

LA INCONTROLADA FACULTAD REGLAMENTARIA DEL EJECUTIVO FEDERAL EN MÉXICO

Adriana BERRUECO GARCÍA

*A don Jorge Fernández Ruiz, generoso
jurista e historiador*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Ejercicio de la facultad reglamentaria en materia de radiodifusión, control sanitario de la publicidad y cinematografía*. III. *Conclusiones*. IV. *Fuentes consultadas*.

I. INTRODUCCIÓN

La estructura jurídica sobre la que se ha basado el ejercicio del poder presidencial en México unido a las características del sistema político del país han propiciado que el jefe del Poder Ejecutivo Federal ejerza de manera discrecional un enorme número de facultades sin que existan eficientes medios de control, ni por su puesto sanciones, para los abusos que comete el presidente de la República en detrimento de los derechos y condiciones de vida de los gobernados. Pese a que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 40, establece que nuestro país es una República —representativa, democrática y federal—, la forma en que se ha ejercido el Poder Ejecutivo ha llevado a plantear a estudiosos de diferentes disciplinas que en México tenemos un régimen más cercano al de la monarquía que al de la República,¹ y que la división

¹ Sobre el tema puede consultarse con una perspectiva histórica, Krause, Enrique, *La presidencia imperial. Ascenso y caída del sistema político mexicano (1940-1996)*, México, Tusquets, 1997.

de poderes que preceptúa el artículo 49 constitucional se ve trastocada precisamente porque la Constitución otorga al Ejecutivo facultades propias de los poderes Judicial y Legislativo, dentro de las facultades de éste último se encuentra la creación de normas jurídicas mediante reglamentos, constituyéndose en un legislador autónomo como lo denomina Cárdenas Gracia.²

La importancia del tema de estudio de este artículo trasciende el ámbito del derecho administrativo, porque el exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo Federal atenta contra el Estado de derecho en su conjunto, entendido el Estado de derecho como:

La sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos de poder; el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en términos perjudiciales, y la observancia de los derechos individuales, sociales, culturales y políticos.³

Este concepto, según Valadés, es una respuesta al Estado absolutista que se caracterizó por “la ausencia de libertades, la concentración del poder y la irresponsabilidad de los titulares del órgano de poder”.⁴ Considero que esta precisión es pertinente en virtud de que al esbozar el diseño de una nueva Constitución que resulte funcional para el siglo XXI, nuestros políticos y legisladores asumen que la vigente corresponde a la etapa histórica contemporánea —iniciada en 1789 a partir de la Revolución Francesa— sin percatarse de que el texto constitucional que nos rige conserva resabios de ese absolutismo que concentraba grandes poderes en el rey, que hoy es sustituido, en el caso de México, por el presidente de la República. Nuestros legisladores y políticos en su proyecto de reforma del Estado dedican poca o nula atención a aspectos tan trascendentes como el control de la facultad reglamentaria del Ejecutivo Federal, a través de la cual se desequilibra el ejercicio del poder público

2 Cárdenas Gracia, Jaime, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 62.

3 Valadés, Diego, *La desaplicación de la norma y el Estado de derecho*, documento de trabajo número 8, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 2.

4 *Idem*.

y se vulneran las garantías de los gobernados, creando con ello un verdadero caos social.

En la parte final de este artículo plantearé propuestas de soluciones jurídicas que considero pueden ser eficaces para evitar la emisión de normas reglamentarias que violentan el principio de legalidad en detrimento de los derechos individuales y colectivos, anticipo a los lectores que las propuestas que se enunciarán no corresponden a una visión clásica o tradicionalista del derecho, pues este artículo lo formulo pensando en primer término, en la función que el derecho debe cumplir dentro del sistema social, ésta es la de reducir la complejidad de las relaciones sociales,⁵ y en segundo lugar asumiendo que el ejercicio de la facultad reglamentaria es una expresión del ejercicio del poder, éste tiene una naturaleza altamente dinámica y por ello los instrumentos para controlarlo no pueden ser estáticos.⁶

Como corolario de esta introducción debo mencionar que elegí para ejemplificar la fenomenología de estudio, el tema de la normatividad de los medios electrónicos de comunicación (cinematografía, radio y televisión) y el control sanitario de la publicidad porque dichas áreas son poco analizadas por la doctrina, en el caso de la radiodifusión se estudia básicamente el régimen de concesiones;⁷ por otra parte, la regulación de los medios de comunicación siempre ha estado influenciada de forma notable por los intereses económicos y políticos tanto de los empresarios como de los diferentes titulares del Poder Ejecutivo Federal, con lo cual se ha propiciado que dicha área del derecho sea campo fértil para que se cometan excesos de poder utilizando la vía reglamentaria. Este tema de estudio también es relevante si consideramos que al amplísimo poder que posee el presidente de la República se suma el extenso margen de maniobra que le brinda el endeble marco constitucional en el área de los medios de comunicación.

5 De Giorgi, Raffaele, *Ciencia del derecho y legitimación*, México, Universidad Iberoamericana, 1998, p. 259.

6 Valadés, Diego, *El control del poder*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2000, p. 12.

7 Sobre el tema destaca Fernández Ruiz, Jorge, "Régimen jurídico de concesiones de radio y televisión", en Alfonso Jiménez, Armando (coord.), *Responsabilidad social, autorregulación y legislación en radio y televisión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 13-57.

II. EJERCICIO DE LA FACULTAD REGLAMENTARIA EN MATERIA DE RADIODIFUSIÓN, CONTROL SANITARIO DE LA PUBLICIDAD Y CINEMATOGRAFÍA

1. *Concepto y marco normativo de la facultad reglamentaria*

El doctor Miguel Acosta Romero⁸ definió el reglamento administrativo como:

...una manifestación unilateral de voluntad discrecional, emitida por un órgano administrativo legalmente investido de potestad o competencia para hacerlo (presidente de la República en el ámbito federal, gobernador del estado en las entidades federativas), creadora de normas jurídicas generales que desarrollan los principios de una ley emanada del Congreso, a efecto de facilitar su ejecución y observancia en la esfera administrativa.

Con base en este concepto, se extraen las características básicas del Reglamento:

- a) Su finalidad es facilitar la aplicación de una ley, detallándola; las normas reglamentarias sólo tienen vida y sentido de derecho, en tanto deriven de una norma legal a la que reglamentan en la esfera administrativa.
- b) La primacía de la ley: las disposiciones de ésta no pueden ser modificadas por el reglamento, de acuerdo con el inciso F del artículo 72 constitucional.
- c) Los requisitos formales de validez del reglamento son: el refrendo ministerial (92 constitucional) y su publicación en el *Diario Oficial de la Federación* (artículo 4o. de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo).

La actividad reglamentaria es propia del Poder Ejecutivo, ya que la fracción primera del artículo 89 constitucional, obliga al presidente de la República a ejecutar las leyes emanadas del Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia, y entre los medios con los que cuenta el Ejecutivo para la consecución de tal

⁸ Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, México, Porrúa, 1984, p. 520.

fin, se encuentra, precisamente, la creación de reglamentos que hagan aplicables las disposiciones legales.

Independientemente de la normatividad en el nivel constitucional del ejercicio de esta facultad existen disposiciones de carácter secundario que se han expedido en la última década con la finalidad, malograda, de hacer eficiente y transparente la creación de las normas reglamentarias. Durante el sexenio del presidente Ernesto Zedillo se efectuó una modificación a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal,⁹ a través de la cual se creó la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, que entre otras funciones tiene la de revisar los proyectos de reglamentos a efecto de someterlos a la consideración y firma del presidente de la República (artículo 43, fracción IV). Como se podrá desprender del análisis de los casos que expondré en el apartado —todos se refieren al periodo en que ya se encontraba en operación la Consejería Jurídica— ha sido imperceptible la mejoría en la calidad de los reglamentos emitidos, específicamente en la observancia de los preceptos del artículo 72 constitucional.

Bajo el mandato del presidente Vicente Fox se expidió la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental,¹⁰ en cuyo artículo 10 se creó la obligación de las dependencias y entidades públicas de difundir los anteproyectos de reglamentos, por lo menos con 20 días antes de anticipación a la fecha en que se les pretenda publicar en el *Diario Oficial de la Federación* o someterlos a firma del presidente de la República. La difusión se hará a través de los sitios de internet directamente o a través de la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal o de la Comisión Federal de Mejora Regulatoria.¹¹ Lamentablemente esta normatividad está destinada únicamente a los aspectos de agilización de trámites y optimización de costos para la administración, y en sus disposiciones nos se encuentran vías para subsanar excesos u omisiones como los que describiré posteriormente.

También durante la presidencia de Vicente Fox, la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal expidió el Acuerdo por el que se emiten los Lineamientos para la Elaboración, Revisión y Trámite de Reglamentos del Ejecutivo Federal,¹² que tiene como finalidad fundamental establecer los requisi-

9 Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de mayo de 1996.

10 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2002.

11 Artículos 24 y 25 del Reglamento de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, publicada el 11 de mayo de 2004.

12 Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de diciembre de 2004.

tos, procedimientos y plazos a que deberán sujetarse la elaboración, revisión y trámite de proyectos de reglamentos o decretos para su modificación (capítulo primero). Dicho acuerdo en sus considerandos plantea dos aspectos que llaman la atención, el primero se refiere a que el consejero jurídico manifiesta que está consciente que le corresponde coordinar los trabajos que dentro de la administración pública federal se efectúen para la elaboración de reglamentos y subraya que dentro de esas responsabilidades se encuentra verificar que los requisitos previstos en las leyes sean debidamente satisfechos. Este propósito queda en el ámbito de las buenas intenciones ya que a través del decreto publicado el 23 de julio de 2003¹³ el Congreso de la Unión ordenó al Ejecutivo Federal que emitiera reformas al Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor en un término de 90 días contados a partir de la publicación del decreto en el *Diario Oficial de la Federación*, hasta septiembre del 2005 se emitieron dichas reformas. El último considerando del acuerdo menciona que éste tiene por objeto facilitar los trámites de los proyectos de decretos “sobre la base de las prioridades que en la materia ha establecido el presidente de los Estados Unidos Mexicanos”. Asumo en esta frase un menosprecio implícito hacia la actividad del Congreso de la Unión ya que el consejero jurídico debió establecer que entre las prioridades para emitir reglamentos deberían estar también las que establezca el Poder Legislativo en los decretos respectivos. Valdría la pena investigar si dentro de la Consejería Jurídica algún servidor público se ocupa de leer los artículos transitorios de los decretos y leyes que expide nuestro Congreso para dar correcto cumplimiento a las disposiciones relacionadas con creación de nuevos reglamentos o reforma a los ya existentes.

2. *El caso de la radio y la televisión*

El Reglamento del Servicio de Televisión y Audio Restringidos,¹⁴ tiene su fundamento en la Ley Federal de Telecomunicaciones¹⁵ y la Ley Federal de Radio y Televisión. El aspecto positivo que percibo en el Reglamento es que proporciona certidumbre jurídica al regular las diversas moda-

13 Artículo tercero transitorio del Decreto por el que se Reforma la Ley Federal del Derecho de Autor.

14 Se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de febrero de 2000, consta de 45 numerales más los artículos transitorios.

15 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de junio de 1995.

lidades de televisión que se conoce popularmente como “de paga”, las cuales antes estaban normadas de manera dispersa en varios reglamentos y acuerdos. Estos canales son el de cable, el restringido y el satelital, cuyas diferencias entre sí son de tipo técnico, específicamente los dispositivos de transmisión y recepción de las señales.

Este ordenamiento en su artículo 2o. define los servicios de audio y televisión restringidos como: aquellos por los que, mediante contrato y el pago periódico de una cantidad preestablecida y revisable, el concesionario o permisionario distribuye de manera continua programación de audio y/o audio y videos asociado (fracciones XVIII y XIX del artículo). El Reglamento prohíbe la transmisión de publicidad a las estaciones de audio restringidas, éstas sólo podrán transmitir música, los boletines que envíe la autoridad y los programas que por encadenamiento ordene la Secretaría de Gobernación (artículo 12).

Es un reglamento que fundamentalmente busca regular los aspectos técnicos y a garantizar la libre concurrencia y competencia en este importante sector de las comunicaciones a distancia; sin embargo, también contiene disposiciones sobre la programación que emiten los canales de radio y televisión restringidos, aspecto en el que centraré mi análisis en virtud de que en estas normas se pueden percibir excesos en el ejercicio de la facultad reglamentaria del Ejecutivo Federal porque varios preceptos de la Ley Federal de Radio y Televisión (LFRT) son violados por el Reglamento con la clara tendencia de beneficiar los intereses de los concesionarios de ambos medios para fortalecer la alianza histórica entre el gobierno federal mexicano y los concesionarios de radio y televisión.

Las extralimitaciones que en este Reglamento podrían atribuirse a un supuesto vacío dejado por la Ley Federal de Telecomunicaciones (LFT) en lo referente a la ley que determinará el contenido de la programación de radio y televisión; específico que es un supuesto vacío porque aunque la LFT en su artículo 13 especifica que la programación de las estaciones de radio y TV abiertas se registrará por la Ley Federal de Radio y Televisión, al no haberse modificado ésta con normas específicas para dichos medios en sus modalidades restringidas ni haberse emitido otra norma legal sobre el tema, se debe aplicar la Ley Federal de Radio y Televisión toda vez que la Ley Federal de Telecomunicaciones le da carácter supletorio en su artículo 8o., además del acatamiento al inciso F del artículo 72 constitucional.

A. *Transmisión de publicidad*

Del análisis de la Ley Federal de Radio y Televisión puedo concluir que hay una prohibición para que los canales de ambos medios transmitan exclusivamente anuncios comerciales o publicidad, ya que el artículo 67 de la ley expresamente dice: “La propaganda comercial que se transmita por radio y televisión se ajustará a las siguientes bases: I. Deberá mantener un prudente equilibrio entre el anuncio comercial y el conjunto de la programación”.

La fracción XV del artículo 101 de la Ley establece como infracción “Contravenir lo dispuesto por cualquiera de las tres fracciones del artículo 67 de esta ley”. En tanto, el artículo 104 determina que esta infracción se sancionará con multa de quinientos a cinco mil pesos.

El Poder Ejecutivo Federal violó el artículo 72 constitucional para favorecer los intereses de los concesionarios de la televisión y en el Reglamento del Servicio de Televisión y Audio Restringido, “legalizó” la operación de canales televisivos que se dediquen a transmitir exclusivamente anuncios comerciales, propaganda comercial o publicidad, que finalmente son sinónimos de una misma actividad.

Esta aseveración la fundamento en que en el artículo 2o. del Reglamento, en su fracción X, especifica que se entiende como *Programación de oferta de productos*: “la que tiene por objeto ofrecer o promover la venta de bienes o la prestación de servicios y cuya duración es superior a cinco minutos continuos”.

Por otra parte, y para reforzar esta permisibilidad hacia la operación de canales que exclusivamente transmitan publicidad, el artículo 31 del Reglamento, especifica en su fracción II que “Los canales dedicados exclusivamente a programación de oferta de productos estarán exceptuados del límite señalado en la fracción anterior”. Dicha fracción establece que: “Podrán transmitir, diariamente y por canal, hasta seis minutos de publicidad en cada hora de transmisión”.

Reitero que en el proemio del Reglamento se especifica que éste se creó con base en los artículos 66 a 74 de la Ley Federal de Radio y Televisión; entonces al estudiar el contenido de los artículos 2o. y 31 del Reglamento es evidente que quien redactó estas disposiciones lo hizo con conocimiento de que estarían violando las disposiciones de la Ley.

Las disposiciones del Reglamento en materia de programación de los canales televisivos se hicieron para favorecer los intereses de los

concesionarios, en virtud de que éstos fundamentan su poderío económico en las fuertes sumas de dinero que obtienen por venta de espacios publicitarios, entonces, permitirles que exploten canales para la transmisión exclusiva de anuncios o propaganda comercial es para beneficiar aún más a los concesionarios que siempre ha favorecido los intereses de los gobiernos mexicanos, específicamente me refiero a la familia Azcárraga, la cual además de tener la mayor red de televisoras abiertas o aéreas en México, también es líder en la modalidad de televisión por cable con la empresa Cablevisión, cuyas acciones comparan con Carlos Slim Helú.

B. Programación nacional

Existe otra extralimitación del Reglamento en la fracción XIII del artículo 2o. al definir la *Programación nacional* como “aquella cuyos derechos de propiedad intelectual originalmente pertenecieron o siguen perteneciendo, en forma mayoritaria, a una persona física o moral mexicana.” Dicha extralimitación es respecto a las disposiciones del artículo 73 de la Ley Federal de Radio y Televisión, el cual determina que:

Las difusoras deben aprovechar y estimular los valores artísticos locales y nacionales y las expresiones de arte mexicano, dedicando como programación viva el mínimo que en cada caso fije la Secretaría de Gobernación, de acuerdo con las peculiaridades de las difusoras... La programación diaria que utilice la actuación personal deberá incluir un mayor tiempo cubierto por mexicanos.

Desde mi punto de vista son figuras jurídicas distintas la titularidad de los derechos de propiedad intelectual de los programas y el cumplimiento de contratar mayoritariamente a artistas mexicanos, pues los titulares de dichos derechos aunque tengan nuestra nacionalidad, pueden haber contratado o estar contratando actores extranjeros y por esta definición que da el Reglamento se estén violentando las disposiciones del artículo 73 de la Ley.

Interpreto que esta definición de programación nacional se hizo con la tendencia de liberar de cargas a los concesionarios, las cuales merman sus beneficios económicos, porque en el artículo 25 del Reglamento se especifica que los concesionarios de televisión restringida podrán transmitir publicidad si cumplen con la emisión de programación nacional; a canales de televisión restringida terrena (cable) sólo se le exige el 7 por ciento de la

programación total diaria de la red, en tanto a la televisión restringida vía satélite solamente se le exige el 8 por ciento.

Por si quedara duda de la “generosidad” del Ejecutivo Federal hacia los industriales de la televisión de paga, debo destacar que el artículo tercero transitorio del Reglamento establece un cómodo calendario para que estos empresarios cumplan con los porcentajes de transmisión de programación nacional, los cuales deberán ser cubiertos en su totalidad a partir del 1o. de enero de 2005.

Como corolario de la exposición de los excesos que hay en este Reglamento se debe tener presente el texto de su artículo 36: “En lo no previsto por la Ley (Federal de Telecomunicaciones) y el presente Reglamento en materia de contenidos, se aplicará lo dispuesto por la Ley Federal de Radio y televisión”. Reitero que la Ley Federal de Telecomunicaciones no contiene norma alguna sobre contenidos de la programación de televisión y audio restringidos.

3. El caso de los aspectos sanitarios de la publicidad

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Publicidad se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de mayo de 2000, abrogó el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Control Sanitario de la Publicidad, el cual estuvo vigente desde 1986.

La relevancia de este sector de la normatividad mexicana es que tutela el derecho a la salud de la población, consagrado en el artículo 4o. constitucional. En el caso de este Reglamento el exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria se hizo para aumentar la protección de los intereses de las empresas productoras de bebidas alcohólicas y tabaco, lo que motivó que indebidamente en el reglamento se hagan distinciones entre patrocinio y publicidad y entre las graduaciones de las bebidas alcohólicas en los términos y con los efectos que a continuación se describen.

La Ley General de Salud (LGS) en su artículo 308 especifica categóricamente que “la publicidad de bebidas alcohólicas y del tabaco deberá ajustarse a los siguientes requisitos: IV. No podrá asociarse a estos productos con actividades creativas, deportivas...”.

En el artículo 217 se especifica que para los efectos de esta Ley, “se consideran bebidas alcohólicas aquellas que contengan alcohol etílico en una proporción de 2% y hasta 55% en volumen”.

En el Reglamento de la LGS en Materia de Publicidad con la finalidad de crear un reducto para que los productos en comento puedan realizar actividades publicitarias relacionadas con eventos creativos y deportivos, el Poder Ejecutivo Federal hizo dos distinciones para las cuales no está facultado en los términos de la LGS, éstas son:

a) El artículo 2o. del Reglamento hace una diferenciación entre los términos publicidad y patrocinio, en la fracción VIII define el término “patrocinio” como “el respaldo económico otorgado para la promoción de una persona física o moral o para la realización de una actividad o evento.” En tanto, la fracción IX define la publicidad como “la actividad que comprende todo proceso de creación, planificación, ejecución y difusión de anuncios publicitarios en los medios de comunicación con el fin de promover la venta o consumo de productos y servicios”.

Desde mi perspectiva los patrocinios son una modalidad de la publicidad, pues su finalidad es la de promocionar a personas morales, las cuales, pensando en empresas, buscan esta promoción únicamente con la finalidad de promover la venta de sus productos utilizando anuncios publicitarios, éstos también son definidos por el artículo 2o. en su fracción III como “mensaje dirigido al público o a un segmento del mismo, con el propósito de informar sobre la existencia o las características de un producto, servicio o actividad para su comercialización y venta o para motivar una conducta”.

Considero que si las empresas de bienes y servicios al patrocinar un evento deportivo o cultural lo hicieran con finalidades meramente altruistas se abstendrían de exigir e incluso prohibirían que sus marcas o nombres comerciales aparecieran en los mensajes de los actos o personas (deportistas, actores o cantantes) que financian.

b) En el artículo 34 del Reglamento se reproducen las prohibiciones establecidas por el artículo 308 de la LGS, incluso las amplía, y textualmente preceptúa:

No se autorizará la publicidad de bebidas alcohólicas cuando:

V. Asocie el consumo con actividades creativas, educativas, deportivas...

IX. Se utilice a deportistas reconocidos o a personas con equipos o vestuario deportivo;

X. Se incorporen en vestimentas deportivas símbolos, emblemas, logotipos, marcas o similares de los productos a que se refiere este capítulo, excepto cuando se trate de marcas de productos clasificados como de contenido alcohólico bajo, que aparezcan exclusivamente en la parte co-

respondiente a la espalda de la camiseta, y que su tamaño no sea mayor a la sexta parte de la superficie posterior de las mismas.

El artículo 31 del Reglamento está dedicado a regular los patrocinios que hagan las empresas productoras de bebidas alcohólicas y de tabaco, en su párrafo tercero textualmente hace la siguiente distinción: “Las empresas productoras o distribuidoras de bebidas de contenido alcohólico bajo podrán patrocinar actividades deportivas y eventos creativos, y las de bebidas de contenido alcohólico medio y alto, únicamente eventos creativos”.

Debo acotar que las disposiciones de este párrafo están violando lo preceptuado en el artículo 308 de la LGS, el cual en ningún momento establece que se faculta al Ejecutivo Federal para crear excepciones a la prohibición de publicitar bebidas alcohólicas o tabaco cuando éstos se asocien con actividades creativas o deportivas. Por otra parte, el Reglamento deja a cargo de verdaderos especialistas o interesados en la materia el conocimiento de cuáles son las graduaciones de las bebidas alcohólicas ya que no especifica en qué ordenamiento jurídico se da tal distinción. Dicha normatividad se encuentra en otro Reglamento expedido por el Ejecutivo Federal: el de Control Sanitario de Productos y Servicios,¹⁶ en cuyo artículo 176 se señala que son de contenido alcohólico bajo las bebidas con una graduación alcohólica de 2% y hasta 6% en volumen, en tanto, las de contenido alcohólico medio son las que tienen una graduación alcohólica de 6.1% y hasta 20% en volumen.

Esta distinción incluso se colisiona con lo preceptuado en el primer párrafo del mismo artículo 31 del Reglamento sobre publicidad pues éste dice que cuando las citadas empresas patrocinen eventos utilizando en el patrocinio su emblema, logotipo o imagen de identificación de sus productos “se deberán cumplir con las disposiciones que para la publicidad de bebidas alcohólicas o tabaco se establezcan en la Ley y en este Reglamento”. Y justamente como ya he señalado, la Ley prohíbe tajantemente la publicidad de estos productos en actividades creativas o deportivas.

El segundo párrafo del artículo 31 es un reflejo de la intención de disfrazar los patrocinios, que al final de cuentas son publicidad, además es un reflejo de la intención de beneficiar a los productores de bebidas alcohólicas y tabaco violando los principios de la LGS, pues establece la “obligatoriedad” de incluir en el patrocinio la frase “patrocinado

16 Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de agosto de 1999.

por...” seguido de la marca, identificación corporativa o razón social del anunciante (el término anunciante es textual en este párrafo). Al usar el término anunciante cabe hacer la pregunta ¿el patrocinio es o no publicidad?

Finalmente, en la última parte de este párrafo el artículo 31 determina que: “En el caso de tabaco, se incluirán además el mensaje sanitario que determine la Secretaría en la autorización correspondiente.” Reitero la pregunta, si el patrocinio no es una modalidad de la publicidad o anuncio publicitario ¿por qué el Reglamento exige que el patrocinador incluya mensajes sanitarios que la Ley¹⁷ obliga a insertar en la publicidad de tabaco?

4. *El caso de la cinematografía*

El caso del que me ocupo en este apartado se refiere a la inobservancia del presidente de la República a la orden que el Congreso de la Unión le hizo para emitir normas reglamentarias.

En la importante reforma que se hizo a la Ley Federal de Cinematografía¹⁸ se estableció la creación del Fondo de Inversión y Estímulos al Cine, cuyo objeto es el fomento y la promoción permanentes a la industria cinematográfica nacional, que permita brindar apoyos financieros en beneficio de los productores, distribuidores, comercializadores y exhibidores de películas (artículo 33). En el artículo 35 de la Ley se especificó que los recursos del fondo serían administrados por un fideicomiso (el Fidecine) y se otorgarían con base en los criterios que se fijaran en el Reglamento de esta ley. En el artículo tercero transitorio del mencionado decreto, el Congreso de la Unión especificó que dicho reglamento debía ser emitido en un plazo máximo de 90 días contados a partir de la publicación de las reformas legales en comento. Sin embargo, el presidente Ernesto Zedillo desobedeció esta orden del Poder Legislativo Federal y concluyó su ejercicio presidencial sin emitir el reglamento cinematográfico, provocando con ello que no fuera instrumentable la aplicación de los recursos administrados por el Fidecine. Con lo cual la industria cinematográfica mexicana continuó casi en estado de extinción por no poder

17 Artículo 308, fracción VIII de la Ley General de Salud.

18 El Decreto por el que se Reforman y Adicionan Diversas Disposiciones de la Ley Federal de Cinematografía, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de enero de 1999.

aprovechar el dinero público que debía destinarse fundamentalmente a la producción de cintas.

No es irrelevante mencionar que impulsar la industria cinematográfica de un país es contribuir al desarrollo cultural de la nación, además de ser una fuente de empleos para muchísimas personas (guionistas, directores, trabajadores técnicos, actores, musicalizadores), y en ello radica la gravedad de la omisión del presidente Zedillo de promulgar el reglamento referido, además de que al dejar de ejecutar las disposiciones del Congreso de la Unión violentó el Estado de derecho al dejar de cumplir la principal obligación que contrajo al asumir su cargo, regulado por los artículos 87 y 89, inciso I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹⁹

El Reglamento de la Ley Federal de Cinematografía fue emitido hasta el siguiente sexenio,²⁰ pero para ello fue necesario que un sector de artistas e intelectuales exigieran al nuevo presidente que cumpliera la promesa que en su campaña electoral hizo a dicho sector,²¹ es decir, que para que las disposiciones legales sean observadas por el presidente de la República los ciudadanos afectados deben ejercer tácticas de presión, es decir prácticas metalegales para que el Estado de derecho sea realidad.

III. CONCLUSIONES

Las normas reglamentarias son fundamentales en el funcionamiento de un Estado, porque hacen instrumentables las leyes, porque determinan el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y las obligaciones que éstos deben cumplir para que la vida en sociedad sea organizada, productiva, justa y pacífica.

Los casos que expuse en este artículo, en los que se distorsiona el sentido de las leyes para favorecer los intereses de los empresarios de la radiodifusión y los productores de bebidas alcohólicas y tabaco, me llevan a la conclusión de que cuando por la vía reglamentaria se vulneran los

19 El artículo 87 constitucional establece que al tomar posesión del cargo el presidente protestará ante el Congreso de la Unión guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen.

20 Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de marzo de 2001.

21 Información proporcionada por Víctor Hugo Rascón Banda, presidente de la Sociedad General de Escritores de México (SOGEM), en entrevista realizada por Adriana Berrueco García, 12 de junio de 2001.

principios constitucionales se provoca invariablemente un desequilibrio en las relaciones sociales porque se eleva el número de derechos para grupos económica y políticamente poderosos en perjuicio de grandes sectores de la población que carecen de recursos culturales y económicos para hacer frente a la injusticia que les crea el Poder Ejecutivo.

El régimen constitucional y, por consecuencia, legal que regula el ejercicio de la función pública del titular del Ejecutivo Federal permite que en la esfera administrativa se ejerza el poder de una manera altamente discrecional lo que propicia actos de abuso por la vía reglamentaria, como los descritos en este artículo, sin que se pueda sancionar directamente al presidente de la República quien es la principal autoridad dentro de la administración pública federal. Pensando que en el siglo XXI se debe reestructurar el esquema constitucional del país en concordancia con los reclamos de la ciudadanía de vivir en un verdadero Estado de derecho, en el que sean realidad la división de poderes y el control efectivo de las funciones de todos los servidores públicos, propongo reformas drásticas al documento fundamental de la nación en las que se incluyen medidas preventivas y sanciones expresamente establecidas para los excesos en el ejercicio u omisión de la facultad reglamentaria.

Subrayo que estoy plenamente convencida de que los controles que se establezcan para regular la función pública deben ser flexibles y que no persigo con mis propuestas la inmovilidad de la administración pública federal, pero la realidad del sistema político mexicano sí hace necesario establecer un conjunto de controles más rígidos en lo referente a la facultad reglamentaria. De tal suerte que mis propuestas buscan incorporar a más entes jurídicos en la creación y control de los reglamentos.

A la fecha el único medio de defensa con el que cuentan los particulares ante los excesos del Poder Ejecutivo Federal por la vía reglamentaria es el juicio de amparo, regulado por los artículos 103 y 107 constitucionales, lo cual es lamentable porque el gobernado debe efectuar gastos (pago de abogados) e invertir recursos anímicos a consecuencia de actos de molestia que le generan servidores públicos cuyos salarios son pagados por los mismo particulares. Recuerdo nuevamente que la función de las normas jurídicas en el sistema social es la reducción de los problemas y en el caso que nos ocupa, la actividad reglamentaria del Ejecutivo Federal propicia más problemas, aumenta la complejidad del sistema social, siendo los principales afectados aquellos sujetos a quienes debe servir la administración pública federal. Por ello, rechazo la visión clásica

que tiene la mayoría de los abogados de que el problema de los excesos cometidos en el ejercicio de la facultad reglamentaria se resuelve mediante la promoción de amparos; esta solución no es funcional ni justa. Lo mismo puede afirmarse de las acciones de inconstitucionalidad previstas en la fracción II del artículo 105 del documento supremo de México. Es injusto que por la inexperiencia, ignorancia o mala fe de los encargados de redactar los reglamentos se cause perjuicio a los gobernados y se origine una sobrecarga de trabajo para el Poder Judicial de la Federación. En esta virtud me inclino por proponer las siguientes medidas preventivas.

En primer término me parece que podría dar soluciones eficaces a la problemática aquí abordada, la propuesta del doctor Diego Valadés²² de modificar la Constitución federal para establecer un gobierno de gabinete dentro de nuestro sistema presidencial, el gabinete tendría un jefe que sería nombrado por el presidente de la República pero sería ratificado por una de las cámaras del Congreso y estaría encargado de coordinar a los secretarios que integran el gabinete y conducir las relaciones con el Congreso. Entre las funciones que tendría el jefe del gabinete se encuentra la coordinación de la agenda legislativa del Presidente, en caso de que esta reforma se pusiera en práctica existiría un órgano administrativo que tuviera cuidado de leer y ejecutar los decretos del Congreso de la Unión evitando dilaciones como las que expuse en materia de cinematografía; además el jefe del gabinete coordinaría los trabajos de los secretarios de despacho o ministros de todas las secretarías en la creación de normas reglamentarias e iniciativas de ley, lo cual propiciaría que las normas reglamentarias tuvieran un contenido más apegado a las leyes pues el jefe de gabinete procuraría que los temas de alta especialización, como son los analizados en este estudio, se tratarán con rigor ya que se lograría que expertos de cada secretaría elaboraran dichos reglamentos de manera conjunta.

Desde mi perspectiva, la anterior propuesta como cualquier otra debe contemplar un nuevo régimen de sanciones, planteo que esas sanciones explícitamente establezcan que han de aplicarse para los casos en que el Poder Ejecutivo no emita los reglamentos o sus reformas en los tiempos establecidos por el Congreso y cuando se distorsione el sentido de las leyes a través de reglamentos en violación al artículo 72 constitucional.

22 Valadés, Diego, *El gobierno de gabinete*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 88-93.

Seré enfática en mi propuesta de modificar el régimen de responsabilidades del Poder Ejecutivo Federal desde el nivel constitucional, en el que se debe crear un apartado para que se sancionen las conductas ilícitas del presidente de la República en la esfera administrativa, entre las conductas a sancionar se debe incorporar explícitamente las referentes a los excesos y omisiones en el ejercicio de la facultad reglamentaria; considero conveniente que entre las sanciones se incorporen algunas de orden pecuniario a ser cubiertas directamente por el jefe del Ejecutivo, los secretarios de despacho y el consejero jurídico y demás responsables de la omisión o emisión de los reglamentos controvertidos; para ello las leyes reglamentarias deberán especificar que el pago de dichas multas deberá ser descontado directamente del sueldo de los servidores públicos responsables de las conductas ilícitas, previa resolución emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. También se debe establecer en la Constitución y en las leyes reglamentarias que en caso de reincidencia procederá la destitución tanto del presidente de la República (previo desafuero) como de los servidores públicos corresponsables de los ilícitos en relación con la facultad reglamentaria.

Puede coexistir como medio de defensa para el gobernado el juicio de amparo, pero se debe crear una figura paralela a éste, similar a la acción popular que hoy regula la Ley General de Salud en su artículo 60, las innovaciones que propongo son: que la acción popular pueda ser ejercitada por cualquier ciudadano ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con el ejercicio de la facultad reglamentaria, sin que sea necesario como requisito de procedibilidad el agravio directo al quejoso. Pienso que esta podría ser una vía para incorporar en una forma más dinámica tanto a la Suprema Corte como a todos los ciudadanos en la vigilancia y control del cumplimiento del Estado de derecho.

En cuanto a medidas preventivas también propongo que se otorguen facultades a la Suprema Corte de Justicia para conocer y opinar sobre los proyectos de reglamentos que el Ejecutivo federal piense emitir, lo cual evitaría la saturación de los tribunales por litigios provenientes de excesos en el ejercicio de la facultad reglamentaria. Recordemos que el Poder Judicial, de hecho, ya es creador de normas jurídicas individualizadas que surgen a través de sus sentencias, por lo tanto las facultades supervisoras que propongo para la Suprema Corte en el ámbito administrativo no deben ser vistas como invasión a la esfera de competencia de los otros dos poderes.

En lo que respecta al Poder Legislativo Federal, previa reforma a la Constitución, en los artículos transitorios en los que se establezcan plazos máximos para la emisión de reglamentos, también se deben señalar sanciones económicas para el presidente de la República, el consejero jurídico y los secretarios de despacho para los casos de incumplimiento de los mandatos del Congreso.

Como una justificación final de la urgente necesidad de controlar la que hoy es una incontrolada facultad del Poder Ejecutivo, específico que no se debe perder de vista que la corrupción de la administración pública se manifestó en los casos que analicé en este artículo, porque el sentido de las leyes se desvirtuó para beneficiar los intereses de grupos económicos poderosos ante los cuales los ciudadanos pueden ejercer pocos medios de defensa, por lo costoso que resultan los litigios y por el escaso conocimiento que la población en general tiene del sistema jurídico. Los empresarios de los medios de comunicación y de la publicidad son especialistas en el uso de técnicas sutiles para persuadir a la población de que consume con avidez hasta venenos como el tabaco y el alcohol; esos empresarios también dominan las esferas media y alta de muchos sectores de la administración pública federal y logran que a través de los reglamentos se burlen los preceptos legales —establecidos para proteger la salud física y mental de la población— para acrecentar sus ganancias económicas perjudicando bienes tan caros para la sociedad como el de la salud. Existen reportes de organismos internacionales²³ que exponen los daños causados por campañas publicitarias —incluso de productos inocuas como el café y alimentos para niños— que han provocado la quiebra de pequeños productores locales, desnutrición infantil, aumento de enfermedades respiratorias y de las relacionadas con el alcoholismo. En México, ante la embestida de los agentes económicos más poderosos la población tiene escaso margen de defensa, entre otras causas porque el ejercicio de la facultad reglamentaria carece de controles eficaces.

Controlar la facultad reglamentaria también es imponer límites al inmenso poder que hoy detenta el presidente de la República entre los empresarios de los medios electrónicos de comunicación, lo cual se plantea como una necesidad urgente para que el anhelado sistema democrático de México se vuelva una realidad y la vigencia del Estado de derecho

23 Wallack, Lawrence, “Publicidad para todos en el año 2000: implicaciones de salud pública para los países menos desarrollados”, *Promoción de la salud: una antología*, Washington, D.C., Organización Panamericana de la Salud, 1996, pp. 286-297.

sea plena. El siglo XXI plantea a los juristas la necesidad de proponer nuevos modelos jurídicos que logren equilibrios reales entre los poderes públicos y que hagan efectivo el ejercicio y respeto de los derechos de los ciudadanos logrados a través de luchas sangrientas que se han librado durante varios siglos en todo el orbe. Este artículo pretende ser una contribución para el logro de esos objetivos.

IV. FUENTES CONSULTADAS

ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, México, Porrúa, 1984.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Sista, 2005.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, “Régimen jurídico de concesiones de radio y televisión”, en ALFONSO JIMÉNEZ, Armando (coord.), *Responsabilidad social, autorregulación y legislación en radio y televisión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

GIORGI, RAFFAELE DE, *Ciencia del derecho y legitimación*, México, Universidad Iberoamericana, 1998.

KRAUSE, Enrique, *La presidencia imperial. Ascenso y caída del sistema político mexicano (1940-1996)*, México, Tusquets, 1997.

Ley Federal de Radio y Televisión, consultada en <http://www.cddhcu.gob.mx>

Ley General de Salud, México, ISEF, 2004.

RASCÓN BANDA, Víctor Hugo, entrevista realizada por Adriana Berrueco García, México, 12 de junio de 2001.

VALADÉS, Diego, *El control del poder*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2000.

———, *El gobierno de gabinete*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

———, *La desaplicación de la norma y el Estado de derecho*, documento de trabajo número 8, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

WALLACK, Lawrence, “Publicidad para todos en el año 2000: implicaciones de salud pública para los países menos desarrollados”, *Promoción de la salud: una antología*, Washington, D.C., Organización Panamericana de la Salud, 1996.

Normatividad jurídica consultada en el *Diario Oficial de la Federación. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Distrito Federal.

Acuerdo por el que se emiten los Lineamientos para la elaboración, revisión y trámite de Reglamentos del Ejecutivo Federal, publicado el 2 de diciembre de 2004.

Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Federal de Cinematografía, publicado 5 de enero de 1999.

Ley Federal de Procedimiento Administrativo, publicada el 4 de agosto de 1994 y Decretos de reformas del 4 de diciembre de 1996 y 30 de mayo 2000.

Ley Federal de Telecomunicaciones, publicada el 7 de junio de 1995.

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, publicada el 11 de junio de 2002.

Reglamento de Control Sanitario de Productos y Servicios, publicado el 9 de agosto de 1999.

Reglamento del Servicio de Televisión y Audio Restringidos, publicado el 29 de febrero de 2000.

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Publicidad, publicado el 4 de mayo de 2000.

Reglamento de la Ley Federal de Cinematografía, publicado el 29 de marzo de 2001.

Reglamento de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, publicado el 11 de mayo de 2004.