

## LOS TÍTULOS HABILITANTES PARA EL USO DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO EN MÉXICO. LAS CONCESIONES

Daniel MÁRQUEZ GÓMEZ

SUMARIO: I. *La trascendencia política, económica, social, científico-tecnológica y jurídica del espacio radioeléctrico.* II. *Delimitación constitucional de las telecomunicaciones.* III. *Los “títulos habilitantes” para el uso del espacio radioeléctrico en México: la concesión y el permiso.* IV. *Problemas relacionados con el uso del espacio radioeléctrico.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

### I. LA TRASCENDENCIA POLÍTICA, ECONÓMICA, SOCIAL, CIENTÍFICO-TECNOLÓGICA Y JURÍDICA DEL ESPACIO RADIOELÉCTRICO

Las telecomunicaciones son relativamente jóvenes. Es en el siglo XIX, el 17 de mayo de 1865, cuando en París, Francia, se firma el Convenio Telegráfico Internacional, que crea la Unión Telegráfica Internacional. En 1906 se convoca a la Conferencia Radiotelegráfica Internacional, donde surge la Unión Radiotelegráfica Internacional, que asignaba frecuencias de radiotelegrafía. De la fusión de estas dos uniones, en 1932, surge la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

Desde la perspectiva científica, las ondas electromagnéticas, y con ellas el espectro radioeléctrico, adquieren relevancia desde 1750 con los experimentos de conducción eléctrica del físico

francés Jean Antonie Nollet pasando por el desarrollo de la telegrafía inalámbrica de Guglielmo Marconi en 1897, concluyendo con la invención del transistor por William Shockley, John Bardeen y Walter Brattain.

El uso del espectro radioeléctrico también se refiere a las telecomunicaciones y a las tecnologías de la información relacionadas con éstas. El sector convergente de las comunicaciones y las telecomunicaciones se integra por tres elementos interdependientes para su funcionamiento y desarrollo, esto es: la tecnología, el mercado y la regulación;<sup>1</sup> a estos elementos se debe agregar el aspecto político, que involucra parte significativa de la toma de decisiones en materia de uso del espectro radioeléctrico.

En este sentido, el estudio del espacio radioeléctrico, en lo particular, y de las telecomunicaciones, en lo general, se debe abordar desde el punto de vista político, económico, sociocultural, científico-tecnológico y jurídico.

Primero debemos clarificar una cuestión esencial: ¿qué debemos entender por espectro radioeléctrico? Lo anterior, en virtud de que existen dos conceptos que pueden confundirse: espectro electromagnético y espectro radioeléctrico. El primero es un continuo de ondas que comprende las ondas eléctricas, las sonoras, las luminosas, las cósmicas, y las que se utilizan para emitir señales de telecomunicaciones. En cambio, el espectro radioeléctrico es una parte del espectro electromagnético que se usa para transmitir servicios de telecomunicaciones. Por lo anterior, el espectro radioeléctrico se puede definir como las ondas radioeléctricas en las frecuencias comprendidas entre 9 kilohertzios y 3,000 gigahertzios;<sup>2</sup> a su vez, las ondas radioeléctricas son ondas electromagnéticas propagadas por el espacio sin guía artificial.

<sup>1</sup> Piedras Feria, Ernesto, "Conceptos económicos básicos de las telecomunicaciones", en González Luna Bueno, Federico *et al.*, *La regulación de las telecomunicaciones*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007, p. 35.

<sup>2</sup> El hertzio es el valor de viaje de las ondas electromagnéticas en frecuencias o ciclos por segundo; el kilohertzio se refiere a miles de ciclos por segundo, y el gigahertzio, a miles de millones de ciclos por segundo.

El otro concepto clave, el de las telecomunicaciones, hace referencia a toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos.

Ahora bien, el espectro radioeléctrico es un recurso natural, finito y escaso<sup>3</sup>, que se encuentra bajo el dominio del directo del Estado, lo que nos lleva a la vertiente del poder. En el contexto de las instituciones, poder y política se identifican. El poder, entendido, en términos weberianos, es la posibilidad de que una persona, o varias, realicen su propia voluntad en una acción en común, aun contra la oposición de otros participantes en la acción.<sup>4</sup>

Lo característico de toda formación política es el deseo de prestigio y los intereses económicos. El honor social o prestigio es el fundamento del poder político. Ahora bien, el reparto de poder económico o de otra clase depende del ordenamiento legal que existe en la comunidad;<sup>5</sup> esto es, de la institucionalización del poder.

En el ámbito político, el uso del espacio radioeléctrico se relaciona con dos procesos: la comunicación como algo secundario o instrumental; esto es, cuya utilidad sólo consiste en obtener poder; o la comunicación, que se vincula a un poder, se subordina cada vez más al conocimiento y dirección efectivos de los procesos políticos y sociales.<sup>6</sup> En el primer caso, el proceso comunicativo es autoritario, porque sólo interesa su aspecto instrumental y se desvincula de los usuarios; en el segundo caso, la comunicación, si bien no abandona su aspecto instrumental, debe tomar en cuenta a los usuarios, lo que es más republicano.

<sup>3</sup> Álvarez González de Castilla, Clara Luz, *Derecho de las telecomunicaciones*, México, Cámara de Diputados, LX Legislatura-Miguel Ángel Porrúa, 2008, p. 51.

<sup>4</sup> Weber, Max, *Estructuras de poder*, México, Ediciones Coyoacán, 2004, p. 45.

<sup>5</sup> *Estructuras de poder*, pp. 17, 45 y 46.

<sup>6</sup> Cerroni, Umberto, *Política. Método, teorías, procesos, sujetos, instituciones y categorías*, 4a. ed., México, Siglo XXI, 2004, p. 79.

Además, el espectro radioeléctrico vincula al Estado con los actores institucionales, públicos y privados, que realizan actividades relacionadas con éste. También muestra la capacidad de un Estado, como titular del bien y gestor de éste, para utilizar en términos del proyecto de nación ese bien escaso del dominio público.<sup>7</sup>

Por otra parte, la economía de las telecomunicaciones se conforma por la oferta y la demanda de una industria que opera con los incentivos de las leyes de la oferta y la demanda. Además, destaca el uso del espectro radioeléctrico y de las telecomunicaciones en la economía mundial y nacional, como servicios de información con valor agregado, aunado al impacto en el desarrollo y la incorporación de bienes y servicios para la sociedad.

También es trascendente el papel de las telecomunicaciones en materia de desarrollo. Existen dos teorías sobre el papel de la comunicación en el desarrollo: *a)* el enfoque de la infraestructura para el desarrollo, y *b)* el enfoque de la comunicación para el desarrollo.

El primero descansa en el supuesto de que la comunicación es parte de la infraestructura del desarrollo. Normativamente hablando, es populista, define al desarrollo como la dispersión de la autonomía y la iniciativa por toda la sociedad, y así ve a los servicios de comunicaciones como instrumentos que hay que poner en manos de la gente para que los utilice.

El segundo propone que cierta clase de contenido le enseñará a la gente lo que necesita para progresar, mientras que otras clases de contenido inhiben el progreso. Normativamente, este enfoque es paternalista o elitista, parte de la convicción entre los idealistas educados de qué es lo que deben aprender las masas en los países preindustriales, y valora las comunicaciones según que lo estén o no lo estén enseñando.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Como lo define la Ley Española 32/2003, General de Telecomunicaciones: el espectro radioeléctrico es un bien de dominio público, cuya titularidad, gestión, planificación, administración y control corresponden al Estado. Véase el artículo 43 de la Ley 32/2003, del 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

<sup>8</sup> Sola Pool, Ithiel (ed.), *Tecnología sin fronteras*, Eli M. Noam (comp.), México, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 192 y 193.

Una política de desarrollo sólida es aquella que crea instalaciones de comunicaciones para que las utilicen no sólo las autoridades centrales, sino las organizaciones de todos los niveles.<sup>9</sup>

En el aspecto sociocultural, se está efectuando hoy día una revolución en la tecnología de las comunicaciones. Se trata de una revolución tan profunda como la invención de la imprenta. Las comunicaciones están volviéndose electrónicas. Hemos descubierto cómo emplear pulsaciones de energía electromagnética para incorporar y transmitir mensajes que antes se enviaban por medio de la voz, la imagen y el texto.<sup>10</sup>

Así, todos los componentes de imágenes, datos, audio y voz se transmiten a través de las mismas redes con una variedad de puntos terminales.<sup>11</sup> Lo anterior es de trascendencia significativa en nuestra forma de vida.

En la actualidad es suficiente con oprimir un botón —de un aparato o de un control remoto—, e inmediatamente tenemos sonidos, imágenes o datos que nos proporcionan información, diversión o nos permiten interactuar con otros. Lo anterior tiene importancia social. Por un lado, se crean comunidades de individuos con intereses similares; por otra parte, se abandona la interacción directa y se acude a la “ciberinteracción” o relación a distancia a través de medios electrónicos, lo que tiene un impacto negativo en la sociabilidad directa.

En el campo científico-tecnológico, gracias a la miniaturización contamos con tecnologías funcionales para aprovechar los servicios de audio, video, televisión, música, texto, información, fotografía y otros. Bajo el rubro nuevas tecnologías de la comunicación (TIC) se agrupan veinticinco dispositivos principales, entre los que se incluyen la televisión por cable, las grabadoras, los discos de video, los satélites, el telefax, las redes de computadoras, los interruptores digitales, las fibras ópticas, los láseres, la reproducción electrostática, la televisión de pantalla grande y

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 200.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>11</sup> Piedras Feria, Ernesto, *Conceptos económicos básicos de las telecomunicaciones*, p. 35.

alta definición, los teléfonos móviles y los nuevos procedimientos de impresión, entre otros.<sup>12</sup> Todos estos elementos utilizan de una manera u otra el espectro electromagnético.

Sin embargo, el dinamismo del sector telecomunicaciones muestra otro grupo de problemas de significativo impacto tecnológico, como son la convergencia, o sea, unirse por un interés común para la integración de soluciones de comunicación con bases tecnológicas universales.<sup>13</sup> Es la posibilidad de contar, cuando así se requiera, con la información y los servicios de audio, video, televisión, música, texto, datos, fotografía, etcétera, sin importar el medio de transmisión o conducción ni el equipo utilizado para ese efecto<sup>14</sup>.

La convergencia requiere que concurren en un mismo fin la solución de problemas de comunicaciones con bases tecnológicas. La convergencia puede ser de servicios, cuando se tiene un solo proveedor que suministra todos los servicios que requiere el cliente, aunque los contenidos sean generados por distintos proveedores, y de redes, que se refiere a la conectividad entre los prestadores de servicios independientes. La convergencia de servicios se vincula con la conexión continua, independiente de la red disponible, con el mismo aparato o terminal multifuncional.<sup>15</sup>

Otros temas son “dividendo digital” o *apagón analógico*, derivado de la sustitución de la televisión analógica terrestre por la digital, lo que dejará disponible un amplio espectro en las bandas

<sup>12</sup> Aunque Adolfo Rodríguez Gallardo le da un sentido más restringido al término “tecnologías de la información” (TIC), al estimar que el uso conjunto de los computadores e Internet permite que se realicen más actividades ligadas al cómputo y a la comunicación que antes. Estas tecnologías son mejor conocidas como tecnologías de la información (TIC); es decir, teléfono, computación e Internet. Véase Rodríguez Gallardo, Adolfo, *Tecnologías de la información y brecha digital en México, 2001-2005*, México, UNAM, 2005, p. 2.

<sup>13</sup> Ramos Mateos, José Leonardo, “La convergencia tecnológica”, en González Luna Bueno, Federico *et al.*, *La regulación de las telecomunicaciones*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007, p. 24.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>15</sup> Ramos Mateos, José Leonardo, “La convergencia tecnológica...,” *cit.*, pp. 27-29.

de *very high frequency* (VHF) y *ultra high frequency* (UHF); el libre acceso a los dispositivos y aplicaciones tecnológicas en materia de interconexión; las “Redes de Nueva Generación” o *new generation networks* (NGN), y el despliegue de “Accesos de Nueva Generación”, o *new generation acces* (NGA), lo que implica sustituir parte de los hilos de cobre con fibra óptica.

Por su parte, en el ámbito jurídico, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales, relacionados armónicamente con la Ley de Planeación, incorporan una serie de objetivos políticos, sociales, culturales, económicos y tecnológicos para acceder al proyecto de nación. Las leyes General de Bienes Nacionales, Federal de Telecomunicaciones y de Radio y Televisión establecen los supuestos básicos de las concesiones para uso del espectro radioeléctrico; esas normas definen ideas clave<sup>16</sup> de la materia.

En la doctrina reciente se ha generado un debate derivado de la liberalización del servicio público de telecomunicaciones, en el que se afirma que para acceder a este mercado ya no sea precisa una concesión, sino una autorización o, con la terminología que se ha acuñado para los sectores liberalizados, un título habilitante de naturaleza eminentemente autorizatoria.<sup>17</sup> Además, algunas legislaciones consideran a la autorización como “título habilitante”.

En el presente trabajo intentaremos acreditar que el espectro radioeléctrico no tiene referente constitucional como bien del dominio público, y que los “títulos habilitantes” para el uso del espectro

<sup>16</sup> El artículo 3o. de la Ley Federal de Telecomunicaciones (LFT) delimita que “Para los efectos de esta Ley se entenderá por: II. Espectro radioeléctrico: el espacio que permite la propagación sin guía artificial de ondas electromagnéticas cuyas bandas de frecuencias se fijan convencionalmente por debajo de los 3,000 gigahertz; y XIV. Telecomunicaciones: toda emisión, transmisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, voz, sonidos o información de cualquier naturaleza que se efectúa a través de hilos, radioelectricidad, medios ópticos, físicos, u otros sistemas electromagnéticos”.

<sup>17</sup> Fuentepaja Pastor, Jesús Ángel, *Elementos autorizatorios y concesionales en los títulos habilitantes (evolución del modelo comunitario de acceso al mercado de las telecomunicaciones)*, en [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/2003\\_160\\_087.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/2003_160_087.pdf) consultada el 1o. de abril de 2009, p. 95. Documento en poder del autor.

radioeléctrico en el caso de México constituyen en realidad el soporte del acto administrativo denominado concesión o autorización, por lo que hablar de “título habilitante” es referirse a un continente o envase que incorpora un contenido: el permiso o autorización que otorga el Estado a un particular para el uso de espacio radioeléctrico y el marco regulatorio de la autorización contenido en el clausulado de la concesión.

## II. DELIMITACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS TELECOMUNICACIONES

No debemos olvidar que en nuestro proyecto de nación el poder se instituye para beneficio del pueblo.<sup>18</sup> Lo anterior implica que la orientación democrática del poder público en general, y el diseño cualquier política estatal, se justifica en otorgar beneficios a la colectividad sin limitar su libertad. Esto se refrenda porque constitucionalmente se entiende a la democracia no sólo como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.<sup>19</sup>

La carta magna ubica en el dominio directo de la nación, esto es, dentro de la propiedad del Estado mexicano, al espacio situado sobre el territorio nacional,<sup>20</sup> en la extensión y términos que fije el derecho internacional. La trascendencia de esta declaración consiste en que el espacio aéreo, que es el medio natural de propagación de la ondas electromagnéticas, pertenece a todos los mexicanos; sin embargo, existe una carencia: no se menciona como parte del dominio público al espectro radioeléctrico.

Además, la Constitución federal asigna al Estado la rectoría del desarrollo nacional,<sup>21</sup> que se delimita en una serie de princi-

<sup>18</sup> Véase el artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

<sup>19</sup> *Ibidem*, artículo 3o., CPEUM.

<sup>20</sup> *Ibidem*, artículo 27, CPEUM.

<sup>21</sup> *Ibidem*, artículo 25, CPEUM.

prios, a saber: *a)* de planeación; *b)* de conducción; *c)* de orientación; *d)* de regulación y fomento; *e)* de tutela del interés general; *f)* de tutela de los derechos fundamentales; *g)* de participación integral de los sectores público, social y privado en el desarrollo nacional; *h)* de oportunidad, a partir del cual el Estado puede acudir a otras formas de actividad económica; *i)* de exclusividad en las áreas estratégicas para el desarrollo nacional; *j)* de propiedad y control de los organismos encargados de las áreas estratégicas; *k)* de participación legal; *l)* de fomento, o sea, de impulso a las empresas social y privada; *m)* de sujeción de la actividad privada a las modalidades que dicte el interés público, y *n)* de sustentabilidad.

Estos principios se deben considerar al momento de asignar el espectro radioeléctrico y al otorgar títulos habilitantes, puesto que constituyen orientaciones que impactan en el régimen económico del país, otorgándole dirección y sentido, velando por el beneficio colectivo.

El principio de planeación debe ser democrático,<sup>22</sup> lo que impacta en materia de gestión del espectro radioeléctrico y los títulos para su uso, no sólo porque orienta sus contenidos, sino también porque los objetivos de la planeación se subordinan a los fines del proyecto de nación establecido en la carta magna de la Federación.

Además, la radiotelegrafía y las comunicaciones vía satélite se consideran áreas prioritarias, y el Estado en ejercicio de su rectoría debe proteger la seguridad y la soberanía de la nación; además, en las concesiones o permisos que otorgue en la materia debe mantener o establecer el dominio público de las respectivas vías de comunicación.<sup>23</sup>

Por otra parte, el dominio de la nación sobre el espacio aéreo es inalienable e imprescriptible. Su explotación, uso o aprovechamiento por los particulares o por sociedades mexicanas no puede

<sup>22</sup> *Ibidem*, artículo 26.

<sup>23</sup> *Ibidem*, artículo 28.

realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo federal, de acuerdo con las leyes.<sup>24</sup>

Refrendándose el espíritu de tutela del interés general, el Estado puede concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación. Como ejes orientadores de las decisiones públicas, en las leyes se fijan las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y para evitar fenómenos de concentración que contraríen el interés público, lo que implica que el legislador debe tomarlos en cuenta al momento de elaborar normas en la materia. Además, se asienta que la sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución, y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley;<sup>25</sup> sin embargo, el uso del espectro radioeléctrico carece de reserva constitucional.

En una tesis aislada,<sup>26</sup> el Poder Judicial de la Federación determinó el vínculo de las concesiones con el interés general, y que en la materia las autoridades y los particulares se deben apegar estrictamente a la ley, con lo que se subordina la función de la autoridad a las normas, lo que es coherente con el principio de legalidad. También perfila la idea de considerar a las concesiones como “títulos”, puesto que en ella se establece el concepto de “título de concesión”.

Así, en materia de concesiones se establece un contexto constitucional que pasa por el uso democrático del poder en beneficio del pueblo; el dominio directo del entorno de propagación del espacio radioeléctrico: el espacio aéreo; la rectoría económica

<sup>24</sup> *Ibidem*, artículo 27.

<sup>25</sup> *Ibidem*, artículo 28, CPEUM.

<sup>26</sup> Tesis aislada P. XXXIV/2004, rubro: Concesiones. Se rigen por las leyes vinculadas con su objeto. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el ocho de julio de 2004, aprobó, con el número XXXIV/2004, la tesis aislada que antecede, y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a ocho de julio de dos mil cuatro. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XX, agosto de 2004, p. 10.

del Estado en la materia, con una serie de principios que orientan esa actividad; la planeación democrática, y la sujeción de los títulos habilitantes —las concesiones— a las leyes.

En este sentido, el análisis constitucional realizado refrenda y amplía el actuado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la acción de inconstitucionalidad 26/2006.<sup>27</sup>

Sin embargo, existe un gran ausente del dominio público: el espectro radioeléctrico. Tampoco se puede perder de vista que el régimen jurídico aplicable al uso del espectro radioeléctrico en México se complementa con una serie de instrumentos normativos, en el rango de ley y reglamento que estudiaremos paralelamente con los títulos relacionados con su uso.

### III. LOS “TÍTULOS HABILITANTES” PARA EL USO DEL ESPACIO RADIOELÉCTRICO EN MÉXICO: LA CONCESIÓN Y EL PERMISO

Bartolomé A. Fiorini distingue entre la concesión, autorización y permiso, en los términos siguientes:

La primera es la transferencia a un particular para que desarrolle, por su propia cuenta y a nombre del Estado, la actividad de

<sup>27</sup> En el considerando cuarto de la acción de inconstitucionalidad 26/2006, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció el marco constitucional y legal “regulatorio” del servicio de radiodifusión, destacando los artículos 1o., 2o., 3o., 6o., 25, 26, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señalando para la radiodifusión los siguientes derechos públicos subjetivos fundamentales: 1. El principio de igualdad de los hombres ante la ley no absoluto y como principio de no discriminación; 2. La garantía de igualdad a favor de los pueblos indígenas; 3. El derecho a la educación como una garantía de libertad; 4. La libertad de expresión y el derecho a la información consagrados; 5. El concepto de rectoría económica del Estado; 6. La planeación; 7. El dominio directo de la nación sobre el espacio situado sobre el territorio nacional; 8. La prohibición general de la existencia de monopolios excepto en las áreas estratégicas, y la obligación a cargo del Congreso de la Unión de dictar leyes que fijen las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, evitando fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

un servicio público. La autorización es el reconocimiento por la administración a un particular para que desarrolle una actividad de necesidad pública. El permiso es la ventaja excepcional que la administración permite a un particular de los beneficios de un servicio público.<sup>28</sup>

Sin embargo, la doctrina reciente establece que con frecuencia los actos administrativos hacen nacer en la esfera de sus destinatarios privados derechos, facultades, poderes nuevos, o bien eliminan limitaciones que afectaban a su extensión o desenvolvimiento, por lo que distingue entre actos favorables o ampliatorios de la esfera jurídica de los destinatarios y actos administrativos desfavorables o de gravamen. En la categoría de actos administrativos favorables se ubica a la concesión, aprobación, autorización, inscripción o registro de títulos, dispensas, subvenciones, actos de reconocimiento de derechos, exenciones, etcétera.<sup>29</sup>

En este contexto, se estima que la atribución de derechos o de situaciones jurídicas activas efectuadas por los actos administrativos se ampara siempre en la ley, aunque pueden incluir un ingrediente discrecional; en cualquier caso, sea la declaración de derechos reglada (el acto singulariza una atribución de derechos enteramente diseñada en la ley, en cuanto al quién, al cómo, al *quantum*), o discrecional, una vez que el acto administrativo es dictado, éste juega el papel de título del derecho por él mismo reconocido, independizándose de la cobertura legal superior, la cual sólo en los casos de revisión del acto (de oficio o en vía de recurso) vuelve a emerger para contrastar la validez de dicho título.<sup>30</sup>

En la doctrina citada existe una confusión entre acto reglado y acto discrecional,<sup>31</sup> porque ambos son expresión de la ley, aten-

<sup>28</sup> Fiorini, Bartolomé A., “Noción funcional de la concesión, la autorización y el permiso”, *Revista de Derecho y Administración Municipal*, Buenos Aires, núm. 178, diciembre de 1944, p. 1070.

<sup>29</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo II*, 10a. ed., Navarra, Thomson-Civitas, 2006, p. 103.

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 103 y 104.

<sup>31</sup> Eduardo García de Enterría demostró que en el acto discrecional existen elementos reglados, como son la potestad de la que dimana el acto, su extensión

diendo al principio de legalidad;<sup>32</sup> también se confunde la manifestación de voluntad de la administración y el soporte físico de su expresión; esto es, el “pedazo de papel”. Además, el acto administrativo no se “independiza”, sino, como lo demostró Kelsen, es la expresión de la ley,<sup>33</sup> como acto jurídico individualizado.

La cuestión de la autorización y del título habilitante se ha llevado a las telecomunicaciones, donde, de la confrontación entre servicio público y mercado,<sup>34</sup> se afirma que la liberalización del servicio público de telecomunicaciones determina que para acceder a este mercado ya no sea precisa una concesión, sino una autorización, o, con la terminología que se ha acuñado para los sectores liberalizados, un título habilitante de naturaleza eminentemente autorizatoria. Pero si esto es así desde el punto de vista de los presupuestos básicos y de las líneas generales del régimen jurídico de los citados títulos, lo cierto es que éstos introducen en su contenido una serie de elementos típicamente concesionales.<sup>35</sup>

Básicamente, la autorización, en su propio y estricto sentido interventor, suponía de modo autónomo u originario el derecho

y la competencia, y que su fin es reglado. Véase García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las impunidad del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno poderes normativos)*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1979, pp. 25 y ss.

<sup>32</sup> Nosotros vamos más allá que García de Enterría, porque el viejo dogma de legalidad establece que la autoridad sólo puede hacer aquello que la ley le permite; esto es, sólo puede actuar en el marco de la ley, con independencia de que lo haga dentro de un mínimo o máximo, o que existan elementos reglados en la emisión del acto de autoridad administrativa.

<sup>33</sup> Así, Kelsen muestra cómo la sentencia judicial no es más individualización o concreción de la norma jurídica general abstracta, y señala que del mismo modo que la jurisdicción, tampoco la administración es otra cosa que individualización y concreción de leyes: de leyes administrativas. (Véase *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., México, Gernika, 2000, p. 58).

<sup>34</sup> En mi opinión, el debate es falso, porque las técnicas de policía administrativa del Estado gendarme y de los servicios públicos se integran naturalmente y sin distorsiones significativas al esquema de libre mercado.

<sup>35</sup> Fuentepaja Pastor, Jesús Ángel, *Elementos autorizatorios y concesionales en los títulos habilitantes (evolución del modelo comunitario de acceso al mercado de las telecomunicaciones)*, cit., p. 95.

subjetivo del particular que, a diferencia del derecho constituido por la concesión, no surgía en virtud de un acto administrativo, siendo sólo el ejercicio de aquel derecho subjetivo del particular lo que resultaba intervenido.

La profundización en la naturaleza jurídica de cada una de estas dos instituciones ha llevado a disquisiciones que han terminado —o que han empezado— por adquirir un carácter de confrontación, de suerte que lo que se afirmaba de una inmediatamente se le negaba a la otra (y viceversa). La simetría final no podía ser más armónica: la autorización es declarativa del derecho, mientras que la concesión era constitutiva; la autorización es de naturaleza reglada y la concesión de naturaleza discrecional; la intervención administrativa en la autorización se agotaba en su otorgamiento, mientras que en la concesión la Administración ostentaba poderes continuados y permanentes de vigilancia y dirección sobre el concesionario.

Todos los elementos que caracterizarían una y otra institución se ha relativizado, de manera que hoy día las diferencias entre autorización y concesión se han difuminado hasta el punto de ser calificadas como “convencionales”. En primer lugar, porque la autorización en ocasiones no se refiere solamente a derechos subjetivos preexistentes, sino que en ocasiones lo que subyace a la autorización no es otra cosa que la libertad general de actuación de los particulares por su mera vinculación negativa a la ley.

Además, al menos en los casos de limitación del número de autorizaciones que se puedan otorgar, ya dijimos que la intervención administrativa más parece constitutiva del derecho que mera reconocedora de aquél. E incluso en el resto de supuestos, si bien es cierto que se reconoce y proclama la existencia de un derecho, por ejemplo, a prestar servicios de telecomunicaciones o servicios postales o ferroviarios, su contenido es, primero, el que diga la ley (como no podía ser de otra manera), pero incluso también el reglamento y, esto es lo importante, en última instancia, el propio título habilitante, que no se limita a reconocer lo que venga establecido en la ley y en el reglamento, sino que modula, completa y concreta la normativa general.<sup>36</sup>

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 102 y 103.

Sin embargo, es evidente que el ejercicio del cualquier derecho es subjetivo, porque sólo podrá realizarse cuando el orden jurídico lo autorice. El propio Kelsen enseñó que el derecho objetivo y el subjetivo son manifestaciones de un mismo fenómeno: el derecho.<sup>37</sup>

La distinción entre constitución y declaración no es significativa, porque todo acto de creación también es de declaración; y a la inversa, toda manifestación en algún sentido es creación; la diferencia entre acto reglado y discrecional se elimina en la ley; y, por último, tanto en la autorización como en la concesión existe intervención administrativa, aunque esporádica en la primera y permanente en la segunda, por lo que los elementos mencionados no son de trascendencia para distinguir entre las instituciones.

Además, existe una problemática sustancial en la doctrina expuesta: ¿el título habilitante para acceder al mercado de las telecomunicaciones es una autorización, que supuestamente es un género, o una autorización con elementos de la concesión? Si se trata del primer caso, entonces no hay diferencia entre el título de acceso al mercado de telecomunicaciones y la autorización, por lo que nada se opone a que se llame de esa manera. En cambio, si el título para acceder al mercado de las telecomunicaciones tiene características de otro acto jurídico (concesión), hay que buscar un concepto propio que la individualice.

Para resolver esta cuestión, en primer lugar debemos evitar la tentación de confundir la norma general, abstracta e impersonal, con el acto de individualización o aplicación de la norma, que puede ser discrecional o no, según lo permita la propia ley, estimando que es a partir de la norma como se generan actos jurídicos o manifestaciones de voluntad de la autoridad, atendiendo al régimen de competencias.

En segundo lugar, en el supuesto de que aceptemos la terminología del “acto administrativo” como “título habilitante”,

<sup>37</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., México, Gernika, 2000, p. 46.

cabría, para efectos de su operación, distinguir entre la manifestación de la voluntad y el “instrumento”<sup>38</sup> en la que se manifiesta; esto es, entre la decisión de autoridad y la manera en que aparece a la vida jurídica en un oficio, resolución, título, registro, etcétera, con la finalidad de no confundir el continente o “envase” con el contenido o “acto administrativo”.

Por lo anterior, es inadecuado nominar de manera indiscriminada a cualquier “acto administrativo” o instrumento jurídico como “título habilitante”, como lo hace una conocida autora mexicana, Clara Luz Álvarez González de Castilla, quien estima que conforme a la Constitución y a la Ley Federal de Telecomunicaciones los títulos habilitantes se dividen en: 1. concesiones para servicios públicos de telecomunicaciones, para el uso de bandas de frecuencias para usos determinados y para usos experimentales, y aquellas relativas a la materia satelital; 2. permisos para la comercialización de servicios de telecomunicaciones y estaciones transmisoras; 3. registros para servicios de valor agregado; 4. asignaciones a entidades públicas para el uso de bandas de frecuencias y para el derecho a ocupar posiciones orbitales satelitales, afirmando que el tipo de servicio y su finalidad determinan la necesidad o no de un título habilitante.<sup>39</sup>

Sobre el particular, cabría afirmar que en ninguna parte de la Constitución federal mexicana se alude a la palabra “título habilitante”, y aunque la Ley Federal de Telecomunicaciones plasma en los artículos 9-A, fracción XIII; 10, 18, 26, 37, 38, 44,

<sup>38</sup> Para una documentada reflexión sobre el tema consúltese la obra de Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, *El acto administrativo*, 7a. ed., México, UNAM-Porrúa-Fundación de Derecho Administrativo, 2004. La obra es interesante en todas sus páginas, pero destacan para nosotros las páginas 237, donde alude al error de confundir el acto jurídico y el instrumento que lo constata o acredita, y 241, donde llama a evitar el error vulgar de confundir el instrumento, documento o papel, en que el acto consta, con el acto administrativo, destacando que el acto administrativo, como declaración de voluntad, puede o no constar por escrito.

<sup>39</sup> Álvarez González de Castilla, Clara Luz, *Derecho de las telecomunicaciones*, *cit.*, p. 175.

64 y 71 los conceptos de “título” y “concesión”, para aludir al “título de concesión”, circunstancia que repite en la Ley Federal de Radio y Televisión, en los artículos 17-D, 17-J, 27, y 28, es importante destacar que lo hace en el sentido de un continente que incorpora un contenido, o sea, como el instrumento legal en el que consta el acto administrativo “concesión”.

Así, en el régimen jurídico mexicano debemos abstenernos de considerar como intercambiables al acto jurídico administrativo concesión, con el instrumento o base a través del cual se manifiesta el acto jurídico administrativo concesión; esto es, el “título”. En este sentido, el título es el elemento que demuestra la existencia de un derecho u obligación que se ejerce o impone, por lo que la idea de “título habilitante” sólo se puede utilizar en este último sentido.

Esto es conciliable incluso con otras legislaciones; por ejemplo, el artículo 6o. “Título habilitante”, del Reglamento para el Otorgamiento de Títulos Habilitantes para la Operación de Redes Privadas de Ecuador, establece que “La operación de redes privadas, requiere de un título habilitante, que será un permiso otorgado por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, previa autorización, del Consejo Nacional de Telecomunicaciones”. De esta delimitación se advierte la distinción entre el “título habilitante” y el acto administrativo “permiso”.

También podemos citar el Real Decreto 81/1999, del 22 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo del Título II de la Ley 24/1998, del 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, en lo relativo a las autorizaciones para prestación de servicios, y al Registro General de Empresas Prestadoras de Servicios Postales, el cual, en su artículo 1o., “Títulos habilitantes”, señala que

Los títulos habilitantes para la prestación de los servicios postales regulados en el Título II de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, son las autorizaciones administrativas generales o las auto-

rizaciones administrativas singulares que se otorgarán de acuerdo con lo establecido en este Reglamento.

Por lo que existe una clara distinción entre el acto administrativo “autorización” y el “título habilitante” que contiene esa autorización.

Lo anterior es congruente, además, con la posición de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, quienes después de analizar la doctrina de Otto Mayer y de Ranelletti<sup>40</sup> señalan que la autorización es un acto de la administración por el que ésta consiente a un particular el ejercicio de una actividad privada, aunque inicialmente prohibida con fines de control administrativo de su ejercicio, constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente.<sup>41</sup>

En México, la Ley Federal de Telecomunicaciones reconoce dos clases de actos administrativos para el uso del espacio radioeléctrico: la concesión y el permiso, susceptibles de constar en “títulos habilitantes”.

### 1. *Concesión*

Una vez hechas las acotaciones mencionadas, para los propósitos de esta exposición podemos considerar a la concesión administrativa como el acto por el cual se concede a un particular el manejo y explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del Estado.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> Para Otto Mayer, la autorización actúa como acto administrativo que levanta una prohibición establecida por la norma de policía, al comprobarse que la actividad no generará perturbaciones al interés público. Para Ranelletti, la autorización presupone la existencia de un derecho verdadero y propio, cuyo ejercicio permite la autorización.

<sup>41</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo II, cit.*, pp. 136-138. Sin embargo, hay que acotar que para los autores no se debe abandonar la idea clásica de Ranelletti sobre el derecho preexistente que tiene importancia en las autorizaciones de carácter reglado.

<sup>42</sup> Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 39a. ed., rev., y act., por Manuel Fraga, México, Porrúa, 1999, p. 242.

La concesión se consideraba un acto mixto compuesto de tres elementos: 1. un acto reglamentario, un acto condición y un contrato. 2. El acto reglamentario fija las normas a que ha de sujetarse la organización y funcionamiento del servicio, y comprende horarios, tarifas, modalidades de la prestación del servicio, derechos de los usuarios, etcétera; 3. El acto condición condiciona la atribución al concesionario de las facultades que la ley establece para expropiar, gozar de franquicias fiscales, ocupar tierras nacionales, etcétera, y 4. Por último, la parte contractual tiene como finalidad proteger los intereses legítimos del particular concesionario, creando a su favor una situación jurídica particular, que no puede ser modificada unilateralmente por la administración.<sup>43</sup>

Sin embargo, en su estudio sobre las concesiones sobre bandas de frecuencias, la Suprema Corte, en la acción de inconstitucionalidad 26/2006, señala que en el amparo en revisión 159/2003, en sesión del 30 de marzo de 2004, examinó el concepto de concesión y los casos en que procede su otorgamiento, donde determinó que la concesión administrativa es el acto mediante el cual el Estado concede a un particular la prestación de un servicio público o la explotación de un bien del dominio público, pudiendo ser mixta cuando implica ambas actividades.

Además, estableció que la concesión constituye un acto administrativo mixto, en el cual coexisten elementos reglamentarios y contractuales. El primero atiende a las normas a que ha de sujetarse la organización y funcionamiento del servicio o la explotación o aprovechamiento de los bienes, que se pueden modificar sin el consentimiento del concesionario; el elemento contractual protege los intereses legítimos del concesionario, creando a su favor una situación jurídica individual, que no puede ser modificada unilateralmente por el Estado; atiende básicamente a las ventajas económicas que representen para el concesionario la garantía de sus inversiones y la posibilidad de mantener el equilibrio financiero.<sup>44</sup>

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 245.

<sup>44</sup> Véase el considerando décimo cuarto de la acción de inconstitucionalidad 26/2006.

En una tesis aislada, el Poder Judicial de la Federación estableció que la concesión es un acto jurídico mixto, porque contiene cláusulas contractuales y regulatorias.<sup>45</sup> Como se advierte, en el régimen jurídico mexicano se elimina el acto condición de la definición de concesión, y no se alude a la “autorización”, como género y a la concesión como especie.

Existen una serie de ventajas relacionadas con el uso de la concesión. En primer lugar, la concesión permite elegir a los sujetos más capaces o con mayores garantías para que la actividad se cumpla en el sentido que al interés público convenga; como segundo punto, permite tasar de una manera previa y bien delimitada el contenido de las facultades de ejercicio que se transmiten, de acuerdo con el objetivo social que con ello se pretende; tercero, imponer ese ejercicio de manera forzosa bajo la fiscalización administrativa; y, por último, reservar la posibilidad de una caducidad de los derechos otorgados, o de un rescate de los mismos o de una reversión, en virtud de una titularidad remanente y última, que pertenece a la administración.<sup>46</sup>

La Ley Federal de Telecomunicaciones establece cinco clases de uso de bandas del espectro radioeléctrico: libre, determinado, concesionado, oficial, experimental, concesionado y reservado.<sup>47</sup> El primero es para las bandas de frecuencias que pueden ser utilizadas por el público en general sin necesidad de concesión, permiso o registro; el segundo se relaciona con las bandas de frecuencias otorgadas mediante concesión, y que pueden ser utilizadas para los servicios que se autoricen en el título correspondiente; el tercero es para aquellas bandas de frecuencias destinadas para el uso exclusivo de la administración pública federal, gobiernos estatales

<sup>45</sup> Rubro: Concesión administrativa. Las modificaciones a sus cláusulas regulatorias en virtud de reformas a la legislación relativa, al no afectar derechos adquiridos del concesionario no violan el principio de retroactividad de leyes. Tesis aislada 1a. LXXVII/2005, Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXII, agosto de 2005, p. 297.

<sup>46</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, José-Ramón, *Curso de derecho administrativo II*, 10a. ed., Thomson-Civitas, 2006, pp. 150 y 151.

<sup>47</sup> Véase el artículo 10 de la LFT.

y municipales, otorgadas mediante asignación directa; el cuarto, para las bandas de frecuencias para comprobar la viabilidad técnica y económica de tecnologías en desarrollo, para fines científicos o para pruebas temporales de equipo, y el quinto, para las bandas de frecuencias no asignadas ni concesionadas.

Como advertimos, se requiere concesión para usar, aprovechar o explotar una banda de frecuencias en México; para instalar, operar o explotar redes públicas de telecomunicaciones; para ocupar posiciones orbitales geoestacionarias y órbitas satelitales del país, y explotar sus respectivas bandas de frecuencias, y para explotar los derechos de emisión y recepción de señales de bandas de frecuencias asociadas a sistemas satelitales extranjeros que cubran y puedan prestar servicios en el territorio nacional.<sup>48</sup>

Las concesiones sólo se otorgan a personas físicas o morales mexicanas. Aunque se establece que la inversión extranjera en ningún caso puede exceder del 49%, se hace excepción del servicio de telefonía celular donde, previa resolución de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, puede haber un porcentaje mayor.<sup>49</sup>

Además, el uso, aprovechamiento y explotación de bandas de frecuencias de radiodifusión, incluyendo el otorgamiento, prórroga, terminación de concesiones, permisos y asignaciones, se sujeta a una norma especial: la Ley Federal de Radio y Televisión,<sup>50</sup> diferencia que no se justifica, porque la radiodifusión también utiliza el espectro radioeléctrico. Con lo anterior se complica el esquema regulatorio de México, puesto que sólo cuestiones políticas justifican que el uso del espectro radioeléctrico se divida en dos leyes.

Abonando a la complejidad, los servicios de telecomunicaciones que se presten a través de las bandas de frecuencias atribuidas a los servicios de radiodifusión se registrarán por lo dispuesto en la Ley Federal de Telecomunicaciones, con lo que se remite a

<sup>48</sup> *Ibidem*, artículo 11 de la LFT.

<sup>49</sup> *Ibidem*, artículo 12 de la LFT.

<sup>50</sup> *Ibidem*, artículo 13 de la LFT.

otra norma para prestar servicios de telecomunicaciones a través de bandas de radiodifusión.

Las concesiones sobre bandas de frecuencias del espectro para usos determinados se otorgan mediante licitación pública. El gobierno federal tiene derecho a recibir una contraprestación económica por el otorgamiento de una concesión,<sup>51</sup> lo que significa que el espectro radioeléctrico para usos determinados no es gratuito.

El título concesión debe contener como mínimo: el nombre y domicilio del concesionario; las bandas de frecuencias objeto de concesión, sus modalidades de uso y zona geográfica en que pueden ser utilizadas; los programas de inversión respectivos; los servicios que puede prestar el concesionario; las especificaciones técnicas del proyecto; el periodo de vigencia; las contraprestaciones que deben cubrirse por la concesión, y los demás derechos y obligaciones de los concesionarios. Además, se debe publicar un extracto del título en el *Diario Oficial de la Federación*.

Lo anterior acredita la distinción que hacemos entre el acto administrativo “concesión” y su soporte el “título”, y nos autoriza a establecer que si la concesión es un “título habilitante” sólo lo es en el sentido “instrumental”.

Por otra parte, si para explotar los servicios objeto de la concesión sobre el espectro radioeléctrico se requiere de una concesión de red pública de telecomunicaciones, se otorga en el mismo acto administrativo,<sup>52</sup> lo que implica la emisión de dos actos administrativos: concesión y autorización de explotación de servicios y de un “título” concesión.

Las concesiones sobre bandas de frecuencias se otorgan por un plazo de hasta veinte años, y pueden prorrogarse por plazos iguales. Para que se conceda la prórroga es necesario que el concesionario: *a)* haya cumplido con las condiciones previstas en la concesión que se pretenda prorrogar; *b)* que lo solicite antes de que inicie la última quinta parte del plazo de la concesión, y *c)* que

<sup>51</sup> *Ibidem*, artículo 14 de la LFT.

<sup>52</sup> *Ibidem*, artículo 18.

accepte las nuevas condiciones legales que se le impongan. La solicitud de prórroga se debe resolver en un plazo no mayor a 180 días naturales.<sup>53</sup>

En el caso de las concesiones sobre bandas de frecuencias para usos experimentales, los interesados deben reunir los requisitos relacionados con la concesión para instalar, operar o explotar redes públicas de telecomunicaciones.<sup>54</sup> Estas concesiones se otorgan por un plazo de hasta dos años, y deben sujetarse a las disposiciones reglamentarias.<sup>55</sup>

Un aspecto interesante, es que las asignaciones para el uso, aprovechamiento o explotación de bandas de frecuencia para uso oficial son intransferibles, y están sujetas a las disposiciones que en materia de concesiones prevé la Ley Federal de Telecomunicaciones, con excepción del procedimiento de licitación pública,<sup>56</sup> lo que lleva a cuestionar por qué el Estado equipara al propio Estado con los particulares, puesto que el uso oficial del espectro debería tener sus propias disposiciones, atendiendo al interés público. Además, esta disposición es inconstitucional, puesto que el requisito de concesión sólo se exige a los “particulares”.

Cuando lo exija el interés público, la administración pública puede cambiar o rescatar una frecuencia o una banda de frecuencias concesionadas, también puede hacerlo por razones de seguridad nacional, para introducir nuevas tecnologías; para solucionar problemas de interferencia perjudicial, y para dar cumplimiento a los tratados internacionales. En estos casos se pueden otorgar directamente nuevas bandas de frecuencias mediante las cuales se ofrezcan los servicios originalmente prestados.<sup>57</sup>

Ahora bien, para obtener una concesión para instalar, operar o explotar redes públicas de telecomunicaciones se debe presentar una solicitud que contenga como mínimo: nombre y domi-

<sup>53</sup> *Ibidem*, artículo 19.

<sup>54</sup> *Ibidem*, artículo 20.

<sup>55</sup> *Ibidem*, artículo 21.

<sup>56</sup> *Ibidem*, artículo 22.

<sup>57</sup> *Ibidem*, artículo 23.

cilio del solicitante; los servicios que desea prestar; las especificaciones técnicas del proyecto; los programas y compromisos de inversión, de cobertura y calidad de los servicios que se pretenden prestar; el plan de negocios, y la documentación que acredite su capacidad financiera, técnica, jurídica y administrativa. Lo anterior, sin perjuicio del derecho para obtener una concesión para explotar bandas de frecuencias, lo que, de nuevo, autoriza a distinguir entre “acto” y “título”.

Un aspecto desproporcionado es la discrecionalidad en la emisión del acto administrativo, porque los requisitos deben presentarse “a satisfacción de la Secretaría”,<sup>58</sup> lo que implica que la autoridad discrecionalmente puede determinar si se cumple o no con el contenido de la ley. Lo anterior se refrenda con el hecho de que la autoridad analiza y evalúa la documentación de la solicitud en un plazo no mayor de 120 días naturales, durante el cual puede requerir información adicional, y se condiciona otorgar la concesión a que se cumplan “a satisfacción”, los requisitos legales,<sup>59</sup> con lo que se deja un espacio demasiado amplio a la subjetividad y, en ciertos casos, a la arbitrariedad.

Esta situación se resuelve aplicando el contenido del artículo 17 de la Ley General de Bienes Nacionales, que establece el principio de legalidad en materia de concesiones sobre bienes de dominio directo de la nación, e instituye una serie de causas por las cuales se puede negar la concesión: *a*) si el solicitante no cumple con los requisitos establecidos en las leyes; *b*) si se crea con la concesión un acaparamiento contrario al interés social; *d*) si se decide emprender, a través de la Federación o de las entidades, una explotación directa de los recursos de que se trate; *e*) si los bienes de que se trate están programados para la creación de reservas nacionales; *f*) cuando se afecte la seguridad nacional, o, *g*) si existe algún motivo fundado de interés público.

Así, sólo en los casos en los que se atente contra la legalidad; monopolios; explotación directa por el Estado; preservación am-

<sup>58</sup> *Ibidem*, artículo 24.

<sup>59</sup> *Ibidem*, artículo 25.

biental; afectaciones a la seguridad nacional; o cuando existan motivos fundados de interés público, se podrá negar una concesión en la materia, lo que limita significativamente la discrecionalidad, subjetividad y acota la arbitrariedad.

El título de concesión para instalar, operar o explotar redes públicas de telecomunicaciones debe contener el nombre y domicilio del concesionario; el objeto de la concesión; los diferentes servicios que se pueden prestar; los derechos y obligaciones; el periodo de vigencia; las características y el monto de la garantía, y los compromisos de cobertura geográfica de la red pública, lo que refrenda lo afirmado líneas arriba sobre el “título habilitante”. Además, un extracto del título respectivo se publicará en el *Diario Oficial de la Federación*.<sup>60</sup>

Las concesiones sobre redes públicas de telecomunicaciones se otorgan por un plazo de hasta de treinta años, y pueden ser prorrogadas hasta por plazos iguales a los originalmente establecidos. Para su prórroga es necesario que el concesionario haya cumplido con las condiciones previstas en la concesión, que lo solicite antes de que inicie la última quinta parte del plazo de la concesión, y que acepte las nuevas condiciones. La solicitud se resuelve en un plazo no mayor a 180 días naturales.<sup>61</sup>

La regla general es que las redes privadas de telecomunicaciones no requieren de concesión, permiso o registro para operar; sin embargo, si utilizan bandas de frecuencias del espectro, reciben tratamiento de bandas del espectro para usos determinados y deben licitarse, por lo que requieren de una concesión. Además, si los operadores de redes privadas desean explotar comercialmente servicios, requieren una concesión para operar una red pública de telecomunicaciones.<sup>62</sup>

Las concesiones para ocupar y explotar posiciones orbitales geostacionarias y órbitas satelitales asignadas al país, con sus respectivas bandas de frecuencias y derechos de emisión y

<sup>60</sup> *Ibidem*, artículo 26.

<sup>61</sup> *Ibidem*, artículo 27.

<sup>62</sup> *Ibidem*, artículo 28.

recepción de señales, se otorgan a través de licitación pública. También en este caso se requiere una contraprestación económica. Como excepción se establece que para las dependencias y entidades de la administración pública federal la ocupación y explotación de posiciones orbitales geoestacionarias y órbitas satelitales es mediante asignación directa.<sup>63</sup>

En términos de los tratados internacionales, se pueden otorgar concesiones a personas morales constituidas conforme a las leyes mexicanas sobre los derechos de emisión y recepción de señales y bandas de frecuencias asociadas a sistemas satelitales extranjeros que cubran y puedan prestar servicios en el territorio nacional. Asimismo, pueden operar en territorio mexicano los satélites internacionales establecidos al amparo de tratados internacionales multilaterales de los que el país sea parte.<sup>64</sup>

Por último, no se debe olvidar que las concesiones, permisos y autorizaciones sobre bienes sujetos al régimen de dominio público no crean derechos reales; otorgan simplemente frente a la administración y sin perjuicio de terceros, el derecho a realizar los usos, aprovechamientos o explotaciones, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes y el “título de la concesión”, el permiso o la autorización correspondiente.<sup>65</sup>

## 2. Permiso

Por permiso se entiende la licencia o consentimiento para hacer o decir una cosa. La autorización, licencia o permiso es un acto administrativo por el cual se levanta o remueve un obstáculo o impedimento que la norma legal ha establecido para el ejercicio de un derecho de un particular. La autorización, la licencia y el permiso constituyen actos que condicionan para un particular el ejercicio de alguno de sus derechos.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> *Ibidem*, artículo 29.

<sup>64</sup> *Ibidem*, artículo 30.

<sup>65</sup> Artículo 16, LGBN.

<sup>66</sup> Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, *cit.*, pp. 236 y 237.

En materia de uso del espectro radioeléctrico se requiere permiso para establecer y operar o explotar una comercializadora de servicios de telecomunicaciones sin tener el carácter de red pública, e, instalar, operar o explotar estaciones terrenas transmisoras.<sup>67</sup>

Para obtener el permiso, los interesados deben presentar una solicitud y cumplir con los requisitos para la concesión para instalar, operar o explotar redes públicas de telecomunicaciones. La autoridad administrativa analiza y evalúa la documentación en un plazo no mayor de noventa días naturales; dentro de ese plazo puede requerir información adicional. Una vez cumplidos a “satisfacción” los requisitos legales, se otorga el permiso correspondiente.<sup>68</sup> Aquí se repite este atentado contra la seguridad jurídica vinculado con la discrecionalidad no acotada.

Por lo que, atendiendo a la asimilación legal que se hace entre el permiso y la concesión, refrendamos que sólo en los casos en los que se atente contra la legalidad; monopolios; explotación directa por el Estado; preservación ambiental; afectaciones a la seguridad nacional; o cuando existan motivos fundados de interés público, se podrá negar un permiso en la materia.<sup>69</sup>

No requiere permiso la instalación y operación de estaciones terrenas receptoras. Además, es posible exentar del requisito de permiso a las estaciones terrenas transmisoras que no ocasionen interferencia perjudicial en otros sistemas de telecomunicaciones.<sup>70</sup>

### 3. *Concesiones y permisos en materia de radio y televisión*

Para complementar el esquema, cabe destacar que en la Ley Federal de Radio y Televisión también se alude a concesiones y permisos. Algunas de sus reformas fueron declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia de la Na-

<sup>67</sup> Artículo 31, LFT.

<sup>68</sup> *Ibidem*, artículo 32.

<sup>69</sup> Artículo 17, LGBN.

<sup>70</sup> Artículo 34, LFT.

ción en la acción de inconstitucionalidad 26/2006.<sup>71</sup> De esa ley destaca:

Que al otorgar las concesiones o permisos, el Ejecutivo federal determine la naturaleza y propósito de las estaciones de radio y televisión. Éstas pueden ser comerciales, oficiales, culturales, de experimentación, escuelas radiofónicas, o de cualquier otra índole. Sólo las estaciones comerciales requieren concesión. Las estaciones oficiales, culturales, de experimentación, escuelas radiofónicas o las que establezcan las entidades y organismos públicos para el cumplimiento de sus fines y servicios necesitan permiso.<sup>72</sup>

Las concesiones para usar comercialmente canales de radio y televisión se otorgan únicamente a ciudadanos o sociedades mexicanas. Las sociedades por acciones deben ser nominativas, y deben proporcionar anualmente la lista general de sus socios.<sup>73</sup>

Las difusoras de radio que operaren retransmitiendo o enlazadas permanentemente a otra que no era recibida en la localidad en que pretendan ubicarse se consideran como una estación nueva, por lo que deben llenar todos los requisitos legales para su operación.<sup>74</sup>

El término de una concesión es de veinte años, con la posibilidad de que se refrende al mismo concesionario, que tendrá preferencia sobre terceros. El refrendo de las concesiones, salvo en el caso de renuncia, no estará sujeto al procedimiento legal.<sup>75</sup>

<sup>71</sup> Aunque el impacto de las declaraciones de inconstitucionalidad no es significativo para este trabajo, porque en el caso de la Ley Federal de Telecomunicaciones sólo afectó al artículo 9-C; en lo que se refiere a la Ley Federal de Radio y Televisión se relaciona con los artículos 16, 17-E, 17-G, 20, fracciones I, II y III, 28 y 28-A.

<sup>72</sup> Artículo 13, LFRT.

<sup>73</sup> *Ibidem*, artículo 14.

<sup>74</sup> *Ibidem*, artículo 15.

<sup>75</sup> *Ibidem*, artículo 16. Este precepto, en lo que se refiere al plazo de veinte años, fue declarado inconstitucional; sin embargo, dado que en la sentencia se refiere a los artículos 7-A, fracción I, de la Ley Federal de Radio y Televisión y 19 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, el plazo de prórroga de veinte años es susceptible de aplicarse a juicio de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

Siguiendo el contenido de la Ley Federal de Telecomunicaciones, las concesiones se otorgan mediante licitación pública con el derecho del gobierno federal, de recibir una contraprestación,<sup>76</sup> que debe entregarse dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la resolución que declare al ganador de la licitación.<sup>77</sup>

Para llevar a cabo la licitación se debe publicar en el *Diario Oficial de la Federación* el programa de concesionamiento de frecuencias de radiodifusión. Para determinar la ubicación de las estaciones de radiodifusión y las demás características de las frecuencias que serán licitadas se deben considerar los fines de la radio y televisión; las condiciones del mercado del servicio de radiodifusión en la plaza o región de que se trate, y las solicitudes que en su caso hayan presentado previamente los interesados.

Cualquier interesado puede solicitar dentro de los treinta días naturales siguientes a la publicación del programa, que se liciten frecuencias y coberturas geográficas adicionales o distintas de las ahí contempladas. En estos casos, se debe resolver en un plazo que no excederá de treinta días naturales.<sup>78</sup>

La Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel) debe publicar la convocatoria para la licitación de nuevas concesiones en el *Diario Oficial de la Federación*, poniendo a disposición de los interesados las bases de la licitación en un plazo máximo de treinta días naturales contados a partir de la publicación.<sup>79</sup>

En la convocatoria se establece la frecuencia, potencia y zona geográfica de cobertura; los requisitos y plazos para participar en la licitación, y la forma de adquisición de las bases de licitación.<sup>80</sup> En las bases de licitación se incorporan procedimiento y plazos; la información y documentación; los montos y formas de las garantías y derechos; las especificaciones de los requisitos legales,

<sup>76</sup> *Ibidem*, artículo 17.

<sup>77</sup> *Ibidem*, artículo 17-I.

<sup>78</sup> *Ibidem*, artículo 17-A.

<sup>79</sup> *Ibidem*, artículo 17-B.

<sup>80</sup> *Ibidem*, artículo 17-C.

y el modelo del “título” que será otorgado.<sup>81</sup> Como se advierte, con el contenido de este precepto queda especificado que la palabra “título” se reserva al instrumento en el que consta el acto administrativo concesión.

Los requisitos son: datos generales del solicitante, y acreditar su nacionalidad mexicana; plan de negocios con los siguientes apartados: *a)* descripción y especificaciones técnicas; *b)* programa de cobertura; *c)* programa de inversión; *d)* programa financiero, y *e)* programa de actualización y desarrollo tecnológico; proyecto de producción y programación; garantía de continuidad, y la opinión favorable de la Comisión Federal de Competencia.<sup>82</sup>

En caso de que falte información o la presentada no cumpla con los requisitos legales, se puede prevenir al interesado dentro de los quince días hábiles siguientes, otorgándole un plazo de hasta quince días hábiles para que entregue la información requerida. Aquí se rompe la unidad de las normas procesales administrativas, puesto que el artículo 17-A de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo establece un plazo de prevención de cinco días hábiles, por lo que en los procedimientos de licitación en materia de licitaciones existe un privilegio que no se otorga a los administrados en general. Refrendando esta percepción, si no se hace requerimiento alguno de información dentro del plazo señalado, no se podrá descalificar al solicitante argumentándose falta de información,<sup>83</sup> lo que implica que forzosamente se le debe considerar en la licitación. Así, bastaría que la autoridad no previniera para que un licitante pudiera burlar las disposiciones legales.

Para definir si se otorga la concesión, la Cofetel debe valorar la congruencia entre el programa de concesionamiento de frecuencias de radiodifusión y los fines expresados por el interesado para utilizar la frecuencia para prestar el servicio de radiodifusión, así como el resultado de la licitación.<sup>84</sup>

<sup>81</sup> *Ibidem*, artículo 17-D.

<sup>82</sup> *Ibidem*, artículo 17-E. Parte de este artículo fue declarado inconstitucional.

<sup>83</sup> *Ibidem*, artículo 17-F.

<sup>84</sup> *Ibidem*, artículo 17-G. Parte de este artículo fue declarado inconstitucional.

Una vez concluido el procedimiento de licitación, queda sin efecto la garantía que se hubiera constituido para asegurar la continuidad del trámite de solicitud.<sup>85</sup>

Una vez que se acredite el pago de la contraprestación se emite el título de concesión. A su vez, se debe notificar a los participantes que no hubieran sido seleccionados, con fundamento en la misma resolución. Además, el título de concesión será publicado en el *Diario Oficial de la Federación*.<sup>86</sup>

Como violación a la seguridad jurídica, se establece que “cuando a juicio de la Secretaría”<sup>87</sup> las solicitudes presentadas no aseguren las mejores condiciones para la prestación de los servicios de radiodifusión, las contraprestaciones ofrecidas no sean satisfactorias o ninguna de las solicitudes cumpla con los requisitos exigidos en la convocatoria o las bases de licitación, se debe declarar desierto el procedimiento concesionario sin responsabilidad alguna para esa dependencia.<sup>88</sup> Lo anterior es un enunciado inútil en la ley, atendiendo al contenido del artículo 134 de la Constitución federal,<sup>89</sup> que obliga al Estado en las enajenaciones de bienes que realice, a buscar las mejores condiciones de disponibles, de lo que se infiere que, si este no es el caso, la licitación debe declararse desierta.

<sup>85</sup> *Ibidem*, artículo 17-H.

<sup>86</sup> *Ibidem*, artículo 17-J.

<sup>87</sup> Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

<sup>88</sup> Artículo 19, LFRT.

<sup>89</sup> Los párrafos segundo y tercero del artículo 134 de la CPEUM prescriben: “Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes; y cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado”.

Las concesiones y permisos en materia de radio y televisión deben contener el nombre del concesionario o permisionario; el canal asignado; la ubicación del equipo transmisor; la potencia autorizada; el sistema de radiación y sus especificaciones técnicas; el horario de funcionamiento; el nombre, clave o indicativo; término de su duración; área de cobertura; las contraprestaciones; la garantía de cumplimiento de obligaciones, y los demás derechos y obligaciones que se impongan a los concesionarios o permisionarios.<sup>90</sup>

En la ley existe un absurdo, ya que mientras en la Ley Federal de Telecomunicaciones, en los artículos 10, fracción III; 13, 22, 29 y 64, se alude al acto administrativo “asignación” cuando se trata de espectro para uso “oficial”, la Ley Federal de Radio y Televisión establece que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes puede otorgar “permisos” de estaciones oficiales a dependencias de la administración pública federal centralizada, a las entidades, a los gobiernos estatales y municipales y a las instituciones educativas públicas.

El absurdo consiste en que se trata a la administración pública como ente con “personalidad jurídica”, cuando en términos del artículo 25, fracción I, del Código Civil federal, la personalidad jurídica corresponde a la nación, a los estados y a los municipios; además, se olvida que la administración pública descentralizada depende en su totalidad del Ejecutivo, y que el propósito del servicio público es beneficiar a la colectividad, y por último, no se justifica la distinción entre “asignación” para los actos relacionados con la Ley Federal de Telecomunicaciones y “permiso” para los actos derivados de la Ley Federal de Radio y Televisión cuando en ambos casos se trata de entes públicos.

Pero, además, el régimen de “permisos” rompe con la igualdad ante la ley, porque para obtener el permiso oficial no sólo se debe cumplir con el contenido del artículo 20 de la ley, sino que además se le exige llenar todos los requisitos del artículo 21, de

<sup>90</sup> Artículo 21 de la LFRT. Aquí es importante aclarar que la Ley Federal de Radio y Televisión se refiere al título habilitante, no al acto administrativo concesión, si es que se pudieran diferenciar, como hemos propuesto.

elevada subjetividad,<sup>91</sup> con lo cual es menos favorable la posición del Estado frente a los particulares en materia de radio y televisión.

Se podrá alegar que es con la finalidad de evitar monopolios públicos; sin embargo, romper con la igualdad sólo favorece, como nuevo absurdo, a los monopolios privados.

Las características de la concesión o permiso no pueden alterarse sino por resolución administrativa o en cumplimiento de resoluciones judiciales.<sup>92</sup>

Los concesionarios que deseen prestar servicios de telecomunicaciones adicionales a los de radiodifusión a través de las bandas de frecuencias concesionadas deben presentar una solicitud, se les puede requerir el pago de una contraprestación.

En el mismo acto administrativo que autorice los servicios de telecomunicaciones se debe otorgar el título de concesión para usar, aprovechar o explotar una banda de frecuencias en el territorio nacional, así como para instalar, operar o explotar redes públicas de telecomunicaciones, en términos de la Ley Federal de Telecomunicaciones. Estos títulos sustituyen a la concesión, y se deben registrar por las disposiciones legales respectivas en materia de telecomunicaciones y radiodifusión.<sup>93</sup>

#### 4. *Terminación de concesiones y permisos*

Las causales para la terminación de una concesión o permiso, son: vencimiento del plazo establecido en el título o, en su

<sup>91</sup> Artículo 21-A, LFRT. Ese precepto exige absurdos, como coadyuvar al fortalecimiento de la participación democrática de la sociedad, garantizando mecanismos de acceso público en la programación; que dentro de sus facultades u objeto se encuentra previsto el instalar y operar estaciones de radio y televisión; acuerdo favorable del titular de la dependencia; en el caso de los gobiernos estatales y municipales, acuerdo del titular del Poder Ejecutivo del estado o del presidente municipal, según corresponda; acuerdo favorable del órgano de gobierno de que se trate, y documentación que acredite que el solicitante cuenta con la autorización de las partidas presupuestales necesarias para llevar a cabo la instalación y operación de la estación.

<sup>92</sup> Artículo 22, LFRT.

<sup>93</sup> *Ibidem*, artículo 28.

caso, en el permiso; renuncia del concesionario o permisionario; revocación; rescate, y liquidación o quiebra del concesionario o permisionario. La terminación de la concesión o del permiso no extingue las obligaciones contraídas por el titular durante su vigencia.<sup>94</sup>

La revocación consiste en una sanción jurídica que impone la autoridad ante la presencia de ciertas conductas que constituyen incumplimiento con la legislación aplicable.

Las causas de revocación son: no ejercer los derechos conferidos en las concesiones o permisos durante un plazo mayor de 180 días naturales, salvo que exista autorización por causa justificada; interrupciones a la operación de la vía general de comunicación o la prestación del servicio total o parcialmente, sin causa justificada o sin autorización; ejecutar actos que impidan la actuación de otros concesionarios o permisionarios; incumplir con las obligaciones o condiciones establecidos en los títulos de concesión y en los permisos; negarse a interconectar a otros concesionarios o permisionarios de servicios de telecomunicaciones, sin causa justificada; cambio de nacionalidad; ceder, gravar o transferir ilegalmente las concesiones o permisos, los derechos en ellos conferidos o los bienes afectos a los mismos, y no cubrir las contraprestaciones.<sup>95</sup>

La revocación y la caducidad de las concesiones sobre bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación las dictan las dependencias u organismos descentralizados que las otorgaron, respetando el derecho de audiencia. Si la declaratoria queda firme, los bienes materia de la concesión, sus mejoras y accesiones pasarán de pleno derecho al control y administración del concesionante, sin pago de indemnización alguna al concesionario.<sup>96</sup>

Las dependencias administradoras de inmuebles y los organismos descentralizados podrán rescatar las concesiones que

<sup>94</sup> Artículo 37, LFT.

<sup>95</sup> Artículo 38, LFRT.

<sup>96</sup> Artículo 18, LGBN.

otorguen sobre bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación, mediante indemnización, por causas de utilidad, de interés público o de seguridad nacional.<sup>97</sup>

#### IV. PROBLEMAS RELACIONADOS CON EL USO DEL ESPACIO RADIOELÉCTRICO

Con el marco legal de 2006 y la determinación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el acción de inconstitucionalidad 26/2006, parecería que el uso del espectro radioeléctrico carece de problemas.

No obstante, el sector parece contar con una vocación significativa para generar problemas. Además de la “doble ventanilla” entre la Secretaría de Comunicaciones y Transportes y la Cofetel, destacado ya por los especialistas; la judicialización de la competencia; de la convergencia que muestra las deficiencias de los mecanismos legales para permitir el acceso a las redes y equipos, y, por supuesto, el poder que han adquirido los medios de comunicación electrónicos, que los ubica como los verdaderos “factores reales de poder” en la asignación de espectro radioeléctrico, debemos destacar los que se relacionan directamente con el propio espectro radioeléctrico, que podemos ubicar como jurídico-formal, de gestión y político o de diseño institucional.

Aunque los temas del órgano regulador, la competencia y convergencia están en vías de solución, se debe destacar que la independencia del órgano regular ha llevado a situaciones de confrontación, que sólo pueden resolverse reforzando el papel de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes y eliminando algunas facultades que colocan a la Cofetel como una mini Secretaría de Telecomunicaciones, al mismo nivel del secretario del ramo, ubicándola en su naturaleza de órgano desconcentrad,<sup>98</sup>

<sup>97</sup> *Ibidem*, artículo 19.

<sup>98</sup> Como lo señala Jorge Fernández Ruiz: “...en el orden jurídico mexicano, la desconcentración administrativa consiste en el traslado parcial de la competencia y el poder decisorio de un órgano superior a uno inferior, ya sea

o en todo caso, elevando a la Cofetel al rango de órgano constitucional autónomo. Destaca que la independencia del órgano regulador depende de un buen esquema normativo y de órganos fuertes capaces de aplicarlo.

En lo que se refiere al aspecto jurídico-formal, el dominio público en materia de espacio aéreo es indiscutible; en el caso del medio en que se propagan las ondas electromagnéticas, también hay declaración legal;<sup>99</sup> sin embargo, no es lo mismo con el espectro radioeléctrico,<sup>100</sup> puesto que no existe declaración constitucional o legal expresa sobre el dominio público de este recurso “finito y limitado”, y tampoco se encuentra listado dentro de los bienes relacionados en los artículos 6o. y 7o. de la Ley General de Bienes Nacionales.

Esto es de trascendencia, ya que al no existir reserva constitucional o legal se infiere que el espectro radioeléctrico no está sujeto al dominio público, atendiendo al régimen exclusivo de competencias y al principio de legalidad para las autoridades. Así, el acto administrativo concesión sería inadecuado para permitir el acceso a este recurso público, atendiendo al principio jurídico de que para los particulares todo lo que no está prohibido está permitido.

preexistente o de nueva creación, dentro de una relación de jerarquía entre ambos, por cuya razón, el órgano desconcentrado se mantiene en la estructura de la administración centralizada. En la desconcentración administrativa, la normatividad, la planeación y el control, permanecen centralizados, no así la tramitación y la facultad decisoria que se transfieren al órgano desconcentrado”, *Derecho administrativo y administración pública*, México, Porrúa-UNAM, 2006, pp. 434 y 435.

<sup>99</sup> Véase el artículo 1o. de la Ley Federal de Radio y Televisión, que prescribe: “Corresponde a la Nación el dominio directo de su espacio territorial y, en consecuencia, del medio en que se propagan las ondas electromagnéticas. Dicho dominio es inalienable e imprescriptible”. Aunque esta declaración es imperfecta, porque el medio en que se propagan las ondas electromagnéticas es el espacio aéreo, con lo que resulta tautológica.

<sup>100</sup> Véase la nota 7 relacionada con la Ley Española 32/2003, General de Telecomunicaciones, que claramente establece que el espectro radioeléctrico es un bien de dominio público, cuya titularidad, gestión, planificación, administración y control corresponden al Estado.

En este sentido, es conveniente hacer la declaración expresa del dominio público sobre el espectro radioeléctrico en la Constitución y las leyes, o regresar a la autorización con elementos reglados como acto jurídico que permita la explotación de este bien.

En lo que se refiere a los problemas de gestión y político, éstos íntimamente relacionados con el aspecto jurídico-formal, porque depende de si el espectro radioeléctrico es un bien de dominio público de uso común o si es única y exclusivamente un espacio de energía que requiere de un bien de dominio público: el espacio aéreo, para propagarse. En el primer caso el papel del Estado es insoslayable, y estaría facultado para intervenir directamente en su gestión; en el segundo, se limitaría a las funciones de policía administrativa. Como se advierte, esa definición impactaría en la manera en que el Estado incide en el sector telecomunicaciones y el diseño de los órganos reguladores.

## V. CONCLUSIONES

*Primera.* Después de analizar brevemente la evolución histórica de las telecomunicaciones, asentamos que el estudio del espacio radioeléctrico, en lo particular, y de las telecomunicaciones, en lo general, se puede abordar desde el punto de vista político, económico, sociocultural, científico-tecnológico y jurídico. Advertimos la existencia de la autorización como “título habilitante”. Lo anterior nos llevó a establecer la hipótesis de los títulos habilitantes como soportes físicos del acto administrativo concesión.

*Segunda.* Acreditamos que para el uso del espectro radioeléctrico se establece un contexto constitucional que pasa por el uso democrático del poder en beneficio del pueblo; el dominio directo del entorno de propagación del espacio radioeléctrico; la rectoría económica del Estado en la materia, con una serie de principios que orientan esa actividad; la planeación democrática, y la sujeción de los “títulos” —las concesiones— a las leyes.

Consideramos, en términos de las normas constitucionales, que el espacio aéreo forma parte del territorio nacional, y que,

además, se integra al dominio público. Destacamos que el espacio aéreo es donde se propaga el espectro electromagnético, del cual forma parte el espectro radioeléctrico, y advertimos una carencia: el espectro radioeléctrico no forma parte del dominio público.

*Tercera.* Después de estudiar el tema de la autorización y el acto administrativo como títulos habilitantes, nos pronunciamos por evitar la tentación de confundir la norma general, abstracta e impersonal, con el acto de individualización o aplicación de la norma, que puede ser discrecional o no; advertimos que en el supuesto de aceptar la terminología del “acto administrativo” como “título habilitante” cabría, para efectos de su operación, distinguir entre la manifestación de la voluntad y el “instrumento” en el que se manifiesta, esto es, entre la decisión de autoridad y la manera en que aparece a la vida jurídica en un oficio, resolución, título, registro, etcétera. Así, estimamos inadecuado nominar de manera indiscriminada a cualquier “acto administrativo” o instrumento jurídico como “título habilitante”. Lo que refrendamos de un análisis de las concesiones y permisos en el régimen legal mexicano.

*Cuarta.* Destacamos entre los problemas del sector la “doble ventanilla” entre la Secretaría de Comunicaciones y Transportes y la Comisión Federal de Telecomunicaciones; el de la competencia, y el de la convergencia; además, estimamos que se debe reforzar el papel de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, y eliminar algunas facultades que colocan a la Cofetel como una mini Secretaría de Telecomunicaciones.

Señalamos en materia de uso del espectro radioeléctrico tres aspectos problemáticos: el jurídico-formal, de gestión y político o de diseño institucional. En el primer caso destacamos que el espectro radioeléctrico carece de declaración constitucional y legal expresa, por lo que la concesión es inadecuada para permitir el acceso a este recurso público. Así, nos pronunciamos por que se haga declaración expresa en la Constitución y la ley sobre el dominio público del espectro radioeléctrico o se retome la figura

de la autorización reglada; además, mencionamos que los problemas de gestión y político están íntimamente relacionados con el aspecto jurídico-formal, porque depende de la definición que se adopte del espectro radioeléctrico la gestión y el diseño de los órganos reguladores.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ DE CASTILLA, Clara Luz, *Derecho de las telecomunicaciones*, México, Cámara de Diputados, LX Legislatura-Miguel Ángel Porrúa, 2008.
- CERRONI, Umberto, *Política. Método, teorías, procesos, sujetos, instituciones y categorías*, 4a. ed., México, Siglo XXI, 2004.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho administrativo y administración pública*, México, Porrúa-UNAM, 2006.
- FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, 39a. ed., rev., y act., por Manuel Fraga, México, Porrúa, 1999.
- FIORINI, Bartolomé A., “Noción funcional de la concesión, la autorización y el permiso”, *Revista de Derecho y Administración Municipal*, Buenos Aires, núm. 178, diciembre de 1944.
- FUENTEPAJA PASTOR, Jesús Ángel, *Elementos autorizatorios y concesionales en los títulos habilitantes (evolución del modelo comunitario de acceso al mercado de las telecomunicaciones)*, en [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/2003\\_160\\_087.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/2003_160_087.pdf), consultada el 1o. de abril de 2009. Documento en poder del autor.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo II*, 10a. ed., Thomson-Civitas, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las impunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno poderes normativos)*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1979.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, *El acto administrativo*, 7a. ed., México, UNAM-Porrúa-Fundación de Derecho Administrativo, 2004.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., México, Gernika, 2000.

- PIEDRAS FERIA, Ernesto, “Conceptos económicos básicos de las telecomunicaciones”, en GONZÁLEZ LUNA BUENO, Federico *et al.*, *La regulación de las telecomunicaciones*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007.
- RAMOS MATEOS, José Leonardo, “La convergencia tecnológica”, en GONZÁLEZ LUNA BUENO, Federico *et al.*, *La regulación de las telecomunicaciones*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007.
- RODRÍGUEZ GALLARDO, Adolfo, *Tecnologías de la información y brecha digital en México 2001-2005*, México, UNAM, 2005.
- SOLA POOL, Ithiel (ed.), *Tecnología sin fronteras*, ELI M. Noam (comp.), México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- WEBER, Max, *Estructuras de poder*, México, Ediciones Coyoacán, 2004.