

## **IX. VOTOS QUE FORMULA EL MINISTRO MARIANO AZUELA GÜTRÓN<sup>1</sup>**

### **1. VOTO PARTICULAR SOBRE LA INVALIDEZ DEL ARTÍCULO SEGUNDO TRANSITORIO, PRIMER PÁRRAFO O PRIMERA PARTE, DE LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (DESIGNACIÓN ESCALONADA DE LOS INTEGRANTES DE LA COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES)**

En relación con el artículo segundo transitorio, primer párrafo o primera parte, de la Ley Federal de Telecomunicaciones, el señor Ministro, al contrario de la mayoría, votó a favor de su validez y tampoco estuvo de acuerdo con lo manifestado por el Ministro Genaro David Góngora Pimentel en su voto concurrente, respecto a que las facultades del Congreso de la Unión tendientes a neutralizar y despolitizar la actuación de ciertos órganos, eran sólo dentro de la administración pública paraestatal y no en la centralizada. Los argumentos expresados por el señor Ministro para sustentar su postura fueron los siguientes:

De los artículos 89, fracción II, y 73, fracción XI, constitucionales, el señor Ministro infirió que el legislador puede establecer

<sup>1</sup> *Semanario...*, Novena Época, Tomo XXVI, octubre de 2007, p. 2559, IUS: 20832.

la forma de designación de funcionarios de la administración pública federal, independientemente de que fuera paraestatal o centralizada y, por ende, esa facultad del Presidente de la República no es total, sino que debía apegarse a lo establecido por la Constitución respecto de esa atribución del Poder Legislativo Federal, ya que de lo contrario se llegaría a la conclusión de que aquéllos solamente podrían ser nombrados y removidos por él.

Con independencia de que en algunas legislaciones internacionales el Presidente tenga la facultad para nombrar y remover libremente a los funcionarios de su administración, en México, si el Alto Tribunal dictara una sentencia conforme a lo anterior, llegaría al extremo de resolver los asuntos con base en algo que está más allá del Pacto Federal, siendo que la Suprema Corte de Justicia debe tratar de salvaguardar el orden constitucional vigente, sin invadir las facultades que solamente le atañen al Poder Reformador de la Constitución, porque de lo contrario, prácticamente se estaría legislando.

En varios temas se planteó la solución del asunto tomando como punto principal de apoyo, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se arrogase atribuciones, vía interpretación, contrarias al orden constitucional, en perjuicio del principio de división de poderes, puntos en los cuales manifestó su total desacuerdo. El señor Ministro aludió a dicha teoría o principio de la división de poderes<sup>2</sup> en la obra clásica "El Espíritu de las Leyes", escrita por el barón de la Brède y Montesquieu, Carlos Luis de Secondant;<sup>3</sup> la que a su vez fue tomada del

<sup>2</sup> MONTESQUIEU, *El espíritu de las Leyes*, Colección Sepan Cuantos, núm. 191, Porrúa, 16a. ed., México, 2005, Libro XI, capítulo VI, p. 145.

<sup>3</sup> HAMILTON, Alexander, J. Madison y J. Jay, *El Federalista*, FCE, 2a. reimp. México, 2006, p. 205.

"Ensayo sobre el Gobierno Civil", de John Locke,<sup>4</sup> el cual se apoyó en la obra de Aristóteles "La Política",<sup>5</sup> que afirmaba que el poder de gobernar no debía estar en una sola persona, sino que había que dividirlo. También hizo alusión a la obra "El Federalista"<sup>6</sup> de Santiago J. Madison<sup>7</sup> y a la Teoría de la Constitución de Karl Lowenstein.<sup>8</sup>

Esta idea fue tomada por muchos Estados, entre ellos los Estados Unidos de Norteamérica,<sup>9</sup> y por nuestro orden constitucional que prevé la separación de Poderes en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Respecto a lo anterior, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que para evitar su transgresión debe atenderse a la no intromisión, a la no dependencia y a la no subordinación entre los Poderes públicos.<sup>10</sup> Asimismo, Burgoa Orihuela afirma que esta división se refiere a las funciones o actividades del Estado<sup>11</sup> y no a tres Poderes soberanos, además de que tal principio no es rígido ni inflexible y que las funciones no son excluyentes por el hecho de ser los órganos estatales formalmente legislativos, administrativos o judiciales.<sup>12</sup>

<sup>4</sup> Cfr. HUERTA OCHOA, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, UNAM/IIJ, 2a. ed., México, 2001, pp. 72 y ss. Así como Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La división de poderes*, Serie Grandes Temas del Constitucionalismo Mexicano, Poder Judicial de la Federación, México, 2005, pp. 21 y ss.

<sup>5</sup> ARISTÓTELES, *La política*, Ed. Gernika, México, 2007, p. 82.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pp. 204 y 205.

<sup>7</sup> Publicación relativa al viernes 1 de febrero de 1788.

<sup>8</sup> LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1964, p. 55.

<sup>9</sup> Así lo señaló Alexander Hamilton, primer tesorero nombrado por George Washington. LÓPEZ MONROY, José de Jesús, *Sistema jurídico del common law*, Porrúa, México, 2001, p. 180.

<sup>10</sup> Véase: "DIVISIÓN DE PODERES. PARA EVITAR LA VULNERACIÓN A ESTE PRINCIPIO EXISTEN PROHIBICIONES IMPLÍCITAS REFERIDAS A LA NO INTROMISIÓN, A LA NO DEPENDENCIA Y A LA NO SUBORDINACIÓN ENTRE LOS PODERES PÚBLICOS DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS". *Semanario...*, Novena Época, Tomo XX, septiembre de 2004, p. 1122, tesis P./J. 80/2004; IUS: 180648.

<sup>11</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 18a. ed., Porrúa, México, 2006, p. 582.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 587.

De todo lo anterior, además de diversos criterios del Alto Tribunal,<sup>13</sup> el Ministro desprendió que para el ejercicio del Supremo Poder de la Federación, debía existir colaboración entre los diferentes Poderes y que se trataba en realidad, de una distribución de determinadas funciones a diferentes órganos del Estado.<sup>14</sup> Lo anterior permitía que uno pudiera realizar las funciones que le atañen a otro, sin que con esto se rompiera el orden constitucional, siempre y cuando, así lo previera la Constitución y la función se ejerciera únicamente en los casos autorizados, y que si bien la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al analizar determinados asuntos de control, se colocaba por encima de los otros Poderes al sujetarlos al orden constitucional,<sup>15</sup> no menos cierto es que nunca se encontraba por encima de la propia Constitución.

El Ministro Azuela concluyó que si la Constitución prevé que el Poder Legislativo establezca la manera en que se nombren o remuevan los empleados de la Unión, sin hacer distinción entre la administración pública federal paraestatal o centralizada y, además, realizar tal facultad en ejercicio de sus funciones potestativas,<sup>16</sup> mediante la emisión de la Ley Federal de Telecomunicaciones impugnada, lo correcto era concluir que al establecer la forma escalonada en que debían nombrarse los comisionados de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, eso no incidía en las facultades del Poder

<sup>13</sup> Véase: "DIVISIÓN DE PODERES. EL EQUILIBRIO INTERINSTITUCIONAL QUE EXIGE DICHO PRINCIPIO NO AFECTA LA RIGIDEZ DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL", *Semanario...*, Novena Época, Tomo XXII, julio de 2005, p. 954, tesis P./J. 52/2005; IUS: 177980; y "DIVISIÓN DE PODERES. SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CARÁCTER FLEXIBLE", *Semanario...*, Séptima Época, Volúmenes 155-156, Tercera Parte, p. 117; IUS: 237686.

<sup>14</sup> Vid. Lowenstein, *op. cit.*, p. 55.

<sup>15</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 38a. ed., Porrúa, México, 2006, p. 253.

<sup>16</sup> *Semanario...*, Novena Época, Tomo XXIII, febrero de 2006, p. 1533, tesis P./J. 9/2006, de rubro: "PRINCIPIO DE DIVISIÓN FUNCIONAL DE PODERES. SUS CARACTERÍSTICAS"; IUS: 172431.

Ejecutivo, sino que contribuía a la existencia de una colaboración entre las funciones que realizan los Poderes de la Unión, sin que esto fuera inconstitucional, al contrario, se lograba un mejor sistema de gobierno.

Por otra parte, la duración de los citados comisionados, aun cuando sobrepase el sexenio del Presidente de la República en turno, este último de todas maneras tendrá durante su periodo, por un lado, la facultad de nombrar a los nuevos cuando a los anteriores se les haya vencido su término de gestión y, por otra parte, dicha facultad sigue recayendo en él, aunque no sea la misma persona, con lo cual no se trastoca la facultad que tiene el Ejecutivo de nombrar a los funcionarios con los cuales trabajaría en su sexenio, máxime si se atiende a la continuidad de los programas administrativos que se instrumentan a largo plazo en relación con la Comisión Federal de Telecomunicaciones.

**2. VOTO CONCURRENTES RESPECTO DE LA INVALIDEZ DE LOS ARTÍCULOS 17-E, 17-F, 17-G, 20 Y 21 DE LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISIÓN EN CUANTO ESTABLECEN UN TRATO DIFERENCIADO A CONCESIONARIOS Y PERMISIONARIOS EN EL RÉGIMEN PARA EL OTORGAMIENTO DE CONCESIONES Y PERMISOS EN MATERIA DE RADIO Y TELEVISIÓN<sup>17</sup>**

El Ministro Azuela votó por la invalidez de los artículos 17-E, 17-F, 17-G, 20 y 21 de la Ley Federal de Radio y Televisión, ya que estimó que los numerales impugnados no sólo transgreden los principios de igualdad, de legalidad y de seguridad

<sup>17</sup> La acción fue desestimada por los indicados artículos, en lo relativo a que violan el principio de igualdad ante la ley, ya que no fue aprobado por la mayoría calificada de cuando menos ocho votos.

jurídica, sino que se apartan del sentido de la regulación de la radiodifusión, que es cumplir con el imperativo constitucional de que toda persona tiene derecho a la información que se distribuye mediante la utilización del espectro radioeléctrico.

Expresó que si bien es cierto las estaciones comerciales requerirán concesión, mientras que las estaciones oficiales, culturales, de experimentación, etcétera, sólo requerirán permiso, éste está sujeto a una gran discrecionalidad y, en esa medida, era evidente la existencia de una inequidad, ya que el legislador sólo respetó para los primeros el principio de certeza jurídica en la obtención de la autorización para explotar el espectro radioeléctrico; por tanto, el señor Ministro no compartió el sentir de la minoría, ya que a su parecer se establecía un trato diferenciado entre concesionarios y permisionarios y que corroboraba lo anterior el que por mayoría de ocho votos se haya declarado la invalidez del artículo 20, fracción I, en la porción normativa que dice: "cuando menos", fracción II, primera parte, y fracción III, en la porción normativa que dice: "a su juicio"; porque eso confirmaba que la ley preveía un sistema discrecional en torno a los permisionarios, originando desigualdades frente a los concesionarios.

### **3. VOTO CONCURRENTE RESPECTO DEL ARTÍCULO 16 DE LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISIÓN, EN CUANTO OTORGA A LOS CONCESIONARIOS DERECHOS A REFRENDO Y PREFERENCIA SOBRE TERCEROS<sup>18</sup>**

El Ministro Azuela no compartió que el artículo impugnado se haya visto de manera dividida y eso lo llevó a votar por la

<sup>18</sup> El numeral de referencia fue declarado inválido por unanimidad de nueve votos, de conformidad con el considerando octavo de la sentencia respectiva, por cuanto al término

inconstitucionalidad del precepto; sin embargo, participó del argumento consistente en que el refrendo, por sí mismo, no era inconstitucional. Las razones que lo llevaron a opinar de la manera referida, fueron las siguientes:

El artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión daba la oportunidad a la autoridad de que concediera o no el refrendo indicado, por lo que no se daba automáticamente; por tanto, si cometía arbitrariedades al otorgarlo, tal situación no era un problema de la ley, sino de su aplicación, lo que indudablemente no podía llevar a declarar su invalidez.

El Reglamento de la Ley Federal de Radio y Televisión en su artículo 13, establece que para el refrendo de las concesiones debe evaluarse el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los títulos de concesión; sin embargo, no consideró pertinente que un reglamento anterior sea aplicable para una ley posterior. En este caso, el reglamento se refería y estaba vinculado a una ley anterior, que era la ley de 1960, sin llegar a decir de manera tajante que en aquellos artículos de la ley que se modificaron, aquél no tenía valor, pero sí que éste se circunscribía exclusivamente a lo que se reiteraba en la ley.

El Ministro Azuela consideró que no se debía aplicar el reglamento al artículo 16 de la ley, ya que éste fue modificado

-----  
'de 20 años' de las concesiones y porción normativa que establece: "El refrendo de las concesiones, salvo el caso de renuncia, no estará sujeto al procedimiento del artículo 17 de esta ley".

Por mayoría de seis votos se reconoció la validez del citado numeral en cuanto otorga a los concesionarios derechos a refrendo y preferencia sobre terceros, contra el voto de tres de los señores Ministros que consideraron que todo el artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión es inconstitucional.

sustancialmente al eliminar la convocatoria a licitar la concesión,<sup>19</sup> con lo que obviamente, en ese sistema, no había posibilidad de muchos de los cuestionamientos que se dieron, tanto más si con la sola lectura del precepto se daba respuesta al tema planteado, y fue precisamente por los cambios sustanciales, que el señor Ministro sostuvo que no podía verse el artículo de manera dividida.

Señaló que si bien era cierto que el artículo impugnado no establecía con el refrendo un derecho permanente del concesionario, también lo era que ese sistema era ambiguo ya que si el concesionario, en dado caso que hubiera cumplido con todo lo que le obligaba la ley durante el lapso que duró su concesión, no se le garantizaba su refrendo; por tanto, llegó a la conclusión de que el sistema establecido por lo que se refiere al refrendo, es inconstitucional, aunque su existencia por sí sola, no lo era, es decir, el refrendo es constitucional pero la forma de otorgarlo no.

Con el derecho de refrendo y de preferencia, no se excluía definitivamente a los terceros del acceso a la banda de frecuencia de que se trataba, pero esa preferencia de ninguna manera podía dar lugar a lo que ya era la segunda parte del precepto, relativo a que el refrendo no estaría sujeto a licitación. En caso de un equilibrio total en todos los aspectos que se analizaran en la licitación debía justificarse, fundarse y motivarse, el porqué se prefería a uno de los que participaron en ella, y ahí estaría, obviamente, mayor peso en lo que de acuerdo con la Ley Federal de Radio y Televisión se consideraba para beneficio de la comunidad.

---

<sup>19</sup> Antes sólo establecía: "El término de una concesión no podrá exceder de treinta años y podrá ser refrendada al mismo concesionario que tendrá preferencia sobre terceros".



#### **4. VOTO CONCURRENTES RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 9o.-C, ÚLTIMO PÁRRAFO, Y 9o.-D DE LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES<sup>20</sup>**

Para el señor Ministro Azuela, el Senado no podía intervenir en la objeción de los nombramientos realizados por el Ejecutivo Federal al cargo de comisionados de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, según se desprendía de la última parte de la fracción II del artículo 89 constitucional, pero la ley sí podía establecer las modalidades de esos nombramientos, ya que al establecer su temporalidad, no sólo se acumulaba experiencia en un órgano especializado, sino que además el ir en periodos diferentes a los que correspondían al titular del Ejecutivo, le iba dando más fuerza porque facilitaba más la autonomía de ese órgano y disminuía la posibilidad de que el titular del Ejecutivo pudiera prescindir de ellos cuando le viniera en gana.

Según el parecer del señor Ministro, en los argumentos que se dieron en la discusión acerca de la posible inconstitucionalidad del artículo 9o.-D de la Ley Federal de Telecomunicaciones, se le dio calidad de Constitución a la Ley de Administración Pública Federal, cuando en realidad la remisión era a la ley, y si en un momento dado en ésta se establecieron ciertos requisitos y reglas generales, esto no impedía que se establecieran respecto de los nombramientos reglas especiales por parte del Congreso en razón de la naturaleza del organismo denominado Comisión Federal de Telecomunicaciones.

---

<sup>20</sup> Objeción del Senado a los nombramientos de los integrantes de la Comisión Federal de Telecomunicaciones y duración del cargo de los comisionados por periodos de ocho años renovables, por un solo periodo, y que sólo podrán ser removidos por causa grave debidamente justificada, respectivamente.

Consideró que fue de una importancia extraordinaria lo afirmado en la discusión del asunto por cuanto a elevarse a nivel constitucional que el Senado tenga intervención en la designación de quienes van a estar al frente de dicha Comisión, en virtud de que al tener ésta en sus manos el control de esta área, debía tener una fuerza extraordinaria, si no, perdería totalmente su importancia, de lo contrario mejor sería que ejerciera sus funciones directamente la Secretaría de Comunicaciones.

#### **5. VOTO CONCURRENTE POR LO QUE HACE A LA OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA AL ACCESO A LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS**

Por mayoría de cinco votos, incluido el del señor Ministro autor del presente voto, el Pleno del Alto Tribunal declaró improcedente el concepto de invalidez por la omisión del legislador de regular los derechos de los pueblos y comunidades indígenas para adquirir, operar y administrar medios de comunicación.<sup>21</sup>

La minoría, por su parte, sostuvo, por un lado, que en los casos de omisiones legislativas, lo que causaba un perjuicio no era la omisión en sí misma, sino la norma implícita que derivaba de ella, ya que esa omisión tenía un efecto de hecho con un poder jurídico real, que regulaba la situación de que se trataba, en un sentido inverso a como lo había ordenado la Constitución Federal; se señaló además, que existían omi-

---

<sup>21</sup> Sustancialmente porque del análisis de la fracción II del artículo 105 constitucional, no se advierte la procedencia de la acción por omisiones legislativas, sino que sólo procede tal medio contra normas generales que hayan sido promulgadas y publicadas en el correspondiente medio oficial.

siones absolutas y relativas. En el primer caso la inconstitucionalidad residía en la propia falta de normatividad y en el incumplimiento de la obligación que expresa o implícitamente le imponía la Constitución General de la República. Por su parte, la omisión relativa se daba cuando sí se legislaba, pero se omitía respetar el principio de igualdad ante la ley y, en este supuesto, el señor Ministro estuvo de acuerdo en que era procedente reclamarla mediante la acción de inconstitucionalidad.

En el caso concreto, el Ministro Azuela reconoció la deuda histórica con los pueblos indígenas, pero consideró que se podía saldar de otras muchas maneras y no violentando el orden constitucional, además de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación tenía la alta misión de salvaguardarlo, y no hacerle decir a la Constitución, lo que no decía, lo que no se previó en absoluto.<sup>22</sup>

Ni la Constitución Federal, ni la jurisprudencia actualmente vigente, admiten la acción de inconstitucionalidad en materia de omisiones legislativas, porque del análisis gramatical y teleológico de la fracción II del artículo 105 de la Constitución no se advierte esa procedencia, sino únicamente contra la posible contradicción entre la Constitución Federal y una norma general publicada en el medio oficial correspondiente;

<sup>22</sup> Tal situación ya se estableció por el Tribunal en Pleno, al emitir las jurisprudencias de rubro: "ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES IMPROCEDENTE EN CONTRA DE LA OMISIÓN DE APROBAR LA INICIATIVA DE REFORMAS A UNA CONSTITUCIÓN LOCAL", *Semanario...*, Novena Época, Tomo XV, marzo de 2002, p. 995, tesis P/J. 16/2002; IUS: 187645; y "ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES IMPROCEDENTE CONTRA LA OMISIÓN DEL CONGRESO LOCAL DE AJUSTAR LOS ORDENAMIENTOS LEGALES ORGÁNICOS Y SECUNDARIOS DE LA ENTIDAD A LAS DISPOSICIONES DE UN DECRETO POR EL QUE SE MODIFICÓ LA CONSTITUCIÓN ESTATAL", *Ibid.*, Tomo XXI, mayo de 2005, p. 781, tesis P/J. 23/2005; IUS: 178566.

por tanto, la omisión del Congreso de la Unión, no constituye una norma general, y menos aún si no ha sido promulgada y publicada, por lo que en su contra resulta improcedente dicha vía constitucional.

A juicio del Ministro Azuela, en caso de proceder el control constitucional en contra de las omisiones legislativas, se produciría una clara intromisión del Poder Judicial en el Poder Legislativo y las consecuencias serían el vincular a un cuerpo plural a que, con violación a la libertad de expresión de cada uno de sus integrantes, tuviera que acatar lo que dijera la Suprema Corte. Pero que no obstante, en dado caso, se pudiera legislar para incluir su procedencia, pero que actualmente no era así.

Si la Constitución no otorgaba a la Suprema Corte la potestad de legislar en el caso de omisiones legislativas, esta última no podía atribuirse funciones que no le correspondían, porque se convertiría en un Poder que se colocaría, por decisión propia, por encima de los otros Poderes y, además, sobre el propio Pacto Federal que le dio origen, situación, evidentemente, extralógica. Para establecer lo anterior el señor Ministro apoyó sus consideraciones en autores como Jürgen Habermas,<sup>23</sup> Giuseppe de Vergottini,<sup>24</sup> y Felipe Tena Ramírez.<sup>25</sup>

En el caso concreto, el señor Ministro consideró que para los indígenas no había prohibición alguna para que pudieran perfectamente ser permisionarios y dárseles todas las facilidades que se estimaran pertinentes.

<sup>23</sup> HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, 4a. ed., Trota, Madrid, España, 2005, p. 241.

<sup>24</sup> DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, UNAM-Secretariado Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche, México, 2004, p. 281.

<sup>25</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe, *op. cit.*, p. 535.

## **6. VOTO CONCURRENTES RESPECTO DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA**

En este punto, el señor Ministro manifestó que dos de los integrantes del Tribunal en Pleno se manifestaron en favor de que si bien no debía imprimirse efectos formales a la sentencia, sí podía haber aclaraciones.

Respecto de lo último, no estuvo de acuerdo porque esas aclaraciones serían lineamientos a seguir para las autoridades encargadas de aplicar la norma y, por ende, en todo caso serían efectos de la declaración de invalidez.

Con la acción de inconstitucionalidad no se reclaman actos concretos de aplicación, sino se declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes y las diversas autoridades están en posibilidad de actuar, según la consecuencia de estas declaraciones. Pero no le toca al Alto Tribunal establecer los efectos en relación con el Congreso de la Unión, con el titular del Ejecutivo y con las diversas autoridades que habían aplicado las leyes, porque es materia de procedimientos posteriores.

En este caso, de acuerdo con la sentencia dictada, quien puede designar a los comisionados es el titular del Ejecutivo y es él quien tomará las medidas pertinentes acorde con lo establecido en las leyes de la materia, ya que consideró que no se dejaban vacíos en la ley, sino que se dejaba una ley general abstracta, funcional y de aplicación inmediata.