

LA AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL DE LOS ÓRGANOS REGULADORES. HACIA UNA RECONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL

José ROLDÁN XOPA*

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema.* II. *La función regulatoria y las autonomías constitucionales.* III. *La Constitución como fuente de la autonomía.* IV. *La autonomía y sus efectos en el ordenamiento jurídico.* V. *La autonomía constitucional y la división de poderes.* VI. *La autonomía como garantía institucional.* VII. *Conclusiones.*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Emprender la tarea de definir conceptos, en este caso el de “autonomía constitucional” de los órganos reguladores, es también una tarea de conceptualización. El concepto está relacionado con las unidades básicas del conocimiento, con las características que le dan su significado, su semántica y que permiten diferenciarlo de otros. La conceptualización conduce al desarrollo de una explicación que ordene ideas considerando el contexto en el que se ubica el concepto.

Así, al referirnos a la autonomía constitucional como el concepto central, el mismo adquiere su funcionalidad al relacionarlo con los órganos reguladores. Es en esta relación en la que la semántica debe unirse también a un análisis funcional de una forma de organización pública que tiene detrás una racionalidad. La regulación económica como función pública, se liga a un entendimiento de la función del Estado en la economía y el mercado y, consecuentemente, de la relación con los agentes económicos; a partir de lo anterior, las formas orgánicas autónomas son instrumentales para el propósito o finalidad de una función pública.

* Profesor investigador en el Centro de Investigación y Docencia Económicas.

II. LA FUNCIÓN REGULATORIA Y LAS AUTONOMÍAS CONSTITUCIONALES

El ámbito institucional al que se circunscribe esta colaboración comprende a los organismos constitucionales autónomos reguladores: el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) y la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece). A partir de lo anterior se les distinguirá de otros órganos reguladores: la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) y la Comisión Reguladora de Energía (CRE), los cuales, si bien tienen una autonomía con base constitucional, no se les dio un régimen de órganos constitucionales autónomos, sino de órganos reguladores coordinados que forman parte de la administración pública federal.

Las reformas constitucionales de 2013, en las materias de competencia económica, telecomunicaciones y energía, rediseñaron las instituciones reguladoras. La Comisión Federal de Competencia (Cofeco) y la Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel) se convirtieron en órganos constitucionales autónomos: la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece) y el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), abandonando su anterior estatuto de órganos desconcentrados.¹ Con lo anterior, se dio una desvinculación orgánica que impactó su régimen jurídico, la operación anteriormente existente del ordenamiento jurídico y las formas de garantía de las autonomías, dando lugar a nuevas garantías institucionales.

En la diferencia de estatutos, es innegable que está presente el contexto político: las reformas en competencia y telecomunicaciones, se presentaron como parte de un acuerdo político (el Pacto por México) en el que las tres principales fuerzas políticas participaron en la formulación de la propuesta de reforma; en los segundos, la reforma se presenta y resuelve luego de la separación del Partido de la Revolución Democrática (PRD) del Pacto. El escenario político descrito, permite, ante el cambio político, explicar la posición de cuestionamiento que la nueva administración y la fuerza política han desplegado ante los reguladores en materia energética. La conformación de los órganos reguladores y la diversa graduación de sus autonomías tienen también una lectura política. Que en algunos de ellos se deslinde del Ejecutivo y en otros se mantenga la vinculación, pues a ello le subyace una intención de acotar los poderes presidenciales incrementando los controles,

¹ Publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de junio de 2013, las correspondientes a telecomunicaciones y competencia y el 20 de diciembre del mismo año las correspondientes a energía.

lo cual ha sido percibido por la administración del presidente López Obrador y en los casos de la CRE y la CNH ha irrumpido designando nuevos comisionados al grado de renovar sus órganos de gobierno en su totalidad.

La evaluación de lo sucedido requiere analizar la relación funcional entre la regulación de la economía y las formas de organización de las administraciones públicas. El planteamiento anterior supone un entendimiento funcional, o dicho en otros términos, las formas de organización administrativa siguen una racionalidad instrumental.

La idea que subyace a las autonomías de los órganos reguladores se vincula a la necesidad de administraciones especializadas y distanciadas de la política partidaria. Los antecedentes los encontramos en el derecho comparado, en Estados Unidos tienen ya una larga data agencias independientes tales como la *Interstate Commerce Commission* que se creó en 1887 y posteriormente extendida principalmente por la *Federal Trade Commission*, la *Federal Communications Commission*, la *Federal Energy Regulatory Commission*. En México, su adopción se acompaña en términos generales en lo que se ha conocido coloquialmente como periodo “neoliberal”: apertura de los mercados, privatización y desregulación, principalmente. Hay no obstante también una redefinición de las funciones del Estado en la economía y de su posición frente a los actores económicos como jugadores directos del mercado. Al apreciar al mercado como un ámbito que tiene que ser el propio de los agentes económicos y de que el Estado, si participa por medio de sus empresas debe hacerlo en condiciones de igualdad, se establece una diferencia entre las funciones de “regulador” y de “regulado” o de “agente económico”.

Así, el Estado regulador en tanto rector, ejerce sus potestades normativas a partir de una arquitectura en la cual deber tratar, desde un terreno de neutralidad a los regulados. La neutralidad del Estado, es a la vez una condición para tratar mediante un “piso parejo” a los intereses económicos de forma que puedan competir y evitar posibles capturas. El Estado regulador, es así una forma de comprensión de lo público que separa al poder económico del político. No deja de ser paradójico que en la administración del presidente López Obrador, se comparta este punto de partida, pero se busque la disminución de sus capacidades.²

El componente técnico en el diseño de las nuevas instituciones es también una de sus características centrales. La priorización del mérito y del

² La reducción presupuestaria a los órganos reguladores y la disminución de las remuneraciones del personal son los efectos de las políticas de austeridad y de la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de diciembre de 2018.

conocimiento en la selección de los miembros de los órganos decisorios, así como la colegiación en las decisiones se encuentran orientados a decisiones basadas en evidencia como criterios de objetividad en la aplicación de la ley.

De data más reciente, las teorías de la regulación y el impulso del modelo de agencias reguladoras autónomas desde organismos internacionales como la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos).³ La consideración de las formas de organización pública, el tipo y propósito de la función pública en cuestión y la orientación política de los diseños institucionales comprenden el agregado de cuestiones involucradas en el nuevo escenario de los órganos reguladores.

Así mismo, la presencia de órganos de estatus constitucional que carecen de una relación de pertenencia a la estructura y vinculada a los poderes intraorgánicos, es el dato que destaca los rasgos que cuestionan la teoría clásica de la división de poderes y es en ese ámbito en el que tiene que conceptualizarse la autonomía. El proceso de autonomización implica órganos que ejercen diversas funciones públicas, a partir de su propia identidad orgánica y de su propia legitimidad funcional. No es ya la ausencia del deber de obediencia a instrucciones de otro órgano, la característica definitoria de las autonomías constitucionales.

III. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE LA AUTONOMÍA

La autonomía suele definirse en sentido positivo como la posibilidad de autogobierno y, en sentido negativo, como la no dependencia de alguien más o de otro órgano para tomar decisiones. El anterior es un sentido grueso de definición de las autonomías orgánicas que requiere ser modulada por la regulación específica. En tanto forma de organización pública, el autogobierno está acotado por la participación de diversas instituciones y órganos públicos en la designación de sus integrantes, en la posible separación de sus cargos, en la determinación de los presupuestos, en la vigilancia y rendición de cuentas y en el control jurisdiccional de sus decisiones. De esta suerte, en el caso del IFT y Cofece, la designación de los integrantes del Pleno se realiza en un procedimiento de evaluación de conocimientos cuya administración está a cargo de una comisión en la que participan el Banco de México, el INEGI y la institución responsable de la evaluación de la educación. El Ejecutivo interviene en la selección de los candidatos finalistas y el Senado finalmente de-

³ Véase, por ejemplo, *Impulsando el desempeño de los órganos reguladores en materia energética de México*, París, OCDE, 2017.

signa a los integrantes. En el caso de los organismos reguladores coordinados en el sector energético, es el Senado el que designa a propuesta del Ejecutivo. El Poder Judicial tiene a su cargo el control de la legalidad de las decisiones de los órganos reguladores y, en el caso del IFT y de la Cofece, conoce de las controversias constitucionales que los mismos presenten cuando estimen afectada su autonomía. En estos últimos casos, la autonomía adquiere plenitud como garantía institucional.

La relación que los órganos reguladores tratados tienen con los otros poderes se resume en el siguiente cuadro:

	IFT	Cofece	CRE	CNH
Autonomía constitucional	X	X		
Autonomía de fuente constitucional			X	X
Acción para promover controversia constitucional	X	X		
Autonomía presupuestaria	X	X	X	X
Participación comité de selección	X	X		
Presidente de la República	Propone	Propone	Propone terna a Senado	Propone terna a Senado
Senado	Ratifica	Ratifica	Nombra	Nombra
Remoción por el Senado	Por voto de las dos terceras partes	Por voto de las dos terceras partes		
Remoción por el Ejecutivo			No se establece regla ⁴	No se establece regla
Control jurisdiccional por los tribunales del Poder Judicial de la Federación	X	X	X	X

⁴ En los casos de la CNH y de la CRE no se establece qué órgano es el facultado para remover a los comisionados.

Así pues, la previsión en la Constitución de los anteriores aspectos posibilita conocer de mejor manera las similitudes y diferencias entre los reguladores cuyo estatuto es de órganos constitucionales autónomos (IFT y Cofece) y los órganos reguladores coordinados en materia energética (CNH, CRE). Los órganos constitucionales autónomos configuran un estatuto y un régimen jurídico (acción para promover controversia constitucional, no pertenencia a la administración pública federal, ratificación por el Senado); los órganos reguladores coordinados son previstos por fuente constitucional, pero carecen del estatuto de órganos constitucionales autónomos (pertenencia a la administración pública federal, carencia de acción para promover controversia constitucional, nombramiento por el Senado). Ambos tipos de órganos cuentan con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuentan con autonomía presupuestal y están sujetos al control jurisdiccional en sus actuaciones.

Que en ambos casos sus autonomías se encuentren constituidas por la norma suprema de nuestro orden jurídico, tiene como consecuencia la estabilidad propia de la dificultad para modificar la Constitución al requerir mayorías calificadas. Así mismo, la fuente constitucional establece ámbitos no disponibles por el poder configurativo del Legislativo y ámbitos de decisión del regulador susceptibles de ser garantizados sea mediante acciones directas ejercidas por el órgano regulador (controversia constitucional) o bien indirectas (juicio de amparo). En este último aspecto, la autonomía se configura como una garantía institucional una de cuyas facetas, a la vez, es la de ser un derecho para los gobernados.

IV. LA AUTONOMÍA Y SUS EFECTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La previsión constitucional tiene como uno de sus efectos una nueva relación entre las “normas regulatorias” emitidas por los órganos reguladores al ocupar un lugar diferenciado en el ordenamiento jurídico. Dependiendo de si provienen de los órganos reguladores con autonomía constitucional o si corresponden a los reguladores coordinados.

En el caso de los órganos constitucionales autónomos es posible distinguir las de las normas derivadas de la potestad reglamentaria del Ejecutivo, adquiriendo sus propias características normativo/funcionales en el segmento de las normas sublegales. La relación con la ley presenta peculiaridades que definen la relación de primacía, reserva de ley y subordinación jerárquica. Así, la reserva de ley es una de las zonas normativas en las que se aprecia el impacto. La capacidad de determinación de la ley cede ante la capacidad normativa de la normatividad regulatoria.

Tratándose de los órganos reguladores coordinados, las normas regulativas, en principio, tienen una posición de subordinación jerárquica respecto de los reglamentos del Ejecutivo, salvo que se trate de un facultamiento derivado directamente de la fuente constitucional.

De manera análoga al cambio que en ordenamiento se verifica en la relación entre reglamento administrativo y normas administrativas regulatorias, cambia la relación entre la ley y estas últimas.

El siguiente precedente de la Corte alude a tal cuestión:

INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). A SUS DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL LES RESULTA APLICABLE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD MODULADO CONSTITUCIONALMENTE POR EL MODELO DE ESTADO REGULADOR. Si bien a las disposiciones administrativas de carácter general emitidas por el IFT no les son aplicables los principios del artículo 89, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como sí lo son a los reglamentos del Ejecutivo, lo cierto es que les resulta aplicable el principio de legalidad, pero de una manera modulada, acorde al modelo de Estado Regulador, para reflejar la intención del Constituyente de depositar en aquél un poder de creación normativa suficiente para innovar o configurar el ordenamiento jurídico exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia. En este sentido, en primer lugar, cabe precisar que, con motivo de los artículos 73, fracción XVII, 6o. y 28 constitucionales, a las disposiciones aludidas del IFT les resulta aplicable el principio de subordinación jerárquica con las leyes, entendido de una forma diferenciada acotada a la expresión del artículo 28 constitucional, que establece que las facultades de éste deben entenderse conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en los términos que fijen las leyes; atendiendo a su carácter diferenciado, este principio no implica que necesariamente deba existir una ley precedida que sea la medida de sus disposiciones de carácter general, pues constitucionalmente, de existir una inactividad legislativa sobre la materia, el órgano regulador podría emitir dichas disposiciones y autónomamente lograr validez si no exceden las delimitaciones internas del indicado artículo 28; no obstante, de existir una ley en la materia y un cuerpo de disposiciones administrativas de carácter general, debe concluirse que ambas fuentes no se encuentran en paridad, pues las normas administrativas de carácter general del IFT se encuentran en un peldaño normativo inferior, por lo que en caso de conflicto deben ceder frente a la ley; luego, deben respetar la exigencia normativa de no contradicción con las leyes. Sin embargo, esta modulación exige reconocer la no aplicación del principio de reserva de ley, ya que su función es inhibir lo que busca propiciar el artículo 28, vigésimo párrafo, fracción IV, constitucional, esto es, la regulación propia de un ámbito material competencial para desarrollar un cuerpo de reglas que avance los fines

estructurales y de protección de derechos a la libertad de expresión y acceso a la información en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, en un espacio independiente de las presiones políticas que impulsan el proceso democrático, así como de los intereses de los entes regulados. Por tanto, por regla general, en sede de control ha de evaluarse la validez de las disposiciones de carácter general del órgano regulador a la luz del principio de legalidad, considerando que, de los dos subprincipios que lo integran, sólo el de subordinación jerárquica de la ley resulta aplicable de una forma diferenciada (atendiendo a la exigencia de no contradicción) y no el de reserva de ley, a menos de que en el texto constitucional se disponga expresamente lo contrario.⁵

A partir del anterior posicionamiento, la Corte resuelve diversas cuestiones relacionadas entre la ley y las normas administrativas generales emitidas por el regulador (IFT).

El precedente busca definir, sin mucha fortuna, la diferencia entre la facultad regulatoria y la facultad reglamentaria. Para tal efecto, considera que el Ejecutivo al proveer “en la esfera administrativa a su exacta observancia” es un ejecutor de la ley (desarrolla, complementa o pormenoriza); en cambio, el regulador no se limita a ejecutar la ley, sino que tiene su límite en la Constitución, “tiene un poder de innovación o configuración normativa ausente en el Ejecutivo”. El error en la interpretación de la Corte reside en considerar que la facultad reglamentaria es una función mecánica de ejecución de la

⁵ Tesis: P./J. 48/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época libro 25, diciembre de 2015, t. I, p. 34. Controversia constitucional 117/2014. Congreso de la Unión por conducto de la Cámara de Senadores. 7 de mayo de 2015. Unanimidad de once votos de los ministros Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, en contra de las consideraciones del apartado XII, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, por razones distintas, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Juan N. Silva Meza, Eduardo Medina Mora I., Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Alberto Pérez Dayán y Luis María Aguilar Morales. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: David García Sarubbi. Nota: Esta tesis jurisprudencial se refiere a las razones aprobadas por nueve votos, contenidas en la sentencia dictada en la controversia constitucional 117/2014, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* del viernes 27 de noviembre de 2015 a las 11:15 horas y en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 24, t. I, p. 382 y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 30 de noviembre de 2015.

El Tribunal Pleno, el diecinueve de noviembre en curso, aprobó, con el número 48/2015 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a 19 de noviembre de 2015.

Esta tesis se publicó 11 de diciembre de 2015 a las 11:15 horas en el *Semanario Judicial de la Federación* y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del 14 de diciembre de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

ley, soslayando las posibilidades de configuración que el Ejecutivo tendría para “proveer” en la esfera administrativa, que le da una capacidad de interpretación normativa y, por tanto, de configuración cuyos límites están en la ley o en la Constitución. Tanto la facultad reglamentaria como la regulatoria, están sujetas a los principios de no contradicción y de subordinación a la ley.

Según la Corte, en el Estado regulador, el principio de legalidad tiene matices: en la jerarquía normativa, la norma regulatoria se encuentra por debajo de la ley (lo que igual sucede con el reglamento), pero no se aplica el principio de reserva de ley (ya que impediría los objetivos establecidos en el artículo 28 constitucional), salvo que la propia Constitución lo estableciera. Aplicándose, en cambio, el principio de no contradicción.

Además de lo anterior, la Corte incurre en otro equívoco: la función regulatoria no depende de la naturaleza orgánica de la cual deriva, sino de la racionalidad de la función independientemente de que sea realizada por órganos constitucionales autónomos o por órganos reguladores coordinados. La diferencia orgánica no implica que la administración pública federal no realice funciones regulatorias, sino que realizándola está sujeta a distintas reglas del juego.

El Estado regulador tiene relación con la función del Estado frente al mercado, dicho de manera técnica: frente a las fallas del mercado. Por tanto, es “regulatoria” toda intervención que enfrente fallos del mercado independientemente de cuál sea el tipo de norma que encause la intervención pública (norma general, acto administrativo). La identificación de la regulación solamente con las normas administrativas generales deja fuera un gran número de normas y actos que son o tienen propósitos regulatorios. Por otra parte, la identificación de la regulación solamente con los órganos constitucionales autónomos, deja fuera a los organismos reguladores coordinados en materia de energía (CNH y CRE), a los órganos reguladores desconcentrados: la ASEA, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (Consar), la Comisión Federal de Prevención de Riesgos Sanitarios (Cofepris), entre otras.

La distinción relativa al grado o densidad de vinculación de las normas regulatorias a la ley, pueden resultar más un problema de derecho positivo que de conceptos o categorías normativas. Esto es, si la ley o la norma administrativa general coinciden en ámbitos materiales a normar, cualquiera de ellas, incluyendo el reglamento, podría dar la solución normativa. La Constitución o la ley misma pueden establecer diversos grados de participación normativa de los reglamentos: pueden establecer remisiones, o señalar fines

solamente (leyes marco o leyes de bases) en las cuales los reglamentos desarrollan ampliamente los medios para conseguir los fines. Están igualmente sujetos al principio de no contradicción.

La descripción que de la reserva de ley realiza la tesis debe ser analizada con atención. Al afirmar que no resulta aplicable uno de los subprincipios del principio de legalidad (el de reserva de ley) salvo que así lo establezca la Constitución, parecería indicar que hay reserva de ley aun sin previsión constitucional. La reserva de ley es una técnica constitucional, es decir, hay reserva de ley si la Constitución lo establece. La ley no puede autogenerar una reserva de ley. La reserva creada constitucionalmente sería una obligación del legislador de decidir determinada materia, no pudiendo renunciar a hacerlo, su otra faceta es la exclusión de otro órgano para hacerlo, lo cual excluiría al regulador. Si la reserva de ley recae en una materia en la que se diera la omisión legislativa, el regulador carecería de competencia para actuar emitiendo regulación que decida la materia reservada.

V. LA AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL Y LA DIVISIÓN DE PODERES

La razón de la división de poderes, en palabras de los clásicos es el “contrapeso a cada uno de ellos para que pueda resistir a otro”. Al Poder Legislativo se le contrapesa con el veto del Ejecutivo. El Judicial es “la boca de la ley” que tiene en la imparcialidad su sitio en la ingeniería constitucional. En el pensamiento clásico, el adversario histórico era el absolutismo; el objetivo a proteger, los derechos del hombre por la vía de la limitación de los poderes. La formulación del primer constitucionalismo es clara: en una sociedad en la que los poderes estén bien establecidos, no se requiere una declaración de derechos. En los trazos originarios no está presente algún otro órgano que altere la tríada, tampoco se advierte en los constitucionalismos clásicos francés y norteamericano. No obstante sus peculiaridades, hay sentidos comunes, por algo Hamilton recurre a Montesquieu para justificar la división de poderes en el diseño de la Constitución americana.

La presencia de los órganos constitucionales autónomos se inserta en una lógica diversa que supera las razones sustentadas en los frenos y contrapesos y la legitimidad democrática y que se inscribe en otra basada en la corrección funcional. La nueva perspectiva tiene, por una parte, justificación en las carencias que se presentan en el desempeño de las principales funciones estatales. Por otra parte, la intención de que los órganos estatales deben satisfacer eficazmente sus cometidos.

Respecto a la democracia, se requiere apreciar a los reguladores a partir de los déficits que la misma tiene en resultados. La elección como el procedimiento de selección de los mandos políticos abre oportunidades para la captura y el poder de influencia sobre la política. Las elecciones y la campaña requieren de recursos económicos, una de cuyas fuentes son los poderes económicos. Lo anterior abre la posibilidad de que los apoyos se traduzcan en “pagos diferidos” que alteran el trato igual y el terreno parejo en el que el mercado se desarrolla. La caracterización que Stiglitz hace de esta forma de vinculación económica-política, es la de *crony capitalism*.⁶

Ackerman, quien teoriza sobre la especialización funcional, señala la relevancia de reparar en tres cuestiones: *i*) la debilidad de los políticos elegidos para atender cuestiones concernientes al desempeño de la administración y el riesgo de desatención en el diseño de las leyes; *ii*) la necesidad de contar con capital humano (en el sentido weberiano) que atienda las tareas de implementación del gobierno; *iii*) la necesidad de construir una división de poderes para un Estado burocrático. En el Estado burocrático las decisiones no pueden dejarse al mejor postor; asimismo, el fundamento democrático de la división de poderes es insuficiente para enfrentar la necesidad de buenos resultados en la función de gobierno. Para tales efectos, el conocimiento técnico y experto remedia las insuficiencias de la decisión legislativa.

En su totalidad los órganos constitucionales autónomos tienen un diseño que excluye a la integración de sus órganos de gobierno de la legitimación proveniente del voto. Hay en esto un déficit de legitimación democrática; en contrapartida, las designaciones resultan de procedimientos en los que participan poderes del Estado, en la mayoría de los casos el Congreso y el Ejecutivo. El segundo elemento común se asocia con la especialidad funcional, la objetividad, imparcialidad y neutralidad en los órganos. A esta característica se asocia el perfil de los titulares que, en principio, debiera corresponder al institucional, sin embargo, en la realidad el proceso es más complejo. Dependiendo del órgano, las designaciones pueden dar lugar a juegos estratégicos entre los participantes, sean aspirantes o designantes. Los perfiles técnicos se combinan también con los intereses de los intervinientes donde las cuotas son formas de crear equilibrios, no sin poner también en riesgo la funcionalidad de la institución.

Asimismo, su diseño involucra al Congreso —y al Senado en específico— en una diversidad de funciones tales como la designación de integran-

⁶ Stiglitz, J., “Crony Capitalism American Style”, *Project Syndicate*, 11 de febrero de 2002, disponible en: <https://www.project-syndicate.org/commentary/crony-capitalism-american-style?barrier=accesspaylog>.

tes de sus órganos de decisión y de gobierno, o prórroga en su caso, la recepción de informes periódicos de actividades, el juicio político y la declaración de procedencia. Estas formas de actuación o intervención del Senado en aspectos específicos deben además considerar que los nuevos actores expanden también su radio de acción otros terrenos que deben ser considerados con atención, por ejemplo, la política exterior y el federalismo.

Así pues, al analizar las funciones de control del Senado sobre los constitucionales autónomos deben tenerse presentes dos niveles de apreciación: uno mediato referente a las concretas atribuciones del Senado sobre tales entidades (nombramiento, información, controles políticos); otro mediato y es el referente a la mecánica del funcionamiento del Estado mexicano. El Senado tiene una función estratégica en el sistema de frenos y contrapesos, de manera que si en los orígenes del constitucionalismo federal se explicaba su creación como contrapeso de los diputados y junto con éstos de los otros dos poderes, ahora tal función se diversifica. Al ser centros de ejercicio de poder, los constitucionales autónomos requieren de contrapesos y estos se dan con el modo de ejercer las atribuciones. En esta última función, no se está ante una mera cuestión formal de potestades o competencias, sino frente a un modo de su desempeño, es decir, si su intervención contribuye a balancear los riesgos de abuso del poder, o bien, si contribuye a mejorar el desempeño de los entes autónomos.

La relación que se crea con el Ejecutivo se torna también compleja, un primer ámbito se relaciona con la gobernabilidad y la conducción de las políticas públicas. La autonomía constitucional establece vinculación gradual de dichos órganos con la planeación nacional: en el caso de áreas como telecomunicaciones, el órgano encargado se encuentra vinculado por el Plan Nacional de Desarrollo y el programa sectorial.

En este último caso se presenta una situación en la cual el PND es norma de conducta para el nuevo IFT, sin embargo, los instrumentos de verificación y rendición de cuentas a cargo del Ejecutivo se ven disminuidos en comparación con las que ejerce sobre el resto de la administración. Ante esto, los controles congresionales están presentes, aunque con una mayor politización y déficit técnico. La autonomía implica la no subordinación y con ella los poderes de verificación, control presupuestario y disciplinario de la administración se pierden.

No sucede algo similar en el caso de la Cofece, la cual tiene atribuciones para definir la política de competencia. El estatuto anterior no implica en los hechos que su funcionamiento se aisle de la administración pública federal, sino que se reconduzca por otras vías. Que el presupuesto sea de-

terminado por el presupuesto federal conduce necesariamente a la comunicación con las autoridades hacendarias y con el Congreso; la efectividad de sus decisiones igualmente requiere comunicación para la efectividad de sus sanciones, por ejemplo.

VI. LA AUTONOMÍA COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL

La Suprema Corte ha definido la autonomía constitucional como garantía institucional en los siguientes términos:

GARANTÍA INSTITUCIONAL DE AUTONOMÍA. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado el principio de división de poderes, contenido en el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como un mecanismo de racionalización del poder público por la vía de su límite y balance, con el fin de garantizar el principio democrático, los derechos fundamentales y sus garantías, a través de un régimen de cooperación y coordinación de competencias, a manera de control recíproco, limitando y evitando el abuso en el ejercicio del poder público. Dicho principio es evolutivo y a través de su desarrollo se han establecido nuevos mecanismos para controlar el poder, con la finalidad de hacer más eficaz el funcionamiento del Estado; de ahí que se haya dotado a ciertos órganos, como los constitucionales autónomos, de las facultades necesarias para alcanzar los fines para los que fueron creados y en atención a la especialización e importancia social de sus tareas. Ahora bien, los órganos constitucionales autónomos forman parte del Estado mexicano sin que exista a su favor una delegación total de facultades de otro cuerpo del Estado, sino que su función es parte de un régimen de cooperación y coordinación a modo de control recíproco para evitar el abuso en el ejercicio del poder público; no obstante, debe advertirse que cuentan con garantías institucionales, las cuales constituyen una protección constitucional a su autonomía y, en esa medida, se salvaguardan sus características orgánicas y funcionales esenciales; de forma que no podría llegarse al extremo de que un poder público interfiera de manera preponderante o decisiva en las atribuciones de un órgano constitucional autónomo pues, de lo contrario, se violentaría el principio de división de poderes consagrado en el artículo 49 de la Constitución Federal.⁷

⁷ Tesis: 2a. CLXVI/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 48, noviembre de 2017, t. I, p. 603. Amparo en revisión 1100/2015. Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. 16 de agosto de 2017. Cinco votos de los ministros Alberto Pérez Dayán, Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos

La adopción del concepto de la garantía institucional tiene su origen en la doctrina jurídica alemana.⁸ El concepto tiene una función constitutiva del ámbito de competencias, pero esencialmente es un límite para otros poderes respecto de lo garantizado. Si la competencia es un concepto sustantivo, la garantía institucional tiene una función adjetiva, es decir, se traduce en la posibilidad de limitación para que otros poderes limiten, invadan el ámbito competencial, en este caso, de los órganos reguladores.

El precedente citado anteriormente se deriva de un juicio de amparo en el que un concesionario de telecomunicaciones impugnó la normativa establecida por el Congreso estableciendo una tarifa cero en la interconexión entre operadores de servicios telefónicos.

A partir del proyecto presentado por el ministro Javier Laynez, la Segunda Sala discutió la constitucionalidad de la “Tarifa cero” establecida en el artículo 131 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (la Ley) al “preponderante”, relativa a la interconexión con otros concesionarios en la terminación de tráfico fijo y móvil.

La cuestión por resolver, a partir de la demanda de amparo presentada por Radiomóvil Dipsa, S. A de C. V (Telcel), fue la siguiente: si al aprobarse la ley, el Congreso invadió la competencia del Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), esto es, si el establecimiento de tarifas por interconexión le corresponde al IFT y no al Congreso.

Se trata, pues, de determinar a qué órgano del Estado le corresponde decidir la tarifa. A la cuestión de a “cuál” órgano le corresponde decidir, le sigue la cuestión de “por qué” debe ser tal órgano el competente y, la correspondiente, “cómo” debe ser decidida tal o cuál tarifa. Las respuestas a las cuestiones anteriores pueden afectar, pero no necesariamente, el hecho de que la tarifa sea cero u otra distinta.

La ley estableció que el “preponderante” o “un agente económico...”, “no cobrará... por el tráfico que termine en su red”. Tal disposición es contrastante con las reglas establecidas en la Constitución.

El transitorio de la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones, estableció lo siguiente:

y Eduardo Medina Mora I.; votó en contra de algunas consideraciones Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Javier Laynez Potisek. Secretarios: Josefina Cortés Campos, Guadalupe de la Paz Varela Domínguez, Ma. de la Luz Pineda Pineda, Salvador Alvarado López y Eduardo Romero Tagle.

⁸ Véase, al respecto, Esteve Pardo, José, “Garantía institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local”, disponible en: <file:///C:/Users/jrxop/Downloads/Dialnet-GarantiaInstitucionalYFuncionConstitucionalEnLasB-79428.pdf>.

TRANSITORIO OCTAVO. Una vez constituido el Instituto Federal de Telecomunicaciones conforme a lo dispuesto en el artículo Sexto Transitorio, deberá observarse lo siguiente:

...

III. El Instituto Federal de Telecomunicaciones deberá determinar la existencia de agentes económicos preponderantes en los sectores de radiodifusión y de telecomunicaciones, e impondrá las medidas necesarias para evitar que se afecte la competencia y la libre concurrencia y, con ello, a los usuarios finales. Dichas medidas se emitirán en un plazo no mayor a ciento ochenta días naturales contados a partir de su integración, e incluirán en lo aplicable, las relacionadas con información, oferta y calidad de servicios, acuerdos en exclusiva, limitaciones al uso de equipos terminales entre redes, regulación asimétrica en tarifas e infraestructuras de red, incluyendo la desagregación de sus elementos esenciales y, en su caso, la separación contable, funcional o estructural de dichos agentes.

Para efectos de lo dispuesto en este Decreto, se considerará como agente económico preponderante, en razón de su participación nacional en la prestación de los servicios de radiodifusión o telecomunicaciones, a cualquiera que cuente, directa o indirectamente, con una participación nacional mayor al cincuenta por ciento, medido este porcentaje ya sea por el número de usuarios, suscriptores, audiencia, por el tráfico en sus redes o por la capacidad utilizada de las mismas, de acuerdo con los datos con que disponga el Instituto Federal de Telecomunicaciones.

Las obligaciones impuestas al agente económico preponderante se extinguirán en sus efectos por declaratoria del Instituto Federal de Telecomunicaciones una vez que conforme a la ley existan condiciones de competencia efectiva en el mercado de que se trate.

Del precepto se deriva:

- a) La condición de agente económico preponderante atendiendo a su participación en el mercado.
- b) La facultad del IFT para declarar la condición de preponderante y de extinguirla.
- c) La facultad del IFT para imponer “regulación asimétrica en tarifas”.
- d) La declaración del preponderante y su extinción deben sustentarse en “los datos con los que disponga” el IFT y, en su caso, si existen condiciones de competencia efectiva conforme a la ley.

Luego de la integración del IFT, éste declaró como preponderante a Telcel y estableció la tarifa aplicable como parte de la regulación asimétrica.

Es decir, la “tarifa cero” se determinó después de que hubiese emitido la ley. Así pues, la atribución de decidir la tarifa que según el transitorio constitucional reside en el IFT, es decidida por el legislador en la ley.

El transitorio citado es una muestra del entendimiento constitucional del Estado regulador: decisiones autónomas basadas en evidencia. El propósito es establecer condiciones institucionales para proveer objetividad y neutralidad en el mercado. Seguridad jurídica para mejorar el desempeño económico. Tal función es un rol institucional que al derivar directamente de la Constitución es oponible a los poderes públicos y a normas subconstitucionales incluyendo la ley. Que el IFT o la Cofece tengan legitimación para promover controversias se explica porque tal rol es defendible.

En la toma de decisiones jurídicas que consideren medidas ajustables a condiciones cambiantes, las normas legislativas o regulatorias tienen distinta versatilidad. Una ley tiene pretensión de permanencia a largo plazo, es rígida, su modificación depende de criterios propios de la discrecionalidad política, el acuerdo, la agenda, la conveniencia, la capacidad de cabildeo de los grupos de interés. Sin ser ajeno a la influencia de la política y de los grupos de interés, el procedimiento y decisión por el IFT, supone información sobre hechos y evidencias, conocimientos técnicos, metodologías, procedimientos de mejora regulatoria, racionalidad técnica y política regulatoria.

La Corte finalmente decidió por la inconstitucionalidad de la reforma legislativa de forma tal que, al invalidarla, dejó en aptitud al IFT para determinar, según criterios técnicos, las tarifas de interconexión.

Ahora bien, las vertientes de la garantía institucional son diversas. En aquellos órganos reguladores con estatuto de autonomía constitucional tienen la posibilidad de presentar acciones de controversia constitucional contra posibles violaciones a su ámbito de competencia; los reguladores coordinados carecen de tal posibilidad. Sin embargo, como se aprecia en el precedente, el concepto de garantía institucional es operativizable mediante el juicio de amparo. En tal sentido, la autonomía en tanto garantía institucional se traduce en un derecho a la decisión por el órgano regulador en tanto titular de la garantía. Tanto en los casos de órganos constitucionales autónomos como en los regulados coordinados, la autonomía puede ser garantizable mediante el amparo.

Asimismo, el concepto de garantía institucional comprende las condiciones de funcionamiento y las garantías de estabilidad, remuneración y separación de los comisionados o integrantes de sus órganos de gobierno y decisión.

Que los comisionados de los órganos reguladores constitucionales autónomos o de los reguladores coordinados, sean seleccionados con criterios técnicos y se acote la discrecionalidad de los órganos políticos en su nombramiento, que se establezcan procedimientos y metodologías para decidir, que cuenten con periodos predeterminados y con remuneración adecuada y proporcional a sus responsabilidades, forma parte también de la garantía institucional.

Otros casos que habrán de contribuir a la construcción del concepto de garantía institucional lo serán las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad que han presentado diversos órganos constitucionales autónomos,⁹ entre ellos, el IFT y la Cofece, a propósito de la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos. Lo relevante en estos casos concierne a las condiciones en las cuales los órganos reguladores coordinados desempeñan sus funciones.

VII. CONCLUSIONES

El ejercicio académico para el cual se ha convocado pone en el centro de la reflexión las posibilidades de reconstrucción conceptual de las autonomías, entre ellas las autonomías constitucionales. A propósito de este, una de sus vertientes es el concerniente a las autonomías de los órganos reguladores. Considerando que la regulación es un ámbito de la función pública distinguible de otras, la autonomía tiene también un sentido funcional e instrumental. Las formas organizativas no son un fin en sí mismas.

En el caso de las autonomías cuya racionalidad es la función regulatoria, se aprecia como referente común que todas las organizaciones regulatorias son autónomas, pero en distinto grado. En los órganos analizados se aprecia autonomía constitucional y autonomía de fuente constitucional. La razón de ello es más política que técnica y obedece al contexto político en el que fueron aprobadas.

Sin embargo, al paso de los años y dado el cambio político derivado de la llegada de una nueva administración que cuestiona el modelo que da origen al modelo de órganos reguladores, los diseños son puestos a prueba.

En términos ideológicos se explicita un cuestionamiento a su existencia. La razón se sustenta en la pérdida de los poderes del Ejecutivo y la incom-

⁹ La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (Acción 105/2018 y presentó además controversia constitucional), el Instituto Federal Electoral, el Banco de México (Controversia 2/2019) y el INEGI.

preensión en las funciones de sus reguladores y, paradójicamente, la compatibilidad que los mismos pueden tener para los objetivos de la política del nuevo gobierno. En particular, tratándose de la separación entre el poder económico y el poder político.

La regulación se sustenta en la posibilidad de que el Estado intervenga como ordenador y orientador del mercado hacia ciertos propósitos de interés general y en la garantía del mercado como el espacio propio de los poderes económicos. Supone, además, que el poder político debe garantizar condiciones de neutralidad respecto de los poderes económicos, es decir, de separación con los poderes económicos.