹²² Cfr. Álvarez, Clara Luz, “Derecho de las Telecomunicaciones”, cit., p. 81.

¹²³ Cfr. Álvarez, Clara Luz, “Telecomunicaciones y Radiodifusión”, cit., p. 333.

La especialidad del IFT y el proceso de selección de comisionados que incluye un examen de conocimientos permiten resolver los casos concretos con base en conocimientos técnicos especializados y el marco jurídico. Esto reconoce que regular el sector de telecomunicaciones y radiodifusión precisa de conocimiento y de manejo de información especializada del mercado lo cual “es un reflejo del fenómeno jurídico, económico y técnico.”¹²⁴

La integración, el modo de llevar a cabo los nombramientos de los siete comisionados del IFT, y la duración de éstos, se encuentra previsto en el artículo 28 de la Constitución.

Al respecto dicho artículo señala que los siete Comisionados del IFT duran en su encargo nueve años, quienes serán designados de forma escalonada.

Para la selección de los Comisionados se configurara el Comité de Evaluación que está conformado por el Gobernador del Banco de México, el Presidente de Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación y el Presidente del Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

Dicho Comité de Evaluación se junta cada que existe una vacante y emite una convocatoria pública. Tras revisar que los aspirantes hayan cumplido con los requisitos precisados en el artículo 28 constitucional, les aplican un examen de conocimientos que es elaborado por dicho Comité de Evaluación bajo la opinión de dos instituciones de educación superior.

Enseguida elaboran una lista que incluya los tres o cinco aspirantes que hayan obtenido las calificaciones aprobatorias más altas, y la envían al Ejecutivo Federal.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 334.

El Presidente escoge uno de los aspirantes y lo envía a la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, sin tener un plazo máximo para ello. La mayoría calificada del Senado deberá de ratificarlo dentro del plazo de treinta días naturales; o en su defecto el Ejecutivo enviara una nueva propuesta de la lista enviada por el Comité de Evaluación.

Lo anterior se puede repetir hasta que únicamente quede un aspirante de la lista enviada por el Comité de Evaluación, y en ese caso, el Ejecutivo Federal lo nombrara sin necesidad de que sea ratificado por el Senado.

Es importante mencionar que la fracción IX del párrafo vigésimo del artículo 25 de la Constitución establece que los comisionados no podrán ser removidos, salvo que hayan cometido una de las faltas graves que establece el artículo 31 de la LFTR.¹²⁵

Cabe hacer énfasis en el objetivo de la integración, selección y duración de los comisionados.

La selección tiene por objeto garantizar que el órgano regulador realmente sea un ente técnico y especializado, pues por medio del examen de evaluación se

¹²⁵ **“Artículo 31.** Son faltas graves y causales de remoción de los comisionados:
I. El desempeño de algún empleo, trabajo o comisión, público o privado, en contravención a lo dispuesto en la Constitución y en esta Ley;
II. Utilizar, en beneficio propio o de terceros, la información confidencial o reservada de que disponga en razón de su cargo, así como divulgar tal información en términos distintos a los autorizados por esta Ley;
III. Presentar a las unidades del Instituto, a sabiendas, información falsa o alterada;
IV. Participar en actos partidistas en representación del Instituto;
V. Adquirir obligaciones a nombre del Instituto, sin contar con la delegación de facultades para ello;
VI. Tener contacto con las personas que representen los intereses de los agentes económicos regulados para tratar asuntos de su competencia, en contravención a lo dispuesto en esta Ley;
VII. No excusarse de participar en aquellas tomas de decisiones en las que sus intereses personales se encuentren en conflicto, en los términos establecidos en esta Ley;
VIII. No emitir su voto razonado por escrito en casos de ausencia en los términos previstos en esta Ley;
IX. Incurrir en responsabilidad administrativa grave en términos de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, o
X. Haber sido condenado por delito doloso que amerite pena de prisión.”

acredita que los comisionados tienen los conocimientos suficientes para tomar las decisiones relacionadas con el ámbito de competencia del sector de telecomunicaciones y radiodifusión.

Por otro lado, el hecho de que los comisionados no puedan ser removidos salvo por la mayoría calificada de la Cámara de Senadores cuando se cumplan los casos específicos que prevé la ley, tiene como finalidad que sus decisiones no dependen de su duración en el cargo y por ende no se vean afectadas por los intereses políticos.¹²⁶

Los Comisionados son escogidos de forma escalonada con la finalidad de dotar de certeza y seguridad jurídica al órgano regulador. De lo contrario, si todos los comisionados fueran sustituidos al mismo tiempo, los agentes regulados no podrían conocer cuál es la tendencia y la manera de resolver de dichos comisionados.¹²⁷

Cabe señalar que para que los comisionados fueran escogidos de forma escalonada, el artículo Sexto Transitorio del Decreto de Reforma Constitucional en

¹²⁶ Cfr. Álvarez, Clara Luz, *“El regulador de telecomunicaciones: Instituto Federal de Telecomunicaciones”*, Grupo académico de estudios constitucionales colección *“Estudios Constitucionales”*, México, Universidad Panamericana, núm. 1, marzo 2017, p. 29.

¹²⁷ Cfr. Álvarez, Clara Luz, *“Derecho de Telecomunicaciones”*, cit., p. 88.

Materia de Telecomunicaciones¹²⁸ estableció distintos plazos de duración a los primeros siete comisionados que integraron el IFT en el año 2013.¹²⁹

4.2.3. Financiamiento del IFT.

El financiamiento de los órganos reguladores a través de diversas fuentes es fundamental para garantizar la independencia del mismo.

El contar con múltiples fuentes de financiamiento en lugar de únicamente de los recursos de gobierno permite que los reguladores puedan tener más independencia financiera y los hace menos sujetos a las influencias externas. Sin embargo, el tener que entregar los recursos al gobierno y teniendo que obtener aprobación del gobierno respecto de su presupuesto puede actuar como un sistema de pesos y contrapesos.¹³⁰

¹²⁸ **SEXTO.** Con el objeto de asegurar el escalonamiento en el cargo de los Comisionados de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones, los primeros Comisionados nombrados en cada uno de esos órganos concluirán su encargo el último día de febrero de los años 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021 y 2022.

El Ejecutivo Federal, al someter los nombramientos a la ratificación del Senado de la República, señalará los periodos respectivos.

Para los nombramientos de los primeros Comisionados, tanto de la Comisión Federal de Competencia Económica como del Instituto Federal de Telecomunicaciones, deberá observarse lo siguiente:

I. El Comité de Evaluación a que se refiere el artículo 28 de la Constitución deberá enviar al Ejecutivo Federal las listas de aspirantes respectivas, dentro de los sesenta días naturales siguientes a la entrada en vigor del presente Decreto;

II. Una vez recibidas las listas, el Ejecutivo Federal deberá remitir sus propuestas al Senado de la República dentro de los diez días naturales siguientes;

III. El Senado de la República, una vez reunido, contará con un plazo de diez días naturales para resolver sobre la propuesta, y

IV. En caso de que respecto de una misma vacante el Senado de la República no apruebe en dos ocasiones la designación del Ejecutivo Federal, corresponderá a éste la designación directa del comisionado respectivo, a partir de la lista de aspirantes presentada por el Comité de Evaluación a que se refiere el artículo 28 de la Constitución.

¹²⁹ Cfr. Álvarez, Clara Luz, *“El regulador de telecomunicaciones...”*, cit., p. 88.

¹³⁰ *Ibidem*, 30.

Al respecto, el artículo 28 párrafo vigésimo fracción II de la Constitución ordena que la Cámara de Diputados del Congreso de Unión garantice que el IFT cuente con el presupuesto necesario para ejercer adecuadamente su función.

Artículo 28.-

(...)

La Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones, serán independientes en sus decisiones y funcionamiento, profesionales en su desempeño e imparciales en sus actuaciones, y se regirán conforme a lo siguiente:

(...)

II. Ejercerán su presupuesto de forma autónoma. La Cámara de Diputados garantizará la suficiencia presupuestal a fin de permitirles el ejercicio eficaz y oportuno de sus competencias;

(...)

Debe precisarse que la partida presupuestal que le otorga la Cámara de Diputados, no es la única fuente de ingresos del IFT. En términos de lo dispuesto por el artículo 8° de la LFTR y 253-A de la Ley Federal de Derechos¹³¹ su presupuesto se integra además por aquellos derechos o bienes que adquiera y el 3.5% de sus ingresos recaudado en virtud de los derechos de uso, aprovechamientos y explotación del espectro radioeléctrico.

Artículo 8. El patrimonio del Instituto se integra por:

I. Las partidas que se le asignen en el Presupuesto de Egresos de la Federación, para el ejercicio correspondiente;

II. Los bienes muebles e inmuebles que se le transfieran para el adecuado cumplimiento de su objeto, así como aquellos que adquiera por otros medios y que puedan ser destinados a los mismos fines, y

¹³¹ Dicho porcentaje fue determinado mediante la reforma a Ley Federal de Derechos publicada en el DOF el 11 de diciembre de 2013, sin embargo es importante mencionar que dicha Ley suele ser modificada todos los años.

III. Los demás bienes, recursos y derechos que adquiriera por cualquier título legal.

Los derechos por el uso, goce, aprovechamiento o explotación del espectro radioeléctrico y las contraprestaciones que se establezcan de conformidad con esta Ley, no forman parte del patrimonio del Instituto. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 253-A de la Ley Federal de Derechos.

Artículo 253-A. El 3.5 por ciento de los ingresos que se obtengan por la recaudación de los derechos a que se refiere el presente Capítulo, se destinarán al Instituto Federal de Telecomunicaciones.

Es así que el IFT como órgano constitucional autónomo goza de personalidad jurídica y patrimonio propio. Su diseño institucional pretende que pueda tomar decisiones que regulen el sector de telecomunicaciones y de radiodifusión, con independencia de los intereses políticos o privados que puedan dañar una sana competencia en dichos sectores.

Finalmente, debe señalarse que el IFT se ha convertido en un órgano regulador cumpliendo con las características de una agencia independiente, que a su vez cuenta con facultades discrecionales y un control judicial distinto sobre sus actos.

CAPÍTULO 5

PRINCIPIO DE SUPREMACÍA Y RESERVA DE LEY

Para el objeto de esta investigación resulta necesario exponer los principios de supremacía de ley y de reserva de ley que, como se verá más adelante, se han visto modificados con motivo de la transición a un Estado Regulador y, específicamente, han tenido repercusiones en el ámbito de actuación del IFT.

5.1. Supremacía de ley.

La supremacía de ley es el principio por el cual se establece que las leyes ordinarias únicamente estarán por debajo de la Constitución, en coordinación con los tratados internacionales, y todas las demás normas generales –acuerdos, reglamentos, disposiciones– así como las normas individualizadas estarán por debajo de las leyes en sentido formal y material.¹³²

García Máynez define la jerarquía de normas y explica que las normas superiores son condicionantes de las inferiores, mientras que las inferiores son la aplicación de las superiores.

Toda norma constituye, relativamente a la condicionante de que deriva, un acto de aplicación. El orden jurídico es una larga jerarquía de precepto, cada uno de los cuales desempeña un papel doble: en relación con los que están subordinados, tienen carácter normativo; en relación con los subordinados, es acto de aplicación. Todas las normas (generales o individualizadas, abstractas o concretas), poseen dos caras, como la testa de Jano. Si se las examina desde

¹³² Cfr. García Máynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, 62ª ed., México, Porrúa, 2010, pp. 83-88.

arriba, aparecen ante nosotros como actos de aplicación; si desde abajo como normas.

(...)

Las leyes ordinarias representan un acto de aplicación de los preceptos constitucionales. De manera análoga, las reglamentarias están condicionadas por las ordinarias y las individualizadas por normas de índole general.¹³³

Así, el principio de la supremacía de ley parte de la jerarquía normativa. En un sentido tradicional, sería que las leyes ordinarias ocupan el segundo peldaño de la pirámide –junto con los tratados internacionales–, y por lo tanto todas las normas reglamentarias e individualizadas deben de sujetarse a lo dispuesto por el legislador en dichas leyes. Ello implica además que la norma superior deroga a la norma inferior, de suerte que en caso de concurrencia de normas de distinto rango, debe atenderse a lo dispuesto por la ley de un rango mayor “*lex superior derogat legi inferiori*”.¹³⁴

Al respecto, resulta ilustrativa la siguiente tesis de las cual se desprende que en virtud del principio de supremacía de ley, las normas generales resultan subordinadas a las leyes, y por ende aquellas no pueden contradecir a éstas, respectivamente.

PARA EL CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE INTERPOSICIÓN DE ESE RECURSO DEBE ATENDERSE PREFERENTEMENTE A LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 281 DE LA LEY DE ASENTAMIENTOS HUMANOS Y DESARROLLO URBANO DEL ESTADO DE COAHUILA, SOBRE LO DISPUESTO POR EL

¹³³ *Ibidem*, p. 85.

¹³⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 83-88.

ARTÍCULO 206 DEL REGLAMENTO DE JUSTICIA MUNICIPAL DE TORREÓN, COAHUILA.

El artículo 133 de la Constitución Federal establece el principio de supremacía del sistema normativo de las leyes mexicanas, consistente, en esencia, en que para la validez de una norma jurídica de menor jerarquía, se requiere que ésta no sea contraria a una norma contenida en un ordenamiento legal de mayor categoría que regule la misma materia específica que la menor, es decir, una ley ordinaria no puede contravenir lo dispuesto en la Constitución Federal y, a su vez, un ordenamiento municipal no debe oponerse a lo dispuesto en la ley ordinaria. En ese sentido, para el cómputo del término en el que se debe interponer el recurso de inconformidad debe atenderse, preferentemente, a lo dispuesto por el artículo 281 de la Ley de Asentamientos Humanos y Desarrollo Urbano del Estado de Coahuila, que establece que el recurso relativo debe interponerse por el interesado dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha en que se notifique la resolución impugnada o se le ejecute el acto o resolución correspondiente, sobre lo dispuesto por el artículo 206 del Reglamento de Justicia Municipal de Torreón, Coahuila, el cual establece que el citado recurso debe interponerse dentro del término de 10 días hábiles siguientes a la fecha en que haya ocurrido o se haya hecho del conocimiento público, o bien surta efectos la notificación del acto o resolución que se impugne, ya que si bien es cierto que tanto la ley como el reglamento mencionados establecen el término para la interposición de dicho recurso, también lo es que en atención al principio de derecho que dice que la norma especial prevalece sobre la general, la Ley de Asentamientos Humanos, además de ser de mayor jerarquía que el reglamento, regula de manera expresa el recurso de inconformidad como medio de defensa para impugnar las determinaciones emanadas de esa ley; por tanto, debe concluirse que

es aplicable la ley en lugar del reglamento, máxime que la autoridad debe aplicar la que mejor brinde al recurrente el otorgamiento de garantías de defensa, en virtud de que los juicios, recursos y medios de defensa fueron creados tomando en cuenta dicha finalidad y no para obstaculizarla.¹³⁵

En ese mismo sentido, Hans Kelsen señaló que el orden jurídico se conforma mediante normas supra y subordinadas entre sí, de forma que las de rango superior señalan la existencia y el contenido de la menor, sin que deban de existir contradicciones entre las mismas.

Más como el conocimiento del derecho, como todo conocimiento, tiene que pensar conceptualmente su objeto como un todo dotado de sentido, tratando de escribirlo en oraciones no contradictorias, parte del supuesto que los conflictos normativos que aparezcan dentro del material normativo que le es dado (o más correctamente: que le es propuesto) pueden y tienen que ser disueltos por la vía interpretación. Como la estructura del orden jurídico es una construcción escalonada de normas recíprocamente supra y subordinadas, donde la norma de nivel superior determina la producción de la norma de nivel inferior, se plantea el problema del conflicto normativo, dentro de un orden jurídico, en formas diversas, sea que se trate de un conflicto entre normas del mismo nivel, o de un conflicto entre una norma de nivel superior y una norma de nivel inferior.¹³⁶

5.2. Facultad reglamentaria.

¹³⁵ Tesis número VIII.3o.43 publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIX, Mayo 2004, p. 1783.

¹³⁶ Hans, Kelsen, *La teoría pura del Derecho*, 12ª ed, trad. Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2002, p 215.

Una vez analizado el principio de supremacía de ley resulta conveniente explicar la facultad reglamentaria. Lo anterior con la finalidad de entender el origen de las normas generales subordinadas a las leyes emitidas por el Poder Legislativo.

Tanto la doctrina como la interpretación de los tribunales mexicanos han coincidido en que la estructura del ordenamiento jurídico es una construcción de normas supra y subordinadas, donde la norma de menor nivel debe atender a la norma de nivel superior.

Atendiendo a dicha configuración escalonada y tomando en consideración la multiplicidad de contenido normativo, la norma fundante mexicana concedió a ciertos órganos y poderes la facultad para emitir normas generales, es decir, actos materialmente legislativos pero formalmente administrativos o judiciales.

Señalaremos aquí sólo la distinción entre ley y ordenanza reglamentaria que tiene especial importancia cuando la Constitución delega fundamentalmente la producción de las normas jurídicas generales en un parlamento elegido por el pueblo, pero remite, para la formulación más precisa de las leyes, a normas generales producidas por ciertos órganos administrativos; o bien cuando la Constitución autoriza al gobierno, en ciertos casos excepcionales, a dictar, en lugar del parlamento, todas las normas generales necesarias o algunas de ellas.¹³⁷

Así bien, la facultad reglamentaria y su ejercicio tienen como finalidad dotar de mejor contenido al sistema normativo, o en algunas veces, dar contenido a la legislación, siempre atendiendo a los alcances delimitados por la ley.

El artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala las facultades y obligaciones del presidente de la

¹³⁷ *Ibidem*, 239.

República. En su primera fracción, establece que es facultad y obligación del presidente, “Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia”.

Así, el precepto anterior -ha interpretado la Suprema Corte- confiere al presidente de la República tres facultades a) la de promulgar las leyes que expida el Congreso de la Unión; b) la de ejecutar dichas leyes; y c) la de proveer en la esfera administrativa a su exacta observancia, o sea la facultad reglamentaria.¹³⁸

Al respecto y tomando en consideración la sujeción del contenido reglamentario al legislativo, a los principios de jerarquía normativa y reserva de ley –a tratar más adelante– se tiene que dicha facultad reglamentaria no puede modificar o alterar el contenido de una ley. Tampoco puede modificar su finalidad y alcances, por lo que su ejercicio no podrá ir más allá de lo definido por la ley.

Lo anterior, tal como se estableció en la siguiente tesis jurisprudencial de la cual se desprenden los alcances de la facultad reglamentaria y sus límites.

FACULTAD REGLAMENTARIA. SUS LÍMITES. La facultad reglamentaria está limitada por los principios de reserva de ley y de subordinación jerárquica. El primero se presenta cuando una norma constitucional reserva expresamente a la ley la regulación de una determinada materia, por lo que excluye la posibilidad de que los aspectos de esa reserva sean regulados por disposiciones de naturaleza distinta a la ley, esto es, por un lado, **el legislador ordinario ha de establecer por sí mismo la regulación de la materia determinada y, por el otro, la materia reservada no puede**

¹³⁸ López Olvera, Miguel, *La Facultad Reglamentaria del Poder Ejecutivo en México. Un estudio histórico*, p. 359, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1855/22.pdf>.

regularse por otras normas secundarias, en especial el reglamento. El segundo principio, el de jerarquía normativa, consiste en que el ejercicio de la facultad reglamentaria no puede modificar o alterar el contenido de una ley, es decir, **los reglamentos tienen como límite natural los alcances de las disposiciones que dan cuerpo y materia a la ley que reglamentan, detallando sus hipótesis y supuestos normativos de aplicación, sin que pueda contener mayores posibilidades o imponga distintas limitantes a las de la propia ley que va a reglamentar.** Así, el ejercicio de la facultad reglamentaria debe realizarse única y exclusivamente dentro de la esfera de atribuciones propias del órgano facultado, pues la norma reglamentaria se emite por facultades explícitas o implícitas previstas en la ley o que de ella derivan, siendo precisamente esa zona donde pueden y deben expedirse reglamentos que provean a la exacta observancia de aquélla, por lo que al ser competencia exclusiva de la ley la determinación del qué, quién, dónde y cuándo de una situación jurídica general, hipotética y abstracta, al reglamento de ejecución competará, por consecuencia, el cómo de esos mismos supuestos jurídicos. En tal virtud, si el reglamento sólo funciona en la zona del cómo, sus disposiciones podrán referirse a las otras preguntas (qué, quién, dónde y cuándo), siempre que éstas ya estén contestadas por la ley; es decir, el reglamento desenvuelve la obligatoriedad de un principio ya definido por la ley y, por tanto, no puede ir más allá de ella, ni extenderla a supuestos distintos ni mucho menos contradecirla, sino que sólo debe concretarse a indicar los medios para cumplirla y, además, cuando existe reserva de ley no podrá abordar los aspectos materia de tal disposición.¹³⁹

(Énfasis añadido)

¹³⁹ Tesis número P./J. 30/2007, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, Mayo 2007, p. 1515.

En reconocimiento de los límites de la facultad en comento, la validez de todos y cada uno de los reglamentos se encontrará supeditada a la materia de que se trate, los principios jurídicos y lineamientos emanados por la ley. Asimismo, dichas disposiciones deberán aplicarse e interpretarse de forma armónica, observando en todo momento que guarden coherencia con el sistema normativo.

Ello, tal como se ha sentado en las siguientes tesis, de las cuales se desprenden los requisitos que debe contener el ejercicio de la facultad reglamentaria para gozar de validez.

PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA. DEBEN RESPETARLO LAS DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS O ADMINISTRATIVAS PARA SU VALIDEZ EN CASOS DE APLICACIÓN, INTERPRETACIÓN O INTEGRACIÓN.

La validez de las disposiciones reglamentarias o administrativas, para efectos de aplicación, interpretación o integración normativa, se encuentra supeditada a que guarden congruencia con las normas legales existentes sobre la materia específica de regulación de que se trate y se sujeten a los principios jurídicos que emergen directamente de la ley, de manera tal que aun siendo expresas, no pueden válidamente regir contra la voluntad manifiesta del texto de la ley ni oponerse a sus lineamientos normativos, pues deben interpretarse y aplicarse en forma armónica, sin contrariar los principios rectores que emergen de la propia ley, atendiendo al principio fundante de la supremacía del sistema normativo que rige el orden legal. En otras palabras, las disposiciones reglamentarias o administrativas, antes que oponerse, deben tener fundamento en normas sustentadas en otras de nivel superior, como lo son las leyes las cuales, a su vez, están supeditadas, en cuanto a su validez, a otras normas de mayor jerarquía, que culminan en la Ley Fundamental del país, la cual

entraña la suprema razón de validez del orden jurídico. Por consiguiente, debe estarse a aquella aplicación legal exegética que de manera sistemática armonice los preceptos relativos, frente a una interpretación puramente literal que soslaye una adecuada integración jurídica y se desentienda de la supremacía de las normas, de la cual depende precisamente su validez.¹⁴⁰

SUPREMACÍA DE LA LEY SOBRE LAS DISPOSICIONES DE UN REGLAMENTO.

La validez de la disposición de un reglamento o acuerdo, para efectos de aplicación, o bien, para propósitos de interpretación o integración normativa, está supeditada a que tales disposiciones guarden congruencia con las normas legales expresas existentes sobre la materia específica de regulación de que se trate, a más de que se entienden sujetas, asimismo, a los principios jurídicos que emergen directamente de la propia ley; de manera tal que las disposiciones reglamentarias o administrativas, aun siendo expresas, no pueden válidamente regir contra la voluntad manifiesta del texto de la ley, ni tampoco oponerse a los lineamientos normativos contenidos en la misma, pues tales disposiciones deben interpretarse y aplicarse en forma armónica, sin contrariar los principios rectores que emergen de la propia ley, atendiendo al principio fundante de la supremacía del sistema normativo que rige el orden legal; por consiguiente, debe estarse a aquella aplicación legal exegética, que de manera sistemática armonice los preceptos relativos, frente a una interpretación puramente literal que soslaye una adecuada integración jurídica y se desentienda de la supremacía de las normas, de la cual depende precisamente la validez de las mismas, por lo que los

¹⁴⁰ Tesis número I.2o.P.61 P, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo XVI, Septiembre, p. 2002.

acuerdos y disposiciones reglamentarias, antes que oponerse, deben tener fundamento en normas sustentadas en otras de nivel superior, como lo son las leyes, las cuales, a su vez, están supeditadas, en cuanto a su validez, a otras normas de mayor jerarquía, que culminan en la Ley Fundamental del país, la cual entraña la suprema razón de validez del orden jurídico. En tal virtud, la validez de la supletoriedad de una ley, lógica y jurídicamente, no pueden supeditarse al contenido de un reglamento, y menos aún a las disposiciones de un acuerdo general de orden administrativo, así como tampoco puede contrariar los principios generales que emergen de las normas legales, máxime cuando en relación con un punto o materia determinada, la propia Ley Suprema del país expresamente establezca que deba estarse a los términos de la ley, como acontece en tratándose de la impugnación del no ejercicio de la acción penal a que hace referencia el párrafo cuarto del artículo 21 de la Carta Magna; y siendo así, las disposiciones de los numerales 21 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y 68 del Acuerdo A/003/99 emitido por el titular de esa institución, que establecen que el querellante u ofendido tiene derecho a inconformarse respecto de la determinación de no ejercicio de la acción penal en un término de diez días contados a partir de su notificación, no pueden prevalecer respecto del artículo 57 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que previene que los términos empezarán a correr desde el día siguiente al de la notificación, por lo que en orden a su superior jerarquía, debe estarse a esta regla establecida en la invocada ley procedimental.¹⁴¹

Así, cabe concluirse que dentro de la jerarquía normativa –en sentido tradicional– se debe de considerar: **(i)** la supremacía constitucional como la cúspide

¹⁴¹ Tesis número I.4o.A.496 A publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXII, Septiembre 2005, p. 1529.

de la pirámide normativa, **(ii)** posteriormente la supremacía de ley consistente en las leyes emitidas por el Congreso de la Unión, y **(iii)** finalmente la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo que tiene la finalidad de desarrollar el contenido de las normas superiores.

5.3. Reserva de ley.

La facultad reglamentaria no debe de intervenir en algunas materias específicas que señale la Constitución; pudiendo únicamente el Poder Legislativo emitir las normas generales al respecto. Son dos los principios que definen los límites de la facultad reglamentaria: el primero, el principio de preferencia o primacía de la ley; y el segundo, el principio de reserva de ley.¹⁴²

El principio la preferencia o primacía de la ley postula que “las disposiciones contenidas en una ley de carácter formal, no pueden ser modificadas por un reglamento”.¹⁴³

La reserva de ley consiste en que “conforme a la Constitución hay materias que sólo pueden ser reguladas por una ley (...). En todos estos casos, la Constitución emplea términos claros, y al prevenir que por medio de una ley se regule la materia, debe entenderse una ley en el sentido formal, es decir, expedida por el Poder Legislativo”.¹⁴⁴

Según el principio de reserva de ley, la administración sólo puede actuar si ha sido habilitada para ello mediante una ley. Este principio exige, pues, algo más que el de primacía de la ley. Mientras que este

¹⁴² Cfr. Fraga, Gabino. *Derecho administrativo*. 41ª ed., México, Editorial Porrúa, 2001, p. 107.

¹⁴³ *Ídem*.

¹⁴⁴ *Ídem*.

último prohíbe simplemente la violación a las leyes existentes, aquel impone más allá de eso la existencia de un fundamento legal para la actividad administrativa. La ausencia de una ley excluye la actuación administrativa, no en virtud del principio de reserva.¹⁴⁵

Ahora bien, el ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, David Genaro Góngora Pimentel, aunque reconoce una diferencia conceptual entre el principio de legalidad y de reserva de ley, por la estrecha vinculación que existe entre ellos, se declara partidario de considerar a ambas figuras como términos sinónimos.¹⁴⁶

Góngora señala que el principio de legalidad, con particular relación a la acción administrativa, exige que la actuación de la Administración encuentre su fundamento positivo, así como el propio límite negativo, en una norma previa. En cambio, la reserva de ley exige mucho más, es decir, que la ley regule (por sí misma), en todo o en parte, pero en ambos casos de manera suficientemente precisa y con objeto de limitar la discrecionalidad administrativa, las materias o los asuntos que de ella son objeto.¹⁴⁷

Así, como sinónimo del principio de legalidad, la reserva de ley –continúa el Ministro Góngora– existe cada vez que una norma constitucional reserva, precisamente a la ley, la regulación de una determinada materia, excluyendo por tanto la posibilidad para que dicha materia pueda ser regulada por disposiciones de naturaleza distinta a la ley formal.¹⁴⁸

¹⁴⁵ *Las Fuentes del Derecho Administrativo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, p. 114 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3143/6.pdf>

¹⁴⁶ Cfr. Góngora Pimentel, *op. cit.*, pp. 281-283

¹⁴⁷ *Ídem.*

¹⁴⁸ Cfr. *Ídem.*

Por lo tanto, la materia reservada queda substraída por imperativo constitucional a todas aquellas normas distintas de la ley formal y material, lo que implica, de un lado, que el Legislador ordinario ha de establecer por sí mismo la regulación de la materia determinada y de otro, que no puede remitirla a otras normas secundarias.¹⁴⁹

Al respecto, la Primera Sala definió el principio de reserva de ley como la prohibición de que se aborden determinadas materias en un reglamento, al tener que ser establecidas en una ley formal.

QUERRELLA EN DELITOS FISCALES. EL ARTÍCULO 82, FRACCIÓN II, DEL REGLAMENTO INTERIOR DE LA SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, QUE PREVÉ LA COMPETENCIA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE DELITOS FISCALES PARA FORMULARLA Y SUSCRIBIRLA, NO VULNERA EL ARTÍCULO 89, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado que el artículo 89, fracción I, de la Constitución Federal, que determina la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo Federal, otorga la posibilidad de que éste provea en la esfera administrativa a la exacta observancia de las leyes, al estar autorizado para expedir las previsiones reglamentarias necesarias para la ejecución de las leyes emanadas por el órgano legislativo; sin embargo, dicha facultad reglamentaria está sujeta al derecho fundamental de legalidad, **del cual derivan los principios de reserva de ley y de subordinación jerárquica. El primero evita que el reglamento aborde novedosamente materias reservadas exclusivamente a las leyes emanadas del Congreso de la Unión, esto es, prohíbe a la ley**

¹⁴⁹ Cfr. *Ídem*.

delegar el contenido de la materia que tiene que regular por mandato constitucional; el segundo consiste en la exigencia de que el reglamento esté precedido de una ley, cuyas disposiciones desarrolle, complemento o detalle y en los que encuentre su justificación y medida. Así, la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo Federal tiene como objeto un mejor proveer en la esfera administrativa, pero siempre con base en las leyes reglamentadas. Ahora bien, la facultad genérica de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para presentar querellas por delitos cometidos en su perjuicio está prevista en el artículo 92 del Código Fiscal de la Federación, cuerpo normativo expedido por el Congreso de la Unión; de ahí que el artículo 82, fracción II, del Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, al reconocer expresamente la competencia de la Dirección General de Delitos Fiscales para formular y suscribir querellas por la comisión de los delitos de defraudación fiscal y contrabando, así como sus respectivos equiparables, no vulnera el artículo 89, fracción I, de la Constitución Federal, toda vez que cumple con los principios de reserva de ley y de subordinación jerárquica, pues la facultad genérica está reconocida expresamente en una Ley Federal (artículo 92 del Código Fiscal de la Federación) y, en específico, en el Reglamento (artículo 82, fracción II, del Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público), con base en esta última.¹⁵⁰ (Énfasis añadido)

Ahora bien, doctrinalmente se distinguen dos clases de reservas de ley, la reserva de ley absoluta y la reserva de ley relativa.

La reserva de ley absoluta es aquella en que la ley es la única fuente y fundamento, ya que la regulación de una determinada materia se sujeta

¹⁵⁰ Tesis número 1a. CCLXXI/2013 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo 1, Septiembre de 2013, p. 995.

exclusivamente a la ley formal. Esto es, no permite la regulación de una determinada materia a otra fuente que no sea la ley, es decir aquellas normas que se aprueben con sujeción al procedimiento legislativo.¹⁵¹

Un ejemplo es en materia de los de servicios públicos concesionados, cuyo régimen únicamente puede ser emitido mediante una ley en sentido formal y material. Lo anterior, tal como se desprende de los párrafos décimo primero y décimo segundo del artículo 28 de la Constitución.

Artículo 28.- (...)

El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.

(...)

La reserva de ley relativa tiene lugar cuando la Constitución permite que otras partes de la disciplina normativa sean reguladas por fuentes diversas de la ley. Esto es, la reserva de ley relativa tiene lugar cuando la materia puede ser regulada, además por leyes formales, también por fuentes secundarias o subordinadas.¹⁵² Sin embargo, la regulación establecida por fuentes secundarias está subordinada a las

¹⁵¹ Cfr. Romero-Flor, Luis María. “La reserva de ley como principio fundamental del derecho tributario”, *DIXI*, España, vol. 15, núm. 18, julio-diciembre 2013, p. 57 https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/3722/fi_1397319032-revista%20dixi%2018.pdf?sequence=1

¹⁵² Cfr. *Ídem*.

líneas y directrices que la ley establece en la materia disciplinada, ello de conformidad con el principio de supremacía de ley arriba explicado.

A modo de ejemplo, en el artículo 69 de la Constitución establece que el informe de gobierno del presidente se llevará a cabo cada año, sujetándose a lo dispuesto por la ley y los reglamentos, esto es un se trata de reserva de ley relativa.

Artículo 69.- En la apertura de Sesiones Ordinarias del Primer Periodo de cada año de ejercicio del Congreso, el Presidente de la República presentará un informe por escrito, en el que manifieste el estado general que guarda la administración pública del país. En la apertura de las sesiones extraordinarias del Congreso de la Unión, o de una sola de sus cámaras, el Presidente de la Comisión Permanente informará acerca de los motivos o razones que originaron la convocatoria.

Cada una de las Cámaras realizará el análisis del informe y podrá solicitar al Presidente de la República ampliar la información mediante pregunta por escrito y citar a los Secretarios de Estado y a los directores de las entidades paraestatales, quienes comparecerán y rendirán informes bajo protesta de decir verdad. La Ley del Congreso y sus reglamentos regularán el ejercicio de esta facultad.

(...).

Asimismo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha distinguido entre el principio de reserva de ley absoluta y el principio de reserva de ley relativa.

LEGALIDAD TRIBUTARIA. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY.

Este alto tribunal ha sustentado el criterio de que el principio de legalidad se encuentra claramente establecido en el artículo 31 constitucional, al expresar en su fracción IV, que los mexicanos deben contribuir para los gastos públicos de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes. Conforme con dicho principio, es necesaria una ley formal para el establecimiento de los tributos, lo que satisface la exigencia de que sean los propios gobernados, a través de sus representantes, los que determinen las cargas fiscales que deben soportar, así como que el contribuyente pueda conocer con suficiente precisión el alcance de sus obligaciones fiscales, de manera que no quede margen a la arbitrariedad. Para determinar el alcance o profundidad del principio de legalidad, es útil acudir al de la reserva de ley, que guarda estrecha semejanza y mantiene una estrecha vinculación con aquél. Pues bien, la doctrina clasifica la reserva de ley en absoluta y relativa. La primera aparece cuando la regulación de una determinada materia queda acotada en forma exclusiva a la ley formal; en nuestro caso, a la ley emitida por el Congreso, ya federal, ya local. En este supuesto, la materia reservada a la ley no puede ser regulada por otras fuentes. La reserva relativa, en cambio, permite que otras fuentes de la ley vengán a regular parte de la disciplina normativa de determinada materia, pero a condición de que la ley sea la que determine expresa y limitativamente las directrices a las que dichas fuentes deberán ajustarse; esto es, la regulación de las fuentes secundarias debe quedar subordinada a las líneas esenciales que la ley haya establecido para la materia normativa. En este supuesto, la ley puede limitarse a establecer los principios y criterios dentro de los cuales la concreta disciplina de la materia reservada podrá posteriormente ser establecida por una fuente secundaria. Así, no se excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo

que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador. En suma, la clasificación de la reserva de ley en absoluta y relativa se formula con base en el alcance o extensión que sobre cada materia se atribuye a cada especie de reserva. Si en la reserva absoluta la regulación no puede hacerse a través de normas secundarias, sino sólo mediante las que tengan rango de ley, la relativa no precisa siempre de normas primarias. Basta un acto normativo primario que contenga la disciplina general o de principio, para que puedan regularse los aspectos esenciales de la materia respectiva. Preciado lo anterior, este alto tribunal considera que en materia tributaria la reserva es de carácter relativa, toda vez que, por una parte, dicha materia no debe ser regulada en su totalidad por una ley formal, sino que es suficiente sólo un acto normativo primario que contenga la normativa esencial de la referida materia, puesto que de ese modo la presencia del acto normativo primario marca un límite de contenido para las normas secundarias posteriores, las cuales no podrán nunca contravenir lo dispuesto en la norma primaria; y, por otro lado, en casos excepcionales, y que lo justifiquen, pueden existir remisiones a normas secundarias, siempre y cuando tales remisiones hagan una regulación subordinada y dependiente de la ley, y además constituyan un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para el debido cumplimiento de la finalidad recaudatoria.¹⁵³

En conclusión, en la reserva absoluta, la materia reservada únicamente puede ser regulada por normas primarias, esto es, con rango de ley (en sentido formal y material); mientras que en la reserva de ley relativa es suficiente un acto

¹⁵³ Tesis número P. CXLVIII/97, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo VI, Noviembre de 1997, p. 78.

normativo primario que contenga la “disciplina general o de principio, regulando por tanto los aspectos esenciales de la materia respectiva”¹⁵⁴.

El Estado de Derecho goza de diferentes elementos que lo distinguen a fin de reconocer y garantizar a los gobernados los derechos fundamentales, limitando el poder arbitrario. Dentro de dichos elementos se encuentra la existencia de las leyes como límite al poder estatista. De ahí la importancia de la jerarquía normativa en el sistema jurídico mexicano, en el que los reglamentos –norma inferior– se deben de sujetar a la ley –norma superior–; y de la reserva de ley, al postular que ciertas materias únicamente pueden ser reglamentadas por una ley emitida por el Congreso de la Unión o los congresos de las entidades federativas.

¹⁵⁴ Cfr. Góngora Pimente, *op. cit.*, pp. 288.

CAPÍTULO 6

IMPLICACIONES DEL ESTADO REGULADOR AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, JERARQUÍA DE LEYES Y RESERVA DE LEY.

Tras la exposición de la transición a un Estado Regulador, sus características principales y lo más relevante en cuanto al órgano regulador de las telecomunicaciones, es importante analizar los precedentes jurisdiccionales que han determinado las implicaciones del Estado Regulador al principio de legalidad, jerarquía de leyes y reserva de ley.

6.1. Sanciones reglamentarias (Amparo en directo en revisión 3508/2013)

La *litis* a dilucidar en el amparo directo en revisión 3508/2013 resuelto por la Primera Sala de la SCJN el día 30 de abril de 2014, consistió en evaluar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo. Dicho artículo 15 establece lo siguiente:

Artículo 15. Las infracciones a esta ley **y a sus disposiciones reglamentarias** podrán ser sancionadas con multas de 1,000 a 100,000 veces el importe del salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, en la fecha en que se incurra en la falta, a juicio de la autoridad competente, tomando en cuenta la importancia de la falta.

En caso de infracción a lo dispuesto por los párrafos cuarto y quinto del artículo 4° de esta Ley, sin perjuicio de las sanciones previstas en el párrafo anterior, el infractor perderá en favor de Petróleos Mexicanos los subproductos petrolíferos o petroquímicos básicos obtenidos.

Para aplicar este artículo, se seguirá el procedimiento previsto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

La parte quejosa planteó que dicho artículo era inconstitucional al considerar que **(i)** se trasgrede el derecho de seguridad jurídica consagrado en los artículos 14 y 16 de la Constitución al no señalar las conductas que se deben de considerar infracciones y los parámetros objetivos que limitan a la sanción correspondiente; y **(ii)** permite al poder ejecutivo determinar cuáles son las conductas infractoras, transgrediéndose el principio de reserva de ley.

Al estudiar el fondo del asunto, la Primera Sala analizó el Estado Regulador concluyendo que el mismo es una modulación del Estado Social de Derecho, en el cual las autoridades tienen la facultad coactiva para planear y regular actividades económicas, sociales y culturales.

El estado regulador como concepto jurídico y político surge ante la necesidad de normar actividades económicas complejas que por su naturaleza son dinámicas y maleables. En ese sentido, comprende un diseño institucional de intervención en determinadas industrias que dado el elevado interés público en su desarrollo, no se deja al libre mercado su autorregulación y, en determinados casos, tampoco a los poderes tradicionales del Estado. El estado regulador tiene como fundamento constitucional, la rectoría económica del Estado, el desarrollo nacional y la máxima disfrute y garantía de los derechos humanos.¹⁵⁵

En ese contexto, la SCJN analizó el principio de legalidad como límite al derecho administrativo sancionador, reconociendo que existen diferentes grados de aplicación y exigencia, dependiendo de si se trata del Estado Policía o del Estado Regulador. En ese último, se lleva a cabo una regulación de ciertos sectores,

¹⁵⁵ Sánchez de Tagle, Gonzalo, “*La Suprema Corte, el Estado regulador y las reformas estructurales I/II*”, *El juego de la Corte revista nexos*, México, 29 de enero de 2018. https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=7411#_ftn1

generalmente tratándose del mercado y de actividades sociales o de interés público; creándose un esquema regulatorio general.¹⁵⁶

(...) las sanciones del Estado regulador presupone 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 cierto bien público, por lo que su conducta está regulada por un cuerpo de normas, que si bien tiene como marco una ley que establece las líneas regulativas principales, también se integra por una pluralidad de instrumentos normativos, como son reglamentos, normas oficiales mexicanas u otras normas de naturaleza administrativa, que son requeridas por la regulación especializada técnica y flexible para la realización de ciertos fines de política públicas, establecidos en la Constitución o en las leyes, las que, en contrapartida, se han de desarrollar por órganos administrativos igualmente especializados y técnicos.¹⁵⁷

En tal virtud, los Ministros de la Primera Sala de la SCJN por unanimidad determinaron que el Estado Regulador está sujeto al principio de legalidad (incluyendo los subprincipios de tipicidad y reserva de ley), así como al principio de eficacia y planeación.

El modelo de Estado Regulador supone un compromiso entre principios: El principio de legalidad requiere que la fuente legislativa, con legitimidad democrática, sea la sede de las decisiones públicas desde donde se lleve a cabo la rectoría económica del Estado, pero el principio de eficiencia y planificación requiere que sean los órganos

¹⁵⁶ Amparo en revisión 3053/2013, *op. cit.*, párrafo, 103.

¹⁵⁷ Amparo en revisión 3053/2013, *op. cit.*, párrafo, 136.

expertos y técnicos los que conduzcan esos principios de política pública a una óptima realización, mediante la emisión de normas operativas que no podrían haberse previsto por el legislador, o bien, si estableciéndolo, estarían en un constante peligro de quedar obsoletos, pues los cambios constantes de los sectores tecnificados obligaría a una constante adaptación poco propicia para el proceso legislativo y más apropiado para los procedimientos administrativos.¹⁵⁸

6.1.1. Principio de legalidad.

Es importante recordar que el principio de legalidad “consiste en que ningún órgano del estado puede tomar una decisión individual que no sea conforme a una disposición general anteriormente dictada, es decir, la legalidad significa, como lo dice Vedel, “conformidad con el derecho y es sinónimo de regularidad jurídica.”¹⁵⁹

Dicho principio de legalidad se encuentra consagrado en los artículos 14 segundo párrafo y 16 primer párrafo de la Constitución que, en la parte conducente, establecen lo siguiente:

Artículo 14. (...)

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

(...)

¹⁵⁸ Amparo en revisión 3053/2013, párrafo 139.

¹⁵⁹ Fraga, Gabino, *op. cit.*, p. 99.

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo.

(...)

En ese contexto el Constituyente Permanente previó que los actos privativos o de molestia deben de sujetarse a lo que previamente haya dispuesto el legislador, de modo que cualquier acto que emitan las autoridades y que trascienda en la esfera jurídica del gobernado, debe de estar debidamente fundado y motivado.

Ahora bien, la Primera Sala al resolver el amparo en cuestión señaló que el principio de legalidad también sujeta a los órganos reguladores, pues los agentes regulados deben de conocer las infracciones y sanciones que pueden imponer las agencias independientes en aras de respetar su derecho de seguridad jurídica.¹⁶⁰

Ciertamente, estos sujetos regulados tienen derecho al principio de legalidad, pero, como se había precisado, mediante la proyección de una doble exigencia cualitativa en el subprincipio de tipicidad, consistente en que tengan un grado de previsibilidad admisible constitucionalmente y que la autoridad encuentre una frontera clara a la arbitrariedad; sin embargo, en este contexto, el principio de reserva de ley adquiere una expresión mínima, pues, al tratarse de sectores tecnificados y especializados, es dable al legislador establecer esquemas regulatorios, cuyo desarrollo, en esas cuestiones, correspondan a órganos igualmente especializados. Esto explica

¹⁶⁰ Amparo en revisión 3058/2013, *op. cit.*, p.48.

porque la Constitución contempla órganos constitucionalmente autónomos en distintos sectores, como competencia económica, telecomunicaciones, energía etcétera, con facultades de creación normativa: su finalidad es desarrollar desde una racionalidad técnica los principios generales de política pública establecidos por el legislador.

En ese contexto, el principio de reserva de ley “exige como mínimo que el control normativo quede en manos del legislador democrático, pero no que él regule todas las cuestiones técnicas de una cuestión compleja”¹⁶¹. Esto es, la infracción debe estar prevista en una ley en sentido formal y material, mientras que las normas generales emitidas por órganos reguladores pueden establecer otras obligaciones cuyo incumplimiento actualice una infracción siempre que guarden una estrecha relación con lo dispuesto por el legislador.¹⁶²

(...) también debe agregarse a esta teleología del principio de legalidad, la exigencia constitucional de preservar la reserva legislativa del marco regulatorio que asegura que sea el proceso democrático el que controle la política punitiva en materia administrativa. Este principio democrático, de reserva de ley, sin embargo, ha evolucionado al grado de permitir al legislador habilitar la participación de órganos administrativos o del Ejecutivo para desarrollar una regulación especializada y técnica sobre temas constitucionalmente relevantes que, sin embargo, no podrían ser desarrollados óptimamente en el proceso legislativo a costa de resultar obsoleta o ineficaz para responder a las necesidades regulativas de sectores especializados; así, el principio de reserva de ley, que exige que la toma de decisiones públicas resida en la ley, tratándose de ciertos temas regulatorios, permite al legislador

¹⁶¹. *Ibidem*, p. 140.

¹⁶² Cfr. *Ídem*.

preservar su control democrático mediante la delegación de acotadas facultades de creación normativa a órganos administrativos, siempre y cuando se compruebe la existencia de esa voluntad legislativa de delegación y se actúe sobre la base de los lineamientos de política legislativa establecida en la ley.¹⁶³

De lo contrario, en caso de que contengan un desarrollo normativo incompatible con la legislación, serán normas administrativas que no encuentran una racionalidad técnica o especializada, y por lo tanto deberán ser declaradas inconstitucionales.¹⁶⁴

Por lo que respecta al principio de tipicidad, se estableció que sin importar la fuente jurídica en la cual se señale la obligación, la conducta infractora sea inteligible e individualizable, de modo que los gobernados puedan conocer las consecuencias y se evite la arbitrariedad de la autoridad. Sin que sea necesario que la infracción esté prevista de manera completa en una sola norma, siendo admisible que se establezca como conducta infractora el incumplimiento de una obligación prevista en una ley distinta.¹⁶⁵

6.1.2. Principio de eficiencia y planificación.

Por lo que respecta al principio de eficiencia y planificación, la Primera Sala consideró que si bien los actos emitidos por los órganos reguladores deben de respetar siempre el principio de legalidad; también dichos actos son emitidos con base en el principio en mención, esto es, que sean los órganos con conocimiento

¹⁶³ *Ibidem*, p. 41.

¹⁶⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 140.

¹⁶⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 120.

técnico y especializado los que conduzcan las de políticas públicas a una óptima realización.¹⁶⁶

El legislador no puede cambiar constantemente las normas al ritmo del mercado, por lo que, de quedar bajo su facultad la emisión de dichas normas, éstas quedarían obsoletas.¹⁶⁷

En efecto, la concurrencia de los principios democrático, a que sirve el subprincipio de reserva de ley y el principio de eficiencia, exigido por el fin de planificación o regulación de área especializadas, justifica la existencia de leyes que, cuando menos, establezcan los marcos generales de regulación de un cierto sector, en los que se pueden incluir mandatos delegatorios a órganos especializados, algunas veces autónomos constitucionales, otras veces, insertos en la administración pública con cierta autonomía de gestión, o incluso, simplemente a la fuente reglamentaria, para que, a la luz de las pautas contenidas en las leyes, se emitan normas infra-legales para regular ciertas cuestiones de complejidad técnica en la medida que sea necesario para para adaptar y no hacer obsoleto el esquema legal, lo cual se estima indispensable para lograr la realización del fin planificador o de rectoría económica. Por tanto, no es inconstitucional que existan preceptos legales que establezcan tipos de sanción administrativa, en los que la conducta típica se integre con normas de fuentes infralegales, siempre que esa regulación, vista integralmente, conforme una predeterminación cierta de la conducta debida que impide la arbitrariedad de la autoridad aplicadora y el legislador

¹⁶⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 139.

¹⁶⁷ Cfr. *Idem*.

conservar el control de la política pública, al regular los lineamientos generales en la ley de la materia.¹⁶⁸

En ese orden de ideas, los agentes regulados tienen un grado de previsibilidad diverso respecto del principio de legalidad que el resto de los particulares, pues si bien los órganos reguladores deben de sujetarse al principio de tipicidad con la finalidad de evitar actos arbitrarios, también es cierto que el principio de reserva de ley se ve disminuido. Esto es así, pues el órgano legislativo únicamente define los esquemas regulatorios conforme a las políticas públicas, mientras que los órganos reguladores desarrollan dichas políticas desde el punto de vista de las cuestiones técnicas y especializadas con base en el principio de eficiencia y planificación.¹⁶⁹

Así, a manera de conclusión, “el modelo de estado regulador comprende la convivencia del principio de legalidad, que a través de la actividad legislativa, formal y material, es la fuente de legitimación democrática en donde se realiza la rectoría económica del Estado y, los principios de eficiencia, planificación e innovación, que dispone que sean órganos especializados quienes materialicen los principios legalmente dispuestos, mediante la expedición de normas que por su naturaleza no podrían ser previstas por el legislador o que, dada su naturaleza maleable, serían obsoletas. A esto último la SCJN lo ha denominado competencia especializada o deferencia técnica.”¹⁷⁰

6.2. Portabilidad (Controversia constitucional 117/2014).

Posteriormente el Pleno de la SCJN analizó el ámbito de competencia del órgano regulador frente al Poder Legislativo. Como se había anteriormente señalado en la

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 146.

¹⁶⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 49.

¹⁷⁰ Sánchez de Tagle, Gonzalo, “*La Suprema Corte, el Estado regulador y las reformas estructurales I/II*”, *op. cit.*

sección 2.3 del Segundo Capítulo, la Cámara de Senadores promovió una controversia constitucional en contra del Acuerdo de Portabilidad Numérica emitido por el Pleno del IFT, la cual fue radicada con el número de expediente 117/2014.

La Cámara de Senadores demandó que el Pleno del IFT se excedió de sus facultades al emitir el Acuerdo de Portabilidad Numérica, invadiendo la esfera de competencia del órgano legislativo.

Los Ministros del Alto Tribunal a fin de resolver sobre los conceptos de invalidez planteados, partieron de la base que el IFT es un “nuevo órgano autónomo, con una nómina competencial propia y diferenciada respecto de los otros poderes y órganos previstos en el texto fundamental.”¹⁷¹

(...) el IFT, al contar con competencias propias, puede oponerlas a los tres Poderes de la Unión, en los que se divide el poder público, según el artículo 49 de la Constitución Federal, en un ámbito material delimitado constitucionalmente definido: “el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en los términos que fijen las leyes”. En otras palabras, independientemente de lo que hagan los otros poderes, el IFT tiene un ámbito de poder propio, que puede utilizar al máximo de su capacidad para realizar sus fines institucionales. Ello es consecuencia de ser titular de facultades constitucionales propias.¹⁷²

Bajo ese contexto, se dieron a la tarea de analizar la jerarquía de normas y el principio de reserva de ley con el objeto de delimitar las facultades del órgano legislativo y del órgano regulador. En esta resolución se estableció un nuevo

¹⁷¹ Controversia Constitucional 117/2014, *op. cit.*, párrafo 216.

¹⁷² *Ibidem*, párrafo 229.

principio aplicable a las disposiciones de carácter general: el principio de no contradicción.

6.2.1. Jerarquía de normas.

A fin de analizar la jerarquía de normas el Pleno de la SCJN señaló que el IFT tiene dos tipos de facultades para expedir disposiciones de carácter general, una para las internas y otra para las externas.¹⁷³

Las internas son aquellas normas emitidas para el cumplimiento de su función regulatoria, como es el Estatuto Orgánico; mientras que las externas son aquellas en las que se ve concretada su función regulatoria.¹⁷⁴ Ahora bien las normas de regulación externas tienen dos límites precisos: el límite material y el límite jerárquico.¹⁷⁵

El límite material se encuentra previsto en el artículo 28 Constitucional y se sintetiza en los siguientes tres grandes rubros:¹⁷⁶

- a) El desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en los términos que fijen las leyes;
- b) La regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, así como del acceso a infraestructura activa, pasiva y otros insumos esenciales,

¹⁷³ Cfr. *Ibíd*em, párrafo 234.

¹⁷⁴ Cfr. *Ibíd*em, párrafo 235.

¹⁷⁵ Cfr. *Ibíd*em, párrafo 237.

¹⁷⁶ Cfr. *Ibíd*em, párrafo 239.

garantizando lo establecido en los artículos 6º y 7º de esta Constitución; y

c) En materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones.¹⁷⁷

Por su parte el límite jerárquico, también previsto en el artículo 28 constitucional, párrafo dieciséis impone que las normas del IFT “se encuentra por debajo de la Constitución, y un peldaño inferior, también debajo de las leyes que emita el Congreso de la Unión”¹⁷⁸.

Aunado al artículo 28 Constitucional, no debe perderse de vista que el artículo 73 fracción XVII de la Carta Magna establece que el Congreso de la Unión tiene facultades para legislar en materia de “vías generales de comunicación, tecnologías de la información y la comunicación, radiodifusión, telecomunicaciones, incluida la banda ancha e internet, postas y correos, y sobre el uso y aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal”.

(...) debe interpretarse que las leyes emitidas con fundamento en el artículo 73, fracción XVII, de la Constitución Federal establecerán los términos conforme a los cuales el IFT desarrollará su función regulatoria.

Así, este Tribunal Pleno observa que el IFT tiene la facultad constitucional de emitir disposiciones administrativas de carácter general exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia, esto es, que tengan “por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en los términos que

¹⁷⁷ *Ibidem*, párrafo 239.

¹⁷⁸ Cfr. *Ibidem*, párrafo 240.

fijen las leyes,” constituyendo sus disposiciones generales una fuente jurídica jerárquicamente inferior a las leyes emitidas con fundamento en el artículo 73, fracción XVII de la Constitución Federal, a cuyos términos debe ajustarse dicho órgano constitucional autónomo, en términos del artículo 28 también constitucional.¹⁷⁹

Tras establecerse los límites de las normas generales emitidas por el IFT, los Ministros se dieron a la tarea de contestar la siguiente pregunta: “¿A las disposiciones de carácter general emitidas por el IFT resultan aplicables los principios de reserva de ley y subordinación jerárquica de la ley, en términos equivalente que a los reglamentos del Ejecutivo en términos del artículo 89, fracción I, de la Constitución Federal?”¹⁸⁰

Considerando además que el Constituyente Permanente creó el IFT argumentando que los objetivos buscados son los siguientes:

1. Ampliar el espectro de protección de los derechos a la libertad de expresión y acceso a la información en el sector de las telecomunicaciones, así como prever la existencia de una nueva nómina de derechos de los usuarios de las telecomunicaciones y de las audiencias, con sus respectivos mecanismos para su protección.
2. La necesidad de crear un órgano independiente que pueda resolver sobre la base de razonamientos técnicos y científicos todas aquellas cuestiones necesarias para fortalecer el mercado de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión y, por tanto, generar riqueza y bienestar social, así como para proteger los derechos a la libertad de expresión y de acceso a la información,

¹⁷⁹ *Ibidem*, párrafo 244.

¹⁸⁰ *Ibidem*, párrafo 248.

mediante la regulación de los concesionarios y de los servicios que, desde la aprobación de la reforma, serían calificados constitucionalmente como servicios públicos, para reconfigurarlos materialmente como espacios públicos disponibles para el regulador para cumplir los fines materiales establecidos en la Constitución. En otras palabras, la necesidad de fortalecer institucionalmente a un regulador que fuera independiente de los órganos políticos y de los sujetos regulados, para reconfigurar al sector de telecomunicaciones y radiodifusión como espacios de proyección de un mercado eficiente y, principalmente, apto para el ejercicio robusto y desinhibido de los derechos humanos a la expresión y acceso a la información.

3. Con independencia de la creación de un órgano constitucional autónomo regulador en la materia, otorgar competencias al Congreso de la Unión para la emisión legislación en la materia de telecomunicaciones y radiodifusión.¹⁸¹

En ese sentido, la SCJN no le dio la razón al Senado, sino que al establecerse a nivel constitucional las facultades del IFT para emitir normas generales, concluyó que existe una concurrencia de facultades entre ambos, y por lo tanto el IFT tiene libertad de configuración normativa y no guarda una posición de subordinación con respecto al Congreso.¹⁸²

Para responder conviene dejar atrás la forma tradicional de concebir el sistema jurídico. Es decir, ya no verlo como un sistema piramidal y derivativo –a *la* Kelsen– sino cómo una serie de estructuras

¹⁸¹ *Ibidem*, párrafo 295.

¹⁸² Cfr. Vivanco Lira, Martín, “La Corte y su defensa de la autonomía del IFETEL”, *El Juego de la Corte en revista nexos*, México, 2 de junio de 2015, <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=4696>.

normativas que coexisten y se relacionan entre sí y cuya validez deriva de la norma constitucional. De esta manera la relación de las normas que emita el IFT con el resto del ordenamiento variaría de caso en caso. Se partiría de la premisa de que, casuísticamente, habría que delimitar la competencia regulatoria del IFT.¹⁸³

Así, debe de existir una coordinación entre el Congreso y el IFT para lograr los fines constitucionales del sector de telecomunicaciones y radiodifusión; siendo competencia del legislador establecer las bases generales y del IFT desarrollar e implementarlas; sin que el Congreso de la Unión pueda subrogarse las facultades regulatorias del IFT, trasgrediendo la tarea que el constituyente permanente le encomendó al órgano regulador.¹⁸⁴

Al respecto, vale la pena considerar lo señalado por Martín Vivanco:

Para entender mejor lo anterior conviene hacer una distinción que estuvo ausente del debate en la Corte. Hay una diferencia estructural y teleológica entre las normas que emite un regulador como el IFT y las que emite el Congreso de la Unión. La estructura de las normas que emite el Congreso tienen una generalidad, abstracción y forma de modificación cuyo alcance y grado es diferente a las que emite el IFT. El regulador emite normas de una generalidad y abstracción mucho más reducida que cualquier norma legislativa, ya que su finalidad es llevar a cabo una operación de la forma más eficiente posible. Es decir, en su hipótesis se va a señalar una serie de propiedades muy concretas y concatenadas (por ejemplo, una tarifa o parámetros económicos) cuyo seguimiento debería derivar en un resultado específico. Esto es así porque se parte de la premisa de que el IFT es el órgano especializado con la infraestructura técnica

¹⁸³ *Ídem.*

¹⁸⁴ Cfr. *Ídem.*

necesaria para regular los mercados que tiene encomendados, y, por ello, es indispensable que pueda emitir y cambiar su regulación de forma expedita, es decir, su actuar debe obedecer a una lógica flexible –como flexibles son los mercados regulados, sujetos a cambios tecnológicos constantes. En cambio, las normas que emite el legislador tienen una vocación de permanencia, de rigidez, por el simple hecho de que su legitimidad no obedece a una racionalidad técnica, sino democrática y ésta requiere que se cumplan los procedimientos de reforma que establece la Constitución, precisamente para respetar la pluralidad política que conforma uno de los ejes de la legitimidad democrática.¹⁸⁵

6.2.2. Reserva de ley.

Si bien es cierto que los órganos reguladores y las normas y actos que emitan, se encuentran inmersas en el principio de subordinación jerárquica de leyes, también lo es que el principio de reserva de ley, que rige la facultad de dichos órganos por cuanto hace a la emisión de normas con carácter general, les es aplicable de manera diferenciada. Esto es, no se exige necesariamente la existencia de una ley formal y material para que el órgano regulador esté legitimado para emitir una norma general, sino que frente a inactividad legislativa, puede emitir disposiciones válidas, tomando como parámetro de validez a la propia Constitución. Se trata de competencia originaria y no delegada.¹⁸⁶

¹⁸⁵ *Ídem.*

¹⁸⁶ Sánchez de Tagle, Gonzalo, “*La Suprema Corte, el Estado regulador y las reformas estructurales II/II*”, *El juego de la Corte revista nexos*, México, 29 de enero de 2018. <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=7413>

Tras la transición al Estado Regulador, el Pleno de la SCJN ha determinado que ciertos órganos reguladores tienen facultades regulatorias que son distintas a las facultades reglamentarias del Ejecutivo Federal.

De la exposición de las razones del Constituyente se observa que nuestro modelo constitucional adopta en su artículo 28, la concepción del Estado Regulador, entendido como el modelo de diseño estatal insertado por el Constituyente Permanente para atender necesidades muy específicas de la sociedad postindustrial (suscitadas por el funcionamiento de mercados complejos), que deposita en ciertas agencias independientes —de los órganos políticos y de los entes regulados— la regulación de ciertas cuestiones especializadas sobre la base de disciplinas/o racionalidades técnicas. Este modelo de Estado Regulador, por regla general, exige la convivencia de dos fines: la existencia eficiente de mercados, al mismo tiempo que la consecución de condiciones equitativas que permitan el disfrute más amplio de todo el catálogo de derechos humanos con jerarquía constitucional. De ahí, que a estos órganos se les otorgue funciones regulatorias, diferenciadas de las legislativas, otorgadas al Congreso de la Unión y de las reglamentarias otorgadas al Ejecutivo por el artículo 89, fracción I de la Constitución Federal.¹⁸⁷

Al respecto, es importante definir que el modelo constitucional mexicano dispone que es el Poder Legislativo es el órgano democrático, apropiado y apto para decidir y resolver sobre los bienes jurídicos tutelados.¹⁸⁸ Incluso se ha señalado que los reglamentos se distinguen de las leyes, tanto por la jerarquía normativa como por la legitimidad axiológica¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Controversia Constitucional 117/2014, *op. cit.*, párrafo 352.

¹⁸⁸ Cfr *Ibidem*, párrafo 332.

¹⁸⁹ Cfr *Ibidem*, párrafo 334.

Por ello, los reglamentos están sujetos a dos principios **(i)** el principio de reserva de ley por el cual se establece que hay determinadas materias que únicamente pueden ser reguladas por una ley en sentido formal y material, sobre todo cuando se trata de los bienes jurídicos de mayor valía; y **(ii)** el principio de subordinación jerárquica por el que se exige que los reglamentos únicamente desarrollen una ley en la cual encuentren su justificación y medida.¹⁹⁰

Sin embargo tratándose de las normas emitidas por el Pleno del IFT, los Ministros de nuestro Máximo Tribunal determinaron que no se encuentran sujetos a dichos principios. Ello pues la racionalidad del artículo 28 de la Constitución responde a una narrativa estatal diversa, esto es, busca el fortalecimiento del órgano regulador que innove el ordenamiento jurídico.¹⁹¹

En efecto, este Tribunal Pleno considera que los precedentes referidos a la facultad reglamentaria del Ejecutivo, conforme el artículo 89, fracción I, constitucional no son aplicables a las disposiciones de carácter general del IFT por una razón de diseño institucional: el Constituyente reservó para el IFT un balance de distribución de poder público distinto, ya que, a diferencia del reglamento, en las disposiciones de carácter general del IFT sí se deposita un umbral de poderes de decisión que invisten a ese órgano de un poder de innovación o configuración normativa ausente en el Ejecutivo. Dicha facultad es regulatoria y constituye una instancia de producción normativa diferenciada de la legislación, conforme al artículo 73 constitucional, de los reglamentos del Ejecutivo del artículo 89, fracción I constitucional, y de las cláusulas habilitantes que esta Suprema Corte ha reconocido puede establecer el Congreso de la

¹⁹⁰ Cfr *Ibídem*, párrafo 337.

¹⁹¹ Cfr *Ibídem*, párrafo 340.

Unión, para habilitar a ciertos órganos administrativos para emitir reglamentación, emitidas con fundamento en los artículos 73, fracción XXX y 90 de la Constitución Federal.¹⁹²

(...)

La diferencia de los enunciados normativos es evidente, pues mientras que el reglamento se prevé como un instrumento de ejecución de la ley, las disposiciones de carácter general del IFT se prevén como instrumentos regulatorios en un ámbito de competencia material, y no como meros instrumento de ejecución, o de reglamentación en el sentido del artículo 89, fracción I, o de las cláusulas habilitantes que el Congreso de la Unión puede otorgar en favor de ciertos órganos administrativos.¹⁹³

(...)

Por tanto, en principio, no existe razón constitucional para afirmar que ante la ausencia de una ley no sea dable constitucionalmente que el IFT emita regulación autónoma de carácter general, siempre y cuando sea “exclusivamente para el cumplimiento de su función reguladora en el sector de su competencia”¹⁹⁴

En ese sentido, los principios de reserva de ley y de subordinación jerárquica de la ley no son aplicables a las normas generales emitidas por el IFT, no son aplicables con el mismo grado de exigencia con que se hace a los reglamentos del Ejecutivo.¹⁹⁵

Lo anterior, cobra mayor sentido considerando que los órganos reguladores, por su autonomía y aptitud técnica, crean normas técnicas a las que, a diferencia

¹⁹² *Ibidem*, párrafo 341.

¹⁹³ *Ibidem*, párrafo 344.

¹⁹⁴ *Ibidem*, párrafo 346.

¹⁹⁵ Cfr. *Ibidem*, párrafo 347

del poder legislativo, les pueden dar seguimiento cuando sea necesario según el mercado y los sectores alcancen resultados óptimos.¹⁹⁶

En la toma de decisiones jurídicas que consideren medidas ajustables a condiciones cambiantes, las normas legislativas o regulatorias tienen distinta versatilidad. Una ley tiene pretensión de permanencia a largo plazo, es rígida, su modificación depende de criterios propios de la discrecionalidad política, el acuerdo, la agenda, la conveniencia, la capacidad de cabildeo de los grupos de interés. Sin ser ajeno a la influencia de la política y de los grupos de interés, el procedimiento y decisión por el IFT, supone información sobre hechos y evidencias, conocimientos técnicos, metodologías, procedimientos de mejora regulatoria, racionalidad técnica y política regulatoria.¹⁹⁷

El principio de reserva de ley no tienen el mismo grado de exigibilidad respecto de la normas emitidas por el IFT, ya que dicho órgano regulador tiene facultades regulativas, en contraposición de las normas reglamentarias.

6.2.3. Principio de no contradicción.

En el Estado Regulador el principio de legalidad se ve modificado. Pues el Constituyente Permanente depositó en el IFT un poder de creación normativa que lo faculta para innovar el ordenamiento jurídico en el sector de su competencia.¹⁹⁸ En ese sentido el subprincipio de subordinación jerárquica también se entiende de

¹⁹⁶ Cfr. *Ibíd*em, párrafo 354

¹⁹⁷ Roldán Xopa, José, “*Sobre la tarifa cero. Los alcances del proyecto del ministro Laynez*”, *El Juego de la Corte revista nexos*, México, 14 de agosto de 2017 https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=6787#_ftn7

¹⁹⁸ Cfr. Controversia Constitucional 117/2014, *op. cit.*, párrafo 366.

forma diferenciada, pues la validez de las normas se deberá determinar con base en el principio de no contradicción.¹⁹⁹

Dicho principio de no contradicción consiste en que el IFT puede innovar las normas en el ámbito de su competencia con independencia del que el legislador haya emitido o no normas respecto de la misma materia. Sin embargo, si existen leyes, el IFT debe de respetar su contenido, de modo que las normas generales que emita no pueden contradecirlas.²⁰⁰

(...) Atendiendo a su carácter diferenciado, este principio no implica que necesariamente deba existir una ley precedida que sea la medida de las disposiciones de carácter general del IFT, pues constitucionalmente, de existir una inactividad legislativa sobre la materia, el IFT podría emitir dichas disposiciones y autónomamente lograr validez si no exceden las delimitaciones internas del artículo 28 constitucional.²⁰¹

Sin embargo, en caso de existir una ley en la materia y un cuerpo de disposiciones administrativas de carácter general del IFT, debe concluirse que ambas fuentes no se encuentran en paridad, pues, conforme a lo demostrado, las reglas del IFT se encuentran en un peldaño normativo inferior, por lo que en caso de conflicto la disposición del IFT debe ceder frente a la ley. En este sentido, este Pleno concluye que las disposiciones administrativas de carácter general del IFT deben respetar la *exigencia normativa de no contradicción* con las leyes.²⁰²

¹⁹⁹ Cfr. *Ibidem*, párrafo 367.

²⁰⁰ Cfr. *Ibidem*, párrafos 367 y 368.

²⁰¹ *Ibidem*, párrafo 367.

²⁰² *Ibidem*, párrafo 368.

Así, el Pleno de la SCJN determinó que el principio de subordinación jerárquica será aplicado pero de forma diferenciada, esto es, bajo el principio de no contradicción. Mientras que el principio de reserva de ley únicamente será aplicado excepcionalmente cuando en la Constitución se observe expresamente la intención de reservar al legislador la facultad exclusiva respecto determinada materia.²⁰³

Por tanto, a las disposiciones administrativas generales del IFT, les resulta aplicable el principio de supremacía jerárquica de la ley (en la forma de la exigencia normativa de no contradicción) no así, por regla general, el principio de **reserva de ley**, ya que la función de éste es inhibir lo que busca propiciar el artículo 28, vigésimo párrafo, fracción IV constitucional: la regulación propia de un ámbito material competencial para desarrollar un cuerpo de reglas que avance los fines estructurales y de protección de derechos a la libertad de expresión y acceso a la información en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, en un espacio independiente de las presiones políticas que impulsan el proceso democrático, así como de los intereses de los entes regulados.²⁰⁴

6.3. Tarifa Cero (Amparo en revisión 1100/2015).

Posteriormente, la Segunda Sala de la SCJN analizó la inconstitucionalidad de los artículos 131 párrafo segundo inciso a), y párrafo tercero, así como los artículos Sexto, Vigésimo y Trigésimo Quinto transitorios del decreto por el cual se expidió la LFTR impugnados en su carácter de norma autoaplicativa.

²⁰³ Cfr *Ibidem*, párrafos 367, 372 y 373.

²⁰⁴ *Ibidem*, párrafo 369.

El artículo 131 párrafo segundo inciso a) de la LFTR establece que los agentes económicos preponderantes del sector de telecomunicaciones no podrán cobrar la tarifa de interconexión por terminación al resto de los concesionarios en dicho sector (a lo que se le ha conocido como Tarifa Cero); mientras que el resto de los artículos transitorios previeron la entrada en vigor y aplicación de la regla de gratuidad en mención.

Al estudiar el fondo de dicho amparo en revisión, la Segunda Sala nuevamente analizó las facultades del Congreso de la Unión en contraposición a las facultades del IFT.

Telcel, agente económico preponderante en el sector de Telecomunicaciones y parte quejosa del amparo en revisión 1100/2015, argumentó -entre otros- que el Congreso de la Unión al emitir los artículos tildados de inconstitucionales trasgredió la facultad exclusiva del IFT al tratarse de un tema regulatorio del cual únicamente puede pronunciarse dicho Instituto en su carácter de órgano regulador dotado de conocimientos técnicos y especializados.

A partir del análisis de los argumentos y premisas tanto de la Juez de Distrito como de la recurrente, esta Segunda Sala advierte que la cuestión a resolver consiste fundamentalmente en determinar si el Instituto Federal de Telecomunicaciones, en su carácter de órgano constitucional autónomo, tiene competencia originaria y exclusiva, para fijar el régimen asimétrico relativo a las tarifas de interconexión para el caso de terminación de redes fijas y móviles; pues sólo a partir de tal determinación podría concluirse si asiste la razón a la recurrente al señalar que el Congreso de la Unión, al determinar la denominada “tarifa cero” o “régimen de gratuidad” para la terminación de llamadas en redes móviles, tratándose del agente económico preponderante,

invadió las competencias constitucionales conferidas al Instituto Federal de Telecomunicaciones.²⁰⁵

6.3.1 Facultades exclusivas de IFT.

La Segunda Sala de la SCJN analizó los ejes rectores del Decreto Constitucional en Materia de Telecomunicaciones e identificó cuatro ámbitos o dimensiones que fueron reformados por el Constituyente Permanente, a saber:

- a) En el ámbito **sustantivo** se reconocieron derechos humanos de información de tecnologías de la información y la comunicación, así como los mecanismos de protección. En ese sentido se determina que las telecomunicaciones y la radiodifusión son servicios de interés general y por lo tanto el Estado debe de garantizar que sean prestados en condiciones de competencia, calidad, interconexión acceso libre, continuidad y entre otros.
- b) En el ámbito **adjetivo**, el Constituyente incluyó en el artículo 28 constitucional reglas procesales tendientes a limitar la interposición de medios de impugnación múltiples; por lo que se crean los Tribunales especializados en la materia, y se estableció que los actos del IFT únicamente serían impugnados vía juicio de amparo indirecto sin que éstos pudieran ser suspendidos.
- c) En el ámbito **regulatorio**, el Constituyente Permanente determinó acciones inmediatas que favorecen la competencia como la determinación de obligaciones específicas a los agentes económicos preponderantes o con poder sustancial en el mercado, entre otras.

²⁰⁵ Amparo en revisión 1100/2015 resuelto por unanimidad de votos de la Segunda Sala de la SCJN el día 16 de agosto de 2018, párrafo 37.

d) Finalmente, en el ámbito **institucional**, se fortalecieron los órganos reguladores, entre ellos el IFT, a fin de garantizar que el ejercicio de sus competencias sea desplegado con base en las capacidades técnicas y con autonomía constitucional.²⁰⁶

Así, a partir del ámbito regulatorio e institucional, se deben de analizar las nuevas facultades regulatorias otorgadas por el Constituyente Permanente al IFT en su carácter de constitucional autónomo, considerando que éste puede emitir, al igual que el Congreso de la Unión, normas generales en materia de telecomunicaciones y radiodifusión.²⁰⁷

Estas atribuciones originarias a cargo del IFETEL constituyen, junto con otras, una garantía institucional respecto de su autonomía e independencia. En ese sentido, la garantía institucional asegura un contenido fijo, mínimo e inderogable de determinados conceptos constitucionales. Dicho de otra forma, busca proteger los atributos esenciales de la institución frente al legislador. Que, en el caso, se encuentran en el artículo 28 constitucional y en el régimen transitorio aludido.²⁰⁸

Ahora bien, la Segunda Sala estableció que para analizar la posible invasión de esferas entre el IFT y el Congreso de la Unión se debe de atender al caso en concreto, considerando que las facultades del IFT no se son habilitadas por el legislador, sino que el órgano regulador en mención tiene un ámbito propio de facultades, mismas que puede ejercer en forma exclusiva.²⁰⁹

²⁰⁶ Cfr. *Ibidem*, párrafo 45.

²⁰⁷ Cfr. *Ídem*.

²⁰⁸ Sánchez de Tagle, Gonzalo, “*La Suprema Corte, el Estado regulador y las reformas estructurales II/II*”, *op. cit.*, <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=7413>

²⁰⁹ Cfr. Amparo en revisión 1100/2015, *op. cit.*, párrafos 60 a 76.

En tal virtud, tratándose del caso en concreto, esto es si la regla de gratuidad establecida por el Congreso de la Unión invade o no la esfera de competencia del IFT, la Segunda Sala hizo notar que la Constitución le otorgó al IFT la competencia para regular asimétricamente a los participantes del sector de telecomunicaciones con el objeto garantizar un mercado competente y de libre concurrencia, siendo ésta una facultad originaria que resulta oponible al resto de los Poderes de la Unión²¹⁰.

Ello, tal como se desprende de la fracción III del artículo Octavo Transitorio del Decreto Constitucional en Materia de Telecomunicaciones, que a su letra establece lo siguiente:

TRANSITORIO OCTAVO. Una vez constituido el Instituto Federal de Telecomunicaciones conforme a lo dispuesto en el artículo Sexto Transitorio, deberá observarse lo siguiente:

(...)

III. El Instituto Federal de Telecomunicaciones deberá determinar la existencia de agentes económicos preponderantes en los sectores de radiodifusión y de telecomunicaciones, **e impondrá las medidas necesarias para evitar que se afecte la competencia y la libre concurrencia y, con ello, a los usuarios finales.** Dichas medidas se emitirán en un plazo no mayor a ciento ochenta días naturales contados a partir de su integración, **e incluirán en lo aplicable, las relacionadas con información, oferta y calidad de servicios, acuerdos en exclusiva, limitaciones al uso de equipos terminales entre redes, regulación asimétrica en tarifas e infraestructuras de red,** incluyendo la desagregación de sus elementos esenciales y, en su caso, la separación contable, funcional o estructural de dichos agentes.

²¹⁰ Cfr. *Ibídem*, párrafo 78 a 84.

Para efectos de lo dispuesto en este Decreto, se considerará como agente económico preponderante, en razón de su participación nacional en la prestación de los servicios de radiodifusión o telecomunicaciones, a cualquiera que cuente, directa o indirectamente, con una participación nacional mayor al cincuenta por ciento, medido este porcentaje ya sea por el número de usuarios, suscriptores, audiencia, por el tráfico en sus redes o por la capacidad utilizada de las mismas, de acuerdo con los datos con que disponga el Instituto Federal de Telecomunicaciones.

Las obligaciones impuestas al agente económico preponderante se extinguirán en sus efectos por declaratoria del Instituto Federal de Telecomunicaciones una vez que conforme a la ley existan condiciones de competencia efectiva en el mercado de que se trate.

Al respecto, José Roldán Xopa señaló lo siguiente:

El transitorio citado [Trigésimo Octavo] es el resultado de definiciones constitucionales cuyo propósito es establecer condiciones institucionales para proveer objetividad y neutralidad en el mercado. Seguridad jurídica para mejorar el desempeño económico. La “regulación” es el nuevo concepto constitucional en el que el IFT desempeña su función (cuya especificación reside en las disposiciones regulatorias). Tal función es un rol institucional que al derivar directamente de la Constitución es oponible a los poderes públicos y a normas subconstitucionales incluyendo la ley. Que el IFT tenga legitimación para promover controversias se explica porque tal rol es defendible. Hay, pues, como lo señala el proyecto, una garantía institucional.²¹¹

²¹¹ Roldán Xopa, José, *op.cit.*, https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=6787#_ftn7

Una vez que la Segunda Sala determinó que el IFT efectivamente cuenta con un ámbito de competencia originaria –es decir establecida por el Constituyente Permanente y no habilitada por el legislador– y que además ésta es exclusiva –distinta a la del resto de los Poderes de la Unión–; procedió a analizar el contenido del artículo 131 de la LFTR concluyendo que sí trasgrede la competencia del IFT.

A partir del análisis del alcance y función que tiene la norma impugnada, en relación con el sistema normativo al que pertenece, se observa que tal precepto permite al legislador fijar directamente la tarifa aplicable al servicio de terminación de tráfico en redes móviles, determinando que tratándose del preponderante ésta será cero.

Es claro que tal determinación legislativa, si bien respeta el principio constitucional de asimetría –en este caso tratándose de tarifas aplicables al agente económico preponderante–, trastoca el régimen de concurrencia que opera en el sector de las telecomunicaciones por determinación constitucional, puesto que mediante la norma impugnada el legislador desplaza la función regulatoria del Instituto al individualizar, como si se tratara de una función de carácter ejecutivo o de un acto administrativo, la tarifa aplicable al preponderante.

Esto es, el legislador mediante la norma impugnada no fijó principios o directrices a los que debe atender la regulación asimétrica, en este caso tratándose de tarifas, lo que incluso se justificaría en un ámbito de concurrencia de atribuciones, sino que directamente establece una regla que incide en el núcleo de la regulación tarifaria, produciendo un desplazamiento competencial contrario a la distribución de competencias que establece la Constitución.²¹²

²¹² Amparo en revisión 1100/2015, *op. cit.*, párrafos 110, 111 y 112.

Esto es, la Segunda Sala determinó que la regla de gratuidad prevista en el artículo 131 de la LFT trastoca la concurrencia competencial en el sector de telecomunicaciones, ya que el legislador estableció una norma de carácter regulatorio al establecer una tarifa, siendo que dicha competencia es del IFT toda vez que la regulación asimétrica requiere de un alto grado de especialización y efectividad que difícilmente puede determinarse en una ley.²¹³

Así, a partir del modelo de estado regulador, los órganos reguladores tienen un parámetro de validez diferenciado del resto de los órganos del Estado, en tanto que el principio de reserva de Ley es modulado y su validez depende directamente de lo establecido en la Constitución.²¹⁴

En ese tenor, la Segunda Sala del Máximo Tribunal concluye que se debe de distinguir entre (i) los principios o directrices en materia de regulación asimétrica que son facultad del Congreso de la Unión; y (ii) las medidas asimétricas *per se* que constituyen las acciones regulatorias de facultad exclusiva del IFT.²¹⁵

Por lo tanto, la Segunda Sala de la SCJN reconoció que el IFT, en su carácter de órgano regulador, goza de un ámbito de competencias propias y exclusivas que puede contraponer frente al resto de los Poderes de la Unión, y que dichas facultades consisten en las acciones regulatorias que el Constituyente Permanente le ordenó a fin de garantizar el ejercicio de los derechos de tecnologías de información y comunicación así como la existencia de un mercado competencia y de libre concurrencia en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión.

Finalmente, y una vez que se han expuesto los principios y criterios que han surgido, cabe concluir que el IFT es un órgano regulador con facultades para emitir

²¹³ Sánchez de Tagle, Gonzalo, “*La Suprema Corte, el Estado regulador y las reformas estructurales I/II*”, *op. cit.*, <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=7413>

²¹⁴ *Ídem.*

²¹⁵ Amparo en revisión 1100/2015, *op. cit.*, párrafo 112, inciso b).

normas generales, bajo los principios de legalidad y eficiencia y planificación; que en principio dichas normas no están sujetas al principio de reserva de ley, sino que en su caso deben de respetar el principio de no contradicción; considerando además que el IFT está dotado de facultades exclusivas en el entendido que en su carácter de órgano regulador el Constituyente lo facultó directamente para llevar a cabo acciones de índole regulatorio con base en conocimientos técnicos y especializados.

CAPÍTULO 7

CONCLUSIONES.

Los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión históricamente fueron prestados por el Estado; sin embargo, posteriormente tanto en México como en otros países, las empresas públicas que prestaban esos servicios fueron privatizándose otorgando las concesiones respectivas.

En un sector de economía de redes y derivado de la existencia de monopolios previos a la apertura a la competencia generó fallas en el mercado, al no existir condiciones de competencia efectivas. Por tanto, surgió la necesidad de crear agencias independientes que tuvieran como objeto regular dichos sectores, esto es, implementar las reglas del juego para fomentar la competencia y libre concurrencia.

Así, específicamente en México, tras la falta de competencia en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, el Constituyente Permanente se dio a la tarea de reformar el diseño institucional del Estado Mexicano, con la finalidad de crear un órgano regulador apto para desarrollar dichos sectores, con el objeto de mejorar las condiciones de competencia y garantizando los derechos humanos que, cada vez son más importantes para que los ciudadanos, en el ejercicio de la democracia, puedan ejercer su derecho de información y expresión.

En ese tenor, mediante el Decreto Constitucional en Materia de Telecomunicaciones se creó el IFT como un órgano constitucional autónomo con capacidad jurídica e independencia presupuestal conformado por un conjunto de personas con conocimientos técnicos y especializados en las materias de telecomunicaciones, radiodifusión, competencia económica, regulación, etcétera.

Dicho Instituto fue dotado de facultades regulatorias, materialmente legislativas, otras jurisdiccionales y ejecutivas que, en principio le deben de permitir –sin influencia de la política o de los intereses privados– tomar las decisiones más

efectivas y eficaces para establecer la competencia y libre concurrencia en los sectores, así como el goce efectivo de los derechos de las tecnologías de la información y comunicación.

La existencia del IFT y otros órganos como son la COFECE o la CRE dentro de la estructura constitucional mexicana, han dado pie a una transición al Estado Regulador.

Al respecto, se reconoce que antes del Decreto de Reforma en Materia de Telecomunicaciones, ya existía la COFETEL, órgano desconcentrado que aún no gozaban de autonomía plena. Pues específicamente, en el caso de dicho órgano desconcentrado, dependía en gran medida de la SCT, como bien ya fue expuesto en el capítulo quinto de esta tesis.

Dicha falta de autonomía le impedía ser una agencia independiente que en el ejercicio de sus facultades discrecionales tuviera la capacidad, con base en sus conocimientos técnicos y especializados, de regular los sectores o mercados materia de competencia, e incluso están sujetas a un control judicial diferente.

Por ello se concluye que no es sino hasta la Reforma en Materia de Telecomunicaciones que, con la creación del IFT y la COFECE, estamos por primera vez en presencia de un Estado Regulador.

Ahora bien, en el Estado Regulador mexicano estas agencias independientes y sus facultades están previstas a nivel constitucional y, por ende, se encuentran en paridad con los tres poderes federales del Estado Mexicano (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), ante quienes pueden oponer sus facultades exclusivas.

A partir de lo anterior y al estar en presencia de una nueva forma de Estado, la SCJN ha analizado y determinado las implicaciones del Estado Regulador al tener los órganos reguladores las facultades materialmente legislativas, es decir, ha

llevado a cabo una modulación de ciertos principios que son características esenciales del estado constitucional de derecho, a saber, la jerarquía de leyes, el principio de legalidad y de reserva de ley.

Lo anterior ha sido analizado por la SCJN en el ámbito de facultades materialmente legislativas del IFT. Pues dicho Máximo Tribunal ha determinado cuál es la posición del órgano regulador dentro del diseño institucional de la Constitución frente al Congreso de la Unión en su carácter de legislador, determinando que:

1. El Estado Regulador es una transformación del Estado Social de Derecho, en el cual las agencias independientes intervienen en determinados sectores regulados –por regla general de importancia económica para el país– a fin de desarrollar eficientemente los mercados de que se trata.
2. Específicamente el IFT es un órgano constitucional autónomo que se encarga de la regulación y el desarrollo eficiente de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, así como de las condiciones de competencia de los mismos.
3. Desde el punto de vista del Estado Regulador, el principio de legalidad se ve modulado en cuanto a derecho administrativo sancionador. Pues basta que el gobernado tenga una previsibilidad suficiente de las consecuencias de sus actos para que pueda considerarse que el supuesto normativo en un reglamento para dar origen a una sanción es constitucional y se eviten actos arbitrarios. Esto implica una expresión mínima del principio de reserva de ley en el derecho administrativo sancionador.
4. Además con base en el principio de eficiencia y planificación, dichos órganos reguladores al tener los conocimientos técnicos y especializados deben de conducir las políticas públicas a una maximización óptima. Es decir, deben de implementar los medios (normas, acuerdos, concesiones, concursos,

licencias, permisos) que consideren más óptimos para alcanzar las políticas públicas que ha previsto el legislador.

Ello cobra mayor sentido considerando que al ser el proceso legislativo tardado y tedioso –en lo que se logran acuerdos las Cámaras del Congreso de la Unión conformadas por miembros afiliados los distintos partidos políticos de México– es necesario que existan órganos reguladores que determinen y adapten las reglas del juego al dinamismo del sector o mercado.

5. El IFT y el legislador gozan de facultades concurrentes en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, teniendo el órgano regulador la libertad configurativa para emitir las normas que considere necesarias considerando su límite material y jerárquico.
6. Dicho límite jerárquico debe de ser interpretado a la luz del principio de no contradicción, esto es, si la ley en materia de telecomunicaciones y radiodifusión prevé las políticas públicas, principios o normas que el IFT pretende desarrollar, éste deberá de respetarlas, y como lo indica el propio principio, no contradecirlas.

Sin embargo, en caso de que no exista una legislación y siempre que no sea un tema sujeto al principio de reserva de ley a nivel constitucional, el IFT goza de facultades para innovar y regular la materia que considera necesaria con la finalidad de alcanzar los objetivos señalados por el Constituyente Permanente.

7. Esto es, el principio de reserva de ley se entiende de manera diferenciada. Frente a la inactividad legislativa puede emitir disposiciones normativas de carácter general tomando como parámetro de validez a la propia Constitución, misma que es originaria y no delegada.

8. Sin que se pierda de vista que, si bien el IFT debe de respetar las políticas públicas y principios establecidos por el legislador, cuenta con facultades exclusivas. Ejemplo de ello son aquellas que derivan directamente de las facultades previstas a nivel constitucional y únicamente para el ejercicio de los fines constitucionales.

9. En ese sentido, debe de existir una coordinación entre el Congreso y el IFT para lograr los fines constitucionales del sector de telecomunicaciones y radiodifusión; siendo competencia del legislador determinar las políticas públicas y del IFT desarrollarlas e implementarlas; sin que el Congreso de la Unión pueda subrogarse las facultades regulatorias del IFT, trasgrediendo la tarea que el constituyente permanente le encomendó al órgano regulador como competencia originaria (p. ej. regulación asimétrica de tarifas para el agente preponderante).

Así nuestro Máximo Tribunal se ha dado a la tarea de interpretar las facultades constitucionales del IFT que, al tener la naturaleza jurídica de órgano constitucional autónomo, ha modificado la estructura constitucional de los poderes, teniendo que modularse ciertos principios del estado constitucional de derecho. Interpretación que puede ser aplicable a otros órganos reguladores.

De lo anterior se desprende que efectivamente actualmente existe un Estado Regulador que, como evolución del Estado Social de Derecho, ha modificado ciertos principios esenciales del Estado Constitucional de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- 1 Acuerdo Político Nacional “Pacto por México” firmado el 2 de diciembre de 2012 en el Castillo de Chapultepec en la Ciudad de México por el Presidente de la República, Enrique Peña Nieto; Gustavo Madero Muñoz, Presidente del Partido Acción Nacional; Cristina Díaz Salazar, Presidenta Interina del Partido Revolucionario Institucional; Jesús Zambrano Grijalva, Presidente del Partido de la Revolución Democrática y Arturo Escobar y Vega vocero del Partido Verde Ecologista de México, <http://pactopormexico.org/objetivos-de-la-reforma-de-telecomunicaciones/>.
- 2 Alonso Más, María José, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, España, Triant lo Blanch, 1998.
- 3 Álvarez, Clara Luz, “*El regulador de telecomunicaciones: Instituto Federal de Telecomunicaciones*”, *Grupo académico de estudios constitucionales colección “Estudios Constitucionales”*, México, Universidad Panamericana, núm. 1, marzo 2017.
- 4 Álvarez, Clara Luz, *Derecho de las Telecomunicaciones*, 2ª. ed., México, Fundalex-UNAM, 2012.
- 5 Álvarez, Clara Luz, *Telecomunicaciones y Radiodifusión en México*, UNAM Posgrados, México, 2018.
- 6 Baldwin, Robert et.al. (ed.) *The Oxford Handbook of Regulation*. United Kingdom, Oxford, 2013.
- 7 Culbero Moreno, Jorge, *Introducción al Estudio de la Regulación Nueva Gestión Pública y Estado Regulador en México*, México, Universidad Autónoma Metropolitana Casa Abierta-Juan Pablos Editor, 2013.

- 8 Decreto por el cual se expide se Ley Federal de Telecomunicaciones, publicado el 7 de junio de 1995 en el DOF http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4875109&fecha=07/06/1995.
- 9 Decreto por el que se crea la Comisión Federal de Telecomunicaciones, publicado el 9 de agosto de 1996 en el DOF http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4895322&fecha=09/08/1996.
- 10 Decreto por el que se expiden la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, y la Ley del Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano; y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, publicado el día 14 de julio de 2014 en el DOF. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5352323&fecha=14/07/2014
- 11 Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Telecomunicaciones, publicado el día 11 de junio de 2013 en el DOF http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5301941&fecha=11/06/2013
- 12 Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión, publicado el 11 de abril de 2006 en el DOF http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=2122874&fecha=11/04/2006.
- 13 Deloya, Guillermo. *El Estado de Derecho en México*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007.

- 14 Enciclopedia virtual EMVI.
<http://www.eumed.net/diccionario/definicion.php?dic=4&def=1001>
- 15 Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en México, OCDE 2012.
- 16 Exposición de motivos de la Ley Federal de Telecomunicaciones presentada por el Poder Ejecutivo el día 24 de abril de 1995,
<http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativo.aspx?q=Fahf/ZCcCGTRH7BTx0eHtKCK2XcouBu2Gk48zkHs/UX4/795glaRFOWP SZkxzvWt>.
- 17 Exposición de motivos de Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión presentada por el Grupo Parlamentaria del PRI de fecha 2 de diciembre de 2008, Gaceta número 306.
<http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativo.aspx?q=pwUhdNvCSySjs8D73SRJEJ2m1LjUZH7L0oSchS9AALJRcQvOieBY0GR76INymrlu>.
- 18 Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, 41ª ed, México, Porrúa, 2001.
- 19 García Máynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, 62ª ed, México, Porrúa, 2010.
- 20 Góngora Pimentel. *El Derecho que Tenemos la Justicia que Esperamos*. Editorial Laguna, S.A. de C.V., Primera Edición México 2000.
- 21 Hans, Kelsen, *La teoría pura del Derecho*, 12ª ed, trad. Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2002.
<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/CLAD0040204.pdf>.

- 22 Hurtado, Miguel de la Madrid, *El régimen constitucional de la economía mexicana*.
- 23 Larrañaga, Pablo, *Regulación Técnica Jurídica y Razonamiento Económico*, México, Porrúa-ITAM, 2009.
- 24 Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed., República de Argentina, Abeledo-Perrot, 2000, t. I.
- 25 Pereira, Antonio-Carlos, *Lecciones de Teoría Constitucional*, México, Porrúa, 2005.
- 26 Roldan, Omar Giovanni. “*La función garante del Estado Constitucional y Convencional de Derecho*”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México, Serie de Estudios Jurídico, núm. 270., 3 de julio de 2015. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3965/9.pdf>.
- 27 Romero-Flor, Luis María. “*La reserva de ley como principio fundamental del derecho tributario*”, *DIXI*, España, vol. 15, núm. 18, julio-diciembre 2013. https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/3722/fi_1397319032-revista%20dixi%2018.pdf?sequence=1
- 28 Sánchez de Tagle, Gonzalo, “*La Suprema Corte, el Estado regulador y las reformas estructurales I/II*”, *El juego de la Corte revista nexos*, México, 29 de enero de 2018. https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=7411#_ftn1
- 29 Sánchez de Tagle, Gonzalo, “*La Suprema Corte, el Estado regulador y las reformas estructurales II/II*”, *El juego de la Corte revista nexos*, México, 29 de enero de 2018. <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=7413>

- 30** Sánchez Pichado, C. Alberto, *Los Medios de Impugnación en Materia Administrativa*, México, Porrúa, 2006.
- 31** Seguimiento de Asuntos Resueltos por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 240/2011 “El titular de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes carece de competencia para conocer de la revisión de una resolución emitida por la COFETEL” <http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=125952&SeguimientoID=412>
- 32** Segundo Tribunal Colegiado Especializado, sentencia relativa al Amparo en revisión 165/2015 resuelto el 26 de agosto de 2016.
- 33** Stark, Carlos, *Regulación, Agencias Reguladoras e Innovación de la Gestión Pública en América Latina*.
- 34** Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, sentencia relativa al Amparo directo en revisión 3058/2013, del 19 de noviembre de 2014.
- 35** Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, sentencia relativa al Amparo en revisión 1629/2004, del 24 de agosto de 2005.
- 36** Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, sentencia relativa al Amparo en revisión 1100/2015, del 16 de agosto de 2018.
- 37** Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia relativa a la Controversia constitucional 117/2014, resuelta el 7 de mayo de 2015.
- 38** Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia relativa a la Controversia Constitucional 7/2009, del 24 de noviembre de 2009.

- 39 Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia relativa al Amparo en Revisión 240/2011 del 27 de febrero de 2013
- 40 Tron Petit, Jean Claude, “*El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional*”, Procedimiento y justicia administrativa en América Latina, México, Konrad Adenauer Stiftung e. V., 2009, <http://fldm.edu.mx/libreintercambio/documentos/seminario/6/Control%20discrecionalidad%20admva%20sede%20jurisdiccional%20Tron.pdf>.
- 41 Vivanco Lira, Martín, “*La Corte y su defensa de la autonomía del IFETEL*”, *El Juego de la Corte en revista nexos*, México, 2 de junio de 2015. <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=4696>.