

VIII. VOTO CONCURRENTENTE DEL MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO GONZÁLEZ SALAS

El Ministro centró su voto en dos temas: el primero en la facultad del Congreso de la Unión para establecer el plazo y objetar el nombramiento presidencial de los integrantes de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, previsto en el artículo 9o.-D de la Ley Federal de Telecomunicaciones; y el segundo acerca de la posibilidad de refrendo del título de concesiones prevista en el artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión.

Sobre el primer punto, la decisión mayoritaria fue en el sentido que el plazo de ocho años de duración del encargo de los comisionados, previsto en la ley cuestionada, así como el señalamiento de que dichos servidores públicos sólo pudieran ser removidos por causas graves justificadas, no violentaban el principio de división de poderes consagrado en el artículo 49, ni la facultad de libre nombramiento prevista en el artículo 89, fracción II, ambos de la Constitución Política

de los Estados Unidos Mexicanos, en la medida en que el legislador cuenta con atribuciones para establecer el modo y las condiciones bajo las cuales los funcionarios pueden ser removidos de su cargo y esa facultad no podía entenderse de manera absoluta, de tal manera que pueda llevarse a cabo sin modalidades, límites o requisitos.

La mayoría argumentó, respecto a lo anterior, que la norma impugnada no señala que para remover a algún comisionado, el Presidente de la República deba sujetarse a la intervención de otro Poder, ni impide la existencia de la remoción misma porque aun cuando ésta debería sujetarse a la existencia de una causa grave, sería él sólo quien la determinaría en cualquier momento que así lo ameritara.

El Ministro autor del voto manifestó que él difería de esa conclusión e inició su análisis con el texto del artículo 9o.-D de la Ley Federal de Telecomunicaciones que establece: "Los comisionados serán designados para desempeñar sus cargos por periodos de ocho años, renovables por un solo periodo, y sólo podrán ser removidos por causa grave debidamente justificada".

En su opinión, el texto de la norma anterior violenta las reglas que sustentan el régimen de gobierno previsto en los artículos 39, 40 y 41, párrafo primero, y, en particular, el principio de división de poderes previsto en el artículo 49, todos de la Constitución, y aquellos que integralmente rigen la administración pública federal, derivados de lo dispuesto en los artículos 89, fracción II y 90, ambos de la Ley Fundamental y, por ende, el sistema de competencias inherente a un régimen federal y a una forma de gobierno presidencial, como el adoptado por la Constitución Mexicana.

Recordó que ya en varias ocasiones había sostenido que nuestra forma de Estado Federal implica un complejo sistema de distribución de competencias exclusivas y excluyentes, otorgadas por la Constitución Mexicana, entre los órdenes de gobierno coexistentes y entre los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, por lo que salvo en los casos expresamente señalados en la Norma Fundamental, un Poder, no podía intervenir en la vida interna de otro Poder.

Mencionó su coincidencia con diversos doctrinarios constitucionalistas que agrupan las distintas facultades conferidas constitucionalmente a los Poderes de la Unión en dos categorías: facultades expresas e implícitas;¹ donde estas últimas serían las que el Constituyente otorgó al Poder Legislativo, desde el siglo XIX, y que hoy se mencionan en la fracción XXX del artículo 73 de nuestro Texto Fundamental vigente.²

El Ministro Franco señaló que del contenido de los artículos 40, 41, primer párrafo y 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deriva, como una característica inherente al principio de división de poderes, un núcleo de potestades exclusivas para cada uno de ellos de acuerdo con su propia y específica naturaleza.

Agregó que entre las potestades de las que se encuentra dotado cada Poder, la doctrina reconoce la existencia de las

¹ En esta línea de pensamiento se encuentran, entre otros tratadistas mexicanos: Felipe Tena Ramírez, Jorge Carpizo MacGregor, Héctor Fix-Zamudio e Ignacio Burgoa; y entre los extranjeros Dieter Nohlen, Giovanni Sartori, Juan Linz, Arturo Valenzuela y Joseph La Palombara, por citar solamente algunos.

² La doctrina señala que para que sea posible el ejercicio de facultades implícitas se requiere la existencia de una facultad explícita que por sí sola sea imposible ejercer, lo que implica que la facultad implícita no es autónoma, pues depende de una facultad principal a la que está subordinada y sin la cual no existiría. Es decir, hay una relación de medio o fin entre la facultad implícita y el ejercicio de la facultad explícita, debido a que ésta sería estéril si su ejercicio no se actualizara por medio de la facultad implícita.

llamadas facultades de auto-regulación y de auto-organización, con las cuales cuenta ampliamente el Congreso de la Unión, por haber sido dotado de la facultad de darse las normas que regulen y organicen su funcionamiento interno, sin que la ley que expide para ello quede sujeta a la posibilidad de que el Ejecutivo formulara observaciones sobre su contenido, ni requiera para su vigencia de la promulgación por parte del Presidente de la República, de acuerdo al artículo 70 constitucional.³

En cambio, para el Poder Ejecutivo y el Judicial, esta potestad se encuentra mediatizada, toda vez que le corresponde al Congreso de la Unión, en principio, establecer las bases de su organización y funcionamiento; pero esta facultad del Legislativo no es absoluta, sino que tiene los límites impuestos expresa o implícitamente por la propia Constitución.

En opinión del Ministro, y conforme a lo anterior, para determinar a quién corresponde la facultad de nombramiento y remoción de los comisionados a que se refiere el artículo 9o.-D de la Ley Federal de Telecomunicaciones, habría que vincular la naturaleza de las diversas facultades expresas e implícitas de los tres Poderes con los criterios de ponderación, racionalidad y razonabilidad constitucionales.

Así, el Presidente de la República, para auxiliarse en el desarrollo y despacho del orden administrativo, cuenta con

³ Así se reconoció expresamente en la iniciativa de reforma constitucional presentada por el Ejecutivo a la Cámara de Diputados en octubre de 1977, en la que se justificó la adición del artículo 70, en la parte conducente en los siguientes términos: "Para conservar la total autonomía y responsabilidad del Congreso de la Unión en la expedición de su Ley Orgánica es consecuente marcar una excepción al trámite normal que establece nuestra Ley Fundamental para la aprobación de las Leyes de manera tal que el referido ordenamiento no puede ser vetado por el Ejecutivo Federal ni necesite de la promulgación de éste para tener vigencia".

una serie de dependencias o entidades paraestatales⁴ que le prestan auxilio y que, por razón de jerarquía, dependen de él, ya sea directa o indirectamente, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Federal; así, la Ley de Secretarías de Estado de diciembre de 1935, le otorgó por primera vez la facultad de distribuir los asuntos al interior de sus dependencias mediante la expedición de reglamentos. A partir de entonces, nadie ha puesto en duda que la regla general es la de que la organización y distribución de las competencias entre distintos órganos o unidades inferiores en cada una de ellas, se dejan por delegación legal al Ejecutivo Federal y a los titulares de cada dependencia.

No obstante, este reconocimiento general de las facultades de auto-organización del Poder Ejecutivo, en el caso de los órganos desconcentrados como la Comisión Federal de Telecomunicaciones, se presenta una situación particular, en virtud de que la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, ordenamiento que incorporó por primera ocasión esta figura, lo hizo mediante una regulación especial y diferenciada en su artículo 17, que no había sido modificada hasta la fecha y señala:

Para la más eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de su competencia, las secretarías de Estado y los departamentos administrativos, podrán contar con órganos administrativos desconcentrados, que les estarán jerárqui-

⁴ Vocablos que se utilizaron a partir de 1976 con la expedición de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y que después, en 1981, se introdujeron en el artículo 90 constitucional, para agrupar, bajo el concepto de dependencias a las que conforman la administración pública centralizada (unidades de presidencia de la República; secretarías de Estado; los desaparecidos departamentos administrativos; originalmente también la Procuraduría General de la República, y ahora la Consejería Jurídica); y bajo el de entidades paraestatales a los organismos descentralizados, empresas de participación estatal (en sentido amplio) y fideicomisos.

camente subordinados, y tendrán facultades específicas para resolver sobre la materia y dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso, de conformidad con las disposiciones legales aplicables.

En este contexto, al órgano desconcentrado se le otorga, para el óptimo desarrollo de los asuntos administrativos, determinadas facultades de decisión y ejecución que le permitieran actuar con mayor autonomía de gestión y, por ende, con mayor rapidez, eficacia, eficiencia y flexibilidad en la realización de funciones esencialmente técnicas, pero siempre bajo la regla de que el órgano jerárquicamente superior conservaba sobre aquél, por lo menos, las potestades de mando, nombramiento, revisión y disciplina que son connaturales al funcionamiento ordenado y coherente del Poder Ejecutivo en su conjunto.

Por ello, las facultades administrativas otorgadas a un organismo administrativo desconcentrado podían ser, mediante la avocación de facultades,⁵ de nueva cuenta desempeñadas directamente por el órgano central del cual se hubieren desprendido; por tanto, no podía considerarse que existiera una transferencia irrevocable de facultades al órgano desconcentrado.⁶

Para el Ministro, la regla general sería la competencia del Ejecutivo para definir la organización interna de sus depen-

⁵ Siempre que se siga el mismo procedimiento que se utilizó para la expedición de la ley o acto por el cual se creó el órgano desconcentrado.

⁶ Son muchos los órganos desconcentrados, entre los cuales se mencionan por su importancia: el Sistema de Administración Tributaria, los hospitales regionales del sistema de salud, cada una de las escuelas del sistema educativo nacional, el Instituto Politécnico Nacional; la Procuraduría Federal del Trabajo; el Consejo Nacional para la Cultura y las Artes; el Instituto Nacional de Bellas Artes o el Instituto Nacional de Antropología e Historia.

dencias, con la intervención excepcional del Congreso, a la luz de los principios y reglas establecidos en la misma Constitución. Además, conforme a la ponderación de criterios de razonabilidad y razonabilidad constitucionales, el legislador tiene obligación al crear un órgano desconcentrado, de respetar su naturaleza y características esenciales, así como ajustarse a las reglas que rigen para la administración centralizada a la que pertenece y a las necesarias relaciones de jerarquía y subordinación que deben existir respecto de los órganos superiores, lo cual supone que el superior mantiene frente al inferior, entre otros, los poderes de mando, nombramiento, revisión, vigilancia y disciplina de acuerdo al grado de autonomía técnica, de gestión y operativa que requiera el órgano desconcentrado para el cumplimiento eficaz de sus funciones. En caso contrario, habría una intromisión indebida en la organización y funcionamiento del Poder Ejecutivo, por parte del Legislativo, que podría generar dependencia y subordinación frente al Legislativo y una transgresión al principio de división de poderes.⁷

La persona que en un momento dado ejerce la titularidad del Poder Ejecutivo, debería poder nombrar a persona idónea y de su confianza para algún puesto que en línea de mando dependiera de él, una vez que se hubieran cumplido las calidades o requisitos que constitucional y legalmente se exigieran para ese cargo.⁸

⁷ Lo que conlleva la facultad del Congreso de la Unión de fijar los requisitos o calidades que se requieran objetiva y racionalmente para ocupar el cargo, conforme a su naturaleza y características, pero no la arrogación de la facultad de intervenir en el nombramiento ni mucho menos para desplazar al Ejecutivo para realizarlo directamente.

⁸ De igual manera que la pueda remover cuando haya incurrido en causa para ello o se le haya perdido la confianza (principio este último recogido en la fracción XIV del apartado B del artículo 123 constitucional).

El Ministro expresó que la imposición de limitaciones al Presidente de la República en su libertad de nombrar y remover a los funcionarios titulares de ese órgano desconcentrado, no eran acordes con los principios y reglas del sistema unitario que rige en nuestro sistema presidencial, en el que el Poder Ejecutivo de la Unión —según el artículo 80 del Texto Fundamental— se deposita en una sola persona, e implica que para asegurar el correcto ejercicio de todas las atribuciones y facultades encomendadas a ese Poder en su conjunto, sus subordinados queden bajo su poder de mando, nombramiento, revisión, vigilancia y disciplinario.

Con base en todo lo anterior, el Ministro expresó que en el caso del término de ocho años para el ejercicio del cargo de los comisionados, existía una intromisión indebida del Poder Legislativo en la órbita de competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, que rompía con los principios y reglas constitucionales que regían para la organización y funcionamiento del Poder Ejecutivo, en especial en la órbita de la administración centralizada, por lo que también debió haberse declarado inválido el artículo 90.-D de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

Respecto al segundo tema de este voto, relativo al refrendo de las concesiones, expresó también su falta de coincidencia con la determinación mayoritaria de haber declarado sólo la invalidez parcial del artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión, porque en su opinión, la invalidez debería haberse declarado sobre la totalidad de la norma.⁹

⁹ En cuanto al plazo de la concesión "por veinte años" y respecto de la frase final del artículo: "El refrendo de las concesiones, salvo en el caso de renuncia, no estará sujeto al procedimiento del artículo 17 de esta ley".

El texto del artículo 16 citado, establece:

Artículo 16. El término de una concesión será de 20 años y podrá ser refrendada al mismo concesionario que tendrá preferencia sobre terceros. El refrendo de las concesiones, *salvo en el caso de renuncia, no estará sujeto al procedimiento del artículo 17 de esta ley.*¹⁰

El Ministro expresó que el plazo señalado en el artículo no es, por sí solo, un elemento inconstitucional,¹¹ como tampoco el que las concesiones no quedasen necesariamente sujetas a licitación pública para ser refrendadas, con todo y afirmar la conveniencia de su inclusión para dar transparencia al proceso de refrendo e igualdad de oportunidades a los interesados.¹² A su juicio, la inconstitucionalidad del precepto surge del hecho que el sistema normativo en el que se encuentra inmerso, no garantiza el respeto a lo ordenado en nuestra Constitución, y sustentó su argumento en tres premisas principales referentes a la Ley Federal de Radio y Televisión:

- Que no asegura la rectoría del Estado sobre los bienes nacionales involucrados;
- Que no garantiza la eficacia social de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, al

¹⁰ El artículo 17 al que remite dicho numeral, prevé: "Las concesiones previstas en la presente ley se otorgarán mediante licitación pública. El Gobierno Federal tendrá derecho a recibir una contraprestación económica por el otorgamiento de la concesión correspondiente".

¹¹ Muchas de las leyes que regulan concesiones para el uso, aprovechamiento o explotación de bienes nacionales por parte de particulares, establecen plazos fijos, inclusive mayores a 20 años. V. gr. Artículo 6o. de la Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal (30 años); artículo 11 de la Ley del Sistema Ferroviario (50 años).

¹² De igual manera, se puede acreditar que la mayoría de las leyes no exigen para la renovación de las concesiones el procedimiento de licitación pública. V. gr. Artículo 6o. de la Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal; Ley Aduanera; Ley de Aeropuertos, Ley de Aviación Civil, Ley de Pesca, entre otras.

no evitar fenómenos de concentración contrarios al interés público; y,

- Que no brinda un régimen suficiente de igualdad, legalidad y seguridad jurídica para los particulares concesionarios, permisionarios o para terceros interesados.

No abundó sobre las dos primeras premisas porque ya habían sido tratadas adecuadamente en el proyecto presentado por el Ministro ponente, el cual además se había enriquecido con las diferentes aportaciones surgidas a raíz de las discusiones sobre el mismo, y quedaron plasmadas en la resolución aprobada finalmente por el Pleno. Agregó solamente que conforme a los artículos 27 y 28 constitucionales, los bienes propiedad de la nación, entre los que se encuentra el espacio aéreo y, por ende, el llamado "espectro electromagnético" están protegidos, por su importancia estratégica, bajo un régimen jurídico-constitucional especial que los convierte en bienes inalienables e imprescriptibles, lo que exige que su explotación, uso o aprovechamiento por particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, sólo puede realizarse mediante concesiones otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las condiciones establecidas en las leyes, con el fin de asegurar la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, así como para evitar fenómenos de concentración contrarios al interés público,¹³ además de que estas concesiones, en

¹³ La concesión aparece regulada en el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuya parte conducente dispone:

"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.

ningún caso, transmiten derechos reales, es decir, la propiedad sobre dichos bienes.

Respecto a la tercera premisa, el Ministro expresó que en su opinión el artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión era totalmente inválido porque viola los artículos 1o., 14 y 16 de la Constitución, y por no garantizar el cumplimiento de las condiciones y requisitos que los artículos 25, 26, 27, 28 y 134 del mismo ordenamiento exigen para la adecuada rectoría de los bienes nacionales y por no brindar un régimen suficiente de igualdad, legalidad y seguridad jurídica para los particulares concesionarios, permisionarios, o para terceros interesados.

El Ministro llamó la atención sobre que el precepto en cuestión utiliza la figura del refrendo, que en su opinión, sin ser ajena a nuestro derecho, es diferente a la mayormente utilizada en otro tipo de concesiones;¹⁴ como la de la prórroga;¹⁵ con esto, expresó, se introducía una diferencia de matiz importante que implica un acto de validación por parte de la autoridad dentro del proceso, pero previo a la extensión del término de goce de una concesión. Lo anterior, porque el término mismo implicaba lo que podría considerarse una reserva a favor del Estado, a efecto de verificar que la explotación del bien de dominio público se apegara en términos estrictos

¹³La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley".

¹⁴Acepciones de refrendar, según el *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., "1. Autorizar un despacho u otro documento por medio de la firma de persona hábil para ello. 2. Revisar un pasaporte y anotar su presentación. 3. Corroborar algo afirmándolo. 4. coloq. Volver a ejecutar o repetir la acción que se había hecho; p. ej., volver a comer o beber de lo mismo. 5. ant. Marcar las medidas, pesos y pesas".

¹⁵Acepciones de prorrogar, *ibid.*, "1. Continuar, dilatar, extender algo por un tiempo determinado. 2. Suspender, aplazar. 3. ant. Echar de un territorio, desterrar".

al título de concesión y a las prescripciones constitucionales en la materia, antes de otorgar una extensión de plazo para la *continuación de su disfrute*.

Por ello, expresó el Ministro, la inconstitucionalidad que advertía no derivaba propiamente de esta facultad que conservaba para sí el Estado, sino del hecho de dar por sentada la preferencia de los concesionarios sobre terceros sin reserva alguna, lo cual, a su parecer, era ajeno a las finalidades que *intrínsecamente traía consigo el título de concesión y quebrantaba la garantía del artículo 1o. constitucional*, pues no se cumplía con lo establecido por este Alto Tribunal sobre que la igualdad ante la ley no implicaba que todos los gobernados debieran recibir el mismo trato, sino que entre aquellos que en los hechos se encontraran en similar situación, se estableciera un trato similar o, en su caso, que las distinciones previstas por el legislador se fundaran en situaciones objetivas y razonables que evitaran una discriminación indebida entre los posibles interesados, en participar en el uso y disfrute de una concesión.¹⁶

Contrariamente a la decisión mayoritaria, el Ministro estimó que el derecho de preferencia de los concesionarios sobre terceros para obtener el refrendo del título, sin someterse a una verificación del buen uso que hubieren dado a la concesión y que cancela a su vez la posibilidad del Estado de establecer nuevas condiciones económicas, contravenía evidentemente la garantía de igualdad y constituía un trato discriminatorio,

¹⁶ *Semanario...* Novena Época, Tomo XX, octubre de 2004, p. 99, tesis 1a./J. 81/2004, de rubro: "IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO"; IUS: 180345.

al conceder un trato disímil y ventajoso a favor de los concesionarios sobre los posibles terceros interesados, sin basarse en hechos objetivos ni razonables.

Por otra parte, el Ministro recordó que el principio de seguridad jurídica exige que aquellas normas cuyo contenido prevé la afectación a un particular por parte de una autoridad administrativa, debería acotar de tal manera su actuación que no le permitiera proceder de forma caprichosa e injustificada; lo cual implica señalar los mínimos necesarios en la misma ley para que el gobernado pueda hacer valer sus derechos y la autoridad no incurra en arbitrariedades.¹⁷

De acuerdo a lo anterior, al emplear el legislador en el citado artículo 16 el término "podrá" para aludir a la posibilidad del concesionario de obtener el refrendo del título respectivo, abre un margen a una facultad potestativa o discrecional de la autoridad que no encuentra, ni en ese artículo ni en el ordenamiento jurídico del que forma parte, requisitos o condiciones para su ejercicio, ya que no hay referencia a los parámetros o límites mínimos para normar su actuación y deja, por ende, a su libre arbitrio la aplicación de la norma, lo cual se traduce en la vulneración de las garantías de igualdad, seguridad jurídica y legalidad de los concesionarios y terceros interesados, al no definirse legalmente el marco de sus obligaciones, de sus derechos, así como los límites y alcances que tendrían respecto de las concesiones otorgadas o por otorgarse.

¹⁷ Tal como lo ha señalado la Segunda Sala de la Suprema Corte en la tesis de jurisprudencia 144/2006 de rubro: "GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA. SUS ALCANCES", *ibid.*, Tomo XXIV, octubre de 2006, p. 351, tesis 2a./J. 144/2006; IUS: 174094.

Por los motivos expuestos, el Ministro autor del voto consideró que en la presente acción de inconstitucionalidad debió haberse declarado la invalidez de todo el artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión.¹⁸

¹⁸ Esa declaración de inconstitucionalidad no hubiese afectado la operatividad y funcionalidad de la ley, dado que conforme a su artículo 7o.-A se aplicaría en la materia, supletoriamente, la Ley Federal de Telecomunicaciones y, de ser necesario, la Ley de Vías Generales de Comunicación y la Ley General de Bienes Nacionales.