



113

Suprema Corte de Justicia de la Nación
Acción de inconstitucionalidad 26/2006
Caso Ley de Medios

César Emiliano Hernández

DERECHO CONSTITUCIONAL

SEMINARIO DE ANÁLISIS DE CASOS RELEVANTES

Coordinadores: Francisco A. Ibarra Palafox y Carlos F. Natarén Nandayapa

Septiembre de 2008

En el presente documento se reproduce fielmente el texto original presentado por el autor, por lo cual el contenido, el estilo y la redacción son responsabilidad exclusiva de éste. D. R. © 2008, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F. ❖ Venta de publicaciones: Coordinación de Distribución y Fomento Editorial, Arq. Elda Carola Lagunes Solana, Tels. 5622-7463/64 exts. 703 o 704, fax 5665-3442.

Dr. Ibarra Palafox: Sí, bueno, muy buenos días a todos, alumnos del doctorado, visitantes y medios de comunicación, gracias por acompañarnos en esta nuestra tercera sesión del seminario de casos relevantes que tenemos aquí en el instituto de investigaciones jurídicas. En esta ocasión comentaremos la sentencia de la SCJ con el motivo de la ley denominada “ley de medios”. Para efecto de hacer los comentarios a esta sentencia nuestro invitado en esta ocasión, el Doctor César Emiliano Hernández hará una presentación de los temas más relevantes de la sentencia, los temas que son significativos destacar. Inmediatamente después pasaremos a una reflexión sobre aquellos temas que se pusieron sobre la mesa si los hubiera por parte de los participantes en el seminario. Quisiera presentar a nuestro invitado, César Emiliano Hernández Ochoa, el doctor Hernández Ochoa, es licenciado en derecho por la facultad de derecho de la UNAM, tiene una maestría en derecho en Fletcher School of Law and Diplomacy y es doctor en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, actualmente es investigador en el CIDAC el Centro de Investigación para el Desarrollo, y especialista en temas de comunicación. Su disertación doctoral, precisamente, versó sobre temas modernos y contemporáneos de las telecomunicaciones y el derecho a las telecomunicaciones en México.

Dr. César Emiliano Hernández: Le agradezco al Dr. Ibarra la invitación a participar en este Seminario. Quisiera hacer una presentación muy breve de las diferentes etapas en las que se fue desarrollando la acción de inconstitucionalidad 26/2006, en donde la Suprema Corte se pronunció sobre una serie de temas incluidos en las reformas a la Ley Federal de Telecomunicaciones y a la Ley Federal de Radio y Televisión, que tuvieron lugar a principios del 2006.

Para explicar y atender las diferentes cuestiones importantes que se manifiestan en esta sentencia, es muy importante hablar del contexto en el que se dio, porque las reformas legales y la acción de inconstitucionalidad fueron, probablemente, de las acciones legislativas y judiciales más relevantes y discutidas de los últimos años, captando la atención de los medios públicos de comunicación e involucrando a muchos de los grandes actores políticos e intelectuales que estuvieron en debate constantemente.

¿Qué provocó que estas reformas fueran tan importantes? Bueno, el primer factor fue que en el caso de telecomunicaciones, radio y televisión habían transcurrido lustros sin alguna reforma importante. En el caso de las telecomunicaciones en particular, la ley federal de esta materia, de 1995, no había tenido ninguna reforma a pesar de que había habido al menos 6 intentos de hacerlo, algunos muy serios, sobre todo en los años 2002 y 2003.

Por otra parte, la Ley Federal de Radio y Televisión tenía décadas sin haber sido modificada de manera significativa, y su contenido reflejaba una filosofía regulatoria diferente en razón de la repercusión social que la radiodifusión tiene. Los medios masivos, la televisión y la radio abiertas, son escuchados y vistos por la mayoría de la gente, mientras que las telecomunicaciones en sentido estricto, como la telefonía, eran tradicionalmente vistas más como un medio para transmitir mensajes privados de otro tipo. Esta concepción ha cambiando, y parte de este cambio se reflejó en las reformas legales de abril de 2006, donde implícitamente se reconocía que había una convergencia, y que correspondía acercar partes de la regulación de la radio y televisión abiertas a la forma como se daba la regulación en telecomunicaciones.

Los dos grandes ejes que podrían caracterizar a las reformas legales de telecomunicaciones y radiodifusión publicadas el 11 de abril del 2006, tienen que ver, por un lado, con la auto-

nomía del órgano regulador -en este caso la Comisión Federal de Telecomunicaciones- y, no sólo con mantener a este órgano como regulador de la telefonía, sino con convertirlo también en el regulador de la radiodifusión, es decir, de la radio y televisión abiertas. Por el otro lado, las reformas buscaron someter a toda la materia de radiodifusión a una regulación similar a la que se aplicaba en materia de telefonía y telecomunicaciones en sentido estricto, con el objeto de eliminar la discrecionalidad para los procesos de otorgamiento de concesiones y permisos, otorgar a los concesionarios de radiodifusión algunas de las facilidades previstas en la Ley Federal de Telecomunicaciones para acceder a nuevas ofertas de espectro radioeléctrico, y establecer la posibilidad de cambiar el espectro que ya tienen concesionado, para utilizarlo en la prestación de otros servicios.

Estas reformas tenían muchos aspectos controvertidos y, quizá, la situación más controvertida era que algunas de las disposiciones en las que ya se había reconocido que necesitaban ser reformadas en la Ley Federal de Telecomunicaciones, se estaban extendiendo a la radiodifusión sin un sentido crítico. Por ejemplo, se extendían a la radiodifusión normas como las establecidas por un transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones que permitía que los concesionarios de servicios de telecomunicaciones pudieran cambiar, de una manera discrecional, el uso del espectro que les había sido concesionado para nuevos servicios con una simple autorización del regulador y con la misma discrecionalidad también a la hora de decidir si correspondía pagar o no una contraprestación al Estado. En otras palabras, se estaba pasando a la radiodifusión el ámbito de las reglas características de telecomunicaciones sin corregir los defectos que se habían observado en el marco legal vigente para las telecomunicaciones y, en algunos casos, introduciendo defectos nuevos.

Hubo mucha polémica alrededor del proceso legislativo. Parte de esta reticencia y carácter crítico con el que fueron vistas las reformas tenía que ver con la forma tan acelerada en la que se aprobaron —sólo once minutos para su debate y aprobación en el Pleno de la Cámara de Diputados—, en donde, incluso algunos de los legisladores que después se opondrían, en un primer momento votaron a favor unánimemente. Existía una gran presión de los grandes radiodifusores para que los proyectos de reforma salieran rápidamente. El Senado, como Cámara Revisora, mostró reservas en hacer los más mínimos cambios al proyecto aprobado por la Cámara de Diputados y cuando convocó a una consulta pública parecía que dicha consulta estaba dirigida a cubrir las formas, más que las dudas razonables que se habían manifestado en torno a las reformas legales.

Todo esto desemboca en que, cuando se aprueban finalmente las reformas, varios de los senadores, incluso los que habían votado a favor, deciden presentar una demanda y solicitar a la Corte que se inicie una acción de inconstitucionalidad. El caso es admitido para someterse a revisión en mayo de 2006, y, dotándole la Suprema Corte gran importancia, es resuelto hasta después de un año.

El contraste entre el controvertido proceso legislativo que produjo las reformas legales, y el aseado proceso que siguió la Suprema Corte para revisar la constitucionalidad de las reformas no podría ser mayor.

La acción de inconstitucionalidad 26 /2006 sentó muchas pautas y precedentes para la transparencia, fue un procedimiento innovador que abrió brecha para otros procesos judiciales subsecuentes. La atención y crítica pública enmarcaron el procedimiento y, un caso hasta entonces inusual, el proyecto de sentencia elaborado por el ministro Aguirre Anguiano fue distribuido

a los ex-senadores que iniciaron la acción y que ya habían dejado su cargo. El proyecto también se publicó en la página de Internet de la Suprema Corte, así que toda la población pudo tener acceso a los conceptos que se debatirían en la sentencia y a lo que se estaba proponiendo resolver.

Uno de los elementos novedosos de la forma en que se procesó y se resolvió este caso fue que en las primeras dos sesiones en las que el Pleno de la Corte lo revisó, se dio entrada a la exposición de peritos provenientes de la UNAM y el IPN, especialistas en materia de telecomunicaciones. Con esto, la Corte, de alguna manera, estaba adelantándose a posibles objeciones que pudieran suscitarse, como había sucedido en otro de los casos en que se discutió la aplicabilidad de disposiciones en materia de salud (VIH-Sida) a las fuerzas armadas, caso en el que la Corte fue criticada por algunos comentaristas, diciendo que algunos Ministros expresaron opiniones que evidenciaban que no habían escuchado la opinión de expertos.

El debate de los ministros fue televisado y las versiones estenográficas de la discusión se redactaron rápidamente para ponerse a disposición del público por medio de la página de Internet de la Suprema Corte, logrando de esta forma un proceso transparente y eficiente. Las discusiones tuvieron lugar a lo largo de varias sesiones comenzando el 21 de mayo y terminando el 7 de Junio del 2007. El engrosé de la sentencia fue publicado el 20 de agosto del mismo año.

Otro de los aspectos de mucho interés en la acción de inconstitucionalidad, fue la ausencia de dos de los ministros. El primero de ellos, José Ramón Cossío, quien pidió al Pleno de la Corte que se considerara la posible procedencia de su impedimento, cuestión que la mayoría advirtió como cierta, y con base en tal argumento, el ministro se excusó de participar en el debate y resolución del caso. El segundo ausente fue el ministro Jesús Gudiño Pelayo, quien se encontraba enfermo. En tal circunstancia, ante dos ausencias en Pleno de la Suprema Corte, los votos que se necesitaban para emitir una sentencia que tuviera efectos e invalidara algunas de las disposiciones legales controvertidas en el caso, eran prácticamente los de todos los ministros presentes. En los medios se comentaba informalmente que era muy difícil que se alcanzara ese grado de consenso, más aún considerando que la Corte, en los últimos años, ha evidenciado un gran número de votaciones divididas, sentencias en las que estos grupos de ocho o nueve votos emitidos en el mismo sentido son difíciles de encontrar. Pero la sentencia de la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 26/2006 también marcó una brecha en este sentido, ya que, a pesar de los vaticinios, los antecedentes de la Corte y la dificultad específica del asunto, se pudieron reunir los ocho votos necesarios para invalidar con efectos generales varias de las disposiciones controvertidas.

¿Qué tan sólida fue la sentencia de la Corte? Es una cuestión discutida por muchos de los especialistas. Si se echó abajo mucho o poco de lo que se había reformado es otra cosa que se discute. Los comentarios de algunos de los impugnadores de estas reformas, como fue el ex senador Javier Corral por ejemplo, señalaban que “nos dieron la razón en gran parte de los argumentos de inconstitucionalidad que hicimos, y se echaron abajo las disposiciones fundamentales de la ley”. Pero si uno ve lo que han escrito algunos de los especialistas que defendían estas reformas, estos dicen “no, en realidad los efectos de la sentencia fueron mínimos”. Incluso hubo una declaración de Héctor Osuna, presidente de la Cofetel, diciendo que la Corte efectuó *cambios cosméticos*. Mi opinión es que, en términos generales, la Corte hizo un trabajo bastante decoroso: quitó lo que había que quitar y dejó gran parte de lo que había de dejar. Aunque en algunos puntos en específico puede uno tener discrepancias, yo creo que en general la decisión fue sólida,

sobre todo tomando en cuenta que no contamos en México con tribunales especializados en materias de competencia o de regulación económica, que depuren y permitan que muchos de estos argumentos técnicos se decanten para que el juez constitucional pueda pronunciarse sobre las cuestiones fundamentales, sin tener que meterse a las minucias regulatorias.

¿Cuál fue el tema central de la sentencia? Puede ser vista como una sentencia a favor de la competencia y, de hecho, así fue vista en muchos de los medios internacionales. Este fue uno de los pocos asuntos que ocurren en México que ha llamado tanto la atención internacional, y de los escasísimos casos judiciales, que en los últimos años han merecido artículos tanto en el New York Times como en el Wall Street Journal, los más influyentes periódicos estadounidenses, que destacaron la sentencia de la Suprema Corte como un fuerte mensaje a favor de la libre competencia. Por otra parte, a nivel nacional, algunos comentaristas le dieron mayor peso a los pronunciamientos de la Corte en materia de la función social de la radiodifusión, en términos de la libertad de expresión y de otro tipo de derechos fundamentales de carácter no económico.

La sentencia trata de armonizar los principios constitucionales de la libre competencia con otros principios de carácter más político-cultural, relativos a la libertad de expresión u otros derechos fundamentales. En sus considerandos hace expresa esta voluntad de no limitarse a ser una sentencia que se pronuncia en términos de competencia económica, sino que, trata de ligar este tipo de cuestiones económicas con cuestiones relativas a la función social de los medios de comunicación, la democracia y la libertad de expresión.

La sentencia revisa y se pronuncia sobre muchas cuestiones importantes, pero quizá debamos destacar los aspectos relativos a la regulación del sector telecomunicaciones (incluyendo a la radiodifusión) que, finalmente, era el que estaba más interesado en esta resolución y el que resultó más directamente afectado por la misma.

Desde mi punto de vista, lo más trascendente de la sentencia para el sector telecomunicaciones son los pronunciamientos que se hacen a favor de la libre competencia. Este punto tiene particular relevancia porque en los últimos 15 años, gran parte de la regulación de carácter económico en el sector telecomunicaciones ha sido suspendida en juzgados y tribunales de amparo, y el esfuerzo de promoción de competencia se ha visto frustrado cuando la regulación procompetitiva ha quedado suspendida. En este contexto, fue muy trascendental que la Suprema Corte, como cabeza del Poder Judicial Federal, se pronunciara y dijera “es muy importante, que no haya este acaparamiento de medios, que se garanticen condiciones de equidad en la competencia, y estas cuestiones nos importan a nosotros los jueces”. Me parece que mandó un mensaje de carácter sistémico al sistema judicial, que va a tener efectos positivos sobre mucha de la regulación que se controvierta judicialmente en el futuro, y sobre la posibilidad del Estado de regular de una manera más efectiva el sector.

Una decisión importante que muestra de manera específica los mecanismos de los cuales se valió la Corte para darle mayor fuerza a esta regulación a favor de la competencia, se manifiesta en su decisión de invalidar una de las partes de la reforma legal en donde se decía que la participación de los radiodifusores en licitaciones de espectro, iba a estar sujeta a que presentaran una “solicitud de opinión favorable de la Comisión Federal de Competencia”. La redacción de la norma parecía deliberadamente amañada para que fuera la “solicitud” y no la “opinión” el requisito a cumplir. Protestó el presidente de la Comisión Federal de Competencia de una manera muy

publicitada y, finalmente, la Corte invalidó la parte de la ley en donde se había puesto “solicitud de...”, y dejó, nada más, “opinión favorable [de] la Comisión Federal de Competencia”.

Otros dos de los artículos importantes que se invalidan, como resultado de la sentencia de la Corte, fueron los artículos 28 y el 28 A de la Ley Federal de Radio y Televisión. Estos artículos, sobre todo el 28, repetían una formulación que ya estaba en la Ley Federal de Telecomunicaciones y que, básicamente, establecía que el concesionario de radiodifusión, por ejemplo, una empresa como Televisa o TV Azteca, puede ir ante la Comisión Federal de Telecomunicaciones y decirle: “tengo concesionadas unas frecuencias para estos servicios y quisiera que ahora me autorizaras utilizarlas para otros servicios”. Esto es relevante porque, en la actualidad, sabemos que el espectro de radiodifusión se puede volver muchísimo más valioso si se autoriza su uso también para Internet o para telefonía. Estas frecuencias tienen un valor económico mucho mayor si existe la posibilidad legal de usarlas para nuevos servicios. Que se establezca un procedimiento administrativo para cambiar el uso de las frecuencias no es precisamente malo en sí. La teoría de la regulación económica nos dice que debemos permitir que el espectro radioeléctrico se use para aplicaciones más valiosas y más útiles para la sociedad, que no debemos congelar su uso autorizado para aplicaciones arcaicas y obsoletas. Lo que era cuestionable -en el caso de los procedimientos administrativos de autorización de nuevos servicios en el espectro concesionado contemplados en los artículos 28 y 28 A- era la falta de equidad. Mientras que en el resto de los procedimientos para acceder al espectro, dependía de que los concesionarios tuvieran que participar en licitaciones, que hubiera entre los solicitantes condiciones de equidad, y que existieran pronunciamientos de la Comisión Federal de Competencia; para este procedimiento prácticamente sólo tenía que presentarse el concesionario ante los funcionarios de la Comisión Federal de Telecomunicaciones para estar en posibilidad de conseguir que se otorgara esta autorización. Además, en la formulación que se usaba en la ley, se decía que por el uso del espectro para nuevos servicios que —en su caso— se autorizara: “se podrá pagar una contraprestación”, es decir, “podrá sí o podrá no” ser pagada esta contraprestación. La Suprema Corte consideró que este atajo para conseguir la autorización de nuevos usos del espectro concesionado era inaceptable e invalidó los artículos 28 y 28 A de la Ley de Radio y Televisión.

Otro de los pronunciamientos de la Corte versó sobre el uso de subastas en las licitaciones de espectro para la radiodifusión. La experiencia mexicana en materia de telecomunicaciones es que gran parte de los nuevos servicios que vemos, los servicios más avanzados que están dando muchas de las telefónicas, se proporcionan a través de frecuencias concesionadas mediante licitaciones que se realizaron, fundamentalmente a partir de 1998, en las cuales —además— el Estado obtuvo una gran cantidad de dinero. Dentro de estas licitaciones, la autoridad utilizó mecanismos de asignación que se emplean en los países más avanzados, denominados *subastas simultáneas ascendentes*. Se trata, básicamente, de mecanismos sofisticados de la teoría económica de juegos para asignar derechos sobre recursos escasos. En este punto, la Suprema Corte reconoció la validez del procedimiento de licitación de espectro de radiodifusión, pero eliminó la parte del procedimiento administrativo en la que se decía que las licitaciones se decidirían a través de subastas. Sobre ese punto se generó una argumentación muy interesante en el Pleno de la Corte, una de las más complicadas del caso probablemente. Sobre de la figura de la subasta, el debate del Pleno se extendió a lo largo de dos sesiones, en donde se dieron momentos muy “tensos”, según las mismas palabras del ministro Azuela. Finalmente, se decidió invalidar el uso de la subasta en las licitaciones de espectro de radiodifusión. Dijeron “subasta y licitación” son dos

términos con significados diferentes, por lo que se produce una confusión. La subasta, finalmente, es una puja en la que se decide por una situación económica quien se lleva una concesión, mientras que la licitación es un procedimiento administrativo que está regulado de una manera diferente, que tiene valores que van más allá de lo meramente económico”.

Adicionalmente, el ministro presidente Guillermo Ortiz Mayagoitia se pronunció en el sentido de que con las reformas al artículo 134 constitucional en materia de licitaciones, de alguna manera, se había desterrado el uso de subastas en el orden constitucional mexicano. Igualmente críticos al uso de subastas en estas licitaciones, fueron los argumentos de la ministra Luna Ramos señalando que había una incertidumbre sobre la naturaleza jurídica de la contraprestación -si era un derecho, si era un aprovechamiento-, que esta última cuestión metía mucho ruido por esa mezcla de figuras que se estaba dando en el artículo que regulaba las licitaciones. Así que la Suprema Corte decide eliminar el uso de “subastas”, decisión que, desde una perspectiva personal, me parece que es una de las partes problemáticas de la sentencia en términos de sus efectos sobre la eficiencia regulatoria. Yo creo que todos los procedimientos de licitación que usaron subastas simultáneas ascendentes en telecomunicaciones fueron muy exitosos y acabaron asignando concesiones de espectro a nuevos competidores, una situación benéfica para la competencia.

Asimismo, respecto a las consideraciones que hace la Corte en su sentencia sobre la diferencia entre el significado de los términos “subasta” y “licitación”; no me parece tan clara y evidente tal distinción conceptual, ni revisando diccionarios jurídicos, ni analizando el uso normal de los términos. Por lo demás, resulta paradójico que ha habido premios Nobel de Economía que se otorgan por el buen diseño de este tipo de mecanismos de teoría de juegos para la asignación de recursos escasos (John Nash y William Vickrey), y que nuestra Corte se haya pronunciado en contra. El Premio Nobel de este año incluso, se otorgó a tres grandes economistas (Hurwicz, Maskin y Myerson) que contribuyeron al diseño de mecanismos, como las subastas utilizadas en la regulación mexicana de telecomunicaciones. Pero veo esta cuestión como un mal menor de la sentencia. En realidad todas las subastas o las licitaciones pueden estar mejor o peor diseñadas. Incluso licitaciones de tipo tradicional donde se usan sobres cerrados, como las que se prevén en el artículo 134 de la Constitución, pueden producir resultados muy satisfactorios en términos de eficiencia. Pero el caso que vimos recientemente de la licitación a sobre cerrado de Aeroméxico llevada a cabo por IPAB nos muestra problemas que una subasta simultánea ascendente no hubiera tenido. En el caso Aeroméxico se llega a una situación en la que un participante en la licitación ofrece más que el otro, pero por llegar un minuto tarde el IPAB acaba aceptando una oferta inferior. En fin, la conveniencia de utilizar uno u otro tipo de procedimiento puede llevarnos a discusiones muy técnicas. El punto es que la sentencia de la Corte invalidó el uso de subastas como medio para adjudicar las licitaciones de concesiones de espectro para radiodifusión, y al hacerlo restringió una opción que debiera ser válida y posible para la administración en tiempos modernos.

Uno más de los temas sobre los que se pronunció la Corte, fue el de los procedimientos para otorgar permisos en materia de radiodifusión. En este punto, creo, la Corte fue muy atinada, siguiendo una tradición administrativista muy loable de eliminar todos los resabios de discrecionalidad que estaban puestos en la forma de cómo se habían formulado estos procedimientos. Expresiones como “la Comisión Federal de Telecomunicaciones podrá a discreción llamar a los solicitantes de permisos a entrevistas”, o “podrá exigirles requisitos que no están incluidos en la ley, y que no están especificados desde antes”. Realmente, estas expresiones en la norma dejaban

a la autoridad márgenes de discrecionalidad que, si bien son comunes en la regulación de las telecomunicaciones, no resulta, de ninguna manera, deseable que se mantengan.

En la sentencia se abordó otra cuestión que también fue un pronunciamiento importante, que es algo que todavía estamos viviendo y que pareciera que ahora va a estar puesto a consideración de la Corte por la vía de amparo. Se trata del tema de la autonomía del órgano regulador, y la validez de la participación del Senado en el nombramiento de sus directivos a través de la figura de la “no objeción”. La Corte, en esta parte de su sentencia, siguió los precedentes que habían establecido una semana antes cuando revisó casos similares, relativos a los nombramientos en Notimex y en la Comisión Federal de Competencia. Siguiendo estos precedentes, lo que dijo la Corte fue que no era válida la participación del Senado a través de la figura de la no objeción en la designación de los miembros del órgano regulador de telecomunicaciones, en este caso de la Cofetel. Éste es un caso relevante porque para la conformación actual de la Cofetel, se presentaron amparos en donde candidatos que habían sido nombrados por el Presidente de la República y objetados por el Senado, cuestionaron la objeción de su nombramiento que efectuaron los senadores. Estos amparos actualmente, se siguen analizando por tribunales. Todavía el viernes pasado un tribunal colegiado, básicamente, decidió solicitar a la Corte que atrajera estos amparos por su importancia. Al invalidar la participación del Senado en la designación de comisionados, la Corte debilitó la autonomía de la Cofetel. No obstante, varias de sus otras decisiones en la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006 fueron en sentido inverso. La Corte también válido varias de las disposiciones encontradas en las reformas de abril de 2006 que fortalecían o apuntaban la autonomía del órgano regulador.

Las reformas de abril del 2006, delegaron las facultades en materia de radiodifusión de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes en la Cofetel para que éste órgano las ejerciera “de manera exclusiva”, y las delegaron a través de una ley. Esta delegación de facultades a un órgano jerárquicamente subordinado lo hace ser más autónomo, y fue considerada válida por la Corte. También fue reconocida la validez de la designación de comisionados por plazos fijos de 8 años. Estas disposiciones, realmente, hacen al órgano regulador muy independiente, a tal grado que, para ejemplificarlo, podemos ver algunas declaraciones que hizo el presidente Felipe Calderón a principios de este año, en donde los medios de comunicación le preguntaban: “bueno y por qué no licita usted una tercera cadena nacional de televisión”, y el respondía “no puedo”. Y en realidad no podía hacerlo, porque es una facultad que hoy en día le pertenece a la Comisión Federal de Telecomunicaciones. Y el Presidente tampoco puede remover libremente a los comisionados. Dentro de la ley, y esto también fue sostenido como válido por la Suprema Corte, hay una disposición que dice que los comisionados sólo pueden ser removidos por causa grave que pueda ser calificada como tal. En suma, en términos de la autonomía del órgano regulador del sector, la sentencia tuvo gran impacto.

Hay que decir que la sentencia tuvo otras secuelas de carácter más político que jurídico. Después de la conclusión de la acción de inconstitucionalidad, los senadores retomaron varios de los pronunciamientos que hizo la Suprema Corte sobre temas de la función social de la radiodifusión y comenzó un proceso, vigente aún, que lo que busca es atender algunas de las cuestiones que señaló la Corte. El tema de los medios públicos en las leyes federales de telecomunicaciones y de radio y televisión es parte de un proceso legislativo que se espera arroje frutos para el primer tercio del siguiente año.

Desde la perspectiva del papel de la Corte en la sociedad mexicana, la sentencia emitida sobre esta acción de inconstitucionalidad legitimó enormemente a la Suprema Corte con la población. Los ministros desarrollaron, para la perspectiva pública, un trabajo mucho más eficaz e independiente que el realizado por el poder legislativo que, de alguna manera, transigió en muchas de las cuestiones en las que fue presionado por los grupos de interés. La Corte fue vista como un poder autónomo, independiente y capaz de resistir presiones muy fuertes, un verdadero Tribunal Constitucional.

Dr. Ibarra Palafox: Quisiéramos pasar a la sesión de intercambio de opiniones de tal forma que esta mesa adquiriera la calidad de seminario, hay una serie de temas que el Doctor Hernández ha destacado. Entre ellos, son dignos de subrayar los temas de la competencia, muy significativos en esta sentencia de la suprema corte de justicia, los temas de la función social y de la armonización que se hace de diversos derechos en la sentencia me parece también muy importante. Efectivamente percibo en el texto de esta resolución esa armonización de diversos derechos como los de libertad de expresión, derechos de los pueblos indígenas para acceder a los medios de comunicación, el derecho a la información, la autonomía de la Cofetel, etcétera. Doctor Natarén no sé si usted quiera agregar alguno más. Bueno está abierta la mesa para tener opiniones sobre el documento, inclusive podríamos dejar al final, si ustedes están de acuerdo, la discusión sobre la forma del documento, para también abordar estos temas que si han sido relevantes en la mesa.

Dr. Imer Flores: Yo estoy de acuerdo en lo referente a eliminar la parte potestativa discrecional de “podrá”, como “podrá”, no “podrá”; te dejan unos criterios muy subjetivos, “al enemigo no, a esa televisora o radiodifusora que nos pega no hay que renovarles... a estos sí”. Me parece que fue un gran acierto de la Corte decir que esto no era en estándar suficiente.

Con el tema de la subasta, que era un tema menor, pero a mí me parece que la decisión es buena en el sentido de que subasta, como tradicionalmente se entiende, es una imagen muy simple, “el que ponga más lana ese gana la subasta”, y tú estás haciendo referencia a otro tipo de subastas, en donde se valoran otro tipo de aspectos, buscando una eficiencia, no estrictamente económicas, una eficiencia mayor, y en ese sentido no tendría nada en contra de la subasta; pero tal como estaba planteada en la ley, que hablaba nada más de subastas, y a mí me da a pensar que nada más es para aquel que da más dinero, con lo cual hay un problema de equidad, de que siempre las televisoras se darán para los opulentos y los paupérrimos no alcanzaremos a tener una televisora o una radiodifusora; coincido de alguna forma con que el tema de Aeroméxico queda como una cuestión muy rara en este contexto, si lo que no queremos es subastas económicas, pero bueno, habría que revisar subastas técnicas eficientes y bueno, “te voy a pasar el dinero, hasta donde entiendo, en efectivo, te lo voy a pagar en plazos, en abonos y descontados y no sé qué”; como que no suena muy eficiente este otro criterio, entonces me parece que la decisión de la Corte de limitar las subastas, que yo entendería como muy simplistas, me parece que es acertado, habría que exigir ciertos tipos de estándares más adecuados para decir cuándo una subasta sí sería válida, con criterios suficiente y no nada más económicos, sino con algún otro tipo de eficiencia técnica o eficiencia social.

Con relación a lo de la autonomía, me parece que tanto de un lado como del otro se podría discutir; tanto esto de que el senado se involucre para hacer una injerencia, como por el otro lado, el nombramiento directo por parte del presidente. Lo que me parece interesante es que la Corte ha recalcado mucho la importancia de la autonomía de los diferentes poderes, y que no

infieran unos en otros, entonces, en ese sentido, sí se le está dando mucho peso que a la decisión del ejecutivo no se meta el legislativo. Siguiendo la línea que ha llevado, creo yo, protegiendo a los tribunales locales para garantizar que la autonomía del poder judicial sea tal, y que no dependa del ejecutivo; eso está reflejado en los casos de la ratificación de algunos magistrados a los cuales no se les han explicado las razones de por qué sí, o por qué no se les ha ratificado.

Dr. César Emiliano Hernández: Coincido con las preocupaciones expresadas sobre el tema de las diferencias entre la “licitación” y la “subasta”, y sí me parece que este tema tenía la relevancia para incluirlo. Sin embargo, creo que, por ejemplo, al ver uno de los diccionarios jurídicos mexicano, por ejemplo, el publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, estos términos siempre remiten al otro: *licitación*: véase *subasta*. Es decir, no es tan clara la diferenciación, sí es que es cierta en el sentido común de los términos. La Suprema Corte, a la hora de revisar este tema, lo que dice es: “licitación se entiende como un concurso que permitirá definir el otorgamiento de la concesión atendiendo las propuestas presentadas. “La subasta”, dice, “es una puja en la que el comprador será el que más dinero ofrezca”. En este sentido, yo tampoco estoy de acuerdo con el uso obligatorio de la subasta. Pero, me hubiera gustado que existieran más referencias en todo este tema de subastas, a lo que se ha discutido en la economía regulatoria, sobre el uso de estas como una forma más eficiente de hacer que el Estado obtenga la mayor contraprestación, sobre cómo se cuida que lleguen las personas que deben de llegar a la parte final. Es importante que el Estado reciba una mayor contraprestación, siempre y cuando se cumplan una serie de criterios técnicos de carácter especial. En algunos casos se podrán hacer licitaciones en donde no se considere en absoluto el criterio económico, y eso se ha hecho en muchos países, y es algo sano cuando la autoridad quiere poner ciertos medios públicos en manos de grupos en desventaja.

La parte de la sentencia que me genera un poco de preocupación fue la forma en que la Corte se pronunció, y en la que se eliminan tan tajantemente las subastas al decir que son inconstitucionales, cerrando las otras buenas posibilidades de uso de este tipo de instrumentos. Si por subasta se entiende nada más las pujas en que el vencedor sea el que más dinero ofrezca, pues sí, está bien que se eliminen. Pero cuando se revisan los considerandos y se observa la forma tan fuerte como se han condenado a las subastas, me preocupa que podemos perder las partes buenas de este tipo de procedimiento, es decir, la posibilidad de llevar a cabo otros tipos de subastas más complejas, que sí pueden ser útiles y que son, yo creo, mucho más avanzadas que el sobre cerrado previsto en el artículo 134 de la Constitución que sí es constitucional, y es el que decide finalmente –y con pérdida patrimonial para el Estado- la licitación de Aeroméxico.

Dr. Imer Flores: Habría que insistir en lo siguiente; hay que ser muy claros en lo que dice la Corte, “no a la subastas, definiendo éstas como el que ofrezca más dinero”, a mí eso me dice que, si actualmente me propones otros esquemas de subasta en el cual el criterio sea totalmente diferentes a esa redacción, es perfectamente válido, entonces yo diría que la Corte no dijo que todas las subastas son inconstitucionales, dijo que ese tipo particular de subastas, en las que el que ponga más lana es el ganador, son inconstitucionales, porque es la que no va a atender a otros propósitos que debe tener la constitución; eso a mí me encanta leer entre líneas; dijeron que una subasta es inconstitucional si tiene estas características, y dejaron entrever, posiblemente, que algún otro tipo de subasta que no caiga en esta definición, habrá que revisarla; no lo dicen así, pero eso es lo que queda abierto en la discusión.

Dr. César Emiliano Hernández: Esa es la interpretación que me parece es la mejor, la más conducente a que nuestro orden constitucional produzca eficiencia, una interpretación que, de alguna manera, también apoya una administración más moderna de los asuntos públicos.

Respecto a la autonomía de poderes, creo que es indudablemente valiosa la defensa que la Suprema Corte ha hecho de la autonomía de los poderes judiciales locales, eso no tiene la menor duda. También hay que decir que, desde que se discutió el caso de la participación del Senado en los nombramientos de Notimex y en la Comisión Federal de Competencia, una semana antes de que se comenzara a discutir el caso de las leyes de medios, varios de los ministros comenzaron a hablar sobre la doctrina de las administraciones independientes. Se empezó a discutir esta doctrina del derecho administrativo comparando, que es mucho más elaborada y moderna. Pero finalmente, en sus sentencias, la Corte se decanta por una formulación más tradicional sobre órganos reguladores autónomos que está enraizada en nuestras doctrinas: esta distinción entre organismos descentralizados y órganos desconcentrados, relativa a las características que la doctrina y la jurisprudencia les asigna. Por esta vía la Corte encuentra un consenso de estos ocho votos que se necesitaba para sacar declaraciones de validez o invalidez de las disposiciones legales a la luz de la Constitución. No se llegó, quizá, a la formulación más moderna sobre las características autonómicas de los órganos reguladores, pero sí a una formulación más congruente con nuestra tradición y con la certidumbre jurídica.

Dr. Raúl Jiménez: Quisiera centrar mis comentarios en dos puntos, expresando por anticipado que comparto plenamente las consideraciones que se han puesto sobre la mesa.

El primer punto es el relativo a la distinción semántico-jurídica y operacional entre la subasta y la licitación pública. Me parece que en el fallo de la Corte no estuvo perfectamente hecha la disección de la figura de la licitación pública, como el eje rector de todos los procedimientos de acceso a mercados que tiene a la mano el Estado Mexicano por la vertiente de los actos administrativos que le son propios. En forma genérica, puede decirse que la licitación pública es el vehículo único -habría que preguntarse si también exclusivo y excluyente-, a través del cual el Estado Mexicano entra en contacto con los agentes de la economía, para realizar todos los actos que requiere con vistas al cumplimiento y desarrollo eficiente y asertivo de sus funciones. Existe aquí un debate de mucho fondo, que desafortunadamente pasó de noche durante la discusión que tuvo lugar en el Pleno de la Corte. En mi opinión, hoy por hoy, la licitación pública sí está jurídicamente consagrada como el único mecanismo de acceso a los mercados por parte del Estado Mexicano, y a la luz de lo anterior, cualquier otro concepto, se llame como se llame, no responde a esa exigencia normativa. Me pareció entender que algunos de los comentarios vertidos en el voto concurrente del Ministro Góngora tienden a resaltar este aspecto. Naturalmente, no podría ponerse en tela de duda la pertinencia, la legitimidad, la validez y la eficacia operacional e instrumental de la figura de la subasta para otros propósitos distintos a los contemplados en el artículo 134 constitucional; tal es el caso de las subastas de tipo judicial, las subastas inherentes a la vía de apremio o a la acción ejecutiva de sentencias elevadas a la categoría de cosa juzgada; sin embargo, estos casos, por supuesto, no pasan por el filtro normativo de la licitación pública.

Mi segundo comentario se refiere a la circunstancia de que esta sentencia es más paradigmática y emblemática en materia de organismos desconcentrados que las que le precedieron. De su texto se advierte la crisis en que se encuentra el modelo organizativo de la Administración Pública Federal vigente desde el año 1976, en que se derogó la vieja Ley de Secretarías y Departamentos de Estado y se dio curso a la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública Federal,

complementada más tarde con la emisión de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales. ¿Por qué digo que la resolución que se está comentando tiene la virtud de detonar y, literalmente, poner en entredicho este modelo organizacional? De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 90 Constitucional, el modelo de la administración pública es sumamente claro y tremendamente sencillo en términos de su trazo configurativo; a partir de una pirámide se tiene en el vértice al Titular unitario e indivisible del Poder Ejecutivo Federal, abajo del Presidente de la República está el cuerpo orgánico-funcional de la administración pública federal, dividido en dos componentes o segmentos organizacionales, la administración pública centralizada y la administración pública paraestatal. Esta pirámide se complementa con los acuerdos de sectorización y los acuerdos que otorgan facultades a los coordinadores o cabezas de sector para servir de medio de instrumentación de las grandes definiciones contenidas en el Plan Nacional de Desarrollo y los programas sectoriales y regionales. Enfocada desde la vertiente relativa a los grados o márgenes de autonomía, la pirámide en cuestión también se explica de la siguiente forma: la autonomía de la Secretarías es absolutamente nula si la contrastamos con la autonomía de las entidades del sector paraestatal, la cual es plena en lo técnico, en lo financiero y en lo tocante a su personalidad jurídica y patrimonio propio.

Así es como fue concebido el modelo organizativo de la administración pública federal desde la época del Presidente José López Portillo. Sin embargo, al vaivén de la globalización, al vaivén de la necesidad de proteger el proceso de la libre competencia y dar espacios de seguridad a las inversiones, dicho modelo se vió irrumpido por una figura que de hecho no tenía ninguna relevancia administrativa y que se rige por un sólo precepto de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, el artículo 17, me refiero al órgano desconcentrado. Con anterioridad, la doctrina administrativista concebía en forma mínima la función de los desconcentrados, al punto de que en los cursos correspondientes el desarrollo del tema no ocupaba más de dos o tres clases.

¿Qué es lo que sucedió de un tiempo a la fecha? Por un lado, se amplió el abanico, el repertorio de Secretarías de Estado, pero, por el otro, el sector paraestatal ya no cumplía con las expectativas de los agentes económicos. El resultado de todo esto es que el sector paraestatal, donde está presente la autonomía de gestión, fue siendo menor en términos cualitativos y cuantitativos; a partir de aproximadamente 1250 entidades, incluyendo fideicomisos como el de las viudas de Pancho Villa, en la época del Presidente Miguel de la Madrid, y más aún en la época del Presidente Carlos Salinas de Gortari, se lleva a cabo un esfuerzo de redimensionamiento que desemboca en unas cuantas entidades paraestatales.

Así pues, los procesos orgánicos y funcionales inherentes a la autonomía de gestión ya no podían transitar por la vereda del sector paraestatal. Lógicamente, la salida lateral para ese requerimiento jurídico y económico fue la utilización de la figura en embrión del órgano desconcentrado. No recuerdo que de 76 a 80 se hubiese utilizado este instrumento en una forma productiva, desde el punto de vista del valor agregado jurídico; los órganos descentrados eran muy menores y no tenían absolutamente ningún valor en términos del desarrollo de las cuestiones sustantivas del Estado. Ante la necesidad de hacer compatibles las funciones del Estado con los nuevos roles protagónicos en materia de protección del mecanismo de formación de los precios, la libre competencia, la libre competencia, la certidumbre a las inversiones, los márgenes de autonomía y el tema, muy importante, de la claridad y la transparencia gubernamental; se echó mano de esta figura, quizá copiando un poco el modelo organizativo del gobierno anglo-sajón basado en las famosas Comisiones. Es, entonces, cuando, para no generar más entidades paraestatales, se echa

mano de la figura del desconcentrado, sobre todo cuando surge la necesidad de establecer divisiones claras entre las funciones regulatorias del Estado y los procesos operativos de los agentes económicos. El uso intensivo del desconcentrado le ha llevado a adquirir tal relevancia que, literalmente, vino a significar una carga de dinamita dentro del modelo organizativo de la administración pública federal. Mientras que la organización paraestatal esta colgada del artículo 90 constitucional, el segmento emergente de los órganos desconcentrados no tiene bases de sustentación jurídico-constitucional claras, específicas, en concordancia y a la altura de las funciones tremendamente importantes que tienen a su cargo hoy en día. Me refiero, por ejemplo, a la Comisión Nacional del Agua; fuera de Pemex, fuera del CFE, un desconcentrado como CNA tiene una importancia estratégica y un grado de autonomía de gestión superior a cualquier ente paraestatal. Y qué decir de la Consar o de la Cofeco o de la Condusef.

Lo mismo puede decirse respecto a la Cofetel, Esta Comisión no corresponde estrictamente al modelo de órgano desconcentrado contemplado en el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; es decir, su comportamiento operacional y su ingeniería normativa tiene todos los componentes de un organismo paraestatal, se encuentra a la altura de Petróleos Mexicanos; goza de autonomía de gestión técnica, financiera y operativa, tiene su propio órgano interno de control, maneja su propio presupuesto; tiene la capacidad jurídica para interactuar con terceros; todo lo cual explica el por qué el cordón umbilical que une al órgano desconcentrado con un superior jerárquico, que es una Secretaría de Estado, en este caso es muy virtual.

En suma, el tema de los órganos desconcentrados no fue acotado por nuestro Máximo Tribunal dentro del magnífico fallo que nos ocupa, no obstante su importancia manifiesta como medio de desarrollo de las nuevas funciones del Estado Mexicano.

Dr. Ibarra Palafox: Creo que efectivamente se está generando un problema que bien destaca el Doctor Hernández Ochoa y consiste en lo siguiente: dos de los candidatos propuestos originalmente por el ejecutivo para dirigir la Cofetel y que fueron rechazados, recientemente obtienen un amparo en su favor. Después ganan el amparo, pero resulta que cuando lo ganan la Cofetel ya está integrada por otras personas. Creo que éste es un problema no resuelto de diseño inconstitucional que han venido manifestando los organismos desconcentrados y que está asociada a su autonomía técnica.

Dr. Raúl Jiménez: Este último término que utiliza el Dr. Ibarra me parece categórico y demoledor; A efecto de no meterle más ruido a este esquema organizativo, muy bien diseñado piramidalmente, que surtió efecto y que puso a México a la vanguardia de los esfuerzos de reforma administrativa emprendidos a partir del 76, es preciso reglamentar la figura del órgano desconcentrado. Como dato al canto, previo a las elecciones presidenciales del año pasado, surgió la inquietud de elevar a la categoría de organismos dotados de autonomía constitucional a la Consar y al SAT, dándose a entender que un órgano desconcentrado puede dar un salto cualitativo y convertirse de la noche a la mañana en un organismo dotado de autonomía constitucional, superior a una Secretaría de Estado, superior al organismo descentralizado por excelencia, Petróleos Mexicanos. Esto parecería evidenciar el uso excesivo o desmesurado, y eventualmente abusivo de la autonomía de gestión. De ahí surge la apreciación, y hago mía las palabras sabias y pertinentes del Doctor Ibarra, de que se está extralimitando el uso de la autonomía. ¿Habría una situación parecida a esto, que bien podría ser calificado como una suerte de patología administrativa, cuando un órgano desconcentrado cambia de estatuto jurídico y de la noche a la mañana se convierte en un organismo dotado de autonomía constitucional?

Dr. Ibarra Palafox: Yo quisiera agregar algo en este tema, si me permiten creo que en la sentencia se percibe esta problemática de diseño constitucional como acertadamente señala usted Doctor Jiménez, la naturaleza propia del órgano desconcentrado se esta desvirtuando, tenemos ahora un presidente de la república que no puede influir en la política de telecomunicaciones prácticamente durante todo el sexenio, lo cual es grave si consideramos que no han habido las condiciones necesarias de transparencia y de competencia al interior de la política de telecomunicaciones en México. Este problema constitucional también lo percibo en otra parte de la sentencia que me gustaría destacar: la intervención del senado, creo que la resolución de la corte técnicamente es correcta, es decir el senado no tiene facultades constitucionales para objetar el nombramiento de los consejeros de la Cofetel, inclusive cita el diario de debates de 1917 para respaldar su argumento. Este conflicto entre los poderes ejecutivo y legislativo, se percibe claramente en la presente sentencia, más aún, me parece percibir que el sistema presidencial está en transición. Este conflicto constitucional que se refleja en la sentencia creo que era muy difícil de resolver por la corte, pues me parece que hubiera sido muy difícil tener una interpretación en este momento tan extensiva, tan abierta en el texto constitucional que le permitiera a la corte resolver el tema del nombramiento de los consejeros; sin embargo, parece que el tema de la apertura del sistema presidencial está latente, no lo puede resolver la corte por que tiene una limitación, es muy claro, es decir el senado no puede objetar el nombramiento de los consejeros, sin embargo el legislativo lo hace y percibimos esta tendencia política de transitar a una apertura del régimen presidencial podríamos llamar presidencial atenuado o semipresidencialismo, habría diferentes denominaciones que también están referidas a la naturaleza de los órganos desconcentrados que se están saliendo de este sistema cerrado. A mi me parece pues que está latente el problema del re diseño de nuestro sistema político por lo menos en lo que se refiera a los organismos desconcentrados o a la integración de mecanismos parlamentarios del sistema presidencial.

La colaboración entre poderes en México es muy reciente. Es muy claro que ya el senado participa desde hace una década en la designación del procurador general de la república y en otra serie de nombramientos, como son el del Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Esta tensión entre los poderes ejecutivo y legislativo al interior de los órganos desconcentrados, tarde que temprano tendrá que ser resuelta. Creo que tiene que resolverse mediante una reforma constitucional, yo creo que sí organismos tan importantes como los de telecomunicaciones tienen esta problemática, en algún momento tendrá que reconsiderarse la modificación del texto constitucional para que intervenga el legislativo en el nombramiento de los titulares de los organismos reguladores del sector telecomunicaciones, y así se genere un mayor equilibrio que no existe en México en este momento. Si el monopolio que se refleja en el mercado mexicano de las telecomunicaciones obedece a una excesivo presencia del presidente en la década de los 90, en el caso particular del presidente Salinas, creo que esto tendría que ser corregido en algún momento y la participación del órganos legislativo podría ser benéfica.

Dr. Natarén Nandayapa: El Dr. César E. Hernández Ochoa ha mencionado, más o menos, las implicaciones que tenía; y habría que entrar al contexto mediante una breve recapitulación.

Al iniciar las sesiones para resolver esta sentencia, el ministro Cossío pidió abstenerse de entrar a las discusiones, la razón para ello fue que en el año 2002, como director del departamento de derecho de la ITAM, participó en una serie de comisionados, y celebró una serie de contratos con el Senado de la República, con la Comisión de Comunicaciones y con la Cámara de Dipu-

tados para llevar a cabo revisión sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, la nueva Ley Federal de Telecomunicaciones; sobre la mayor parte de los asuntos de fondo de esta sentencia, el Ministro Cossío ya se había expresado públicamente; su opinión, incluso, fue publicado o transmitido en un programa del canal del congreso. Él plantea esto a sus nueve compañeros, y a la luz de un debate muy interesante, resulta una votación de seis a tres, es decir, tres ministros consideraban que el ministro Cossío no tendría que excusarse, en opiniones como la del ministro Góngora en la que sostiene, “bueno, si quiere excusarse le tendremos que conceder la excusa en tanto que él no se siente capaz”; el planteamiento de un excusa tiene como finalidad garantizar la imparcialidad del juzgador, y podríamos plantear la imparcialidad desde dos perspectivas siguiendo, quizá, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que sostiene que la imparcialidad puede considerarse al interior, desde el nivel subjetivo, como la predisposición o la posición personal que tenga un juzgador respecto de un asunto, y a nivel objetivo, que es la apariencia que tiene sin saber cuál es el pensamiento o la posición personal. Respecto esta perspectiva en el asunto en particular, cuando el ministro Góngora dice, “bueno, si él no se siente, si él no se está planteando este asunto y si él tiene dudas sobre si podría ser parcial o no, entonces démosle la posibilidad de que se abstenga”, en buena medida, él habla de posición personal, de la imparcialidad subjetiva, y me parece que el ministro Cossío estaba, en realidad, atendiendo a la otra característica, la idea de imparcialidad visto desde fuera, sobre la idea que responde al dicho de que la mujer del César no sólo tiene que ser honesta, sino que también tiene que parecerlo.

Lo que hace todavía más complicada la discusión o el análisis del tema es que existe jurisprudencia firme del propio Pleno de la Suprema Corte del 2006, que señala que no es posible que en la controversia constitucional un ministro se acogiera a las causales de abstención; el argumento que señala la propia jurisprudencia es muy simple, dice, “tenemos una votación calificada, necesitamos ocho, si se abstienen tres o más, simplemente va a ser imposible llegar a esa votación calificada, por lo tanto, permitir la abstención es dejar de cumplir las responsabilidades que tiene la propia Suprema Corte”, en esa lógica, la jurisprudencia parece bastante razonable, la pregunta es por qué si se prohíbe la abstención y la recusación en materia de controversias constitucionales, se va a aceptar en materias de inconstitucionalidad.

Existe un argumento más; la propia ley, en la regulación del procedimiento del art. 105, no establece causales de abstención ni de recusación, en el mismo debate que sostienen los ministros, se ponen sobre la mesa todas las fracciones referentes; en este momento, podría traerles las dos que quizá son las más fundadas: estamos hablando del artículo 146 de esta ley orgánica que dice que los ministros de la Suprema Corte de Justicia, los magistrados de circuito, los jueces de distrito, los miembros del consejo, la judicatura federal y los jurados, están impedidos para conocer de los asuntos por algunas de las causas siguientes, fracciones decimoséptima “...haber sido agente del ministerio público, jurado, perito, testigo apoderado, patrón o defensor en el asunto del que se trata, o haber gestionado o recomendado anteriormente el asunto a favor o en contra de algunos de los interesados, tratándose de juicios de amparo, se observará lo dispuesto en la ley de amparo”; sobre esta fracción, los ministros establecieron que no se podía considerar que el ministro Cossío estuviera incurso en esta causal; también se puso sobre la mesa la fracción decimooctava, que dice “...cualquier otra análoga a las anteriores”.

Dr. Ibarra Palafox: Me parece muy apropiada la anotación, yo tuve la oportunidad de leer la jurisprudencia. Es una tesis de la Suprema Corte donde efectivamente señala que la recusación no procede en controversias constitucionales, tengo la certeza de que podría haberse hecho

una interpretación extensiva para que se incluyeran las acciones de inconstitucionalidad, pues el principio en esencia me parece el mismo, pues si se excusan tres ministros ya no podríamos obtener mayoría tanto en controversias como en acciones de inconstitucionalidad. Sí estaría de acuerdo, me parece una tesis que en algún sentido obliga... no, no, desde luego que no obliga, le establece a la Corte un precedente de congruencia, ya que hubiéramos esperado un criterio semejante en el caso de las acciones de inconstitucionalidad.

Dr. Imer Flores: Yo quisiera destacar que esa tesis, hasta donde yo me acuerdo, hace referencia a la recusación y no a la excusa, que el caso de Cossío es propiamente una excusa; a mí también me parece que si está prohibida la recusación, también debería prohibirse la excusa

Dr. Natarén Nandayapa: Imer, hace referencia a los dos, recusaciones y excusas...

Dr. Imer Flores: Bueno, yo te cuento otra cosa, en los casos de Atenco, que conoció la Corte, antes de que el presidente retirara su decreto, la ministra Sánchez Cordero se excusó, y a mí me parece muy criticable, pues su argumento fue que era amiga de Pedro Cerisola, sí pero este no es un asunto de Pedro Cerisola, estamos hablando de las atribuciones que tiene el secretario de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, que no necesariamente se llama Pedro Cerisola, entonces, si la tesis está haciendo referencia a recusación y excusa, está bien, la tesis, pero en la práctica no lo han aplicado tal cual, e, insisto, yo también soy de la idea de que no tendrían por qué haberle admitido la excusa al ministro Cossío; él recomendó a una de las partes, que quizá ni siquiera sean las mismas.

A lo que yo quería llegar es a la diferencia existente entre excusa y recusa que, como quiera, la tesis abarca las dos, pero en la práctica no se ha aplicado, y es curioso que todos los ministros dijeron: “El que uno de los ministros diga que no se siente en condiciones de poder decidir sobre el asunto es motivo suficiente”, pero no, creo que deberíamos entrar a los fondos de cuándo se puede o no uno excusar, o cuándo se puede permitir una recusa; y ¿Por qué no permitirlo simplemente?, porque ¿Quién va a resolver el asunto eventualmente?; hay un amparo muy famoso de Horacio Aguilar, en el que recuso a todos los ministros de la Corte porque todos habían sido amigos o enemigos de su papá, entonces, alguien tiene que resolver el asunto; en ese caso los ministros decidieron: “lo podemos resolver, no tenemos algo lo suficientemente impeditivo”.

En una cuestión de controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad, que tiene que resolver la propia Corte, suena muy delicado que no tengas reguladas claramente cuáles son las condiciones para excusa y recusa. En ese punto coincidí y, además, quería traer a colación el caso de la ministra Sánchez Cordero.

Dr. César Emiliano Hernández: Un punto adicional es que, en el momento que se decidió de esta manera, hubo mucha preocupación, y no voy a la cuestión institucional que ustedes ya abarcaron, sino, una preocupación de que no se alcanzaran las mayorías necesarias; afortunadamente la preocupación resultó ser infundada, y sí se alcanzaron los votos para invalidar porciones normativas de las leyes reformadas en 2006.

Por otra parte, conociendo la forma en que había participado el Itam en las consultas del Congreso a principios del gobierno del presidente Fox, yo creo que fue un acto de prudencia, y acabó siendo bueno para la sentencia y para el prestigio de la Corte, que le hayan permitido al ministro Cossío excusarse de participar en este caso. Existían varias opiniones legales del Dr. Cossío, contradiciendo lo que finalmente resolvió la Corte, y que de difundirse hubieran afectado

al prestigio de la Corte y dificultado el consenso. En términos de la prudencia, y no me voy sobre la regla institucional, pues claro que debe de haber reglas claras y firmes, pero en términos de prudencia yo creo que fue lo mejor que a la Corte le pudo haber pasado en este caso.

Dr. Imer Flores: Parte de lo que preocupaba es que había un ministro enfermo, si se excusaba un segundo, entonces, sólo quedaban 9 para alcanzar 8 votos, y en muchas de las discusiones cuando uno se manifestaba en contra, había quien tenía que desdecirse para sumarse el 8, porque de lo contrario no habría efectos.

Dr. César Emiliano Hernández: Hubo un caso expreso de la ministro Luna Ramos donde dijo “pues no estoy de acuerdo, pero para que se alcance la mayoría yo me sumo”.

Dr. Imer Flores: De hecho, más o menos el fraseo dice, si mal no recuerdo, “no estoy muy convencida de que esto fuera inconstitucional, pero voy a cambiar”, entonces parece más grave de como lo sugieres tú, pero ese es el punto que estaba ahí latente, que es muy cierto, es parte de lo que despertó esta discusión, y regresa al problema de que si se tiene que alcanzar 8 votos de los 11, estén presentes o no presentes, ¿Cómo permites que se estén excusando o recusando los ministros?

Dr. Natarén Nandayapa: Hay que retomar lo que dice César Emiliano, la cuestión de la prudencia; en este momento en el que ya se llegó a los 8 votos está bien, la historia terminó bien, pero el riesgo y la presión en el momento la vuelve una decisión bastante controvertida. Alguna vez, hablando aquí con algunos compañeros del Instituto, planteamos que el problema no era el haber hecho la petición, quizá habría que haberlo puesto sobre la mesa, pero no en plan de “me quiero excusar”, porque eso permite planteamientos como el de Góngora, “si la plantea y considera que tiene que retirarse, permitamos que se retire”

La otra cosa sobre la mesa: la imparcialidad objetiva de la Corte, en tanto que la imparcialidad es una característica fundamental de actividad jurisdiccional, se tienen que cuidar, entonces tendrías argumentos para señalar que hizo lo correcto al retirarse.

Dr. Raúl Jiménez: Quisiera poner sobre la mesa, muy rápidamente, una experiencia jurisdiccional relativamente reciente, más próxima al terreno de la impugnación que el caso que nos ocupa del Sr. ministro Cossío, en donde finalmente el tema de debate fue resuelto aduciendo que las funciones jurisdiccionales, incluido el mismo tirocinio, son de observancia y desempeño obligatorio, no discrecionales. Me refiero al asunto del Magistrado Luna Altamirano, Titular de un Tribunal Unitario en Materia Penal de Primer Circuito, quien tuvo a su cargo la atención, procesamiento y resolución del amparo indirecto promovido por los abogados del ex Presidente Luis Echeverría en contra del auto de formal prisión por el delito de genocidio emitido por un diverso Magistrado Unitario en Materia Penal. El expediente estaba a punto de ser fallado y los abogados de la parte quejosa recusaron al Magistrado argumentando la existencia de un conflicto de intereses, basados en la idea de que el Juzgador dedicó su libro “*Aspectos Jurídicos en el derecho Internacional del proceso de la extradición*” a “las víctimas de la matanza de Tlatelolco y a sus familiares”, lo que era justamente el tema de decisión. El superior jerárquico del Magistrado Luna Altamirano sostuvo que se trataba de una opinión académica expresada en un foro distinto al judicial y que ello no afectaba la imparcialidad del Juzgador.

Dr. Ibarra Palafox: Sobre este punto ¿Alguien quisiera comentar algo más? Creo que han sido brillantes exposiciones las de todos, creo que a manera de conclusión podríamos señalar

que cuando menos no hay una política judicial clara sobre las razones y posibilidades para las excusas y recusaciones. Yo tengo un tema que sugerir, pero quisiera saber si alguien tuviera alguno más antes de ponerlo sobre la mesa de discusión. Es el tema de la transparencia.

La sentencia es loable en muchos sentidos, es una de las mejores sentencias que yo he conocido de la SCJN; el trabajo que hizo de investigación se refleja en la sentencia. Este trabajo de investigación y el impacto público que tuvo la sentencia fue significativo, el hecho de llamar a los especialistas, el hecho de poner el proyecto de la sentencia en la página de Internet de la Corte fue magnífico. Sólo yo quisiera señalar que este caso debería sentar un precedente para que muchos otros casos relevantes que se examinan en la SCJN, pudieran tener la misma difusión y transparencia que la Corte le asignó a este. Creo que es importante que se establezca una política judicial de transparencia y difusión, como la que se alcanzó en este caso particular; lamentaría mucho que en el futuro este fuera el único caso al que se le hubiera dado un tratamiento de transparencia tan relevante. Me parece que esta sentencia, independientemente de los puntos críticos que se hayan señalado aquí, tiene un trabajo que se nota, hay investigación, es acertada en la mayor parte de sus puntos, pero quisiera que esto sirviera de un estándar para otros casos ¿no?

Dr. Imer Flores: En la misma línea de lo que estas diciendo Francisco, de los meritos que tiene, que ahí es una cuestión de forma, y a mí me parece que es muy importante destacar esto; a mí me gustó mucho el aspecto que la Corte le siguió dando vista a los senadores que originalmente habían interpuesto la acción de inconstitucionalidad, que ya habían dejado sus funciones pero se les siguió dando conocimiento, y esto es parte de lo que marca la diferencia de esta decisión tan buena con otras decisiones que quedan muy en el aire, desde un formalismo de decir “ya no están los senadores que la interpusieron, y ya no la conocemos, ya no la revisamos o ya no le tenemos que dar vista a nadie”, creo que esto es un argumento de interés legítimo, que está más allá de un interés jurídico, y espero que esto lo encontremos más seguido, que la Corte esté haciendo este tipo de extensiones, o también, lo que decía, esta decisión en el proyecto de sentencia, difundirlo, discutirlo, allegarse de expertos, estas medidas para el mejor proveer. Esto es un claro ejemplo de una decisión bien tomada por un Tribunal Constitucional, hay veces que no lo hacen y me parece que se quedan escondidos.

Dr. César Emiliano Hernández: Un elemento que yo mencionaría, y que se mencionó en su momento, es que durante todo el procedimiento la Corte recibió argumentos escritos de grupos de amigos de la Curia, que fueron, por ejemplo, un grupo de especialistas en derecho de telecomunicaciones y otro del departamento de Derecho del ITAM. Entonces, la apertura se manifestó también en el espacio que se abrió a otro tipo de actores para que enriquecieran los argumentos que estaban utilizando.

Alberto García (facultad de Derecho): Yo quería mencionar, respecto de las políticas de transparencia que se podrían implementar en la Corte, la forma en que se redactan y cómo se expresan las sentencias; hablar de una sentencia de más de mil hojas, por ejemplo la sentencia de la Ley de Telecomunicaciones, francamente, creo que sólo en lugares muy especializados se podría acceder a la información, para poder criticar y entender a la Corte. El poder crear sentencias legibles para todo público y no únicamente para un público de abogados es una forma de transparencia.

Me parece también importante que se publiquen la totalidad de las sentencias que emite la Corte, así como ponerles nombre, me parece que un simple número, “la acción 26/2006”, no dice nada.

Nidia Cervantes (facultad de Ciencias Políticas): Mi nombre es Nidia Cervantes, yo estoy estudiando la carrera de Ciencias de la Comunicación en la facultad de Ciencias Políticas. Estoy de acuerdo con el compañero de la facultad de Derecho, sobre todo, para nosotros los de Comunicaciones es difícil entrarle al tema, de repente hace falta un bagaje, incluso cuando los mismos ministros citan sus jurisprudencias.

Aquí tengo la sentencia de la Corte, son alrededor de 200 páginas, y los votos particulares que acertadamente hace el ministro Góngora, entonces es también leer entre líneas, y resulta bastante complicado, sin embargo, considero que un elemento que le ofrece transparencia es el canal judicial, aún así está abierto solamente en canales de paga, y sería interesante tenerlo en canales abiertos, a final de cuentas, el servicio social es uno de los objetivos que tiene, lo dice la Ley General de Radio y Televisión.

Por otro lado, me gustaría saber si ustedes tienen opinión respecto a la posición que toma la CIRT con respecto a la sentencia que hizo la SC; en los días anteriores, existió una reunión entre los miembros de un grupo afectado por esta ley, y bueno, sutilmente se aconseja que se ignore esta sentencia porque, finalmente, son sugerencias, más no son cosas que se deban acatar tal cual, yo creo que sería como tirar a la basura tanto esfuerzo, tanto trabajo.

También me gustaría saber si tienen una opinión sobre la controversia 59/2006 que es sobre las radios comunitarias, que es un tema muy ligado, que se desprende de la sentencia de la SC cuando se declara que sí hay omisión al no mencionar a las radios comunitarias, sin embargo, los municipios no tienen interés legítimo.

Dr. Natarén Nandayapa: Yo quiero decir que leí la nota de prensa de la CIRT, que me parece francamente irresponsable señalar “lo que tienes ahí es solamente una opinión, una sugerencia, o no tienes la obligación de cumplir con esta sentencia”; me parece que eso está anclado en ese viejo pensamiento ilustrado en donde la ley es suprema, la ley es perfecta y por lo tanto el legislador, como único interprete de la voluntad soberana, no está sujeto a límites. Me parece que es una opinión bastante interesada que no deberíamos encontrar en este contexto, definitivamente, la discusión, todo el debate de esta sentencia es qué es lo que dice, cuáles son los límites constitucionales; si dentro de este parámetro se ha dado la resolución, entonces decir “no estas obligado por lo que dijo el último interprete de la Constitución...” es un argumento que se cae por su propio peso.

Dr. César Emiliano Hernández: Desafortunadamente, no conozco muy bien los detalles de la controversia constitucional en el tema de la radio comunitaria, que es un tema muy importante. Respecto a las declaraciones de la CIRT, primero, hay que decir que son de un abogado que es parte de la CIRT, Gerardo Soria, y es una persona que fue comisionado de la Cofetel hace algunos años, tiene opiniones muy fuertes sobre la sentencia. A él no le gustó en lo personal y ha escrito opiniones muy severas criticándola, pero yo diría que es una opinión personal sobre la que él da sus razones. Pero creo que en la CIRT ha de haber muchas voces diferentes de la suya, a la que se le dio publicidad como si fuera la posición de esa Cámara, sin necesariamente serlo.

Dr. Raúl Jiménez: Naturalmente, hago más las palabras del Dr. Natarén en torno a la coercitividad y ejecutoriedad de este fallo de la SCJN. En relación al comentario de la compañera del Área de Comunicación de Ciencias Políticas, es oportuno reiterar el criterio establecido en el año 1803 por la Corte de los Estados Unidos al resolver el famoso caso “Marbury contra Madison”: “la Constitución es lo que la Corte dice que es”.

Dr. Ibarra Palafox: Les agradecemos su asistencia a todos. Agradecemos también el interés del Canal Judicial y nos vemos, si es posible, el próximo 21 de noviembre para examinar el siguiente caso.