

LA LEY DE TELEVISIA ANTE LA SUPREMA CORTE*

*Alejandro Madrazo Lajous***
*José Luis Zambrano Porras****

Resumen

El presente artículo analiza, desde tres perspectivas distintas, el caso de la llamada “Ley Televisa” o “Ley de Medios” por la cual se reformaron, en pleno proceso electoral del año 2006, diversos artículos de las Leyes Federales de Radio y Televisión y de Telecomunicaciones. La primer sección explica el esquema fundamental de la regulación de los mercados de radiodifusión y telecomunicaciones que estas reformas implementan. La segunda sección explica los principales argumentos planteados en la acción de inconstitucionalidad que una minoría del Senado interpuso en contra de las citadas reformas, en la que los autores fungen como abogados patronos de los Senadores. La tercer y última sección explora los posibles derroteros que la eventual sentencia de la Suprema Corte puede y abordar, enfocándose en aquellos que tienen implicaciones constitucionales que rebasan el presente caso.

Abstract

In the midst of the 2006 electoral process, Congress approved a set of legislative reforms to the federal Radio and Television, and Telecommunications laws. The reforms were immediately challenged as unconstitutional before the Supreme Court by a Senate minority. This article analyzes the case currently before the Supreme Court, popularly known as the “Ley Televisa” or “Media Law”. The first section explains the basic regulatory scheme of the telecommunications and electronic media markets that the legislative reforms set up. The second section explains the central arguments put forth by the Senate minority constitutional challenge, in which the authors represent the plaintiffs. The third and last section explores the possible directions that an eventual opinion by the Supreme Court can take, focusing on those that have constitutional implications beyond the case at hand.

* Este artículo lo dedicamos a quienes han estado dispuestos a pagar el costo de defender a la República de la ambición de las televisoras y a quienes lo estén en un futuro. En particular, queremos agradecer a los (ahora ex) Senadores Javier Corral y Manuel Bartlett, por habernos dado la oportunidad de defender a la República también nosotros.

** Socio de Zambrano y Madrazo Abogados/Facultad de Derecho, UNAM

*** Socio de Zambrano y Madrazo Abogados/UIA y CIDE.

Introducción

Escribir este artículo sobre la Ley Televisa y sobre la acción de inconstitucionalidad entablada en su contra es una tarea difícil. En primer lugar, nos presentamos ante este foro académico para hablar de un tema en el cual participamos no como académicos sino como abogados de parte. En segundo lugar, el tema es complejo en sus dimensiones técnicas –jurídica y tecnológica– por lo que exponer sintéticamente y de forma medianamente completa la problemática constituye, en sí, un reto. Por último, el momento procesal en que se encuentra la acción de inconstitucionalidad no permite entrever cuáles serán las decisiones centrales que tome la Corte, por lo que las especulaciones que aquí hacemos son un tanto arriesgadas. Por ello, este artículo necesariamente será ambicioso, pero inevitablemente fracasará en hacer justicia a la importancia y complejidad del caso. Teniendo esto en mente, hemos procurado escribir un artículo que sirva de introducción a un tema del que todos hemos oído hablar, pero que pocos conocen. Advertimos al lector que muchos de los aspectos técnicos, políticos y jurídicos de la acción de inconstitucionalidad han quedado fuera de este artículo. Hemos procurado enfocar el artículo lo más posible a fin de explicar los asuntos torales de la manera más sencilla que nos fue posible.

Este artículo se divide en tres grandes apartados. Cada apartado procura responder a un tipo de pregunta distinta que con frecuencia hemos escuchado a lo largo de los meses que nos hemos visto involucrados en este asunto. El primer apartado intenta explicar los rasgos más elementales de la Ley Televisa a fin de que el lector pueda entender de qué se trató la reforma legislativa y cuál fue su orientación. El segundo apartado explica tres temas que consideramos centrales a la demanda de la acción de inconstitucionalidad. El tercer apartado es una lista de las preguntas que esperamos la Corte responda con su fallo. En estos momentos es imposible saber en qué temas se enfocará el fallo de la Corte. Sin embargo, creemos que las temas que allí planteamos son las preguntas cuyas respuestas, si la Corte las ofrece, serán de mayor trascendencia jurídica y constitucional.

Una aclaración: hemos optado por referirnos conjuntamente a las reformas a las Leyes Federales de Radio y Televisión y de Telecomunicaciones aprobadas el año pasado como “Ley Televisa”. Las televisoras, algunas radioemisoras, los comentaristas y políticos pruden-

tes se han referido a estas reformas como la “Ley de Medios”. Nosotros preferimos llamar las cosas por su nombre.

1. La Ley Televisa

Entender la lógica detrás de la Ley Televisa no es difícil. En lo esencial, la Ley Televisa implementa una política en materia telecomunicaciones que se puede resumir en tres ejes principales. a) El primer eje busca consolidar y profundizar el dominio de los concesionarios de radiodifusión¹ sobre el espectro radioeléctrico,² asemejando los derechos de los concesionarios sobre el espectro radioeléctrico a aquellos que sobre otro tipo de bienes tienen los propietarios. b) El segundo eje procura expandir el ámbito de acción de los concesionarios, extendiendo su actividad más allá de la radiodifusión tradicional y proyectándolo a mercados de telecomunicaciones diversos al de radiodifusión, como por ejemplo telefonía, Internet, radio, etc. c) El tercer eje protege a los concesionarios de radiodifusión de la posibilidad de tener un regulador efectivo, estableciendo a un órgano regulador –la COFETEL– que se caracteriza por su separación del gobierno federal y su debilidad frente a las empresas radiodifusoras. A continuación, procuramos detallar cómo es que se articulan cada uno de estos ejes.

1.1. *Dominio de los radiodifusores concesionarios actuales sobre el espectro radioeléctrico*

Cuando se discutía la aprobación de la Ley Televisa, sus partidarios argumentaban que, frente a la legislación entonces vigente, la Ley Televisa representaba una mejora. Los dos principales argumentos esgrimi-

¹ Por concesionarios de radiodifusión nos referimos a quienes ostentan una *concesión* para explotar una porción del espectro radioeléctrico a fin de prestar el servicio público de radiodifusión. En otras palabras, son quienes tienen una estación de radio o televisión, con la posibilidad de vender tiempo aire, por lo general para fines lucrativos. Se distinguen de quienes ostentan un *permiso* para prestar los mismos servicios, quienes, entre otras cosas, no pueden comercializar tiempo aire.

² El espectro radioeléctrico es, para efectos de quienes somos legos, la gama de frecuencias que se transmiten a través del aire y que pueden ser utilizadas para transmitir información. En otras palabras: el aire.

midos consistían en: a) señalar que la nueva Ley establece un procedimiento de licitación pública, en lugar de la tradicional asignación arbitraria por parte de las autoridades; y b) las concesiones durarían 20 años, 10 menos que los treinta contemplados por la legislación anterior.³

Analizados más de cerca, ambos argumentos resultan engañosos: encubren los efectos reales de la Ley Televisa en materia de otorgamiento y en relación a la duración de las concesiones de radiodifusión. Sin embargo, ambos sirven de punto de partida para explicar las consecuencias que tiene la Ley Televisa en relación con el dominio que a su amparo ejercen los radiodifusores sobre el espectro radioeléctrico, bien que la Constitución dicta será de dominio directo de la Nación.

En primer lugar, la legislación anterior no establecía que las concesiones se otorgarían por treinta años: establecía que se otorgarían *hasta por* treinta años, pudiendo otorgarse por cualquier periodo de tiempo menor. La Ley Televisa, en cambio, establece que el “término de una concesión *será de 20 años*”, cerrando la posibilidad de otorgarla por menos. La nueva ley quita al regulador la posibilidad de otorgar concesiones por términos más razonables y acordes con la práctica internacional (la cual oscila entre 5 y 10 años), asegurando privilegios para los radiodifusores por 20 años.

En segundo lugar, la Ley Televisa va mucho más allá en su afán por garantizar los privilegios de los radiodifusores: en realidad, conforme a la nueva legislación, las concesiones se otorgarán a perpetuidad. El texto completo del nuevo artículo 16 de la Ley de Radio y Televisión establece que:

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.⁴

El panorama no puede ser más claro: cada veinte años, a los concesionarios de radiodifusión les serán refrendadas automáticamente sus concesiones sin que medie licitación pública. Por si hubiera duda, la Ley Televisa explícitamente establece que los concesionarios presentes tie-

³ Sergio Sarmiento, en su columna “Jaque Mate” en el periódico Reforma es un típico expositor de estos tipo de argumentos.

⁴ El artículo 17, por supuesto, establece el cacareado proceso de licitación pública.

nen preferencia sobre potenciales competidores. En los hechos lo más probable que suceda, de seguir vigente la Ley Televisa, es lo siguiente: los concesionarios de radiodifusión quienes hayan obtenido su concesión previo a la entrada en vigor de la Ley Televisa –en este caso Televisa o TV Azteca, entre otros– gozarán de su concesión hasta el término de la misma, sin haber participado en licitación pública para obtenerlas. Vencido el término, la concesión les será refrendada, nuevamente sin que medie licitación pública alguna.

En resumen: los concesionarios actuales, como Televisa y TV Azteca, contarán, gracias a la Ley Televisa, con el goce de su concesión a perpetuidad.

1.2. *Expansión de el ámbito de acción de los radiodifusores*

Si el artículo 16 consolida a los concesionarios de radiodifusión en el dominio del espectro radioeléctrico, el artículo 28 expande su ámbito de acción más allá del tradicional que les ha correspondido, dando fácil acceso a las televisoras y radio emisoras al mercado de las telecomunicaciones distintas a la radiodifusión.

El artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión a la letra dice:

Artículo 28. Los concesionarios que deseen prestar servicios de telecomunicaciones adicionales a los de radiodifusión a través de las bandas de frecuencias concesionadas deberán presentar solicitud a la Secretaría.

Para tal efecto, la Secretaría *podrá* requerir el pago de una contraprestación, cuyo monto se determinará tomando en cuenta la amplitud de la banda del espectro radioeléctrico en la que se prestarán los servicios de telecomunicaciones adicionales a los de radiodifusión, la cobertura geográfica que utilizará el concesionario para proveer el nuevo servicio y el pago que hayan realizado otros concesionarios en la obtención de bandas de frecuencias para usos similares, en los términos de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

En el mismo acto administrativo por el que la Secretaría autorice los servicios de telecomunicaciones, otorgará título de concesión para usar, aprovechar o explotar una banda de frecuencias en el territorio nacional, así como para instalar, operar o explotar redes públicas de telecomunicaciones, a que se refieren las fracciones I y II, respectivamente, del ar-

título 11 de la Ley Federal de Telecomunicaciones. Estos títulos sustituirán la concesión a que se refiere el artículo 21 de la presente Ley.

Los concesionarios a quienes se hubiese otorgado la autorización a que se refiere este artículo deberán observar lo siguiente:

I. Las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico y los servicios de telecomunicaciones que se presten en ellas, se registrarán por las disposiciones aplicables en materia de telecomunicaciones;

II. El servicio de radiodifusión se registrará por las disposiciones de la presente ley, en lo que no se oponga a la Ley Federal de Telecomunicaciones.

Ahora bien, Para entender la trascendencia del nuevo artículo 28 de la Ley de Radio y Televisión, es necesario explicar algunas nociones básicas sobre los avances tecnológicos en telecomunicaciones en épocas recientes.

El nuevo artículo 28 de la Ley responde a la digitalización. “Digitalización” se refiere al cambio tecnológico que hace posible transmitir señales de telecomunicación (información), incluyendo la radiodifusión, en un formato más eficiente (digital), que el formato hasta entonces utilizado (analógico).

Un ejemplo: en formato analógico, la señal de televisión abierta que todos los que contamos con un televisor recibimos gratuitamente en nuestros hogares ocupa 6 megahertz del espectro radioeléctrico. En formato digital, la misma señal, de la misma calidad, ocupa 1.5 megahertz. Una señal de mucho mayor calidad (alta definición) ocupa hasta 4.5 megahertz. Ello quiere decir que, al transitar de tecnología analógica a tecnología digital, técnicamente es posible ocupar entre una cuarta parte y tres cuartas partes del espectro radioeléctrico actualmente utilizado por la tecnología analógica. En consecuencia, se “liberan” entre tres cuartas partes y una cuarta parte del espectro. Así, el espectro liberado puede ser destinado a cualquier servicio o función que la tecnología permita (y, según la Constitución, que el Estado, en aras del interés público, determine): desde transmitir una segunda señal televisiva (o tercera o cuarta, dependiendo de la calidad de la transmisión), hasta la prestación de servicios de telecomunicaciones distintos a la radiodifusión que permita la tecnología.

Ante las posibilidades que abre la tecnología, las preguntas relevantes son ¿qué uso se le dará a ese espectro liberado?, ¿quién determinará ese uso?, ¿quién explotará la porción del espectro liberada? Las respuestas de la Ley Televisa, contenidas en el nuevo artículo 28, son contundentes: serán los concesionarios de radiodifusión quienes, en exclusiva, exploten la porción liberada del espectro, dándole el uso en materia de telecomunicaciones que ellos mismos determinen.⁵

La principal consecuencia de este artículo es que con una simple solicitud a la SCT, los concesionarios puedan sustituir su concesión sobre el espectro radioeléctrico –que anteriormente solo les permitía prestar servicios de radiodifusión– por una nueva concesión en la que mantienen la misma porción del espectro, pudiendo destinarla a cualquier servicio de telecomunicaciones. Ello, sin necesidad de participar en un procedimiento de licitación pública al que están sujetos los demás entrantes al mercado de las telecomunicaciones

Esta posibilidad es especialmente valiosa para el caso de concesiones para la transmisión de canales de televisión. En efecto, la porción del espectro que les está actualmente concesionada es tan grande y, en consecuencia, el espectro liberado que podrán utilizar para prestar otros servicios de telecomunicaciones será tan amplio, que contarán con una ventaja competitiva enorme al ingresar al mercado de las telecomunicaciones.

Más aún, el artículo 28 de la LFRyT deja abierta la posibilidad de que, por la nueva concesión, los concesionarios no paguen contraprestación al Estado. El texto del artículo 28 de la LFRyT señala que el gobierno “*podrá*” requerir el pago de una contraprestación cuando otor-

⁵ Al respecto, hay que aclarar tres puntos. Primero: antes de la digitalización era posible que a través de una misma porción del espectro radioeléctrico se prestaran simultáneamente distintos servicios de telecomunicaciones, incluyendo el de radiodifusión, tal era el caso de los teléfonos móviles fijos al vehículo, que operaban en la misma porción del espectro radioeléctrico que las estaciones de televisión abierta. Segundo: ni la tecnología ni la naturaleza del espectro radioeléctrico exigen que sea el mismo concesionario quien preste todos los servicios a través de una porción determinada del espectro. Tercero: si nuestra Constitución, que en esto es congruente con la experiencia internacional, indica que el espectro radioeléctrico es un bien de dominio directo de la Nación, entonces, argumentamos, al liberarse una porción del espectro radioeléctrico ésta debe ser devuelta al Estado, para que éste pueda determinar cual de todos los posibles usos del espectro radioeléctrico mejor satisface el interés público. En consecuencia, no existe limitación técnica ni jurídica que impida al Estado destinar el espectro liberado a una multiplicidad de fines, inclusive concesionarlos o permisionarlos a nuevos participantes en los mercados de radiodifusión y telecomunicaciones.

que una concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones a concesionarios de servicios de radiodifusión a través del mecanismo aludido. En contraste, el artículo 17 del mismo ordenamiento, al hablar de los procesos de licitación pública a que están sujetos quienes no hayan tenido una concesión antes de la entrada en vigor de la Ley Televisa, establece que el “Gobierno Federal *tendrá derecho* a recibir una contraprestación económica”. A simple vista, parece una diferencia terminológica insignificante, sin embargo, la primer redacción ha sido interpretada consistentemente como teniendo a la contraprestación como potestativa, mientras que la segunda se interpreta de forma que se entiende a la contraprestación como no potestativa.⁶

Así, gracias a la Ley Televisa, los concesionarios de radiodifusión cuentan con “pase automático” al mercado de telecomunicaciones y además, dependiendo del regulador, pueden obtener dicha entrada sin el pago de la contraprestación correspondiente.

1.3. Regulación sin respaldo político y gobierno sin posibilidad de regular

En el corto plazo, una de las vertientes de la Ley Televisa que más reflejan su finalidad tiene que ver con la regulación de los radiodifusores. La Ley Televisa sustituyó un órgano regulador con otro muy distinto, pero con el mismo nombre: Comisión Federal de Telecomunicaciones (COFETEL). Dos rasgos fundamentales caracterizan el diseño de la nueva COFETEL. Por una parte, la COFETEL se encuentra –para efectos prácticos– aislada del Poder Ejecutivo Federal, a quién formalmente está subordinada. Por la otra, es débil frente a las televisoras.

Al respecto, enfocaremos solo tres de los muchos aspectos jurídicamente problemáticos de la nueva COFETEL. En cuanto a su aislamiento del Ejecutivo Federal, preocupa, en primer lugar, la total independencia que tiene la primera para ejercer todo tipo de facultades –técnicas y estratégicas– sin que el Ejecutivo pueda ejercer control efectivo sobre ella. En segundo lugar, preocupa la naturaleza transexenal de los nom-

⁶ Fuentes bien informadas sostienen que la prohibición que la Ley Televisa establece para que antiguos comisionados de la COFETEL para formaran parte de la nueva se debió, al menos en parte, a su oposición a la redacción que sustituye “tendrá derecho” por “podrá”.

bramientos de los actuales Comisionados de la COFETEL, impidiendo que el gobierno de Felipe Calderón tenga injerencia efectiva en la materia durante su sexenio. En términos más concretos: el gobierno de Felipe Calderón, recién electo, carece de las herramientas legales para determinar quiénes operan la COFETEL y cómo la operan, y, en consecuencia, cuáles serán las políticas públicas en telecomunicaciones y radiodifusión durante su sexenio. Finalmente, en cuanto a la capacidad de la propia COFETEL de regular a las televisoras y radio emisoras, preocupa el que las concesiones ya otorgadas se vuelvan, para efectos prácticos, invulnerables gracias al refrendo automático.

1.3.1. La COFETEL frente al Ejecutivo Federal

La Ley Televisa esta diseñada para arrancar la regulación de la radio y la televisión de manos del Ejecutivo Federal y ponerla fuera de su alcance. La nueva COFETEL es el vehículo creado a fin de asegurar que las decisiones de fondo en materia de Telecomunicaciones queden fuera del ámbito de la deliberación política y del refrendo democrático para insertarse en el lúgubre ámbito de la negociación burocrática y privada.

El nuevo artículo 9-A de la Ley Federal de Telecomunicaciones define a la COFETEL como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes. En teoría, la creación de un órgano desconcentrado encargado de la regulación de una industria obedece a la necesidad de contar con una nítida distinción entre dos tipos de decisiones: por una parte las decisiones políticas y por otra parte las decisiones técnicas. La lógica es la siguiente: los órganos políticos deben tomar decisiones valorativas, decidiendo qué objetivos políticos y sociales (fines) deben perseguirse y qué políticas públicas (estrategias) deben implementarse para alcanzar dichos objetivos. En otro plano, subordinado a los fines y estrategias preestablecidos, deben tomarse las decisiones técnicas que permitan implementar las estrategias previamente determinadas. Los dos niveles de decisión deben estar necesariamente relacionados (pues a fin de cuentas la función de las decisiones técnicas es la de implementar las decisiones políticas y valorativas), pero deben también estar suficientemente separadas como para que la viabilidad técnica no sea obstruida por finalidades e intereses políticos. En

otras palabras, por una parte deben tomarse las decisiones relativas al qué hacer y por otra las decisiones relativas al cómo hacerlo.

Ello se traduce, en la administración pública, en la existencia dos tipos de órganos: por una parte órganos políticos, más representativos de la deliberación democrática; por otra parte, órganos técnicos, menos representativos (pero nunca aislados del todo) de dicha deliberación. Los órganos políticos deben estar encargados de definir las políticas en un área determinada, mientras que los órganos técnicos deben instrumentar las decisiones políticas en la mejor (más eficiente) forma posible, técnicamente. La creación de un órgano regulador bajo la forma de un órgano desconcentrado de la administración pública se justifican a fin de dar autonomía técnica –no política– a sus decisiones.

Ahora bien, el diseño congruente de un órgano regulador de naturaleza técnica debe contemplar dos tipos mecanismos que lo vinculen al órgano regulador de naturaleza política: un vínculo que llamaremos genético y un vínculo que llamaremos de supra-subordinación. Por una parte, el órgano político debe proveer de legitimación democrática al órgano técnico, participando en su creación. De no existir un mecanismo efectivo que pueda vincular al órgano técnico con la representación que ostenta el órgano político, se romperían los principios fundamentales que, conforme a nuestra Constitución, deben informar a todo el gobierno: representatividad y democracia. A fin de establecer ese vínculo, normalmente encontramos que los órganos políticos son los que dan origen a los miembros de los órganos técnicos.

Por otra parte, el órgano político debe de contar con algún mecanismo de control sobre el órgano técnico, a fin de asegurar que el órgano técnico no se aleje de los objetivos definidos y las políticas trazadas por el órgano político. A fin de asegurar este vínculo, normalmente los órganos políticos cuentan con poderes de revisión y revocación (y, en el extremo, con la posibilidad de ejercer las funciones directamente) de las decisiones tomadas por los órganos técnicos, los cuales constituyen el corazón de la relación de supra-subordinación entre el Ejecutivo Federal y el órgano desconcentrado.

Volvamos al caso de la COFETEL. Formalmente la Ley Televisa la define como un órgano desconcentrado subordinado al Ejecutivo Federal (concretamente a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes). Sin embargo, al observar su diseño legislativo específico, resulta claro que el objetivo de la Ley Televisa fue dotar a la COFETEL con algo más

que autonomía técnica, dejando en sus manos no solo las decisiones técnicas, sino también las valorativas y políticas. Ello no solo margina al órgano político –en este caso el Ejecutivo Federal– de la regulación en materia de telecomunicaciones, sino que debilita al órgano técnico al amputarlo de la legitimidad democrática con que cuenta el órgano político.

El nuevo artículo 9-A fracción XVI de la Ley Federal de Telecomunicaciones establece, entre las atribuciones de la COFETEL, el ejercer

De manera exclusiva, las facultades que en materia de radio y televisión le confieren a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes la Ley Federal de Radio y Televisión, los tratados y acuerdos internacionales, las demás leyes, reglamentos y cualesquiera otras disposiciones administrativas aplicables.⁷

Al establecerse genéricamente que las facultades en materia de radio y televisión serán ejercidas *en exclusiva* por la COFETEL, la Ley Televisa asegura que *todas* las decisiones –valorativas, estratégicas y técnicas– que afectan a las televisoras y radio emisoras quedarán en manos de la COFETEL y, en consecuencia, fuera del alcance de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes y del Presidente de la República. De esta forma tenemos que se rompe el vínculo de supra-subordinación que garantiza la participación de autoridades electas democráticamente en la determinación, implementación y revisión de las políticas públicas que rigen la radiodifusión.

Queda entonces el vínculo genético como único vínculo posible entre el gobierno representativo democráticamente electo y las autoridades que regulan a las televisoras y radioemisoras. Esto es, el que nuestros representantes democráticamente electos –quienes en virtud de la citada fracción XVI del artículo 9-A, no juegan papel alguno en la re-

⁷ En el mismo sentido, el artículo CUARTO transitorio correspondiente establece: “Las referencias que, con anterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto, se hacen en las leyes, tratados y acuerdos internacionales, reglamentos y demás ordenamientos a la Secretaría respecto de las atribuciones señaladas en el artículo 9-A de esta Ley, *en lo futuro se entenderán hechas a la Comisión*.”

“Las atribuciones de la Dirección General de Sistemas de Radio y Televisión previstas en el artículo 24 del Reglamento Interior de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, a los 30 días naturales a partir de la entrada en vigor de este Decreto, *serán ejercidas por la Comisión* a través de la unidad administrativa que al efecto prevea su Reglamento Interno...”

gulación y supervisión de las televisoras y radio emisoras— determinen quién si las regula y supervisa. Desafortunadamente, aquí la Ley Televisa aseguró que el vínculo padeciera también de un déficit considerable: el electorado que acudió a las urnas en el 2006, no tendrá la posibilidad de ser efectivamente representado en la determinación de las políticas públicas que rijan la radiodifusión durante el sexenio 2006-2012.

El nuevo artículo 9-C de la Ley Federal de Telecomunicaciones establece que los comisionados de la COFETEL serán designados por el Presidente de la República por ocho años. Dicho artículo se complementa con el segundo transitorio, que establece que la primera designación de dichos comisionados serán por plazos de cinco, seis, siete y, en dos casos, ocho años. En abstracto, el escalonamiento de los nombramientos no resulta particularmente problemático. Sin embargo, cuando aplicamos los tiempos establecidos en abstracto en el artículo segundo transitorio a los tiempos concretos en que se daría cumplimiento a sus disposiciones obtenemos la siguiente distribución en los nombramientos:

- 1) Sexenio 2000-2006—Vicente Fox: 5 nombramientos (antes nombró a los cuatro actuales);
- 2) Sexenio 2006-2012—Felipe Calderón: 2 nombramientos (al 5º y 6º año de su periodo);
- 3) Sexenio 2012-2018: 3 nombramientos (al 1º y 2º año);
- 4) Sexenio 2018-2024: 5 nombramientos (en el 1º, 2º, 3º y 4º año de su periodo).

Como se puede ver, el Presidente Fox no solo nombró a los comisionados de la COFETEL que fungieron durante su gobierno, sino que nombró también a los funcionarios que, en forma transexenal, constituirán la mayoría de la COFETEL hasta el año 2012. Por su parte, Felipe Calderón no podrá tener injerencia alguna en la conformación de la COFETEL —y en consecuencia en la regulación y supervisión de las televisoras y radio emisoras— sino hasta su quinto año de gobierno, y entonces solo de manera tenue: uno de cinco comisionados habrán sido designados por él. Un segundo comisionado será designado por Calderón en su último año de gobierno. La Ley Televisa asegura así que no exista la posibilidad de que una nueva mayoría modifique la orientación

de las políticas públicas y de la supervisión de los radiodifusores sino hasta el año 2012.

¿Qué legitimidad democrática tiene entonces la COFETEL? ¿A quién representa? Formalmente, a lo más, podríamos decir que representa al electorado del año 2000 (quienes participaron en la designación de sus Comisionados –Presidente y Senadores– fueron electos entonces).

En resumen: para la regulación y supervisión de las televisoras y radio emisoras, la Ley Televisa nos ofrece los siguientes actores: i) un Ejecutivo Federal ajeno a la regulación y supervisión de la materia y, al menos en este sexenio, ajeno también a la determinación de quienes llevan acabo dicha regulación y supervisión; y ii) una COFETEL que reúne todos los ámbitos de decisión en la materia –valorativo, político y técnico– pero que carece del respaldo político y democrático del gobierno actual.

Así las cosas ¿quién o quienes determinan la regulación y supervisión de la radiodifusión en el país?

1.3.2. La COFETEL frente a los concesionarios

En cuanto a la relación de la COFETEL con sus regulados, tenemos que la más importante de las debilidades de la primera frente a los segundos es precisamente el refrendo automático, explicado con anterioridad. La COFETEL no cuenta con la posibilidad jurídica de negar a los concesionarios de radiodifusión la renovación de sus concesiones al término de éstas, pues no existen supuestos jurídicos que contemplen la negación del refrendo. En consecuencia, la COFETEL no puede, fundadamente, negar un refrendo automático.

En otras palabras: el mecanismo de control más importante para controlar a un regulado es a través de la amenaza de que se actualice sanción más efectiva: la no renovación de su concesión. Casi cualquier sanción pecuniaria pasa a un lejano segundo plano, sobre todo en la presencia de agentes tan dominantes en un mercado tan rico. Sin embargo, gracias al nuevo artículo 16 de la LFRyT los radiodifusores quedan exentos de los procesos de licitación en los cuales la conveniencia de la renovación se sujeta a una evaluación basada en la comparación con otros potenciales concesionarios. Lo que es más, la ley no establece causas que fundamenten una decisión de no refrendar la concesión,

dejando así a la COFETEL maniatada por no contar con fundamento legal que le permita no renovar una concesión.

2. La Acción de Inconstitucionalidad

La acción de inconstitucionalidad, por definición, únicamente abarca aquellos aspectos de una ley que sean contrarias a la Constitución. En consecuencia, muchos de los abusos, inconveniencias, y privilegios indebidos que la Ley Televisa instrumenta no pueden ser abordados por este mecanismo de control judicial, por no involucrar directamente a la Constitución. Como resultado de ello, tenemos que, al abordar el tema de la Ley Televisa desde la perspectiva de la acción de inconstitucionalidad interpuesta por una coalición de 47 senadores de cuatro distintos partidos, se tienen que abordar los abusos de la Ley Televisa exclusivamente desde la perspectiva constitucional. En consecuencia, el debate constitucional que debe resolver la Suprema Corte (y que resolverá solo si ocho de los once votos se ponen de acuerdo) es algo distinto a la problemática planteada en el apartado anterior.

En la demanda inicial se plantean veintiún violaciones a la Constitución. Es un documento complejo y extenso. Por razones de economía, en esta sección explicaremos, en forma sintética, solo algunas de las principales líneas de argumentación de la demanda.

2.1. *Trato diferenciado y fomento a las prácticas monopólicas: artículos 1º y 28 constitucionales*

El primer artículo de nuestra Constitución proclama el principio que sostiene la igualdad jurídica de toda persona. La Ley Televisa, al constituir una serie de privilegios especiales e injustificados a favor de los radiodifusores concesionarios, violenta dicho principio.

Uno de los rasgos centrales de la Ley Televisa es precisamente el establecer un régimen de telecomunicaciones especial –y muy favorable– para las televisoras y radio emisoras. El “pase automático” al mercado de telecomunicaciones al tienen acceso los radiodifusores concesionarias es el principal problema (privilegio que, como ya se explicó, establece el nuevo artículo 28 de la Ley Federal de Telecomu-

nunicaciones). Los concesionarios radiodifusores pueden obtener concesiones para prestar servicios de telecomunicaciones distintos a la radiodifusión a través de una simple solicitud y sin estar sujetos a la Ley Federal de Telecomunicaciones. Esto es, los radiodifusores concesionarios pueden acceder al mercado de telecomunicaciones sin necesidad de participar en el oneroso, competitivo e incierto proceso de licitación pública a que están sujetos todos los demás interesados en prestar servicios de telecomunicaciones. En consecuencia, este régimen diferenciado discrimina en contra de quienes si quedan sujetos a los procesos de licitación que marca la Ley Federal de Telecomunicaciones. En este caso, el grupo discriminado incluye tanto a aquellos que tuvieron que obtener su concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones distintos a la radiodifusión a través de la licitación pública (estipulada por la Ley Federal de Telecomunicaciones), aquellos potenciales competidores que se ven obligados a obtener concesiones a través de licitación pública y, por último los radiodifusores permisionarios, que no tienen acceso al privilegio de los concesionarios. En este último grupo se ubican las radio emisoras y televisoras gubernamentales, así como las radio emisoras culturales, comunitarias, indígenas,⁸ etc.⁹

Además, recordemos que las personas sujetas a la Ley Federal de Telecomunicaciones están obligados a pagar una contraprestación al Estado por la obtención de su concesión. En contraste, la contrapres-

⁸ En el caso específico de las radiodifusoras indígenas se presenta una violación constitucional adicional. El artículo 2º constitucional, establece la obligación positiva a cargo de todos los niveles de gobierno de proveer las condiciones necesarias a fin de que las comunidades indígenas puedan hacerse de y operar medios de comunicación. Estas radiodifusoras suelen ser permisionarios, no concesionarios. Al discriminar en contra de los permisionarios, el Estado, lejos de facilitar la participación de las comunidades indígenas en los medios de comunicación en sus comunidades, están impidiéndolo.

⁹ El trato diferenciado entre los radiodifusores concesionarios (televisoras y radio emisoras privadas), por una parte, y otros telecomunicadores (prestadores de servicios de internet, radio, etc.) –incluidos los radiodifusores permisionarios (televisoras públicas, radio emisoras públicas, culturales y comunitarias) no se justifica fácilmente. Las autoridades responsables– y los defensores de los intereses de las televisoras y radio emisoras –han argumentado que el “pase automático” que establece el artículo 28 de la LFRyT se justifica en virtud de que las concesiones para la radiodifusión serán otorgadas mediante licitación pública, por lo que no hay necesidad de someter dos veces al mismo proceso a quienes ya demostraron ser competitivos y aptos la primera vez. El problema es que los concesionarios existentes al momento de la entrada en vigor de la Ley Televisa nunca participaron en un proceso de licitación pública para la obtención de su concesión pues obtuvieron sus concesiones al amparo de la legislación anterior.

tación que los radiodifusores concesionarios pagarían por la nueva concesión para prestar servicios telecomunicaciones distintos a la radiodifusión, es potestativa; puede o no haber contraprestación. Así, los radiodifusores concesionarios cuentan con la posibilidad de obtener concesiones para telecomunicaciones sin pagar contraprestación —o pagando contraprestaciones que se determinarán individualmente por las autoridades, sin la presión alcista de una subasta pública.

En síntesis: los concesionarios de radiodifusión cuentan con acceso más seguro, más fácil y más barato al mercado de las telecomunicaciones que cualquier otra persona.

Este trato diferenciado tiene, como consecuencia, otra violación a nuestra Constitución. El artículo 28 constitucional prohíbe las concentraciones y prácticas monopólicas y establece la obligación positiva a cargo del Estado de prevenir y perseguir ambos. El trato privilegiado con que cuentan las radio emisoras y televisoras tiene como consecuencia exactamente lo contrario: favorece la concentración del mercado y desincentiva la competencia.

El “pase automático” y la contraprestación potestativa con que cuentan las televisoras y radio emisoras se traducen en una barrera de entrada al mercado de las telecomunicaciones para todo aquel que no cuente con esos privilegios. Tanto los presentes como los potenciales participantes en el mercado de las telecomunicaciones tienen que contemplar, dentro de sus costos, tanto las erogaciones que realicen o hayan realizado en los procesos de licitación pública, como las contraprestaciones que necesariamente pagarán o han pagado al Estado. Esos costos, a su vez, se reflejan en las tarifas que pagaría o paga a su clientela. En contraste, un radiodifusor concesionario no tiene que cubrir esos costos y, en consecuencia, puede ofrecer precios más bajos en el mercado.

El resultado es que un concesionario en telecomunicaciones presente no podrá ofrecer tarifas tan bajas como sus noveles competidores, los concesionarios en radiodifusión. Por otra parte, si un potencial participante en el mercado de telecomunicaciones sabe, de ante mano, que competirá contra radiodifusores concesionarios que no tienen que cubrir los mismos costos y, en consecuencia, puede ofrecer tarifas más baratas a sus clientes, tendrá pocos incentivos para incursionar en el mercado de telecomunicaciones.

En otras palabras, el artículo 28 representa una ventaja competitiva en el mercado de telecomunicaciones a favor los concesionarios radiodifusores y en perjuicio de los actuales y potenciales concesionarios de telecomunicaciones. El resultado es que la Ley Televisa desincentiva la competencia en telecomunicaciones distintas a la radiodifusión y procura la concentración indebida de las telecomunicaciones en general en manos del privilegiado grupo de radiodifusores concesionarios.

2.2. Un atentado contra la libertad de expresión, el derecho a la información y la pluralidad democrática

El nuevo artículo 28 de la Ley de Radio y Televisión vulnera la libertad de expresión tal como se plasma en los instrumentos internacionales suscritos por México, vinculantes conforme al artículo 133 de nuestra Constitución.

La digitalización permite a los radiodifusores prestar servicios de telecomunicación utilizando menos espectro radioeléctrico que bajo el formato analógico. Ello ofrece la oportunidad tecnológica de que el Estado amplíe la oferta mediática otorgando a distintas voces el espectro radioeléctrico liberado a fin de transmitir señales diversas, plurales e independientes. En contraste, el citado artículo 28 de la LFRyT por disposición expresa otorga el espectro liberado a los mismos radiodifusores concesionarios que ya contaban con una porción del espectro para participar en la oferta mediática. Así, lejos de favorecer la pluralidad mediática que la digitalización hace posible, la Ley Televisa tiene como consecuencia que quienes ya contaban con una voz en el mercado mediático aumenten exponencialmente su participación, a costa de potenciales radiodifusores diversos. Esto es, ante la oportunidad tecnológica de ampliar exponientemente la pluralidad y la diversidad en la información, la Ley Televisa responde asegurando la concentración mediática.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 13, establece que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Ello incluye no solo difundir información e ideas, sino también buscarlas y recibirlas. Más aún: el artículo prevé que el derecho a la libertad de pensamiento y expresión no debe ser restringido por

medios indirectos, como los abusos de autoridades o particulares de los medios utilizados para la difusión de ideas, como el papel en el caso de los periódicos, o las frecuencias radioeléctricas para medios electrónicos.

Más específicamente, el caso de la concentración en los medios de comunicación ha sido explícitamente interpretado, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como violatorio de los principios democráticos y del derecho a la información de los ciudadanos. El principio 12 de la Declaración de Principios de la Comisión establece que:

12. Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.

La Declaración de Principios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no es un instrumento internacional suscrito por México. Sin embargo, si es ilustrativo del contenido que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se da a los derechos de libertad de expresión y a la información, derechos que si están contemplados en un instrumento suscrito por México –la Convención Americana de Derechos Humanos.

Así, al fomentar la concentración mediática, la Ley Televisa viola los derechos humanos contemplados en instrumentos internacionales que, conforme a nuestro artículo 133 constitucional, son obligatorios. La violación de dichos instrumentos implica, en consecuencia, una violación a nuestra Constitución.

2.3. Un órgano regulador inconstitucional

A través de la Ley Televisa, el Poder Legislativo crea un órgano desconcentrado de la Administración Pública Centralizada (en adelan-

te APC) y directamente le atribuye, en exclusiva, la facultad de tomar todas las decisiones –técnicas, estratégicas y políticas– sobre la regulación de la radio y la televisión. Además, el sistema de nombramientos establecido por la Ley Televisa garantiza que la influencia del gobierno recién electo en materia de telecomunicaciones se minimice.

La acción de inconstitucionalidad sostiene que, en este punto, la Ley Televisa violenta los principios constitucionales que rigen nuestra forma de gobierno y, en específico, la organización del Poder Ejecutivo Federal. Nuestra Constitución establece que el Poder Ejecutivo es unipersonal (artículo 80). En consecuencia, toda la APC debe ser considerada como auxiliar del titular del Poder Ejecutivo. De ser así, los órganos y funcionarios de la APC deben estar siempre jerárquicamente subordinados al titular del Poder Ejecutivo y, en consecuencia, contar con facultades específicas que éste les delega. Siendo las facultades de los órganos de la APC delegadas, el Presidente de la República, único titular del Poder Ejecutivo Federal, debe, en todo momento, contar con la posibilidad de revisar, modificar y, en su caso, tomar las decisiones que corresponden a cada órgano de la APC.

Ahora bien, la Constitución también otorga al Legislativo Federal una facultad específica que le permite influir indirectamente en la organización APC. El artículo 90 le confiere al Congreso de la Unión la facultad de expedir una Ley específica –la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (en adelante, LOAPF)– en la cual debe distribuir los negocios de la Administración Pública entre la APC y la Administración Pública Descentralizada (en adelante, APD). El Legislativo influye indirectamente en las atribuciones que puedan tener los órganos de la APC, pues determina genéricamente qué negocios corresponden a la APC y qué negocios corresponden a la APD. Sin embargo, dicha facultad dista mucho de los poderes que el Legislativo ejerció al expedir la Ley Televisa, creando la actual COFETEL.

Si nos tomamos en serio el carácter unipersonal del Poder Ejecutivo debemos concluir que éste es el único facultado para delegar sus facultades en sus auxiliares y, en consecuencia, para crear y organizar los órganos desconcentrados de la APC. Sin embargo, en el caso de la COFETEL tenemos un caso en el que: a) Es el Legislativo, no el Ejecutivo, quién crea al órgano desconcentrado de la APC; b) Es el Legislativo quién directamente le asigna facultades al órgano desconcentrado, no el Ejecutivo quién las delega; y, lo más grave, c) El Legislativo

dispuso que las facultades que directamente atribuyó al órgano desconcentrado serán ejercidas exclusivamente por éste.

En resumen, el Legislativo privó al Ejecutivo de la facultad de regular la materia de telecomunicaciones. Al establecer (en el artículo 9-A, fracción XVI, expuesto con anterioridad) que todas las atribuciones del Ejecutivo en materia de radio y televisión corresponden en exclusiva a la COFETEL, el Legislativo privó al Ejecutivo de los poderes que, como superior jerárquico de la COFETEL, debía ejercer respecto a esta: el poder de revisar, modificar o ejercer directamente las facultades del órgano desconcentrado que, en teoría, depende de él. De esta forma, el Legislativo cercenó la materia de telecomunicaciones del ámbito del Ejecutivo, creando un órgano regulador de la materia que no está supervisado por el Ejecutivo –ni por nadie más.

El diseño de la COFETEL como un órgano que formalmente pertenece al Poder Ejecutivo, pero materialmente es independiente del mismo queda reforzado con el carácter transexenal de los nombramientos de sus comisionados. Como se explicó con anterioridad, la actual administración –electa hace menos de un año– no podrá influir en las políticas de telecomunicaciones sino hasta el quinto año de gobierno, en que el Presidente Calderón nombrará a uno solo (de los cinco) comisionados de la COFETEL. Durante el sexto año de gobierno podrá nombrar un segundo comisionado, pero en ningún momento podrá nombrar a una mayoría de los comisionados de la COFETEL que le permita influir en forma determinante las políticas públicas en materia de telecomunicaciones.

Esta situación contraviene los principios básicos que deben dar forma a nuestro gobierno y que se encuentran plasmados en el artículo 40 constitucional. La Ley Televisa contraviene la decisión constitucional de los mexicanos de dotarnos de un gobierno republicano, representativo y democrático. El principio republicano exige la renovación periódica de los gobernantes mediante la consulta a la voluntad popular. La consulta a la voluntad popular se rige por el principio democrático consistente en la toma de decisiones a través de la expresión de la mayoría electoral. Finalmente, la expresión democrática se materializa, mediante el principio representativo, en un gobierno conformado por representantes del pueblo (y no directamente por el pueblo).

El escalonamiento en los nombramientos de funcionarios no es, en sí mismo, inconstitucional. Sin embargo, el escalonamiento en los nom-

nombramientos de los comisionados de la COFETEL, tal como *concretamente* lo establece el artículo segundo transitorio, es contrario al carácter republicano del gobierno, pues perpetúa los dictados de la administración de Vicente Fox hasta entrado el año 2014; es contrario al principio democrático pues anula la posibilidad de que el electorado que en el 2006 ejerció su derecho sea quién determine quienes serán los funcionarios que lo gobernarán en el área de telecomunicaciones, radio y televisión (ello, además, constituye una injustificada discriminación si se le compara con el electorado que votó en el año 2000 o bien el que votará en los años 2012 o 2018); finalmente, es contrario al principio representativo, pues anula la posibilidad de que sea el mandatario electo como representante popular para este sexenio quien defina las políticas gubernamentales en esta área.

En el caso de algunos órganos desconcentrados de la Administración Pública Centralizada (APC), se justifica un sistema de nombramiento escalonado de los funcionarios, por ser órganos técnicos facultados para tomar decisiones estrictamente técnicas. Un nombramiento escalonado debe buscar atenuar la presión política que los procesos electorales representan, sin llegar al extremo de aislar al órgano del refrendo democrático y el carácter representativo que debe regir a todo órgano de gobierno. Los tiempos concretos que establece el artículo segundo transitorio de la minuta violentan los principios constitucionales referidos, pues van más allá del propósito legítimo de los nombramientos escalonados: atenuar la presión política sobre los órganos técnicos. En concreto, se aísla a la COFETEL de la representatividad democrática que deben tener todos los órganos de gobierno al dotar de carácter transexenal a los primeros nombramientos de la COFETEL, violando así también el principio republicano.

Ahora bien, el déficit democrático y representativo de los nombramientos transexenales (y, en consecuencia, violatorias del principio republicano) resulta aún más grave y alarmante si consideramos que la COFETEL no es un mero órgano técnico, sino que tiene amplias facultades para definir políticas públicas en su materia. Recordemos que –conforme al artículo 9-A de la Ley Federal de Telecomunicaciones reformada, y al artículo CUARTO TRANSITORIO del artículo PRIMERO del decreto que contiene la Ley Televisa– la COFETEL cuenta con todas las facultades de la SCT en la materia de radio y televisión.

En síntesis los nombramientos transexenales de la COFETEL tienen la finalidad ilegítima e inconstitucional de fijar más allá de diciembre las preferencias políticas del electorado del 2000 en detrimento del electorado del 2006. La aplicación concreta del artículo segundo transitorio de la minuta convierte a una coyuntura política circunstancial en una definición estructural de un área fundamental para el desarrollo democrático del país, al menos hasta entrado el sexenio posterior al que hoy inicia.

La coyuntura electoral en la que se aprobó la Ley Televisa obliga a preguntarse si el propósito del artículo segundo transitorio fue precisamente aislar al área de telecomunicaciones del refrendo democrático que tuvo lugar este año.

3. Las preguntas constitucionales que la Suprema Corte debe responder

La acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley Televisa plantea una gran diversidad de interrogantes a nuestro más alto tribunal: sobre competencia económica, sobre división de poderes, sobre concesiones, sobre los límites de la discrecionalidad legislativa, y un largo etcétera. En esta última sección, quisiéramos enfatizar solo algunas, que consideramos trascienden el caso específico y abordan aspectos fundamentales de nuestro derecho constitucional y de nuestra interpretación constitucional. Algunas han sido planteadas desde el escrito inicial de demanda, pero otras, como es natural, han resultado del debate judicial que se ha entablado entre las partes. Las preguntas constitucionales más trascendentes que debe resolver la Suprema Corte no necesariamente se limitan al caso específico de la Ley Televisa, ni necesariamente reflejan la problemática económica y política real que subyace al proceso judicial en comento. Desafortunadamente, es difícil saber, a priori, si la Suprema Corte dará o no respuesta a estas interrogantes constitucionales más profundas, o se limitará a resolver el caso en cuestión. En todo caso, consideramos que será interesante ver si la Corte aborda de lleno estas cuestiones o de qué forma las esquivará.

3.1. *¿Cuál es el papel de los principios constitucionales en la legislación y en la justicia constitucional?*

En la demanda inicial de la acción de inconstitucionalidad argumentamos que la Ley Televisa (concretamente el artículo 28 de la LFRyT) viola el artículo 28 constitucional por fomentar las concentraciones indebidas y las prácticas monopólicas en lugar de combatirlas. Una de las respuestas de las autoridades demandadas fue que la garantía constitucional consagrada en el artículo 28 únicamente establece una declaración de principios, que no puede tomarse en cuenta para decidir en definitiva, cómo se debe expedir una ley para que cumpla con ese mandato constitucional. En la argumentación expuesta por nuestra contraparte, la Constitución en su artículo 28 establece un principio general que para ser aplicado y cumplido, debe desarrollarse a través de la labor legislativa. En otras palabras: a quién corresponde dotar de sentido a los principios constitucionales es precisamente al Legislativo, por lo que su actuar no puede ser juzgado de inconstitucional al aterrizar los principios constitucionales en legislación secundaria.

La pregunta ante la Corte es la siguiente: ¿Quién tiene, en última instancia, la facultad de dotar de contenido a los principios constitucionales? ¿Quién determina el contenido mínimo de dichos principios? ¿El Legislativo o el Judicial? Si corresponde a la Suprema Corte hacerlo, entonces ¿cuál es el papel del Legislativo al respecto? Si corresponde al Legislativo, entonces ¿cuál es el papel de la Suprema Corte al respecto? En última instancia ¿son justiciables los *principios* constitucionales?

Si algunas las garantías constitucionales –las garantías sociales– son “solo” principios que deben desarrollarse por el legislador quien las dota de contenido, entonces no son justiciables más que a través de la legislación secundaria. De ser así, tratándose de principios constitucionales, el Legislador no puede ser acusado de incurrir en conductas inconstitucionales, pues es él quien da sentido al texto constitucional. Así las cosas, la acción de inconstitucionalidad solo procede cuando se violan *reglas* constitucionales, no principios.

La otra posibilidad es que la Corte considere a los principios constitucionales como valores o criterios generales que permiten una multiplicidad –no una infinidad– de interpretaciones. Multiplicidad no es infinidad, y en ese caso habría interpretaciones que no tendrían cobijo bajo el principio constitucional en cuestión. Esta posibilidad dejaría en

manos de la Suprema Corte el definir los límites aceptables a las interpretaciones legislativas de la Constitución, destruyendo aquellas que salgan de dichos parámetros.

En otras palabras, la Suprema Corte va a tener que decidir: a) si los principios constitucionales tienen algún significado más allá del leal saber y entender del Legislativo; y b) quién, en última instancia, es el interprete constitucional legítimo ¿el Congreso o la Suprema Corte?

La pregunta no necesariamente es ociosa. Existen argumentos poderosos para sostener que el Legislativo debe ser el interprete constitucional en última instancia. Mucho del debate en la teoría constitucional de la segunda mitad del siglo XX versó sobre este punto. La Corte tendrá que tomar posición al respecto. De la decisión de la Suprema Corte depende el que los principios constitucionales sean justiciables frente a leyes o que el Legislativo se constituya como el verdadero Soberano mientras no exista *regla* constitucional en contrario.

3.2. *¿Cuál es el valor del derecho internacional en nuestro régimen jurídico?*

La interpretación que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se le ha dado a los derechos de libertad de expresión y acceso a la información es mucho más robusta que la que nuestra propia interpretación constitucional les ha dado. ¿En qué nos sirve a los mexicanos dicha interpretación?

La sentencia de la Corte contribuirá a definir cuál es el papel de las normas e interpretaciones constitucionales en nuestro régimen interno. Existen tres posibilidades: la Corte puede ignorar las normas internacionales y su interpretación; la Corte puede directamente aplicar las normas internacionales y su interpretación, haciéndolas efectivamente parte de la Ley Suprema de la Unión; o bien, finalmente la Corte puede interpretar nuestras propias normas internas –nuestras garantías de libertad de expresión y de acceso a la información– tomando elementos sustantivos de la normatividad e interpretación internacional.

3.3. *¿Cuál es la naturaleza jurídica de los órganos desconcentrados de la administración pública centralizada?*

La Corte tendrá que definir el papel que juegan los órganos desconcentrados como la COFETEL en la doctrina de la división de poderes que nuestra Constitución adopta. En décadas recientes, los órganos reguladores con autonomía técnica han proliferado. Estos órganos son, con frecuencia, creados por el Legislativo y dotados de cierta autonomía frente al Ejecutivo. Estos órganos no están contemplados en nuestro esquema constitucional. Hasta ahora, la constitucionalidad de este esquema y los límites a la autonomía que se les ha otorgado a este tipo de órganos no habían sido temas sujetos a la interpretación constitucional de la Suprema Corte. La COFETEL es un ejemplo extremo en el que ni bajo un criterio substantivo ni bajo un criterio genético puede considerarse que sea un órgano auxiliar de, y subordinado al, titular del Ejecutivo Federal.

En estas circunstancias, la Corte tendrá que resolver, entre otras, las siguientes interrogantes: ¿Qué quiere decir que la Administración Pública sea *auxiliar* del Poder Ejecutivo? ¿Cuál es el límite a la desagregación del gobierno a través de órganos desconcentrados? ¿Puede desagregarse la función reguladora del Estado en todos sus niveles? ¿Solo en nivel técnico? ¿En el técnico y en el estratégico? Si se transfieren las decisiones políticas a los órganos técnicos ¿cuál es el sentido de que estos sean órganos “técnicos” autónomos? ¿No estaríamos cayendo en el mismo problema que la creación de órganos desconcentrados buscaba evitar: el contaminar decisiones técnicas con pugnas políticas? ¿Qué pasa cuando las decisiones políticas quedan aisladas del referendo democrático?

Si la Corte determina que no existe problema constitucional en el proceder del Legislativo cuando éste cercena un área entera del control del Ejecutivo, corremos el riesgo de caer en una tecnocracia legislativa, en la cual el Legislativo puede acotar ilimitada las funciones del Ejecutivo en cualquier área que considere oportuno, transfiriéndolas a un organismo creado ad-hoc. Mas aún: ¿quién controla efectivamente a estos órganos técnicos? ¿Cómo se les controla? En ese sentido ¿conviene la desagregación técnica del gobierno? El Legislativo puede tener la facultad de crear estos órganos y dotarlos de facultades, pero

¿cuenta la capacidad técnica él mismo para monitorear el proceder de estos órganos?

Sobre todo: ¿cuáles son los límites al Legislativo en su injerencia al interior del Poder Ejecutivo?

3.4. *¿Debe analizarse la constitucionalidad de una disposición en términos exclusivamente formales o también en cuanto a sus efectos concretos?*

Si una disposición legislativa cumple formalmente con los principios constitucionales, pero, cuando se consideran sus efectos concretos, el resultado es una circunstancia en la que resulta imposible dar cumplimiento a dichos principios ¿se está frente a una violación constitucional?

En teoría, el escalonamiento en los nombramientos de funcionarios no tiene por que ser inconstitucional. En teoría, al haber renovación periódica, se satisface con la exigencia republicana; al haber algún tipo de nombramiento indirecto mediante órganos representativos, se satisface el principio representativo; y al no estar ningún electorado excluido de participar en la conformación del órgano, se satisface el principio democrático. Sin embargo, la Ley Televisa nos presenta un ejemplo en el cual el escalonamiento está planteado, concretamente, de tal forma que en lugar de renovación periódica de los funcionarios, se presenta la congelación de una política dos sexenios más allá de cuando es establecida; en lugar de la representación a través de nombramientos indirectos, existe un divorcio entre el órgano actualmente representativo y el órgano de representación indirecta; en lugar de refrendo democrático, se da la marginación de un electorado específico de la conformación de un órgano regulador de un área estratégica.

En breve: la justicia constitucional ¿se preocupa por las formas en abstracto, por las consecuencias en concreto, o por ambas?

3.5. *Preguntas inesperadas: los derechos adquiridos y su aplicabilidad al espectro radioeléctrico*

Existe un tema específico que surgió en los contra-argumentos de las autoridades demandadas y que tendrá que ser abordado por la Suprema

Corte: la doctrina de los derechos adquiridos y su aplicabilidad al espectro radioeléctrico. Todas las autoridades demandadas se escudaron de las imputaciones referentes al incentivo de prácticas monopólicas y del trato desigual utilizando la tesis de los derechos adquiridos. Sin embargo, por cuestiones de brevedad, expondremos aquí únicamente los argumentos del Ejecutivo por ser los más elaborados.

En contestación a la demanda inicial el Ejecutivo Federal esgrimió la doctrina de los derechos adquiridos para rebatir el argumento relativo a los artículos 1º y 28º constitucionales. La contestación sostuvo, en síntesis, que los radiodifusores adquirieron, en virtud de su concesión original, el derecho a las bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico. En consecuencia, argumentan, a pesar de la digitalización y la reducción en la porción del espectro necesaria para prestar el servicio de radiodifusión, el derecho usar, aprovechar y explotar a esas bandas pertenece a los radiodifusores. Así, en el entender del Ejecutivo Federal, el nuevo artículo 28 de la LFRyT lo único que hace es permitirles a los radiodifusores prestar servicios distintos a través de una banda de frecuencia cuyos derechos ya habían adquirido con anterioridad.

Ahora bien, el argumento del Ejecutivo presupone que la naturaleza de los derechos para explotar porciones del espectro radioeléctrico obtenidos mediante una concesión son genéricos, no específicos al servicio que se prestara en su ejercicio. En otras palabras, los derechos se otorgan *sobre el bien*, con independencia del uso o modalidad de explotación específica que se le dé a dicho bien. Bajo esta interpretación, los derechos de uso, aprovechamiento o explotación se otorgan a favor del concesionario sin condicionarlos a un fin o uso específico. Las concesiones otorgan el bien mismo —en este caso la porción espectro radioeléctrico— al concesionario.

Al respecto, nosotros hemos argumentado ante los Ministros de la Corte que la interpretación del Ejecutivo Federal es inconsistente y errada, y en consecuencia insostenible. En cuanto a sus inconsistencias tenemos, en primer lugar, que la Ley misma, al exigir que la Secretaría otorgue un nuevo título de concesión que sustituya al anterior, reconoce la necesidad de un nuevo acto jurídico que genere los nuevos derechos sobre el espectro radioeléctrico a favor del concesionario. Si, como lo sostiene el Ejecutivo, lo que se concede por virtud de la concesión original es el bien mismo, y este fue concedido como un todo explotable por la concesión original, entonces ¿porqué la Ley requiere la sus-

titución de la concesión original por un título de concesión nuevo? Si la Ley exige un nuevo título, es porque dicho título comprenderá nuevos derechos. En segundo lugar, el argumento del Ejecutivo es inconsistente pues la Ley misma, al establecer que los servicios de radiodifusión serán regulados por una Ley (la Ley Federal de Radio y Televisión) y los servicios de telecomunicaciones distintos a la radiodifusión serán regulados por otra ley distinta de la primera (Ley Federal de Telecomunicaciones) implica necesariamente que la prestación de los distintos servicios requiere y engendra derechos distintos. Por último, el Ejecutivo Federal atribuye a la concesión original resultan de considerar que lo que se otorga mediante la concesión es el bien mismo. Bajo esa premisa, al no cambiar el bien, no se generan nuevos derechos. Sin embargo, la premisa misma es insostenible, pues el bien mismo —el espectro radioeléctrico— no se otorga, concede o enajena mediante la concesión, sino que es el derecho o derechos sobre el bien lo que se cede. Ello en virtud de que, conforme al texto explícito del artículo 27 constitucional, párrafo sexto, el espectro radioeléctrico es un bien inalienable e imprescriptible.

Ahora bien, independientemente de las inconsistencias internas en la argumentación de las autoridades demandadas, resulta oportuno hacer algunas aclaraciones sobre la doctrina de los derechos adquiridos y su aplicabilidad al caso del espectro radioeléctrico. En primer lugar, los derechos de uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico son *instrumentales*, esto es son solo *un medio para un fin* (la prestación del servicio público de radiodifusión). En consecuencia, los derechos que los concesionarios obtienen son únicamente los requeridos para la prestación del servicios público de radiodifusión. En conclusión, no puede considerarse que al adquirir derechos sobre el espectro radioeléctrico *para la prestación del servicio de radiodifusión*, simultáneamente se adquieran derechos sobre el espectro radioeléctrico *para cualquier otro uso*. En segundo, aún cuando en un futuro o durante la tramitación de la acción de inconstitucionalidad los concesionarios de radiodifusión obtengan una concesión para usar, aprovechar o explotar el espectro radioeléctrico en la prestación de servicios de telecomunicaciones distintos a los de radiodifusión al amparo del artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión hoy impugnado, no podrían alegarse derechos adquiridos. Ello es así pues, tratándose de un bien de dominio directo de la Nación que la constitución califica de inalienable e

imprescriptible, el interés general debe prevalecer frente a los derechos adquiridos de particulares. La Suprema Corte ha establecido claramente que “contra una disposición de orden público, no pueden alegarse derechos adquiridos.”¹⁰

Este es el tenor del debate que sobre derechos adquiridos ha sido planteado ante la Suprema Corte. El problema central que se presenta ante la Suprema Corte de Justicia para su resolución es el siguiente: ¿cuál es la finalidad, objeto, naturaleza y extensión de una concesión sobre el espectro radioeléctrico? Así, podemos dividir la cuestión en las siguientes preguntas que la Suprema Corte deberá responder a fin de dar solución a la problemática planteada: a) *¿Para qué fin se otorga una concesión?* ¿Se otorga a fin de conceder al privado un derecho al espectro radioeléctrico mismo? o ¿a fin de que, a través de el ejercicio de derechos sobre el espectro radioeléctrico, el concesionario pueda prestar un servicio público?; b) *¿Cuál es el objeto de la concesión?* ¿El espectro radioeléctrico en sí? o ¿aquellos derechos sobre el espectro radioeléctrico necesarios para poder llevar a cabo la prestación del servicio público en cuestión?; c) *¿Cuál es la naturaleza de una concesión sobre el espectro radioeléctrico?* ¿Es un fin o un medio? En otras palabras: ¿se trata de otorgar derechos sobre el espectro radioeléctrico - un bien de dominio directo de la Nación - tomando al bien como el fin en sí mismo del acto administrativo? o ¿los derechos que se otorgan son un medio para la consecución de un fin determinado - en este caso la prestación del servicio público de radiodifusión?; d) *¿Cuál es la extensión de los derechos conferidos mediante concesión?* ¿Son derechos que se otorgan sin mayor calificación? o ¿son derechos que se agotan cuando se consigue el fin para el cual fueron otorgados?

4. Consideraciones finales

La acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley Televisa es, a nuestro entender, el caso más importante que ha llegado a la Suprema Corte en su Novena Época. Independientemente de la traducción jurídica que recibe y del debate constitucional que suscita, detrás del pro-

¹⁰ No. Registro: 358,201, Tesis aislada: ARRENDAMIENTO, CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRORROGA LEGAL DEL.

ceso judicial que hoy está en trámite subyace un conflicto real por el poder. Se trata del poder de unos pocos particulares particularmente poderosos frente al poder del Estado. Las televisoras consiguieron, en plena coyuntura electoral, avasallar a los poderes más politizados de la Federación. Obtuvieron privilegios que consolidan y profundizan su ya abrumador poder real. Obtuvieron legislación hecha a la medida de sus ambiciones y un órgano regulador capturado de nacimiento, encargado de aplicar dicha legislación. Hoy en día, son pocas las amenazas tan reales a la capacidad de actuar del Estado mexicano.

La Suprema Corte tiene la posibilidad –y en consecuencia, la responsabilidad– de fungir como un último dique que contenga al poder privado que hoy amenaza con construir una nueva hegemonía política. Para cuando estas palabras se publiquen, es probable que los mexicanos conozcamos el fallo –o falta de–¹¹ que recaiga sobre la presente acción de inconstitucionalidad. En su momento, nos corresponderá comentarlo. Entonces ya no será el actuar del Legislativo y su falta de apego a la Constitución lo que merezca nuestra atención, sino el actuar de la Suprema Corte.

¹¹ Recordemos que, conforme a la legislación procesal que rige a las acciones de inconstitucionalidad, de no obtenerse 8 votos en un sentido, la acción de inconstitucionalidad será desechada.