

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ

Agustín RAMÍREZ RAMÍREZ*

SUMARIO: I. *Nota introductoria*. II. *La acción de inconstitucionalidad*. III. *Conceptos de invalidez*. IV. *La postura del Poder Ejecutivo*.

I. NOTA INTRODUCTORIA

El 11 de abril de 2006 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el cual se reformaron dos leyes federales: la Ley Federal de Telecomunicaciones y la Ley Federal de Radio y Televisión. El debate en el Senado de la República congregó a un importante número de actores del sector de las telecomunicaciones y la radiodifusión, tanto académicos como miembros de la industria, cuyos argumentos a favor y en contra de la iniciativa hicieron evidente la insuficiencia de las propuestas contenidas en la minuta aprobada por los diputados.

El debate era muy claro. Para algunos, la reforma constituía un avance significativo en virtud de lo añejo y anacrónico que resultaban las normas de la legislación que se pretendía modificar, particularmente, en materia de radiodifusión, aunque aceptaban ciertas deficiencias normativas. Como en toda discusión, la otra

* Miembro fundador de la Asociación Mexicana de Derecho de la Información.

postura abogaba por una reforma integral, que tomara en cuenta las diversas propuestas documentadas a lo largo de años de trabajo legislativo con la participación de un importante número de organizaciones de la sociedad civil. Sería imposible rescatar para este trabajo, por limitaciones de espacio, los argumentos expuestos en las diferentes reuniones convocadas al respecto, particularmente las realizadas en el Senado de la República, de ahí que el planteamiento que exponemos se limita a los argumentos legales de mayor relevancia —no se exponen en su totalidad— que sostuvieron un nutrido grupo de senadores de la República, a través de la acción de inconstitucionalidad presentada ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, convencidos de que las reformas en comento son inconsistentes con diversos principios planteados en la Constitución general de la República.

II. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

La acción de inconstitucionalidad es de reciente aplicación en nuestro sistema jurídico. Surge de una iniciativa de reforma constitucional promovida por el presidente Ernesto Zedillo, cuyo texto definitivo se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1994; en vigor a partir del 20 de junio de 1995, una vez que fue promulgada la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional.

En términos de la fracción II del citado dispositivo constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá “de las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general” con nuestra carta fundamental. Como puede observarse, no se trata de una confrontación entre poderes, de tal suerte que, como lo señala Cossío Díaz,¹ “a diferencia de las controversias, en las

¹ Véase Cossío D., José Ramón, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, t. IV, p. 139.

acciones no se exige la existencia de un agravio o la demostración de una afectación para conferirle legitimación a la parte promotora”. En consecuencia y conforme a lo prescrito por el inciso b) del texto constitucional, fue una proporción de los senadores de la República —se requiere del 33% y la demanda la suscribieron cuarenta y siete legisladores, es decir, el 36.7%—, quienes ejercieron la acción legal, no obstante que entre los firmantes se encuentren algunos que votaron a favor de las reformas, pues la propia Corte ha sostenido la validez de este criterio,² al asegurar que

...el precepto constitucional... únicamente establece como requisito para su procedencia, que sea ejercida por el equivalente al treinta tres por ciento de los integrantes del órgano legislativo estatal que haya expedido la norma que se combate, por lo que basta que se reúna ese porcentaje para que se pueda promover dicha acción, sin importar que quienes lo hagan, hayan votado o no, en contra de la norma expedida por el órgano legislativo al que pertenecen o, inclusive, que hubieran votado en favor de su aprobación, pues no debe pasar inadvertido que el referido medio de control de la constitucionalidad se promueve con el único interés genérico de preservar la supremacía constitucional.

La demanda de inconstitucionalidad fue planteada en forma pormenorizada. Se tachan de inconstitucionales el total de los artículos contenidos en el decreto de reformas, incluidos los transitorios, y se suponen violados los siguientes artículos de la carta magna: 1o., 2o., 3o., 5o., 6o., 14, 16, 25, 27, 28, 31, 41, 42, 49, 70, 72, 73, 74, 76, 89, 90, 121, 133 y 134. La argumentación jurídica se detalla en veintiún conceptos de invalidez, de los cuales derivan nueve puntos petitorios, siendo los de mayor relevancia los siguientes:

² Tesis P./J.20/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XIII, marzo de 2001, p. 448.

Cuarto. Una vez admitida la demanda, dar vista tanto al órgano legislativo que emitió la norma cuya invalidez se reclama, como al órgano ejecutivo que la publicó, para que dentro del plazo de quince días rindan su informe...

Noveno. Una vez rendido el informe correspondiente o transcurrido el plazo para hacerlo sin que las autoridades enjuiciadas lo hubiesen hecho, y previa la formulación del proyecto que deba someterse a la consideración del Pleno de ese Alto Tribunal, se dicte sentencia en la cual se declare la invalidez de la norma que es materia de esta acción.

El cuarto de los petitorios resulta relevante, pues en los informes que presentaron los órganos constitucionales aludidos se sostiene la validez de la norma general impugnada. Resulta comprensible la respuesta de las cámaras del Congreso de la Unión al reiterar su postura; habrá que recordar que la iniciativa de reformas fue aprobada a favor por el total de los diputados presentes en la sesión que conoció del dictamen de la comisión respectiva y después por mayoría en el Senado de la República. Lo que resulta contradictorio —por decir lo menos— es la respuesta del Ejecutivo Federal, suscrita el 29 de mayo de 2006 por el secretario de Gobernación, sosteniendo la constitucionalidad de las reformas, pues el titular de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes se había manifestado por escrito, casi dos meses antes, en un dictamen enviado al consejero jurídico de la Presidencia de la República, con argumentos jurídicos que ponían en duda la constitucionalidad de algunas de las disposiciones materia de la reforma en telecomunicaciones y radiodifusión.³

³ El dato es relevante si tomamos en cuenta que el secretario de Comunicaciones y Transportes es el responsable de administrar el espectro radioeléctrico, fundamental para las telecomunicaciones y la radiodifusión, de tal suerte que su postura no podía pasar inadvertida para el secretario de Gobernación al exponer el punto de vista del Poder Ejecutivo Federal sobre la acción de inconstitucionalidad que estaba conociendo la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ante las posturas encontradas de dos secretarios del gabinete, hubiera sido deseable que la Consejería Jurídica, dependiente de la Presidencia de la

III. CONCEPTOS DE INVALIDEZ

Por su relevancia, los argumentos en que se sustenta la acción de inconstitucionalidad podrían clasificarse en: *a)* violaciones al proceso legislativo; *b)* invasión de atribuciones exclusivas del Poder Ejecutivo, y *c)* vulneración del interés público por inducir fenómenos de concentración.

1. *Violaciones al proceso legislativo*

El primero de los conceptos de invalidez se refiere al proceso legislativo. Es importante su análisis, en virtud de que los argumentos que se plantean, en caso de ser tomados en cuenta, llevarían a una resolución en el sentido de declarar la nulidad del acto legislativo, pues según lo ha razonado la propia Corte

...la constitucionalidad de una ley puede ser cuestionada tanto desde el punto de vista material, como desde el punto de vista formal, esto es, la inconstitucionalidad de una ley puede derivar, por un lado, de que su contenido en general o el de alguno de sus preceptos en particular, contravengan lo establecido por la Constitución General de la República y, por otro lado, de la incompetencia del órgano que la expide o de algún vicio en el proceso legislativo que le dio rigen...⁴

Consideramos que los argumentos expuestos no tienen el peso suficiente para demandar la inconstitucionalidad de la norma, empero, de cualquier manera, resulta relevante el análisis de este primer concepto de invalidez, en donde se argumenta:

República, que tuvo conocimiento de ambos criterios, analizara los fundamentos legales para evaluar un posible veto por parte del titular del Ejecutivo Federal.

⁴ Resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la acción de inconstitucionalidad 12/2002, promovida por el procurador general de la República. Véase <http://www.scjn.gob.mx/juridicas/engroses/cerrados/105/02000120.019.doc>.

El procedimiento legislativo que dio origen al decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión, es inconstitucional por ser violatorio de lo dispuesto por los artículos 16, 70 y 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en relación con lo que prevén los artículos 135, 136, 137 y 140 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos...

La invalidez se hace valer en función de ciertas variaciones que anunció el secretario general de la Cámara de Diputados, posterior al envío formal de la minuta a la Cámara de Senadores. La comunicación del funcionario de la Cámara de origen señala:

...bajo el argumento del artículo 140 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General, se aplicaron una variación en el artículo Cuarto Transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones; y una variación en el artículo 17-E, fracción V de la Ley Federal de Radio y Televisión, con el propósito de dar claridad al proyecto de decreto aprobado...

...En razón de lo anterior, y con la garantía de que las variaciones se contraen estrictamente a lo aprobado por esta Cámara, adjunto me permito remitir las hojas 8 y 12 de la Minuta de referencia, a fin de que se sustituyan por sus correspondientes en dicho documento.

La redacción original del artículo cuarto transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones, que aprobó la Cámara de Diputados, señala que “las referencias que, con anterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto, se hacen en las leyes, tratados y acuerdos internacionales, reglamentos y demás ordenamientos a la Secretaría respecto de las atribuciones señaladas en el artículo 9o.-A de esta Ley, en lo futuro se entenderán hechas a la Comisión”. La “variación” que hace notar el secretario general de la Cámara de Diputados en su comunicación al Senado consiste en que, en lugar del artículo 9o.-A, la referencia correcta es el ar-

título 9o.-B, pues el primero no enlista el conjunto de facultades que la reforma atribuye a la Comisión Federal de Telecomunicaciones, como sí lo hace el artículo 9o.-B. Por su parte, la corrección al artículo 17-E, fracción V, de la Ley Federal de Radio y Televisión, se centra en la denominación de la Comisión Federal de Competencia, que en el texto original de la minuta de la Cámara de origen se menciona como Comisión Federal de Competencia Económica.

Como puede notarse, estamos, en principio, ante un problema de forma, para lo cual se hace indispensable revisar el texto de los artículos 139 y 140 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra señalan:

Artículo 139. Después de aprobados en lo particular todos los artículos de una ley por la Cámara que debe mandarla al ejecutivo para su promulgación, así como las adiciones o modificaciones que se le hicieren, pasará el expediente a la Comisión de Corrección de Estilo para que formule la minuta de lo aprobado y la presente a la mayor brevedad posible.

Artículo 140. Esta minuta deberá contener exactamente lo que hubieren aprobado las Cámaras, sin poder hacer otras variaciones a la ley..., que las correcciones que demanden el buen uso del lenguaje y la claridad de las leyes.

El argumento que posteriormente sostuvo en su respuesta a la Corte el presidente de la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados, es que “se trata de una simple corrección para lograr que la minuta reflejara lo que exactamente había sido aprobado por la Cámara de Diputados, sin la cual, carecería de sentido lo aprobado, ya que hubiera sido imposible aplicar”. En este tenor, nos parece que difícilmente se puede sostener la inconstitucionalidad formal, pues si bien resulta notorio que con el comunicado del secretario general de la Cámara de Diputados se varió la redacción del artículo cuarto transitorio de la Ley Federal de Telecomuni-

caciones, el acto llevado a cabo por dicho funcionario es consecuente con otro criterio de nuestro máximo tribunal, que señala:

VIOLACIONES DE CARÁCTER FORMAL EN EL PROCESO LEGISLATIVO. SON IRRELEVANTES SI NO TRASCIENDEN DE MANERA FUNDAMENTAL A LA NORMA. Dentro del procedimiento legislativo pueden darse violaciones de carácter formal que trascienden de manera fundamental a la norma misma, de tal manera que provoquen su invalidez o inconstitucionalidad y violaciones de la misma naturaleza que no trascienden al contenido mismo de la norma y, por ende, no afectan su validez. Lo primero sucede, por ejemplo, cuando una norma se aprueba sin el quórum necesario o sin el número de votos requeridos por la ley, en cuyo caso la violación formal trascendería de modo fundamental, provocando su invalidez. En cambio cuando, por ejemplo, las comisiones no siguieron el trámite para el estudio de las iniciativas, no se hayan remitido los debates que la hubieran provocado, o la iniciativa no fue dictaminada por la comisión a la que le correspondía su estudio, sino por otra, ello carece de relevancia jurídica si se cumple con el fin último buscado por la iniciativa, esto es, que haya sido aprobada por el Pleno del órgano legislativo y publicada oficialmente. En este supuesto los vicios cometidos no trascienden de modo fundamental a la norma con la que culminó el procedimiento legislativo, pues este tipo de requisitos tiende a facilitar el análisis, discusión y aprobación de los proyectos de ley por el Pleno del Congreso, por lo que si este aprueba la ley, cumpliéndose con las formalidades trascendentales para ello, su determinación no podrá verse alterada por irregularidades de carácter secundario.

De acuerdo con lo anterior, podría sostenerse que la aclaración de la minuta por parte del secretario general de la Cámara de Diputados es consistente con la norma fundamental y, en particular, con lo dispuesto en el artículo 140 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, pues las “variaciones” que sufrió el texto aprobado

en la Cámara de origen podrían calificarse, en su caso, de irregularidades de carácter secundario.

2. Invasión de atribuciones exclusivas del Poder Ejecutivo

Los promoventes de la acción de inconstitucionalidad señalan que, entre otros, los artículos 9o.-A, 9o.-C y 9o.-D de la Ley Federal de Telecomunicaciones son violatorios de disposiciones constitucionales, en virtud de que el Poder Legislativo, con el acto que se reclama, invadió atribuciones exclusivas de otro de los poderes de la Unión. Los argumentos pueden resumirse de la siguiente manera:

a) *La creación de órganos desconcentrados es competencia exclusiva del Poder Ejecutivo.* Al crearse la Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel), en términos del artículo 9o.-A de la Ley Federal de Telecomunicaciones, se violentan los artículos 49 y 90 de la Constitución general de la República, particularmente el 90, pues debe entenderse que la administración pública federal, compuesta por los sectores centralizado y paraestatal, se encuentra a cargo del presidente de la República. Para sostener su criterio, se hace alusión a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que determina que los órganos desconcentrados se encuentran jerárquicamente subordinados a las dependencias que integran la citada administración pública, de tal suerte que resulta ilegal que el Poder Legislativo establezca órganos desconcentrados que se adscribirán, para su debida operación, en la esfera del Ejecutivo Federal.

b) *El nombramiento de los servidores públicos adscritos a la administración pública federal sólo es competencia exclusiva del presidente de la República.* Los artículos 9o.-C y 9o.-D de la Ley Federal de Telecomunicaciones establecen los términos para la designación de los comisionados de la citada Cofetel, y si bien se precisa que corresponde al presidente de la República hacer la

designación, se introduce un principio de colaboración entre poderes, según se puede apreciar del texto contenido en el último párrafo del artículo 9o.-C:

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 el 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.

Cabe hacer notar que un esquema similar se utilizó en el nombramiento de los comisionados del Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI), sin que en su momento se objetara el procedimiento, aunque también debe reconocerse que lo anterior no resulta en un argumento válido para sustentar de manera inobjetable que no se violentó la Constitución, más cuando los artículos 49 y 89 de la Constitución general de la República establecen el principio de división de poderes y las facultades que le competen al presidente de la República, respectivamente. Es contundente lo dispuesto en el artículo 89, fracción II, cuando dispone que el titular del Ejecutivo Federal se encuentra facultado para “nombrar y remover libremente a los secretarios del despacho, remover a los agentes diplomáticos y empleados superiores de Hacienda, y nombrar y remover libremente a los demás empleados de la Unión, cuyo nombramiento o remoción no esté determinado de otro modo en la Constitución o en las leyes”. También resulta inobjetable lo que establecen las fracciones III, IV y IX del mismo dispositivo constitucional, respecto a la colaboración con el Senado de la República en lo que corresponde al nombramiento y ratificación de diversos servidores públicos. Por

estas razones, los promoventes de la acción de inconstitucionalidad consideran válido su argumento.

3. Vulneración del interés público por inducir fenómenos de concentración

El espectro radioeléctrico es, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución general de la República, un bien de la nación, de tal suerte que para autorizar su uso o explotación se requiere necesariamente de un proceso concesionario. Son varios los artículos de las leyes reformadas que, según la acción de inconstitucionalidad, son contrarios al texto constitucional, sin embargo, por la brevedad que amerita esta exposición, haremos particular referencia al artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión, contrario a los principios sostenidos por el párrafo décimo del artículo 28 de nuestra carta fundamental, que a la letra precisa:

El estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

En términos del citado dispositivo constitucional, las leyes, como en el caso concreto lo es la Ley Federal de Radio y Televisión, deben, mediante sus disposiciones: *a)* asegurar la eficacia de la prestación de los servicios, *b)* asegurar la utilización social de los bienes y *c)* evitar fenómenos de concentración que contraríen el interés público. En materia de fenómenos de concentración, destaca la inconstitucionalidad en que incurre el artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión, pues si bien en apariencia

la nueva redacción “mejora” la vetusta disposición de 1960, al disminuir el plazo de vigencia de una concesión de 30 a 20 años, lo relevante de la prescripción normativa se encuentra en las condiciones para el refrendo. El artículo en cita señala: “El término de una concesión será de veinte 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”.

De acuerdo con lo anterior, salvo que el titular de una concesión renuncie a la misma —hipótesis inimaginable por su finalidad comercial—, la ley lo exime de sujetarse al proceso concesionario, además le otorga un derecho de preferencia para que se le refrende el título respecto de otros interesados. Al respecto, cabe preguntar ¿quienes serían esos “otros” a los que se refiere la ley, cuando ésta es contundente en cuanto a que no habrá proceso de adjudicación? La respuesta es muy clara: no hay otros posibles competidores, aunque seguramente habría interesados, lo cual implica que el esquema legal aprobado permitirá que los actuales concesionarios se beneficien con la explotación de un bien de la nación por otros veinte años, a partir de la fecha de vencimiento del título respectivo. Veamos un ejemplo: los títulos de concesión otorgados a Televisa vencen en el 2021, lo que posibilita la solicitud del refrendo a la Comisión Federal de Telecomunicaciones, que al no tener parámetros legales para evaluar la factibilidad de la petición no tendrán otra conducta que la de autorizar la ampliación del plazo de explotación del bien por otros veinte años. Lo anterior significa que Televisa seguirá siendo concesionario de las frecuencias que actualmente detenta hasta el 2041. Una legislación que limita la entrada de nuevos competidores en el sector de la radiodifusión es claramente atentatoria del citado artículo 28 de nuestra carta magna.

Los concesionarios han respondido en forma contundente asegurando que la ley no les puede privar de un derecho adquirido. Cabe señalar que, en efecto, de ninguna manera se trata de privarlos de un derecho que la misma Constitución les otorga, pero

debe quedar claro que la discusión no se ubica en ese plano. Lo que exige el artículo 28 de nuestra carta fundamental, en su párrafo décimo, es la introducción en el nuevo marco —regulatorio— de reglas que permitan la participación de nuevos competidores en el sector, lo cual traería con seguridad la diversificación de la oferta radiofónica y televisiva en beneficio de la población, pues en radiodifusión abierta, no todo en nuestro país debe limitarse a dos cadenas que para efectos prácticos, en lo que corresponde a formatos y contenidos, se reduce a lo mismo. Lo que también hace falta en la ley, y, por tanto, es igualmente incongruente con la posibilidad de limitar la existencia de fenómenos de concentración, es la introducción de un marco legal de referencia para que la autoridad evalúe la factibilidad del refrendo. Es posible que Televisa tenga asegurada su presencia hasta el 2041, pero esta idea de mantenerse infinitamente como concesionarios no debe limitar, de ninguna manera, un esquema regulatorio que haga prevalecer la función social a que se encuentra afecto el servicio de radiodifusión.

IV. LA POSTURA DEL PODER EJECUTIVO

Si bien, como se ha dicho, en la acción de inconstitucionalidad no hay precisamente un litigio, resulta ilustrativo en el presente caso destacar la postura del Poder Ejecutivo Federal, pues a fin de cuentas la reforma impone una serie de atribuciones a un órgano de la administración pública federal.

En ese sentido, resultan contradictorias las posturas asumidas por dos secretarios de Estado; por una parte, el secretario de Gobernación, al rendir el informe solicitado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, concluye en el tercero de los petitorios con la siguiente solicitud: “Declarar la validez constitucional de la norma general impugnada, en virtud de las consideraciones vertidas en el presente escrito”. Conforme a lo anterior, cualquiera podría cuestionar el interés de los senadores que impulsaron la acción de inconstitucionalidad, cuando el Ejecutivo Federal ad-

mite la constitucionalidad de las reformas, aun cuando sabe que se le imponen cargas importantes. Podría pensarse que se trata simplemente de una serie de criterios encontrados, si no fuera porque otro miembro del gabinete de la actual administración federal manifestó por escrito su desacuerdo con varias de las disposiciones reformadas. En el dictamen técnico que formuló la Secretaría de Comunicaciones y Transportes se observan cincuenta y dos comentarios sobre el articulado materia de las reformas, algunos de estos cuestionan fuertemente los términos de la regulación y por lo menos en dos ocasiones se habla de inconstitucionalidad. Estamos seguros de que en materia de telecomunicaciones y de radiodifusión, no habrá reforma legal que satisfaga cabalmente a todos los sectores involucrados, aunque siempre existirá la posibilidad de hacer prevalecer el interés general por sobre los intereses particulares, por más poderosos que éstos sean. Por ello, tenemos fe de que en el futuro, en estas materias, el Congreso de la Unión tendrá la capacidad de actuar conforme a los intereses de la nación.