

V. VOTOS FORMULADOS POR EL MINISTRO GENARO DAVID GÓNGORA PIMENTEL

El Ministro Góngora Pimentel expresó que si bien compartía el sentido de la resolución mayoritaria sobre las normas impugnadas, consideraba que el tamiz a través del cual se analizaron no era el adecuado, pues habían predominado los argumentos de carácter económico sobre aquellos dirigidos al respeto a los derechos fundamentales implicados en el asunto, tales como las libertades de expresión, de información y de prensa. De tal manera que en algunos aspectos, su voto tenía el carácter de disidente y en otros de concurrente. Así, dividió su exposición en los siguientes temas:

1. MARCO REGULATORIO DEL RÉGIMEN DE CONCESIONES SOBRE LAS BANDAS DE FRECUENCIA DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO

a) Marco regulatorio de las concesiones (voto concurrente)

Respecto a este rubro, manifestó estar de acuerdo con el marco regulatorio aplicable a las concesiones sobre bandas de fre-

cuencia del espectro radioeléctrico, mencionado en la decisión mayoritaria, especialmente con el énfasis puesto en la relación indisoluble que debía guardar la frecuencia concedida con el uso específico que se le debía dar.

Sin embargo, insistió en que algunas cuestiones debieron afinarse, tales como la afirmación de que las leyes especiales que regulan el espacio aéreo eran la Ley Federal de Telecomunicaciones y la Ley Federal de Radio y Televisión, porque para llegar a dicha conclusión hubiera sido necesario demostrar primero que el espectro radioeléctrico formaba parte de ese espacio aéreo.

Esa inconsistencia se hubiera subsanado —dijo— con sólo precisar que el artículo 27 constitucional concede a la nación el dominio directo sobre el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos fijados por el derecho internacional; referirse al Reglamento de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT),¹ que tiene carácter de tratado internacional, y que define a las ondas radioeléctricas o hertzianas como aquellas ondas electromagnéticas, cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de 3,000 Ghz (gigahertz), y que se propagan por el espacio sin guía artificial; y mencionar la definición del espectro radioeléctrico prevista en el artículo 3o., fracción II, de la Ley Federal de Telecomunicaciones que lo caracteriza como el espacio que permite la propagación sin guía artificial de ondas electromagnéticas.

En este tenor, al relacionar ambos conceptos, el de ondas radioeléctricas y el de espectro radioeléctrico, podía concluirse que este último forma parte del espacio situado sobre el territorio nacional al que se refiere el artículo 27 constitu-

¹ En la sección I, apartado 1.5 del Reglamento de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT).

cional, adiciones que a su parecer en nada modificaban el contenido del fallo, pero que abonaban en exactitud.

b) Marco constitucional y legal regulatorio del servicio de radiodifusión (voto concurrente)

Estimó en su pronunciamiento que se debieron aprovechar las aportaciones de la jurisprudencia internacional, la cual no debía seguir ajena a las resoluciones del Alto Tribunal, máxime cuando algunas de ellas son obligatorias en nuestro país por tener su origen en documentos internacionales signados por el Estado Mexicano; y concretamente, respecto de la libertad de expresión, las obligaciones internacionales contraídas por nuestro país se encuentran plasmadas en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 19 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Manifestó que las libertades de expresión y prensa se traducen en el derecho que tiene todo individuo de exteriorizar sus ideas por cualquier medio, incluso el que permite la tecnología;² que el derecho a la información consiste tanto en comunicar información como en recibirla; por tanto, si los medios de comunicación son el soporte material necesario para difundir el pensamiento o para comunicar o recibir información, debería concluirse que las libertades de expresión e información conllevan el derecho a crear los medios o instrumentos indispensables para el ejercicio de estas libertades.

² Ello fue sostenido en la siguiente tesis: 'PELÍCULAS CINEMATOGRAFICAS EN IDIOMA EXTRANJERO, EL ARTICULO 8o. DE LA LEY FEDERAL DE CINEMATOGRAFIA QUE PREVÉ SU EXHIBICIÓN EN VERSIÓN ORIGINAL Y, EN SU CASO, SUBTITULADAS EN ESPAÑOL, CON EXCEPCIÓN DE LAS CLASIFICADAS PARA PÚBLICO INFANTIL Y LOS DOCUMENTALES EDUCATIVOS, QUE PODRÁN EXHIBIRSE DOBLADAS AL ESPAÑOL, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN CONSAGRADA EN EL ARTICULO 6o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL', publicado en el *Semanario...*, Novena Época, Tomo XI, junio de 2000, p. 29, tesis P. LXXXVII/2000; IUS: 191692.

Por lo anterior, el Ministro concluyó que el derecho fundamental de tener libre acceso a los medios de comunicación sirve para garantizar una formación independiente y plural de la opinión pública; en consecuencia, se requiere que los Poderes públicos adopten las medidas necesarias para lograr su eficacia y así asegurar el fortalecimiento del régimen democrático; en particular respecto de la televisión por su enorme poder de persuasión, que no puede dejarse a las libres fuerzas del mercado. Por tanto, este derecho debía ser interpretado bajo estas condiciones y no desde el punto de vista del derecho subjetivo a la libertad de expresión de los radiodifusores, ni el de la protección al desarrollo de actividades económicas lucrativas de las empresas televisivas.

Asimismo, estimó que la función social que los contenidos televisivos y radiofónicos deben cumplir, no está limitada a la "radiodifusión" regulada por la Ley Federal de Radio y Televisión, sino que debía extenderse también al "servicio de radio y televisión" materia de la Ley Federal de Telecomunicaciones, ya que a través de éstos no sólo es posible prestar servicios de televisión y radio restringidos, sino también emisiones gratuitas y abiertas susceptibles de llegar a un público indeterminado y discrecional, y con ello tener la posibilidad de trascender a la opinión pública en similar medida que la radiodifusión; argumentó, asimismo, que era indispensable que los contenidos de ambas estuvieran regulados por la Ley Federal de Radio y Televisión.

2. ESTRUCTURA DE LA COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES, ARTÍCULOS 9o.-A, 9o.-B, 9o.-C, 9o.-D Y 9o.-E DE LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

a) Creación de órganos desconcentrados por el Poder Legislativo (voto concurrente)

El Ministro Góngora Pimentel expresó en sus consideraciones que no compartía la afirmación mayoritaria de que la actual

Comisión Federal de Telecomunicaciones fuera la misma creada por el Presidente, en cumplimiento a lo ordenado por el Congreso de la Unión, en el artículo décimo primero transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones de 1995, ya que en dicho precepto no se contemplaba lo relativo a la denominación, integración ni facultades de dicho órgano, pues únicamente otorgaba para ello amplias facultades al titular del Ejecutivo Federal. En cambio, en la reforma impugnada, la mencionada comisión fue elevada a rango legal y se modificó su diseño al otorgarle mayor autonomía y neutralidad política; al prever nuevas formas de integración y de nombramiento de sus miembros e, incluso, nuevas facultades, pues se le transfirieron aquellas que en materia de radio y televisión correspondían a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

En este sentido, al ser este nuevo diseño incompatible con el previsto en el Decreto presidencial que originalmente le había dado origen, debía haberse estimado implícitamente que éste fuera abrogado en atención al principio de primacía legal.

Por otra parte, en cuanto a la facultad del Ejecutivo para crear órganos de control, el Ministro no compartió la posición de la mayoría, pues para él era claro que dicha facultad correspondía constitucionalmente al Congreso, a quien tocaba distribuir los negocios del orden administrativo de la Federación que estarían a cargo de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos, mientras que la facultad presidencial para crear órganos deriva de la ley, específicamente de los artículos 14, 17 y 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, por lo que ésta es su límite y medida.

b) Creación de la Comisión Federal de Telecomunicaciones como órgano desconcentrado (voto concurrente)

El argumento del Ministro Góngora Pimentel en este sentido fue que era inconstitucional la creación de la Comisión Fede-

ral de Telecomunicaciones (COFETEL), como un órgano desconcentrado, ya que las facultades en materia de radio y televisión no pueden ser ejercidas por un órgano que guarde relación de jerarquía con el Presidente de la República; argumento que apoya en la facultad que tiene el Poder Legislativo para crear órganos a manera de administraciones independientes, en el ámbito de la administración pública paraestatal, y en la exigencia constitucional de que el órgano técnico regulador en materia de la radio y la televisión fuera creado conforme al referido modelo.

Estimó, asimismo, que si bien el legislador estaba limitado por el principio de división de poderes y, por tanto, no contaba con libertad absoluta para crear y configurar un organismo paraestatal, sí podía hacerlo siempre y cuando la independencia administrativa buscara y consiguiera la satisfacción de algún valor o principio constitucionalmente relevante; que la naturaleza de la función no fuera puramente ejecutiva y, por tanto, requiriera insertarse en una relación de jerarquía y de dirección políticas; que la creación y funcionamiento del órgano se rigiera bajo un esquema de colaboración de Poderes y no implicara en este sentido el desplazamiento del Ejecutivo o una intervención inocua o simulada, ni un acrecentamiento de los otros Poderes a costa de aquél, y que el órgano fuera creado dentro de la administración pública paraestatal.

En su opinión, si bien el Congreso podía crear administraciones independientes cuando así lo estimara conveniente, en el caso del órgano técnico regulador de la radiodifusión, existía una exigencia constitucional e internacional de hacerlo y de dotarlo de autonomía, a efecto de que este ámbito no fuera controlado por ningún grupo político o económico y, por el contrario, se conservara siempre como un bien social, de manera que su inmenso poder se configurara como instrumento, sustrato y soporte de las libertades públicas, la democracia, el pluralismo y las culturas.

La autonomía del órgano regulador en materia de radiodifusión se erige en una garantía funcional e institucional del derecho de acceso a los medios de comunicación, al evitar convertirse en un ejecutor de la política discrecional del Estado y permitirle sustraer la dirección y el manejo de la radiodifusión del control de las mayorías políticas y de los grupos económicos dominantes, los cuales podrían utilizarla como canal propagandístico de sus intereses particulares.³

En consecuencia, al haber transmitido a la COFETEL las facultades en materia de radio y televisión, el Congreso de la Unión estaba obligado a asegurar su autonomía respecto de los poderes políticos y económicos, para lo cual era indispensable que su creación se hubiera realizado fuera de la administración pública centralizada; así como haber previsto los requisitos de idoneidad en el sistema de integración del órgano, de tal manera que se asegurara la independencia de los comisionados respecto de los órganos del poder político, así como respecto de los entes a los cuales se pretende regular.

Apoyado en los argumentos anteriores, concluyó que la configuración de la COFETEL, como un órgano de la administración pública centralizada y, por ende, con vínculos indis-

³ La necesidad de que los órganos técnicos reguladores en materia de radio y televisión y encargados de dictaminar y decidir sobre el otorgamiento de concesiones estén exentos de interferencia política y comercial, en particular por el Gobierno, ha sido recogida en diversas declaraciones y documentos de cuerpos internacionales y tribunales nacionales, tales como: Las Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas a los informes de Líbano, Kirgizistán, Sudán, y Mauricio; El Informe Anual del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de 29 de enero de 1999; La Carta Africana sobre Radiodifusión de 2001; La Recomendación del Consejo de Europa sobre el pluralismo en los medios de comunicación, de 20 de noviembre de 2000; La cuestión 8/1 de la Unión Internacional de Telecomunicaciones; Las Actas Finales de la Conferencia de Plenipotenciarios de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, adoptadas en Marrakech, Marruecos, el 17 de octubre de 2002; El Plan Estratégico de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, 2004-2007; El Documento de Referencia de la Organización Mundial de Comercio sobre Telecomunicaciones Básicas. Estas declaraciones internacionales han sido retomadas en sus sentencias por varios tribunales nacionales, como los de Alemania, Italia, Colombia, Sri Lanka y Ghana, los cuales han hecho énfasis en la necesidad de que los órganos técnicos rectores de la radiodifusión gocen de autonomía.

lubles de jerarquía con el Ejecutivo Federal, atenta gravemente contra el derecho de acceso libre a los medios de comunicación, por lo cual resultan inconstitucionales los artículos 9o.-A, al crear a la COFETEL como órgano desconcentrado; 9o.-C, en cuanto a los requisitos de los comisionados y a la objeción del Senado a los nombramientos; 9o.-D, en lo tocante a la remoción por causa grave debidamente justificada, y segundo transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones, relativo al escalonamiento en cuanto a las designaciones.

c) Objeción del Senado a los nombramientos de comisionados de la Comisión Federal de Telecomunicaciones. Artículo 9o.-C, último párrafo, de la Ley Federal de Telecomunicaciones⁴ (voto concurrente)

El Ministro manifestó estar de acuerdo con la declaración de invalidez del último párrafo que establecía la objeción del Senado a los nombramientos de los comisionados, aun cuando por razones distintas a las de la mayoría. Para él la configuración de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, como órgano desconcentrado, no garantizaba de manera suficiente su autonomía, y resultaba inconstitucional precisamente por haber sido incorporado dentro de la administración pública

⁴ ARTÍCULO 9o.-C. Los comisionados serán designados por el Titular del Ejecutivo Federal y deberán cumplir los siguientes requisitos:

I. Ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos;

II. Ser mayor de 35 y menor de 75 años, y

III. Haberse desempeñado en forma destacada en actividades profesionales, de servicio público o académicas relacionadas sustancialmente con el sector telecomunicaciones.

Los comisionados se abstendrán de desempeñar cualquier otro empleo, trabajo o comisión públicos o privados, con excepción de los cargos docentes. Asimismo, estarán impedidos para conocer asuntos en que tengan interés directo o indirecto.

La Cámara de Senadores podrá objetar dichos nombramientos o la renovación respectiva por mayoría, y cuando ésta se encuentre en receso, la objeción podrá realizarla la Comisión Permanente, con la misma votación. En todo caso, la instancia legislativa tendrá treinta días para resolver a partir de la fecha en que sea notificada de los nombramientos; vencido este plazo sin que se emita resolución al respecto, se entenderán como no objetados los nombramientos del Ejecutivo Federal. Los comisionados asumirán el cargo una vez que su nombramiento no sea objetado conforme al procedimiento descrito.

centralizada, en la cual no podían imponerse requisitos que rompieran con la necesaria relación de jerarquía.

d) Duración de los comisionados y remoción por causa grave debidamente justificada. Artículo 9o.-D de la Ley Federal de Telecomunicaciones (voto particular)

Respecto a la permanencia de los comisionados, expresó que contrario a las consideraciones de la mayoría, él consideraba que el artículo 9o.-D de la Ley Federal de Telecomunicaciones era inconstitucional al establecer condiciones sobre la duración y remoción del cargo. Si bien es cierto que el artículo 89, fracción II, constitucional establece la facultad presidencial para remover libremente a los empleados de la Unión, siempre que ello no esté determinado de otro modo en la Constitución o en las leyes, esta última restricción no debía entenderse como una autorización ilimitada al legislador, sino que debía interpretarse en armonía con otras disposiciones constitucionales.

Por una parte, lo que caracteriza a la administración pública centralizada es la relación jerárquica que existe entre sus miembros, la cual sólo se puede romper o flexibilizar en el ámbito de la administración pública paraestatal. Además, el artículo 123, Apartado B, el cual es aplicable únicamente a la administración pública centralizada, establece la diferencia entre trabajadores de base y de confianza, y en su fracción IX señala, respecto de los primeros, que la ley fijará los términos en que podrán ser removidos por causa justificada, mientras que respecto de los trabajadores de confianza rige la libre remoción.

Ahora bien, argumenta que si la COFETEL fue creada como un órgano desconcentrado dependiente de la administración centralizada, el legislador debía ser congruente con ese diseño y, en consecuencia, no romper la relación de jerarquía que

la caracteriza mediante la imposición de candados a la remoción o establecimiento de un plazo fijo de duración del nombramiento, y tampoco resultaba aplicable la fracción IX del Apartado B del artículo 123 constitucional, ya que los comisionados son trabajadores de confianza en tanto que son nombrados directamente por el Presidente de la República.

e) Plazo escalonado de duración de los nombramientos de los comisionados. Artículo segundo transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones⁵ (voto concurrente)

Sobre la invalidez del artículo segundo transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones, que establecía el plazo escalonado de duración de los miembros de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, el Ministro manifestó que estaba de acuerdo con dicha resolución, pero no así con las consideraciones de la mayoría.

A su parecer, este aspecto de los nombramientos, al igual que los demás mecanismos adoptados por el Congreso para despolitizar a la COFETEL —es decir la objeción del Senado a la designación de comisionados y su remoción sólo por causa grave debidamente justificada— eran inconstitucionales, pues aun cuando el Congreso tenía facultades para adoptar este tipo de medidas tendentes a neutralizar y despolitizar la actuación de ciertos órganos, ello debía necesariamente hacerlo

⁵ SEGUNDO. La primera designación de los comisionados a que se refiere este Decreto, por única vez, se hará mediante nombramientos por plazos de cinco, seis, siete y, en dos casos, por ocho años, respectivamente. Los comisionados designados conforme a este artículo podrán ser designados para ocupar el mismo cargo por una segunda y única ocasión, por un periodo de ocho años.

Los nombramientos a que se refiere el párrafo anterior serán realizados en un plazo no mayor de 30 días naturales a partir de la entrada en vigor del presente Decreto.

No serán elegibles para ser comisionados o Presidente de la Comisión, las personas que ocupen dichos cargos a la entrada en vigor del presente Decreto, por lo que hace a la primera designación de los comisionados y del Presidente de la Comisión.

dentro de la administración pública paraestatal y no en la centralizada.

Por tanto, el Ministro estimó que también los artículos 9o.-C, 9o.-D y segundo transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones eran inconstitucionales, toda vez que al ser la COFETEL un órgano desconcentrado de la administración pública centralizada, su diseño no podía estar desvinculado de la relación jerárquica con el Presidente.

3. DEROGACIÓN TÁCITA DE LOS REGLAMENTOS EXPEDIDOS CON ANTERIORIDAD E IMPOSICIÓN DE UN PLAZO PARA LA EXPEDICIÓN DE REGLAMENTOS

a) Artículos cuarto y quinto transitorios de la Ley Federal de Telecomunicaciones (voto concurrente) y segundo transitorio de la Ley Federal de Radio y Televisión (voto particular)

En otro orden de ideas, los promoventes de la controversia argumentaron que el artículo cuarto transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones, al establecer en relación con las atribuciones señaladas en el artículo 9o.-A de la ley impugnada, que las referencias a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes contenidas en otros ordenamientos, inclusive en los reglamentos, en lo futuro deberían entenderse hechas a la Comisión Federal de Telecomunicaciones, y al transferir las atribuciones de la Dirección General de los Sistemas de Radio y Televisión a la misma Comisión, resultaba violatorio de los artículos 16, 49 y 89, fracción I, constitucionales, pues con ello se derogaban diversos reglamentos, entre ellos el Reglamento Interior de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

A este respecto, el Ministro expresó que compartía el sentido del voto mayoritario, pero no así las consideraciones, ya que en su opinión los artículos cuarto y quinto transitorios de la ley de referencia sí realizaban una modificación al contenido de diversas normas reglamentarias, y que esto se encontraba justificado bajo el principio de primacía de la ley, a la cual por su jerarquía superior se encontraba subordinado el reglamento por disposición constitucional; por tanto, podía muy bien modificar el contenido de las normas reglamentarias, sin invadir con ello la facultad reglamentaria del Presidente de la República.

En relación con los artículos quinto transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones y segundo transitorio de la Ley Federal de Radio y Televisión, que establecían límites temporales para que el Ejecutivo expidiera el Reglamento Interior de la Comisión y modificara el Reglamento de la Ley Federal de Radio y Televisión, en materia de concesiones, permisos y contenido de las transmisiones de la radio y la televisión, una mayoría de seis Ministros consideró inconstitucionales tales preceptos; sin embargo, al tratarse de una acción de inconstitucionalidad, y al no alcanzar la mayoría calificada de ocho votos, ese precepto no fue expulsado del orden jurídico vigente. No obstante ello, el señor Ministro Góngora Pimentel externó los motivos por los cuales se pronunció por reconocer la validez de dichos preceptos transitorios.

Así, expresó que el principio de primacía de la ley sobre el reglamento, implica la posibilidad de que en ella se pudieran fijar plazos para la expedición de un reglamento y que dicha relación de jerarquía debía complementarse con la obligación constitucional del Presidente de la República de ejecutar las leyes, por tanto, los plazos previstos en las normas impugnadas eran constitucionales.

Estimó que cuando la ley establecía un plazo o proporcionaba líneas específicas, el Ejecutivo se encontraba obligado a cumplir con dicha norma. Incluso, en caso de omisión reglamentaria, ésta podía ser reclamada por el Congreso de la Unión en controversia constitucional.

**4. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS CONDICIONES Y TÉRMINOS PARA LA OBTENCIÓN DEL REFRENDO DE UNA CONCESIÓN EN MATERIA DE RADIODIFUSIÓN.
ARTÍCULO 16 DE LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISIÓN⁶**

Como el artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión contenía diversos supuestos, el Ministro formuló votos concurrentes, así como particulares.

a) Refrendo de las concesiones (voto particular)

El Ministro consideró importante emitir su voto sobre el tema de la figura del refrendo, porque tampoco había alcanzado la mayoría calificada y al ser desestimada la acción, los argumentos de inconstitucionalidad no serían plasmados en la sentencia.

Estimó que la posibilidad de refrendar automáticamente y por un número ilimitado de veces la concesión del espectro para radiodifusión, violaba las garantías de igualdad, libertad de expresión, derecho a la información, libertad de prensa y el acceso equitativo a los medios de comunicación, así como

⁶ ARTÍCULO 16. El término de una concesión será de 20 años y podrá ser refrendada al mismo concesionario que tendrá preferencia sobre terceros. El refrendo de las concesiones, salvo en el caso de renuncia, no estará sujeto al procedimiento del artículo 17 de esta ley.

ARTÍCULO 17. Las concesiones previstas en la presente ley se otorgarán mediante licitación pública. El Gobierno Federal tendrá derecho a recibir una contraprestación económica por el otorgamiento de la concesión correspondiente.

la utilización social de los bienes, en relación con los valores democráticos y de pluralismo que inspiran a la Constitución.

Al establecer el artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión que las concesiones se otorgarían por un plazo de veinte años, y que éstas podrían ser refrendadas al mismo concesionario, quien tendría preferencia sobre terceros y que el refrendo de las concesiones, salvo en el caso de renuncia, no estaría sujeto al procedimiento de licitación establecido en el artículo 17 de la propia ley, se consagraba la concesión a perpetuidad del espectro radioeléctrico para el servicio de radiodifusión.

El Ministro consideró sobre este punto que no bastaba haber invalidado el plazo fijo de veinte años, y que en forma supletoria operara lo señalado en el artículo 19 de la Ley de Telecomunicaciones: "*Las concesiones ... se otorgarán por un plazo de hasta 20 años...*", ya que subsistía la ausencia de requisitos para que operara el refrendo y la posibilidad de que éste se solicitara un número **ilimitado** de veces; por tanto, los actuales concesionarios o quienes de aquí en adelante resultasen vencedores en la licitación, adquirirían el derecho perenne a operar estaciones de radiodifusión, mientras no renunciara a ello, lo cual estaba prohibido por nuestra Constitución.

Para demostrar lo anterior, señaló que las libertades de expresión, información y prensa incluían, necesariamente, la libre utilización de todos los medios de expresión con capacidad para difundir ideas, especialmente los medios masivos de comunicación como la radio y la televisión, por lo que existía un derecho constitucional de acceso equitativo a estos medios.

Tales derechos no se limitan a un deber de abstención por parte del Estado, pues llevan implícito necesariamente un

deber de promoción, de tal manera que la garantía del libre ejercicio del derecho a difundir y recibir información exige de los poderes públicos la emisión de las normas necesarias para impedir que otras fuerzas sociales obstruyan su ejercicio.

Expresó de igual forma que la televisión afecta en términos sustantivos la vida diaria del individuo, lo que implica que quienes tienen acceso al uso del espectro radioeléctrico para prestar el servicio de radiodifusión, tendrán la posibilidad de permear el tejido social y de encauzar el derrotero del grupo o comunidad al que se dirijan al afectar y determinar sus patrones y modos de vida, e impactar incluso de manera definitiva, en la legitimación o deslegitimación de los poderes públicos. Así, el legislador estaba obligado a regular los medios de comunicación con el fin de garantizar la igualdad de oportunidades para su acceso, y propiciar un pluralismo que asegurara a la sociedad la permanente apertura de un proceso de comunicación vivificador de la democracia y la cultura.

Si bien la Constitución no exigía que al término de una concesión se desplazase necesariamente a su titular, éste debía competir nuevamente en igualdad de circunstancias con otros interesados en aras del equilibrio y el pluralismo, por lo que el marco jurídico debería permitir que en el espectro radioeléctrico tuvieran cabida la mayor cantidad de voces de las tantas que conforman a nuestra nación pluricultural.

Además, el Ministro recordó que los actuales concesionarios no habían participado en licitación pública alguna, ya que la legislación previa a la reforma no establecía tal sistema de adjudicación, sino que otorgaba las concesiones de manera discrecional, con lo cual se vulneraba el principio de igualdad, ya que no han tenido que cumplir con los requisitos legales como quienes buscan acceder al mercado de la radiodifusión por primera vez.

El Ministro concluyó que el refrendo *ad perpetuam*, se traducía en un tratamiento preferente para las concesionarias actuales, al excluir la posibilidad de que otras personas compitieran con ellas, lo que constituía una discriminación, para la cual no existía justificación objetiva y razonable, ya que para obtener la finalidad manifestada sobre el tiempo necesario para recuperar la inversión no se requería de una concesión perpetua, pues una empresa no participaría en una licitación sin tener la seguridad de que en el plazo original de la concesión recuperará la inversión y obtendrá ganancias. Además, el Poder Legislativo no está obligado a proteger los intereses mercantiles de unos cuantos empresarios de radio y televisión por encima de los valores democráticos y de pluralismo.

Con base en los anteriores argumentos, el Ministro expresó que el artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión era violatorio de los artículos 1o., 6o., 7o. y 28 de la Constitución Federal, por lo que debería declararse su invalidez total.

b) Duración de las concesiones (voto concurrente)

El Ministro expresó compartir las consideraciones mayoritarias sobre la inconstitucionalidad de la previsión normativa de un plazo fijo de veinte años para las concesiones en materia de radiodifusión prevista en el artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión, pero deseaba precisar que para él este plazo constituía preponderantemente una restricción excesiva al derecho de acceso a los medios de comunicación, por no ser proporcional ni indispensable para satisfacer el fin perseguido por la norma.⁷

⁷ La base para realizar este escrutinio estricto no sólo se encuentra en la naturaleza de derecho fundamental y en la posición preferente de la libertad de acceso a los medios de comunicación, sino también en la Opinión Consultiva 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual constituye la interpretación autorizada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que resulta obligatoria para nuestro país, en la que se afirma que las restricciones a la libertad de expresión deben estar orientadas a satisfacer un interés público

Además, toda restricción debería justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce de la libertad de expresión y no limiten más de lo estrictamente necesario el referido derecho, o sea que la restricción debería ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo; y en su opinión este plazo restringía más de lo estrictamente necesario el derecho de acceso a los medios de comunicación. Ante la ausencia de una justificación por parte del legislador para fijar el plazo impugnado, acudió al derecho comparado sobre el argumento que los Tribunales Constitucionales de otros países también habían acudido a él para pronunciarse en torno a la constitucionalidad de ciertas medidas legislativas en materia de radiodifusión.

Así, revisó los plazos previstos para otorgar las concesiones en las legislaciones de los Estados Unidos de América, Canadá, España, Japón, Paraguay, Colombia, Francia, entre otros, y encontró que en todos estos países los plazos de duración de las concesiones eran menores al señalado en el artículo impugnado, y tenían como promedio menos de la mitad de los veinte años previstos en México. En los países en que se preveían plazos más extensos existían otro tipo de limitaciones como, por ejemplo, el número de veces en que podían ser renovadas las concesiones. De este análisis comparativo, el Ministro concluyó que el fin legítimo consistente en proporcionar un incentivo a la inversión en el sector de la radiodifusión no requería necesariamente que las concesiones se otorgaran por un plazo tan largo, y el interés público en el desarrollo de la radiodifusión también se podía satisfacer mediante plazos menos restrictivos. Por lo anterior, expresó que el artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión era inconstitucional.

imperativo, de manera que entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, el legislador debe escoger aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido, sin que sea suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno.

5. PLAZO DE DURACIÓN DE LAS CONCESIONES EN MATERIA DE RADIODIFUSIÓN, Y DEL SISTEMA DE LICITACIÓN PÚBLICA (VOTO CONCURRENTENTE)

El Ministro expresó que el artículo 17-G de la Ley Federal de Radio y Televisión, además de violar el artículo 28 constitucional, atentaba contra las libertades de expresión, información y prensa y, en esencia, contra el valor del pluralismo, puesto que a través de la asignación al mejor postor se aseguraba el acceso a los medios de comunicación sólo a los grupos más poderosos que, incluso, ya tenían posiciones relevantes en el mercado. Al excluirse la participación plural se ponía en riesgo la diversidad y la cohesión social. Además, la pluralidad debería ser objeto de vigilancia y protección por parte del Congreso y de las autoridades administrativas, con el fin de garantizar a todos la libertad de expresión y, con ello, alcanzar la finalidad de una vida democrática más plena y más rica en los terrenos artísticos, filosóficos o de simple diversión, es decir, en aquellos elementos definidores de la opinión pública. Por tanto, la norma impugnada también era contraria a los artículos 6o. y 7o. de la Constitución Federal.

Otro aspecto importante, mencionado por el Ministro, sobre la inconstitucionalidad de este precepto fue que al contemplar únicamente el procedimiento para la asignación de concesiones, se omitió contemplar la concentración accionaria en un solo individuo o sociedad, la regulación de la propiedad cruzada de medios de comunicación o bien sistemas basados en la distribución de las concesiones de acuerdo con las cuotas de audiencia efectivas en relación con la influencia territorial de los radiodifusores. Esto podría conducir a que los medios masivos de comunicación dejaran de ser recursos comunitarios al servicio de los intereses genuinos de la libertad, para convertirse en instrumentos del dominio de los grandes capitales sobre la sociedad, su cultura y la vida política.

Por todo lo anterior, el Ministro expresó que bajo las exigencias de los artículos 6o. y 7o. de nuestra Constitución, encontraba claramente inconstitucional al artículo 17-G de la Ley Federal de Radio y Televisión por no contemplar criterios para la asignación de las concesiones que impidieran la formación de monopolios.

6. AUTORIZACIÓN DE LOS CONCESIONARIOS EN MATERIA DE RADIODIFUSIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES ADICIONALES (VOTO CONCURRENT)

Aunque compartió el sentido del proyecto que declara la invalidez del artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión, el Ministro Góngora Pimentel manifestó algunas consideraciones distintas, precisando que dicho artículo tiene como base la utilización de la tecnología digital y la convergencia de tecnologías que permiten la liberación de espectro radioeléctrico, lo cual obliga al Estado a tomar una decisión sobre el uso que dará al espacio liberado; lo anterior motivó su duda de si ésta es una situación de libre configuración del legislador o tiene que ser con base en los principios de nuestra Constitución.

Consideró que el citado artículo 28, al optar por el esquema en el cual la tecnología digital juega una situación providencial a favor del concesionario, resulta inconstitucional por varias razones:

a) Las concesiones no tienen un objeto universal y los bienes de dominio público deben utilizarse socialmente, evitando fenómenos de concentración, por lo que el legislador no puede optar por un esquema donde los concesionarios originales maximicen sus ganancias, sino por uno plural que permita el acceso efectivo de los diversos grupos sociales a los medios de comunicación.

b) El esquema del artículo 28 no puede comprenderse sin el acuerdo publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de julio de 2004,⁸ lo que implica que los concesionarios conserven un canal de 6 MHz para las transmisiones analógicas y que obtengan la asignación "temporal" de un canal adicional con el mismo ancho.

Resultó que en relación con este canal adicional es importante determinar cuál es la disponibilidad de espectro que tienen los concesionarios, siendo que a partir del 1 de enero de 2010, éstos sólo tendrían obligación de utilizar la alta definición o calidad mejorada en un 20% del tiempo, lo que significa que podrán disponer libremente durante el 80% del tiempo del 75% de la capacidad del espectro y, en caso de que utilicen la calidad mejorada podrán disponer, aun en el tiempo restringido, del 25% de la capacidad del espectro, es decir, tienen una utilización efectiva del espectro con motivo de la radiodifusión: a) Del 40% si transmite en alta definición, con una disponibilidad del 60% para utilizarlo en otros servicios de telecomunicaciones, y b) Si transmite con una calidad mejorada del 35%, con una disponibilidad del 65% al día para utilizarlo en otros servicios de telecomunicaciones.

Respecto del artículo 28 y al citado acuerdo, se les generarán a los concesionarios importantes utilidades, ya que además del negocio original de radiodifusión tendrán hasta el 65% del espectro para utilizarlo en otros servicios de telecomunicaciones, lo que es contrario a la Constitución Federal, ya que su artículo 25 consagra la rectoría del Estado que tiene como fines el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege, porque

⁸ Por el que se adopta el estándar tecnológico de televisión digital terrestre y se establece la política para la transición a la televisión digital terrestre en México.

gira en torno a la persona humana y no existe un bien jurídico superior que los derechos fundamentales que están en la cúspide del ordenamiento jurídico mexicano; los derechos de información y expresión son básicos para la formación de la opinión pública y para nuestra autocomprensión.

c) Que el argumento de que las radiodifusoras, al realizar transmisiones de manera unidireccional, no pueden prestar servicios de internet o telefonía móvil, resulta ser una forma engañosa de ver el asunto, pues lo exacto es centrarse en las posibilidades de administración y decisión sobre el uso del recurso.

Conforme al citado artículo 28, los actuales concesionarios de televisión abierta pueden instalar una red distinta de la radiodifusión para prestar otros servicios, como son el celular y servicios de banda ancha, lo que maximiza sus ganancias a costa de otros medios de comunicación, como él lo consideró demostrado con la respuesta que le dieron los expertos en la materia en la sesión de 22 de mayo, a la primera pregunta que les realizó.

El Ministro Góngora concluyó que la renuncia del Estado al espacio radioeléctrico para concretar los derechos fundamentales de libertad de expresión, información y prensa, a través de un acuerdo secretarial, y su elevación a rango legal en el artículo 28 impugnado, es inconcebible en una democracia. Consideró que el legislador atendió al conflicto entre competitividad y mercado, contra pluralismo y democracia, estos últimos tutelados por la Constitución.

Finalmente, señaló que como consecuencia de la declaración de invalidez del citado artículo 28, debe también expulsarse del ordenamiento jurídico el acuerdo A 53 ATSC que consagra los mismos privilegios respecto de los cuales el Alto Tribunal se ha pronunciado en contra.

7. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA AL ACCESO A LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS (VOTO PARTICULAR)

El Ministro expresó que desde 2003⁹ había sostenido que era completamente dable que la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizara la omisión legislativa por la vía de la acción de inconstitucionalidad y se pronunciara al respecto, pues este medio de control tiene por objeto la contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución, y para su procedencia se requiere de la expedición de una norma a la cual atribuir una violación constitucional.

También señaló, que era importante diferenciar la omisión legislativa absoluta de la relativa;¹⁰ la primera se presentaba cuando faltaba todo tipo de actuación normativa destinada a aplicar el precepto o el principio constitucional; en cambio había omisión relativa cuando el legislador, al disciplinar cierta materia, omitía respetar el principio de igualdad ante la ley al excluir otros aspectos respecto de las cuales tenía que legislar, en los que era perfectamente procedente reclamar la omisión legislativa por vía de la acción de inconstitucionalidad, pues existía una norma general, como sucedía en este caso, en el que faltaba la legislación que en forma específica estableciera las condiciones necesarias para que los pueblos y comunidades indígenas pudieran acceder a los medios de comunicación, y concretar el mandato del artículo 2o. de la Norma Fundamental.

⁹ Voto particular de la acción de inconstitucionalidad 7/2003, resuelta por el Tribunal en Pleno el 4 de marzo de 2003.

¹⁰ Ver la controversia constitucional 14/2005, criterio que es aplicable también a las acciones de inconstitucionalidad.

La Constitución, en expresión del Ministro, no es una declaración de buenas intenciones sino una norma jurídica, que actúa como directriz y, además, establece obligaciones y límites a los Poderes del Estado. Por tanto, los derechos sociales contenidos en ella no son normas programáticas que pueden o no ser desarrolladas por el Legislativo, de manera voluntaria; o conceptos de contenido esencialmente político, pues al encontrarse en la Constitución genera obligaciones efectivas para el Estado.

En su opinión, tanto la administración como el Poder Legislativo, tenían deferencia para la configuración y/o elección de las medidas adecuadas para garantizar el cumplimiento de los derechos sociales. En el caso de no cumplir con tal obligación, correspondía al Poder Judicial señalar tal omisión y conminar a su desarrollo. Para él los derechos sociales, aun con las dificultades que pudiera plantear en algunos casos su concreción, eran justiciables, lo que se confirmaba con la experiencia comparada, tanto de organismos internacionales como de Tribunales Constitucionales de otros países,¹¹ en los que existe un desarrollo muy interesante en relación con los derechos sociales.

En este caso, el artículo 2o., apartado B, fracción VI, de la Constitución Federal establece como obligación de la Federación, los Estados y los Municipios para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas:

¹¹ -Sudáfrica, Corte Constitucional caso CCT 11/00, *The Government of the Republic of South Africa and other v. Irene Grootboom and others.*- Sobre derecho a la vivienda.

-India, Corte Suprema de la India, caso *Olga Tellis and Others, Petitioners v. Bombay Municipal Corporation and Other, Respondents* y *Vayyapuri Kuppusami and Others, Petitioners v. State of Marashtra and Others, Respondents*, AIR 1986, Supreme Court 180, del 7/10/85.

Citados por ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2004, pp. 161 y 194.

VI. Extender la red de comunicaciones que permita la integración de las comunidades, mediante la construcción y ampliación de vías de comunicación y telecomunicación. Establecer condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen.

De acuerdo con lo anterior, el Estado mexicano se encuentra obligado, no como una cuestión decidible, a emitir las disposiciones normativas en las que en atención a la situación real de desventaja que tienen en nuestro país las comunidades indígenas, establezca las condiciones para garantizar el acceso efectivo de éstos a los medios de comunicación; no basta con que la ley lo señale, sino que el Estado debe establecer políticas concretas para lograr que su situación de desigualdad se compense. A juicio del Ministro, al no haberlo hecho así, el Legislativo incumplió con la obligación que la Constitución Federal le impone expresamente, lo cual constituye una vulneración a dicho texto fundamental.

8. EFECTOS DE LA SENTENCIA (VOTO PARTICULAR)

En el caso de las acciones de inconstitucionalidad, la mayoría de los integrantes del Pleno de este Alto Tribunal estimó que el efecto de la declaración de invalidez, que en su caso se hiciera, únicamente podía consistir en la expulsión de la norma.

Al respecto, el Ministro expresó no compartir esa postura, pues consideró que actualmente los Tribunales encargados del control de la constitucionalidad de las normas, no sólo actuaban como un legislador negativo,¹² pues también se ha-

¹² AJA, Eliseo, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1998, p. 259.

bían venido desarrollando diversos tipos de sentencias, denominadas 'sentencias intermedias', entendidas como aquellas que no se limitaban a declarar la validez o nulidad de la ley impugnada, sino que introducían normas nuevas en el ordenamiento y, por tanto, suponían una actividad legislativa positiva, tales como las sentencias prospectivas, interpretativas, admonitorias, aditivas, etcétera.

Estimó que al emitir las resoluciones, en cada caso debían analizarse las circunstancias particulares, con base en las cuales determinar la necesidad o conveniencia para la fijación de los efectos.

Como consecuencia de lo anterior, y con la finalidad de no generar vacíos con la expulsión de ciertos preceptos que fueron declarados inconstitucionales por la decisión mayoritaria, el Ministro consideró necesario fijar los efectos respecto de algunos temas, los cuales señaló:

a) Inelegibilidad de los comisionados

En relación con el artículo segundo transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones, que establece la inelegibilidad de los comisionados anteriores, la decisión mayoritaria declaró la invalidez del último párrafo,¹³ con lo cual el efecto debía consistir en dejar insubsistentes los nombramientos realizados, para que volviera a llevarse a cabo el procedimiento respectivo en el cual pudieran participar también los anteriores comisionados. A juicio del Ministro, la invalidación del nombramiento en los términos propuestos no implicaba dotar de efectos retroactivos a la sentencia, sino impedir que se siguie-

¹³ "No serán elegibles para ser comisionados o Presidente de la Comisión, las personas que ocupen dichos cargos a la entrada en vigor del presente Decreto, por lo que hace a la primera designación de los comisionados y del Presidente de la Comisión".

ran produciendo a futuro los efectos de la norma inconstitucional, lo cual no estaba prohibido por la Constitución Federal y era la única forma en que podía repararse la contravención a ésta.

b) Refrendo de concesiones

Respecto al artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión, que establece el refrendo de las concesiones, se declaró la invalidez de la segunda parte del artículo,¹⁴ por lo que el efecto que debió fijarse era que la eliminación de la porción normativa señalada, implicaba necesariamente que para que una concesión pudiera ser refrendada, los concesionarios debían participar en el proceso de licitación, y tener preferencia sobre terceros únicamente cuando el resultado de la licitación arrojará que se encontraban en igualdad de condiciones con los demás participantes.

c) Objeción del Senado a los nombramientos

Por lo que hace al artículo 9o.-C de la Ley Federal de Telecomunicaciones, que prevé la objeción del Senado a los nombramientos de los comisionados realizados por el Presidente, se declaró la invalidez del último párrafo.¹⁵

En estrecha vinculación con lo señalado respecto de la invalidez del último párrafo del artículo segundo transitorio

¹⁴ "El refrendo de las concesiones, salvo en el caso de renuncia, no estará sujeto al procedimiento del artículo 17 de esta ley".

¹⁵ "La Cámara de Senadores podrá objetar dichos nombramientos o la renovación respectiva por mayoría, y cuando ésta se encuentre en receso, la objeción podrá realizarla la Comisión Permanente, con la misma votación. En todo caso, la instancia legislativa tendrá treinta días para resolver a partir de la fecha en que sea notificada de los nombramientos; vencido este plazo sin que se emita resolución al respecto, se entenderán como no objetados los nombramientos del Ejecutivo Federal. Los comisionados asumirán el cargo una vez que su nombramiento no sea objetado conforme al procedimiento descrito".

de la Ley Federal de Telecomunicaciones, los efectos debían tener como consecuencia el dejar insubsistentes los nombramientos realizados, para que volviera a llevarse a cabo el procedimiento de nombramiento.

d) Servicios adicionales

El artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión que prevé la autorización de servicios adicionales de telecomunicaciones y la fijación discrecional de la contraprestación por parte de la Secretaría, se invalidó en su totalidad, haciéndose extensiva dicha declaración al 28-A de dicho ordenamiento.

Al respecto, el Ministro estimó que la invalidez también debió extenderse al último párrafo del punto SEGUNDO, numeral 2, del Acuerdo por el que se adoptó el estándar tecnológico de televisión digital terrestre y se establece la política para la transición a la televisión digital terrestre en México,¹⁶ el cual señala la posibilidad de la prestación de servicios adicionales de telecomunicaciones por parte de los concesionarios y permisionarios de las estaciones de televisión, además de prever que es discrecional para el Gobierno Federal establecer una contraprestación económica, aspectos que fueron invalidados por la decisión mayoritaria del Alto Tribunal, por

¹⁶ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de julio de 2004. El cual establece: "Por último, el modelo promoverá la prestación de servicios de telecomunicaciones por parte de los concesionarios y permisionarios de las estaciones de televisión, conforme a la legislación y disposiciones reglamentarias en materia de telecomunicaciones, sin que esto impida permanentemente la transmisión de programas de alta definición. En este sentido, la solicitud para la prestación de servicios de telecomunicaciones que, en su caso, sea factible prestar por el concesionario o permisionario, a través de los canales asignados a la TDT, sin que de manera alguna implique la interrupción total o parcial de la TDT, estará sujeta y se resolverá conforme a la Ley Federal de Telecomunicaciones y demás disposiciones legales y reglamentarias que sean aplicables. El Gobierno Federal podrá establecer una contraprestación económica y, en tal caso, el concesionario o permisionario estará obligado a cubrir la misma a favor del Gobierno Federal, en los términos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas vigentes al momento en que se otorgue, en su caso, el título de concesión respectivo".

lo que era evidente que al ser una norma de menor jerarquía, se presentaba una situación de dependencia vertical; en consecuencia, con fundamento en los artículos 73, en relación con el 41, fracción IV, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional, debería haberse declarado también su invalidez. De lo contrario se correría el riesgo de que aun a pesar de la declaración de invalidez del artículo 28, se siguiera autorizando la prestación de servicios adicionales con fundamento en el acuerdo.