

### TERCERA SESIÓN DEL SEMINARIO ANÁLISIS DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES RELEVANTES. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 26/2006 (CASO “LEY DE MEDIOS”) DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN; CON EL DOCTOR CÉSAR EMILIANO HERNÁNDEZ OCHOA COMO INVITADO

*Dr. Ibarra Palafox.* Muy buenos días a todos, alumnos del doctorado, visitantes y medios de comunicación, gracias por acompañarnos en esta tercera sesión del seminario de casos relevantes que tenemos en el Instituto de Investigaciones Jurídicas. En esta ocasión comentaremos la sentencia de la SCJ con el motivo de la denominada “ley de medios”. Para hacer los comentarios, nuestro invitado en esta ocasión, el doctor César Emiliano Hernández, hará una presentación de los temas más relevantes de la sentencia, los temas que son significativos destacar. Inmediatamente después pasaremos a una reflexión sobre aquellos temas que se hayan puesto sobre la mesa, si los hubiera, por parte de los participantes en el seminario.

El doctor César Emiliano Hernández Ochoa es licenciado en derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM, tiene una Maestría en Derecho en Fletcher School of Law and Diplomacy y es doctor en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; actualmente es investigador en el Centro de Investigación para el Desarrollo (CIDAC) y especialista en temas de comunicación. Su disertación doctoral, precisamente, versó sobre temas modernos y contemporáneos de las telecomunicaciones y el derecho a las telecomunicaciones en México.

*Dr. César Emiliano Hernández.* Le agradezco al doctor Ibarra la invitación a participar en este seminario. Quisiera hacer, de alguna manera, una presentación muy breve de las diferentes etapas en las que se fue desarrollando la acción de inconstitucionalidad 26/2006, en donde la Suprema Corte se pronunció sobre una serie de temas incluidos en las reformas a la Ley Federal de Telecomunicaciones y a la Federal de Radio y Televisión, que tuvieron lugar a principios del 2006.

Para explicar y atender a las diferentes cuestiones importantes que se manifiestan en esta sentencia, es muy importante hablar del contexto en el que se dio, porque las reformas legales y la acción de inconstitucionalidad fueron, probablemente, de las acciones legislativas y judiciales más relevantes de los últimos años, capturando la atención de los medios públicos de comunicación e involucrando a muchos de los grandes actores políticos e intelectuales que estuvieron en debate constantemente.

¿Qué es lo que hacía que estas reformas fueran tan importantes? Bueno, el primer factor fue que en el caso de telecomunicaciones, radio y televisión había habido lustros sin alguna reforma importante; en el caso de las telecomunicaciones, en particular, la Ley Federal de esta materia, de 1995, no había tenido ninguna reforma a pesar de que había habido más de 15 intentos de hacerlo, y muy serios algunos de éstos, sobre todo en 2001 y 2002.

Por otra parte, la Ley Federal de Radio y Televisión tenía décadas sin haber sido tocada, y reflejaba una filosofía regulatoria diferente en razón del objeto de repercusión social que la radiodifusión tiene. Los medios masivos, la televisión y la radio son escuchados por la mayoría de la gente, mientras que las telecomunicaciones, en un sentido estricto, como la telefonía, son vistas más como un medio para transmitir mensajes privados de otro tipo. Esta concepción ha cambiando, y parte de este cambio se reflejó en estas reformas que, de alguna manera, reconocían que había una convergencia, y que correspondía acercar partes de la regulación de la radio y televisión a la forma como se daba la regulación en telecomunicaciones.

Los dos grandes ejes que podrían caracterizar a las reformas legales que se aprobaron el 11 de abril del 2006 a las telecomunicaciones y a la radiodifusión tienen que ver, uno con la autonomía del órgano regulador, en este caso la Comisión Federal de Telecomunicaciones, y al hacer a este órgano no sólo el regulador de telefonía, como ya lo era, sino también el regulador de la radiodifusión, de la radio y televisión abierta; por el otro lado, someter a toda la materia de radiodifusión a muchas de las reglas especiales que se aplicaban en materia de telefonía y telecomunicaciones en sentido estricto, con el objeto de quitar la discrecionalidad para los procesos de otorgamiento de concesiones y permisos, darle algunas de las facilidades que tenía la Ley

Federal de Comunicaciones a la hora de acceder a nuevas ofertas de espectro radioeléctrico y a poder cambiar este espectro para utilizarlo en otros servicios.

Estas reformas tenían muchos aspectos controvertidos y, quizá, la situación más controversial era que algunas de las disposiciones que ya se había reconocido que necesitaban ser reformadas en la Ley de Telecomunicaciones se estaban extendiendo a la radiodifusión sin un sentido crítico, es decir, cuestiones como las establecidas por un transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones que permitía que los concesionarios de servicios de telecomunicaciones pudieran cambiar, de una manera discrecional, el uso del espectro que les había sido concesionado para nuevos servicios con una simple autorización del regulador y con discrecionalidad también a la hora de decidir si se apegaban o no a una contraprestación; en otras palabras, se le estaba pasando a la radiodifusión el ámbito de las reglas características de telecomunicaciones, sin corregir los defectos que se habían observado en el marco de telecomunicaciones y, en algunos casos, introduciendo defectos nuevos.

Había mucha crítica alrededor de este proceso; parte de esta reticencia y carácter crítico con el que fueron vistas las reformas tenían que ver con la forma tan acelerada en la que se aprobaron —once minutos por la Cámara de Diputados—, en donde, incluso algunos de los que después se opondrían, en ese momento votaron a favor unánimemente. Existía una gran presión de los grandes radiodifusores para que los proyectos de reforma salieran rápidamente; el Senado, como cámara revisora, mostró reservas en hacer cambios al proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, y parecía que la consulta estaba cubriendo las formas más que las dudas razonables.

Todo esto desemboca en que, cuando se aprueban finalmente las reformas, varios de los senadores, incluso los que habían votado a favor, deciden presentar una demanda para pedirle a la Corte que se inicie una acción de inconstitucionalidad. El caso es admitido para someterse a revisión en mayo de 2006, y, dándole gran importancia, es resuelto hasta después de un año.

La acción de inconstitucionalidad del 26 del 2006 asentó muchas pautas y precedentes para la transparencia, fue un procedimiento innovador que abrió brecha para otros procesos judiciales. La atención

y crítica pública enmarcaron el procedimiento y, en un caso inusual, el proyecto de sentencia elaborado por el ministro Aguirre Anguiano fue distribuido a los ex senadores que habían iniciado la controversia y que ya habían dejado su cargo. Se publicó en la página de Internet de la Suprema Corte, así que todo el mundo pudo tener acceso a los conceptos y a lo que se estaba resolviendo.

El debate fue televisado, y las versiones estenográficas de la discusión se redactaron rápidamente para ponerse a disposición del público por medio de la página de Internet, logrando de esta forma un proceso transparente y eficiente. Las discusiones tuvieron lugar a lo largo de varias sesiones, comenzando el 21 de mayo y terminando el 7 de junio del 2007. El engrose fue publicado el 20 de agosto del mismo año.

Otro de los aspectos de mucho interés en el tema, fue la ausencia de dos de los ministros; el primero de ellos, José Ramón Cossío, quien pidió que se considerara la posible procedencia de impedimento, cuestión que la mayoría advirtió como cierta, y con base en tal criterio, el ministro se excusó de participar en el debate y resolución. El segundo faltante fue el ministro Gudiño Pelayo que se encontraba enfermo. Apostillados en la circunstancia de dos ausencias, los votos que se necesitaban para emitir una sentencia que tuviera efectos y echara abajo algunas de las disposiciones de la ley, eran prácticamente los de todos los ministros presentes, y se comentaba informalmente en los medios que era muy difícil que se alcanzara ese grado de consenso, más aún considerando que la Corte, en los últimos años, ha evidenciado un gran número de votaciones divididas, en los que estos grupos de ocho o nueve votos juntos son difíciles de encontrar; pero esta sentencia también marcó una brecha en este sentido, siendo que, a pesar de los vaticinios, los precedentes de la Corte y la dificultad específica del asunto, se pudieron reunir los ocho votos necesarios en varias de las disposiciones.

Cuáles eran los temas básicos de la sentencia, es una cuestión discutida por muchos de los especialistas; si se echó abajo mucho o poco de lo que se había reformado es otra cosa que se discute; los comentarios de algunos de los impugnadores de estas reformas, como fue el ex senador Javier Corral, por ejemplo, decían: “bueno, nos dieron la razón en gran parte de los argumentos de inconstitucional-

dad que hicimos, y se echaron abajo las disposiciones fundamentales de la ley”; si leemos lo que han escrito algunos de quienes defendían estas reformas, dicen: “no, en realidad fueron cambios mínimos”; incluso hubo la declaración de un funcionario diciendo que eran *cam-bios cosméticos*, pero éste no es necesariamente el caso. Mi opinión es que la Corte hizo un trabajo bastante decente, quitó lo que había que quitar y dejó gran parte de lo que había que dejar; aunque en algunos puntos en específico se puede tener discrepancias, yo creo que en general la decisión sacó lo mejor, tomando en cuenta que no contamos en México con tribunales especializados en materias de competencia o de regulación que depuren y permitan que muchos de estos argumentos se decanten para que un juez constitucional se pueda pronunciar sin tener que meterse a las minucias regulatorias.

Otro de los elementos novedosos de la forma en que se resolvió y se procesó este caso fue que en las primeras dos sesiones en las que la Corte lo revisó, se dio entrada a la exposición de peritos provenientes de la UNAM e IPN, especialistas en la materia de telecomunicaciones; con esto, la Corte, de alguna manera, estaba adelantándose a posibles objeciones que pudieran suscitarse, como en otro de los casos en que se discutieron disposiciones de materia de salud y el Ejército, en los que fue criticada la Corte por algunos comentaristas, diciendo que no se ha escuchado la opinión de expertos.

¿Cuál es el tema central de la sentencia?, puede ser vista como una sentencia a favor de la competencia y, de hecho, así fue vista en muchos de los medios internacionales. Este es uno de los pocos asuntos ocurridos en México que ha llamado tanto la atención internacional, y de los escasísimos casos judiciales que en los últimos años han ventilado el *New York Times* y el *Wall Street Journal*; por otra parte, a nivel nacional, algunos comentaristas le dieron mayor peso a los pronunciamientos de la Corte en materia de la función social de la radiodifusión, en términos de la libertad de expresión y de otro tipo de derechos fundamentales.

La sentencia trata de armonizar los principios constitucionales de la libre competencia con otros principios de carácter más político-cultural, relativos a la libertad de expresión u otros derechos fundamentales; en sus considerandos hace expresa esta voluntad de no limitarse a ser una sentencia que se pronuncia en términos de competencia

económica; trata de ligar este tipo de cuestiones con cuestiones de responsabilidad social de los medios y de su función social.

La sentencia revisa y se pronuncia sobre muchas cuestiones importantes, pero quizá debamos destacar los aspectos referentes a la regulación del sector telecomunicaciones que, finalmente, era éste el que estaba más interesado en tal resolución. Desde mi punto de vista, lo más trascendente de la sentencia son los pronunciamientos que se hacen a favor de la libre competencia; este punto tiene particular relevancia porque en el sector de las telecomunicaciones, en los últimos 15 años, gran parte de la regulación de carácter económico ha sido suspendido en tribunales, juzgados y tribunales de amparo, y el esfuerzo de promoción de competencia ha quedado suspendida. En este sentido, el hecho de que la Suprema Corte, como cabeza del Poder Judicial Federal, se pronunciara y dijera “esto es muy importante; que no haya este acaparamiento de medios; que se garanticen condiciones de equidad en la competencia, y esto nos importa a nosotros”. Me parece que mandó un mensaje de carácter sistémico que va a tener efectos positivos sobre mucha de la regulación y sobre la posibilidad del Estado de realmente regular de una manera más efectiva el sector.

Otra cuestión importante que muestra de manera específica los mecanismos de los cuales se valió tanto el legislador como la Corte para darle mayor fuerza a esta regulación de la competencia y la economía, se manifiesta en una de las partes de la reforma legal en donde se decía que la participación en licitaciones de espectros por los radiodifusores iba a estar sujeto a “solicitud de opinión favorable de la Cofeco”; protestó el presidente de la Comisión Federal de Competencia de una manera muy publicitada y, finalmente, la Corte echa abajo la parte de la ley en donde se había puesto “solicitud de...”, y dejó, nada más, “opinión favorable de la Comisión Federal de Competencia”.

Otros dos de los artículos importantes que se invalidan, como resultado de la sentencia de la Corte, fueron el artículo 28 y el 28A; estos artículos, sobre todo el 28, repetían una formulación que ya estaba en la Ley Federal de Telecomunicaciones y que, básicamente, establecía que el concesionario de la radiodifusión, por ejemplo una empresa como Televisa o TV Azteca, puede ir ante la Comisión Fe-

deral de Telecomunicaciones y decir, “sabes que tengo un espectro que está autorizado para estos servicios y quisiera que ahora me dejaras usarlo para otros servicios”. Esto es relevante porque, en el tiempo actual, sabemos que el espectro de la radiodifusión se puede volver muchísimo más valioso si se puede usar, también, para Internet o para telefonía; estas frecuencias tienen un valor económico mucho mayor si hay la posibilidad de usarla para nuevos servicios. Este procedimiento no es precisamente malo en sí, la convergencia tecnológica, por medio de los principios que están a su alrededor, nos dice que debemos permitir que el espectro se use para cosas más valiosas; lo que era cuestionable es que mientras el resto de los procedimientos, por ejemplo para acceder al espectro, dependían de que los concesionarios tuvieran que participar en licitaciones, que hubiera condiciones de equidad, que hubiera pronunciamientos de la Comisión Federal de Competencia, para este procedimiento prácticamente sólo tenía que ir el concesionario con los funcionarios de Cofetel para conseguir que se diera esta autorización. Además, en la formulación que se usa en la ley, se dice “para lo cual se podrá pagar una contraprestación”, es decir, podrá sí o podrá no ser pagada esta contraprestación. La Suprema Corte consideró que este atajo para llegar a nuevos usos del espectro era inaceptable e invalidó el artículo 28 de la Ley de Radio y Televisión.

Otro de sus pronunciamientos tuvo que ver con el uso de subastas en las licitaciones de espectro para la radiodifusión. La experiencia en materia de comunicaciones es que gran parte de los nuevos servicios que vemos, los servicios que están dando muchas de las telefónicas celulares, fueron concesionados a través de licitaciones que se hicieron, fundamentalmente, a partir de 1998, licitaciones de las cuales el Estado obtuvo una gran cantidad de dinero. Se utilizaron mecanismos que se emplean en otros países, algo que se conoce como *subastas simultáneas ascendentes* que, básicamente, son mecanismos complejos de teoría de juegos para asignar derecho sobre ciertas cuestiones. En este punto, la Suprema Corte reconoció la validez del procedimiento de licitación, pero eliminó la parte del procedimiento en el que decía que las licitaciones se decidirían a través de subastas; de ahí se generó una argumentación muy interesante, una de las más complicadas probablemente, de la figura que se extendió a lo largo de dos sesio-

nes, en donde se dieron debates muy “tensos”, según las mismas palabras del ministro Azuela. Finalmente se decidió invalidar, dijeron “bueno, subasta y licitación”, así pronunció la sentencia, “son dos términos diferentes, se produce confusión, la subasta, finalmente, es una puja donde se decide por una situación económica quien se lleva una concesión, mientras que la licitación sí es un procedimiento que está regulado de una manera diferente, que tiene valores que van más haya de lo meramente económico”.

El ministro presidente Guillermo Ortiz Mayagoitia se pronunció en el sentido de que los principios del artículo 128 constitucional en materia de licitaciones, de alguna manera, habían desterrado el uso de subastas; la ministra Luna Ramos señaló que había una incertidumbre sobre la naturaleza jurídica de la contraprestación, si era un derecho, si era un aprovechamiento, que esto metía mucho ruido también en esta mezcla de figuras que se estaba dando en el artículo que regulaba las licitaciones. Así es que se elimina la parte de subastas, decisión que, desde una perspectiva personal, me parece que es una de las partes problemáticas en términos de la eficiencia; yo creo que todos los procedimientos de licitación que usaron *subastas simultáneas ascendentes* en telecomunicaciones fueron muy exitosos y acabaron asignando derechos a nuevos participantes, una situación benéfica para la competencia.

En el uso de la palabra *subastas*, tampoco a mí me parecía tan clara su distinción conceptual, ni revisando diccionarios jurídicos, ni revisando el uso normal de los términos. Se me hace paradójico que ha habido premios Nobel de economía que se otorgan por el buen diseño de este tipo de mecanismos; el de este año, incluso, se otorgó a tres grandes economistas que contribuyeron al diseño de subastas para asignar el tipo de derechos, ¿y que nosotros hayamos pronunciado en contra?; pero lo veo como un mal menor, en realidad las subastas o las licitaciones pueden estar mejor o peor diseñadas, pero incluso en una licitación de un tipo tradicional donde se use un sobre cerrado, como los que se prevén en el artículo 128 de la Constitución, puede haber una solución realmente óptima; el caso que vimos recientemente de la licitación de Aeroméxico nos muestra que una *subasta simultánea ascendente* no hubiera tenido los problemas que se vieron en una licitación llevada a cabo este año por el IPAB, en donde

un minuto después, uno ofrece más que el otro, pero por llegar un minuto tarde se acaba aceptando una oferta inferior; esto es una discusión muy técnica, el punto es que éste fue otro de los procedimientos de la Corte, y que se invalidó el uso de subastas como medio para adjudicar las licitaciones de concesiones de espectro de radiodifusión.

Uno más de los temas en que se pronunció, fue el de los procedimientos para otorgar permisos en materia de radiodifusión. En este punto, creo, la Corte fue muy atinada, con una tradición administrativa muy loable de eliminar todos los rezagos de discrecionalidad que estaban puestos en la forma de cómo se habían formulado las leyes, esto de que “el Estado podrá”, o “la Comisión Federal de Telecomunicaciones podrá a discreción llamar a los solicitantes de permisos y entrevistas”, o “podrá exigirles requisitos que no están incluidos en la ley, y que no están especificados desde antes”; realmente, dejaba márgenes de discrecionalidad que parecen comunes en el sector de telecomunicaciones, pero que no son de ninguna manera deseables.

En la sentencia se corrigió la última parte, que también fue un procedimiento importante, es algo que todavía estamos viviendo y que pareciera que ahora va a estar puesto a consideración de la corte por la vía de amparo; es el tema de la autonomía del órgano regulador. La corte en su sentencia, básicamente, siguió los precedentes que habían establecido una semana antes a la hora de revisar casos similares, relativos a la autonomía de Notimex y la autonomía de la Cofeco; siguiendo estos precedentes, lo que dijo fue que en el caso de los órganos desconcentrados no era válida la participación del Senado a través de la figura de objeción o la no objeción en la designación de los miembros del órgano regulador de telecomunicaciones, en este caso el Cofetel. Éste es un caso relevante porque para la conformación actual de la Cofetel se presentaron amparos en donde candidatos que habían sido rechazados por el Senado, cuestionaron la objeción que les hicieron los senadores y que, actualmente, se sigue considerando por tribunales; todavía el viernes pasado un tribunal colegiado, básicamente, decidió pedirle a la Corte que atrajera este caso por su importancia. Lo que la Corte está haciendo es validar varias de las disposiciones que fortalecían o apuntaban esta autonomía del órgano regulador.

Las reformas de abril del 2006 transferían las facultades en materia de radiodifusión de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes a este órgano regulador de la Cofetel, y las ponían en ley; esta transferencia de facultades es a un órgano que sí está jerárquicamente subordinado y que cuenta con muchas facilidades que lo hacen ser más autónomo. También fue reconocida la designación de comisionados por plazos fijos de ocho años. Estas disposiciones, realmente, hacen al órgano regulador muy independiente, a tal grado que para ejemplificarlo, podemos ver algunas declaraciones que hizo el presidente Felipe Calderón a principios de este año, en donde los medios de comunicación le preguntaban, “bueno y por qué no licita usted una tercera cadena nacional de televisión”, y el decía “no puedo”, y en realidad no puede hacerlo, es una facultad que hoy en día le pertenece a la Comisión Federal de Telecomunicaciones, y tampoco puede remover a los comisionados. Dentro de la ley, y también fue sostenido como válido por la Suprema Corte, hay una garantía que dice que sólo pueden ser removidos por causa grave que pueda ser calificada como tal.

Hay que decir que hubo secuelas; después de la acción de inconstitucionalidad, los senadores retomaron varios de los procedimientos que hizo la Suprema Corte sobre temas de la función social de la radiodifusión y comienza un proceso, vigente aún, que lo que busca es atender algunas de las cosas que señaló la Corte. El tema de los medios públicos en las leyes federales de telecomunicaciones y la radio y televisión es un proceso que se espera arroje frutos para el primer tercio del siguiente año.

Finalmente, desde la perspectiva de la función social de la Corte en la sociedad mexicana, la sentencia emitida sobre esta acción de inconstitucionalidad legitimó enormemente a la Suprema Corte con la población; fue vista como un poder autónomo, independiente y capaz de resistir presiones muy fuertes. Desarrollaron, para la perspectiva pública, un trabajo mucho más eficaz que el hecho por el Poder Legislativo el cual, de alguna manera, transigió en muchas de las cuestiones que les fueron planteadas. Gracias.

*Dr. Ibarra Palafox.* Quisiéramos pasar a la sesión de intercambio de opiniones, de tal forma que esta mesa adquiera la calidad de seminario, hay una serie de temas que el doctor Hernández ha destacado.

Entre ellos, son dignos de subrayar los temas de la competencia, muy significativos en esta sentencia de la Suprema Corte de Justicia; los temas de la función social y de la armonización que se hace de diversos derechos en la sentencia, me parecen también muy importantes. Efectivamente, percibo en el texto de esta resolución esa armonización de diversos derechos como los de libertad de expresión, derechos de los pueblos indígenas para acceder a los medios de comunicación, el derecho a la información, la autonomía de la Cofetel, etcétera. Doctor Natarén, no sé si usted quiera agregar alguno más. Es más, está abierta la mesa para tener opiniones sobre el documento; inclusive podríamos dejar al final, si ustedes están de acuerdo, la discusión sobre la forma del documento, para también abordar estos temas que sí han sido relevantes en la mesa.

*Dr. Imer Flores.* Yo estoy de acuerdo en lo referente a eliminar la parte potestativa discrecional de “podrá”, como “podrá”, no “podrá”; te dejan unos criterios muy subjetivos, “al enemigo no, a esa televisora o radiodifusora que nos pega no hay que renovarles... a estos sí”. Me parece que fue un gran acierto de la Corte decir que esto no era en estándar suficiente.

Del tema de la subasta, que era un tema menor, a mí me parece que la decisión es buena en el sentido de que subasta, como tradicionalmente se entiende, es una imagen muy simple: “el que ponga más lana ese gana la subasta”, y tú estás haciendo referencia a otro tipo de subastas, en donde se valoran otro tipo de aspectos, buscando una eficiencia, no estrictamente económica, una eficiencia mayor, y en ese sentido no tendría nada en contra de la subasta; pero tal como estaba planteada en la ley, que hablaba nada más de subastas, y a mí me da a pensar que nada más es para aquel que da más dinero, con lo cual hay un problema de equidad, de que siempre las televisoras se darán para los opulentos, y los paupérrimos no alcanzaremos a tener una televisora o una radiodifusora; coincido, de alguna forma, con que el tema de Aeroméxico queda como una cuestión muy rara en este contexto, si lo que no queremos son subastas económicas, pero bueno, habría que revisar subastas técnicas eficientes y, bueno, “te voy a pasar el dinero, hasta donde entiendo, en efectivo, te lo voy a pagar en plazos, en abonos y descontados, y no sé qué”; como que no suena muy eficiente este otro criterio, entonces me parece que la

decisión de la Corte de limitar las subastas, que yo entendería como muy simplistas, me parece que es acertado, habría que exigir ciertos tipos de estándares más adecuados para decir cuándo una subasta sí sería válida, con criterios suficiente y no nada más económicos, sino con algún otro tipo de eficiencia técnica o eficiencia social.

Con relación a lo de la autonomía, me parece que tanto de un lado como del otro se podría discutir; tanto esto de que el Senado se involucre para hacer una injerencia, como por el otro lado, el nombramiento directo por parte del presidente. Lo que me parece interesante es que la Corte ha recalcado mucho la importancia de la autonomía de los diferentes poderes, y que no infieran unos en otros, entonces, en ese sentido, sí se le está dando mucho peso para que a la decisión del Ejecutivo no se meta el Legislativo. Siguiendo la línea que ha llevado, creo yo, protegiendo a los tribunales locales para garantizar que la autonomía del Poder Judicial sea tal, y que no dependa del Ejecutivo; eso está reflejado en los casos de la ratificación de algunos magistrados a los cuales no se les han explicado las razones de por qué sí, o por qué no se les ha ratificado.

*Dr. César Emiliano Hernández.* Coincido con el tema de la licitación y la subasta, sí me parece que “da” para incluirlo, sin embargo, creo que, por ejemplo, al ver uno de los diccionarios jurídicos mexicanos, para este ejemplo, publicado por el IIJ, estos términos siempre remiten al otro: “*licitación*, véase *subasta*”; no es tan clara la diferenciación. Sí es cierto que, en el sentido común de los términos, la Suprema Corte, a la hora de revisar este tema, lo que dice es: “licitación se entiende como un concurso que permitirá definir el otorgamiento de la concesión atendiendo las propuestas presentadas”; las subastas, dice, “es una puja en la que el comprador será el que más dinero ofrezca”; yo tampoco estoy de acuerdo con la subasta. Me hubiera gustado que hubieran más, con referencias a todo este tema de subastas, que es el tema que se ha discutido en la economía regulatoria, el uso de éstas, como una forma más eficiente de hacer que el Estado obtenga la mayor contraprestación, o si de alguna manera se cuida que lleguen las personas que deben de llegar a la parte final; es importante que el Estado reciba una mayor contraprestación en algún momento dado, y siempre y cuando se cumplan una serie de criterios técnicos de carácter especial. En algunos casos se podrá hacer licita-

ciones, en donde no se considere en absoluto el criterio económico, y eso se ha hecho en muchos países, y es algo sano cuando quiere la autoridad poner ciertos medios públicos en manos de grupos en desventaja.

La parte que me genera un poco de problema con la forma en que la Corte se pronunció, es en la que se eliminan tan tajantemente las subastas al decir que es inconstitucional, cerrando los otros aspectos buenos; si por subasta se entiende nada más las pujas en que el vencedor sea el que más dinero ofrezca, pues sí, eso está bien que se elimine; pero a la hora que uno se va a los considerándos y ve la forma tan fuerte como se condena, me preocupan las partes buenas, que de alguna manera son otro tipos de subastas más complejas, que sí pueden ser útiles, y que son, yo creo, mucho más avanzadas que el cerrado previsto en el artículo 128 de la Constitución que sí es constitucional, y es el que decide sobre el asunto de Aeroméxico, finalmente.

*Dr. Imer Flores.* Habría que insistir en lo siguiente; hay que ser muy claros en lo que dice la Corte, “no a las subastas, definiendo éstas como el que ofrezca más dinero”, a mí eso me dice que, si actualmente me propones otros esquemas de subasta en el cual el criterio sea totalmente diferente a esa redacción, es perfectamente válido, entonces yo diría que la Corte no dijo que todas las subastas son inconstitucionales; dijo que ese tipo particular de subastas, en las que el que ponga más lana es el ganador, son inconstitucionales, porque es la que no va a atender a otros propósitos que debe tener la Constitución; es decir, a mí me encanta leer entre líneas, dijeron que una subasta es inconstitucional si tiene estas características, y dejaron entrever, posiblemente, que algún otro tipo de subasta que no caiga en esta definición, habría que revisarla; no lo dicen así, pero eso es lo que queda abierto en la discusión.

*Dr. César Emiliano Hernández.* Esa sería la interpretación que me parece es la mejor, la más conducente a nuestro orden constitucional; de alguna manera, también apoya una administración, una cuestión más moderna de los asuntos públicos.

Respecto a la autonomía de poderes, creo que es indudable la defensa que la Suprema Corte ha hecho de la autonomía de los poderes judiciales locales, eso no tiene la menor duda, y también hay que

decir que en la defensa existió una tentación muy fuerte desde que se discutió el caso Notimex y el caso de la Cofeco; una semana antes de que comenzara a discutirse el caso de la ley de medios, en donde varios de los ministros comenzaron a hablar sobre la doctrina de administraciones independientes, se empezó a gestar esta doctrina del derecho administrativo comparado, que es mucho más elaborado; finalmente, la Corte se decanta por una formulación más tradicional que está enraizada en nuestras doctrinas, esta distinción entre organismos descentralizados, órganos desconcentrados y las características que la doctrina y la jurisprudencia les asigna, y por ahí encuentra un consenso de estos ocho votos que se necesitaban para sacar declaraciones de validez o invalidez a la luz de la Constitución, las disposiciones de la ley; no es, quizá, la formación más moderna, pero es congruente con nuestra tradición y con la certidumbre jurídica.

*Dr. Raúl Jiménez.* Quisiera centrar mis comentarios en dos puntos concretos, expresando por anticipado que comparto plenamente las consideraciones que se han hecho sobre la mesa; el primer punto es el relativo a la distinción semántico jurídica y operacional de subasta *versus* licitación pública; me parece que no estuvo en el fallo de la Corte perfectamente hecha la disección de la figura de la licitación pública, como el eje rector de todos los procedimientos de acceso a mercados que tiene el Estado mexicano por la vertiente de los actos administrativos que le son propios, es decir, podría decirse, en forma genérica, que la licitación pública es el vehículo único, habría que preguntar si es exclusivo y excluyente, a través del cual el Estado mexicano, en su conjunto como Estado general, entra en contacto con los agentes de la economía para efecto de celebrar todos los actos que requiere para el cumplimiento y el desarrollo eficiente y asertivo de sus funciones. A mí me parece que aquí hay un debate de mucho fondo, que pasó de noche en esta discusión en el pleno de la Corte; yo creo que la licitación pública sí está, hoy por hoy, enfocada como el mecanismo de acceso a los mercados por parte del Estado mexicano; y a la luz de lo anterior, cualquier otro concepto, se llame como se llame, no responde a la tipología y a la morfología jurídica constitucional de la licitación pública. Tal cual está caracterizada en el artículo 134 de la carta magna, carece de soporte jurídico, carece de legitimidad constitucional. Me pareció entender que alguno de los co-

mentarios en los votos concurrentes del ministro Góngora tienden a resaltar este aspecto que, lamentablemente, se dejó pasar de noche en este esplendido fallo que nos otorgó el pleno de la SCJN; naturalmente, no pondría en tela de duda la pertinencia, la legitimidad, la validez y la eficacia operacional instrumental de la figura de la subasta para otros propósitos que no quepan dentro del ámbito de aplicación material de la normatividad emanada del artículo 134 constitucional, por ejemplo, las subastas de tipo judicial, las subastas inherentes al proceso de la vía de apremio o la acción ejecutiva de sentencias elevadas a la categoría de cosa juzgada, eso no pasa por el filtro de esta normatividad vigente a partir de 1983, plasmada en el 134 constitucional.

Mi segundo comentario se refiere a la circunstancia de que esta sentencia es más paradigmática y emblemática que las sentencias que le precedieron alusivas al tema de organismos desconcentrados de la administración pública federal; se pone de relieve la crisis del modelo organizativo del Poder Ejecutivo federal vigente; desde 1976 en que se echa para atrás la vieja ley de secretarías y departamentos del Estado, y se da curso a la promulgación y entrada en vigor de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal vigente a la fecha. ¿Por qué digo que esta resolución importantísima que se está comentando tiene la virtud de detonar y, literalmente, poner en entredicho de una vez y por todas a este modelo organizativo organizacional de las funciones propias del Poder Ejecutivo federal? Por las razones siguientes. Sí recordamos que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 90 constitucional, el modelo organizativo de la administración pública es sumamente claro y tremendamente sencillo, en términos de trazo configurativo en una pirámide organizacional, se tiene, naturalmente, arriba en el vértice de la pirámide como titular unitario e indivisible de la función constitucional al presidente de la República y, abajo del presidente de la República, está, propiamente, el cuerpo orgánico funcional de la administración pública federal dividido en dos componentes o segmentos organizacionales: la administración pública centralizada, por un lado, y la administración paraestatal por el otro. Eso está desagregado, partiendo de la normatividad del 90 constitucional, la Ley Orgánica de la Ley Pública Federal vigente desde 1976 y, posteriormente, toda la reglamentación paraestatal se

actualiza con base en los postulados y definiciones totales de la Ley Orgánica mencionada, en la Ley Federal de las Entidades Paraestatales de 1984, en el periodo del presidente Miguel de la Madrid. Esta pirámide que arranca con el 90 constitucional, se complementa con los acuerdos de sectorización y los que otorgan facultades a los coordinados o cabezas de sector para servir de medio de instrumentación de las grandes definiciones del Plan Nacional de Desarrollo. Los programas globales, sectoriales, regionales o específicos a cada uno de los sectores u objeto de la coordinación, y está pirámide, a su vez enfocada desde los puntos de vista de los grados o márgenes de autonomía, también se explican de la siguiente forma: la autonomía de la secretarías y departamentos de Estado, que no los hay ahora, es absolutamente nula si la ponemos a competir en contra de la autonomía del sector paraestatal, en donde lo que define, perfila y caracteriza a este segmento de la administración pública federal es, precisamente, una autonomía plena en términos de personalidad jurídica y patrimonio propio. Entonces tenemos, de esta manera, que las secretarías de Estado no gozan de la autonomía a imagen, semejanza y términos de una entidad perteneciente a la autoridad pública paraestatal, aquí tenemos, si lo decimos en términos gruesos, en plena autonomía cero, una autonomía acotada del 100%, si ponemos como ejemplo de autonomía a Petróleos Mexicanos y a organismos subsidiarios. así es como este modelo organizativo se concibió desde la época del presidente López Portillo, pero pareciera que hoy en día, al vaivén de la globalización, al vaivén de proteger el proceso de la competencia económica y de dar espacios de seguridad a las inversiones, el modelo se ve irrumpido por una figura que no tenía ninguna relevancia, sino muy marginal, y a través de un solo precepto de la Ley Orgánica Pública Federal en su artículo 17, me refiero a la figura del órgano desconcentrado; en esa época, la doctrina concebía en forma mínima la función de los órganos, al punto tal que en el curso de derecho administrativo de la época, el órgano desconcentrado, en cuanto a su perfil y su caracterización jurídica y normativa, se expresaba en dos o tres clases a lo sumo, que es lo que sucede de un tiempo a la fecha; por un lado, ampliar el abanico, el repertorio de secretarías de Estado, resulta un tanto cuanto complejo desde cualquier punto de vista, los cambios que se han dado desde 1976 han si-

do, básicamente, en la ingeniería de las facultades de eliminación de algunas dependencias, pero de facto no ha habido un proceso de cambio estructural a fondo y de fondo a este modelo organizativo, por lo que toca al segmento de las secretarías de Estado, pero ha pasado con el sector paraestatal, donde está el fiel de la balanza de la autonomía de gestión, personalidad jurídica y el patrimonio propio. Lo que ha pasado es que este sector paraestatal no cumple hoy las expectativas que están demandando las nuevas condiciones distintas a aquellas que se encontraban vigentes al momento en que se estructura constitucionalmente el nuevo modelo administrativo, con el presidente López Portillo.

El resultado de todo esto es que mientras el sector paraestatal, donde está presentada la autonomía de gestión, va poco a poco disminuyéndose, de aproximadamente 1250 entidades paraestatales, incluyendo fideicomisos como el de las viudas de Pancho Villa en la época de Miguel de la Madrid, y más aún en la época del presente Salinas; y el proceso culmina con unas cuantas entidades paraestatales, sobre todo en la época del presidente Ernesto Zedillo, de tal forma que los procesos orgánicos y funcionales de la autonomía de gestión ya no podían transitar por la vereda del sector paraestatal, lógicamente, al ser incompatibles por el lado del territorio, lo que queda era aprovechar esa figura que estaba en embrión. Y no recuerdo que de 76 a 80 se hubiese utilizado en una forma productiva, desde el punto de vista del valor agregado jurídico; los órganos descentralizados eran muy menores y no tenían absolutamente ningún valor en términos del desarrollo de las cuestiones sustantivas del Estado ante la necesidad de hacer compatibles las funciones del Estado, con los nuevos roles protagónicos en materia de protección del mecanismo de formación de los precios, la libre concurrencia, la libre competencia, la certidumbre a las inversiones, los márgenes de autonomía y el tema, muy importante, de la claridad y la transparencia gubernamental; me parece que se echó mano de esta figura, quizá copiando un poco el módulo organizativo del gobierno anglosajón, de las famosas comisiones y, entonces, para no generar paraestatales, se echa mano a la figura del desconcentrado, sobre todo cuando surge la necesidad de establecer divisiones claras entre funciones operativas y organismos de regulación; las funciones de desarrollo y las funcio-

nes normativas de control, seguimiento y esparcimiento de las reglas de juego. Surge de esta forma la figura del desconcentrado, pero es un desconcentrado que ha alcanzado tal relevancia que, literalmente, equivale a una dinamita dentro del modelo organizativo; mientras la organización paraestatal esta colgada en el 90 constitucional, este segmento emergente que ha irrumpido en la pirámide organizativa del Ejecutivo federal, no tiene las bases de sustentación jurídica constitucional claras, específicas en concordancia y a la altura de las funciones tremendamente importantes que se desarrollan hoy en día, y me refiero a la Comisión Nacional del Agua, por ejemplo; fuera de Pemex, fuera del CFE, un desconcentrado como CNA tiene la importancia estratégica y los grados de autonomía de gestión superiores a cualquier ente paraestatal; y qué decir de la Consar, o de la Comisión de Competencia, o de la Conducef, y qué decir, naturalmente, de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. Esta comisión no corresponde al modelo paradigmático del artículo 17 de la Ley Orgánica Federal, es decir, su comportamiento operacional y su ingeniería normativa tiene todo el componente de un organismo paraestatal, a la altura de Petróleos Mexicanos; tiene una autonomía de gestión técnica, pragmática, operativa; tiene su propio órgano interno de control; maneja su propio presupuesto; tiene la capacidad jurídica para interactuar con terceros, es decir, tiene la capacidad de ejercicio inherente a la capacidad jurídica. Y me parece que ese vínculo, ese cordón umbilical que se teoriza y se aplica con relación al desconcentrado con un superior jerárquico que es la Secretaría de Estado, en este caso es muy virtual.

Todo esto me lleva a poner sobre la mesa el tema no acotado por nuestro máximo tribunal en este magnífico fallo que nos ocupa, pero que, naturalmente, cobra una enorme relevancia a la luz de esta dinámica, de esta potencialidad en la que se encuentra inmerso el Estado mexicano, de alojar funciones cada vez mayores, que atienden al proceso sustantivo de economía nacional y al mecanismo de formación de los precios en órganos desconcentrados que, insisto y subrayo, no caben en esa perspectiva, como hoy en día están caracterizados, normativa y operacionalmente, en ese modelo organizativo que surge a la vida jurídica y administrativa de nuestro país con motivo

de la Ley Orgánica de 1976, y la importante reforma al artículo 90 del mismo año.

*Dr. Ibarra Palafox.* Creo que efectivamente se está generando un problema que bien destaca el doctor Hernández Ochoa y consiste en lo siguiente: dos de los candidatos propuestos originalmente por el ejecutivo para dirigir la Cofetel, y que fueron rechazados, recientemente obtienen un amparo en su favor. Después ganan el amparo, pero resulta que cuando lo ganan, la Cofetel ya está integrada por otras personas. Creo que éste es un problema no resuelto de diseño constitucional que han venido manifestando los organismos desconcentrados, y que está asociada a su autonomía técnica.

*Dr. Raúl Jiménez.* Este último término que utiliza, doctor Ibarra, me parece categórico y demoledor; a efecto de no meterle más ruido a este esquema organizativo, muy bien diseñado piramidalmente, que surtió efecto y que puso a México a la vanguardia de los esfuerzos de reforma administrativa emprendidos en esta época importante para el caso que nos ocupa a partir del 76, previo a las elecciones presidenciales del año pasado, si no recuerdo mal, surgió la inquietud fuera del debate por motivos de pertinencia política, por que parecería que tendría sentido finalístico no conveniente para el proceso ya muy desgastado de la elección presidencial, surge esta idea de elevar a categoría de organismo dotado de autonomía constitucional a la Consar y al SAT; parecía que detrás de una iniciativa como ésta subyace la percepción de que un desconcentrado puede dar un salto cualitativo y convertirse de la noche a la mañana en un órgano dotado de autonomía constitucional, superior a una secretaría de Estado, superior al organismo descentralizado por excelencia (Pemex) y sus cuatro subsidiarios.

Esto parecería el uso excesivo y desmesurado, y eventualmente abusivo, de la figura del órgano desconcentrado por la vía de los decretos o por la vía del proceso legislativo; me parece que es un falso debate en el que la Corte se vio inmersa y que lo resolvió de manera muy airosa. De ahí surge esta pregunta, y hago mía las palabras sabias y pertinentes del doctor Ibarra: pareciera que se está extralimitando la autonomía, yo me pregunto en el caso concreto ¿Habría una situación parecida a esto que bien podría ser clasificado como una suerte de patología administrativa, donde un desconcentrado de la noche

a la mañana puede cambiar de toga y convertirse en un organismo dotado de autonomía constitucional?

*Dr. Ibarra Palafox.* Yo quisiera agregar algo en este tema, si me permiten; creo que en la sentencia se percibe esta problemática de diseño constitucional como acertadamente señala usted doctor Jiménez, la naturaleza propia del órgano desconcentrado se está desvirtuando, tenemos ahora un presidente de la República que no puede influir en la política de telecomunicaciones prácticamente durante todo el sexenio, lo cual es grave si consideramos que no han habido las condiciones necesarias de transparencia y de competencia al interior de la política de telecomunicaciones en México. Este problema constitucional también lo percibo en otra parte de la sentencia que me gustaría destacar: la intervención del Senado, creo que la resolución de la corte técnicamente es correcta, es decir el Senado no tiene facultades constitucionales para objetar el nombramiento de los consejeros de la Cofetel, inclusive cita el Diario de Debates de 1917 para respaldar su argumento. Este conflicto entre los poderes Ejecutivo y Legislativo se percibe claramente en la presente sentencia, más aún, me parece percibir que el sistema presidencial está en transición. Este conflicto constitucional que se refleja en la sentencia creo que era muy difícil de resolver por la Corte, pues me parece que hubiera sido muy difícil tener una interpretación en este momento tan extensiva, tan abierta en el texto constitucional que le permitiera a la Corte resolver el tema del nombramiento de los consejeros; sin embargo, parece que el tema de la apertura del sistema presidencial está latente, no lo puede resolver la Corte por que tiene una limitación, es muy claro, es decir, el Senado no puede objetar el nombramiento de los consejeros, sin embargo el Legislativo lo hace, y percibimos esta tendencia política de transitar a una apertura del régimen presidencial, podríamos llamar presidencial atenuado o semipresidencialismo, habría diferentes denominaciones que también están referidas a la naturaleza de los órganos desconcentrados que se están saliendo de este sistema cerrado. A mí me parece, pues, que está latente el problema del rediseño de nuestro sistema político, por lo menos en lo que se refiera a los organismos desconcentrados o a la integración de mecanismos parlamentarios del sistema presidencial.

La colaboración entre poderes en México es muy reciente. Es muy claro que ya el Senado participa desde hace una década en la designación del procurador general de la República y en otra serie de nombramientos, como son el del presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Esta tensión entre los poderes Ejecutivo y Legislativo al interior de los órganos desconcentrados, tarde que temprano tendrá que ser resuelta. Creo que tiene que resolverse mediante una reforma constitucional, yo creo que si organismos tan importantes como los de telecomunicaciones tienen esta problemática, en algún momento tendrá que reconsiderarse la modificación del texto constitucional para que intervenga el Legislativo en el nombramiento de los titulares de los organismos reguladores del sector telecomunicaciones, y así se genere un mayor equilibrio que no existe en México en este momento. Si el monopolio que se refleja en el mercado mexicano de las telecomunicaciones obedece a una excesiva presencia del presidente en la década de los noventa, en el caso particular del presidente Salinas, creo que esto tendría que ser corregido en algún momento, y la participación del órgano Legislativo podría ser benéfica.

*Dr. Natarén Nandayapa.* El doctor César Hernández Ochoa ha mencionado, más o menos, las implicaciones que tenía; y habría que entrar al contexto mediante una breve recapitulación.

Al iniciar las sesiones para resolver esta sentencia, el ministro Cossío pidió abstenerse de entrar a las discusiones, la razón para ello fue que en 2002, como director del Departamento de Derecho de la ITAM, participó en una serie de comisiones, y celebró una serie de contratos con el Senado de la República, con la Comisión de Comunicaciones y con la Cámara de Diputados para llevar a cabo la revisión sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, la nueva Ley Federal de Telecomunicaciones; sobre la mayor parte de los asuntos de fondo de esta sentencia, el ministro Cossío ya se había expresado públicamente; su opinión, incluso, fue publicada o transmitida en un programa del Canal del Congreso. Él plantea esto a sus nueve compañeros, y a la luz de un debate muy interesante, resulta una votación de seis a tres, es decir, tres ministros consideraban que el ministro Cossío no tendría que excusarse, en opiniones como la del ministro Góngora en la que sostiene, “bueno, si quiere excusarse le tendremos que conceder la excusa en tanto que él no se siente capaz”; el plan-

teamiento de un excusa tiene como finalidad garantizar la imparcialidad del juzgador, y podríamos plantear la imparcialidad desde dos perspectivas, siguiendo, quizá, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que sostiene que la imparcialidad puede considerarse al interior, desde el nivel subjetivo, como la predisposición o la posición personal que tenga un juzgador respecto de un asunto, y a nivel objetivo, que es la apariencia que tiene sin saber cuál es el pensamiento o la posición personal. Respecto esta perspectiva en el asunto en particular, cuando el ministro Góngora dice, “bueno, si él no se siente, si él no se está planteando este asunto y si él tiene dudas sobre si podría ser parcial o no, entonces démosle la posibilidad de que se abstenga”, en buena medida, él habla de posición personal, de la imparcialidad subjetiva, y me parece que el ministro Cossío estaba, en realidad, atendiendo a la otra característica, la idea de imparcialidad visto desde fuera, sobre la idea que responde al dicho de que la mujer del César no sólo tiene que ser honesta, sino que también tiene que parecerlo.

Lo que hace todavía más complicada la discusión o el análisis del tema es que existe jurisprudencia firme del propio Pleno de la Suprema Corte de 2006, que señala que no es posible que en la controversia constitucional un ministro se acogiera a las causales de abstención; el argumento que señala la propia jurisprudencia es muy simple, dice, “tenemos una votación calificada, necesitamos ocho, si se abstienen tres o más, simplemente va a ser imposible llegar a esa votación calificada, por lo tanto, permitir la abstención es dejar de cumplir las responsabilidades que tiene la propia Suprema Corte”, en esa lógica, la jurisprudencia parece bastante razonable, la pregunta es por qué si se prohíbe la abstención y la recusación en materia de controversias constitucionales, se va a aceptar en materias de inconstitucionalidad.

Existe un argumento más; la propia ley, en la regulación del procedimiento del artículo 105, no establece causales de abstención ni de recusación, en el mismo debate que sostienen los ministros se ponen sobre la mesa todas las fracciones referentes; en este momento, podría traerles las dos que quizá son las más fundadas: estamos hablando del artículo 146 de esta Ley Orgánica que dice que los ministros de la Suprema Corte de Justicia, los magistrados de circuito, los jue-

ces de distrito, los miembros del Consejo, la Judicatura Federal y los jurados, están impedidos para conocer de los asuntos por algunas de las causas siguientes: fracción decimoséptima, “haber sido agente del Ministerio Público, jurado, perito, testigo apoderado, patrón o defensor en el asunto del que se trata, o haber gestionado o recomendado anteriormente el asunto a favor o en contra de algunos de los interesados, tratándose de juicios de amparo, se observará lo dispuesto en la Ley de Amparo”; sobre esta fracción, los ministros establecieron que no se podía considerar que el ministro Cossío estuviera incurso en esta causal; también se puso sobre la mesa la fracción decimooctava, que dice: “cualquier otra análoga a las anteriores”.

*Dr. Ibarra Palafox.* Me parece muy apropiada la anotación, yo tuve la oportunidad de leer la jurisprudencia. Es una tesis de la Suprema Corte donde efectivamente señala que la recusación no procede en controversias constitucionales, tengo la certeza de que podría haberse hecho una interpretación extensiva para que se incluyeran las acciones de inconstitucionalidad, pues el principio en esencia me parece el mismo, pues si se excusan tres ministros, ya no podríamos obtener mayoría tanto en controversias como en acciones de inconstitucionalidad. Sí estaría de acuerdo, me parece una tesis que en algún sentido le establece a la Corte un precedente de congruencia, ya que hubiéramos esperado un criterio semejante en el caso de las acciones de inconstitucionalidad.

*Dr. Imer Flores.* Yo quisiera destacar que esa tesis, hasta donde yo me acuerdo, hace referencia a la recusación y no a la excusa, que el caso de Cossío es propiamente una excusa; a mí también me parece que si está prohibida la recusación, también debería prohibirse la excusa.

*Dr. Natarén Nandayapa.* Imer; hace referencia a los dos, recusaciones y excusas...

*Dr. Imer Flores.* Bueno, yo te cuento otra cosa, en los casos de Atenco, que conoció la Corte, antes de que el presidente retirara su decreto, la ministra Sánchez Cordero se excusó, y a mí me parece muy criticable, pues su argumento fue que era amiga de Pedro Cerisola; sí, pero este no era un asunto de Pedro Cerisola, estamos hablando de las atribuciones que tiene el secretario de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, que no necesariamente se llama Pedro

Cerisola, entonces, si la tesis está haciendo referencia a recusación y excusa, está bien la tesis, pero en la práctica no lo han aplicado tal cual, e, insisto, yo también soy de la idea de que no tendrían por qué haberle admitido la excusa al ministro Cossío; él recomendó a una de las partes, que quizá ni siquiera sean las mismas.

A lo que yo quería llegar es a la diferencia existente entre excusa y recusa que, como quiera, la tesis abarca las dos, pero en la práctica no se ha aplicado, y es curioso que todos los ministros dijeron: “El que uno de los ministros diga que no se siente en condiciones de poder decidir sobre el asunto es motivo suficiente”, pero no, creo que deberíamos entrar a los fondos de cuándo se puede o no uno excusar, o cuándo se puede permitir una recusa; y ¿por qué no permitirlo simplemente?, porque ¿quién va a resolver el asunto eventualmente?; hay un amparo muy famoso de Horacio Aguilar, en el que recusó a todos los ministros de la Corte porque todos habían sido amigos o enemigos de su papá, entonces, alguien tiene que resolver el asunto; en ese caso, los ministros decidieron: “lo podemos resolver, no tenemos algo lo suficientemente impeditivo”.

En una cuestión de controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad, que tiene que resolver la propia Corte, suena muy delicado que no tengas reguladas claramente cuáles son las condiciones para excusa y recusa. En ese punto coincido y, además, quería traer a colación el caso de la ministra Sánchez Cordero.

*Dr. César Emiliano Hernández.* Un punto adicional es que en el momento que se decidió de esta manera, hubo mucha preocupación, y no voy a la cuestión institucional que ustedes ya abarcaron, sino, una preocupación de que no se alcanzaran las mayorías necesarias; afortunadamente la preocupación resultó ser infundada, y sí se alcanzaron los votos.

Por otra parte, conociendo la forma en que había participado el ITAM en las consultas del Congreso, a principios del gobierno del presidente Fox, yo creo que fue un acto de prudencia, y acabó siendo bueno para la sentencia y para el prestigio de la Corte que le hayan permitido abstenerse de participar en este caso; había varias opiniones legales contrapuntando, y que hubieran afectado al prestigio de la Corte; en términos de la prudencia, y no me voy sobre la regla institucional, pues claro que debe de haber reglas claras y firmes, pe-

ro en términos de prudencia yo creo que fue lo que a la Corte mejor le pudo haber pasado.

*Dr. Imer Flores.* Parte de lo que preocupaba es que había un ministro enfermo, si se excusaba un segundo, entonces, sólo quedaban nueve para alcanzar ocho votos, y en muchas de las discusiones cuando uno se manifestaba en contra, había quien tenía que desdecirse para sumarse el ocho, porque de lo contrario no habría efectos.

*Dr. César Emiliano Hernández.* Hubo un caso expreso de la ministro Luna Ramos donde dijo, “pues no estoy de acuerdo, pero para que se alcance la mayoría yo me sumo”.

*Dr. Imer Flores.* De hecho, más o menos el fraseo dice, si mal no recuerdo, “no estoy muy convencida de que esto fuera inconstitucional, pero voy a cambiar”, entonces parece más grave de como lo sugieres tú, pero ese es el punto que estaba ahí latente, que es muy cierto, es parte de lo que despertó esta discusión, y regresa al problema de que si se tiene que alcanzar ocho votos de los 11, estén presentes o no presentes, ¿Cómo permites que se estén excusando o recusando los ministros?

*Dr. Natarén Nandayapa.* Hay que retomar lo que dice César Emiliano, la cuestión de la prudencia; en este momento en el que ya se llegó a los ocho votos está bien, la historia terminó bien, pero el riesgo y la presión en el momento la vuelve una decisión bastante controvertida. Alguna vez, hablando aquí con algunos compañeros del Instituto, planteamos que el problema no era el haber hecho la petición, quizá habría que haberlo puesto sobre la mesa, pero no en plan de “me quiero excusar”, porque eso permite planteamientos como el de Góngora, “si la plantea y considera que tiene que retirarse, permitamos que se retire”.

La otra cosa sobre la mesa: la imparcialidad objetiva de la Corte, en tanto que la imparcialidad es una característica fundamental de actividad jurisdiccional, se tienen que cuidar, entonces tendrías argumentos para señalar que hizo lo correcto al retirarse.

*Dr. Raúl Jiménez.* Quisiera poner sobre la mesa, muy rápidamente, una experiencia jurisdiccional relativamente reciente, más próxima al terreno de la impugnación que el caso que nos ocupa del señor ministro Cossío, en donde finalmente el tema de decisión estableció categóricamente que las funciones jurisdiccionales, incluido el mismo

tirocinio, son de observancia y desempeño obligatorio, no discrecionales; me refiero al asunto del magistrado Luna Altamirano, magistrado de un tribunal unitario en materia penal de primer circuito; tuvo a su cargo la atención, procesamiento y solución del amparo indirecto promovido por los abogados del ex presidente Luis Echeverría en contra del auto de formal prisión por el delito de genocidio emitido por un homólogo, un magistrado unitario en materia penal también; el asunto estaba a punto de ser fallado, y los abogados de la parte quejosa recusan al magistrado, ahí el procedimiento es diferente, tiene que ser ante colegiado, el superior jerárquico, argumentan que está en conflicto de intereses, y que no está en aptitud legal ni jurisdiccional de resolver el asunto con la imparcialidad y la objetividad necesarias, y ofrecen como prueba el documento al que me voy a referir; el magistrado Luna Altamirano escribe un libro sobre el proceso *Aspectos jurídicos en el derecho internacional del proceso de la extradición*, y este libro es dedicado, al pie de la letra, “a las víctimas de los genocidios”, y cita los genocidios en derecho internacional, y al final dice, “y a las víctimas de la matanza de Tlatelolco y a sus familiares”, que era justamente el tema de decisión; los abogados del ex presidente lo manejaron mediáticamente de una forma impactante, es decir, no hay forma de llegar a una solución imparcial y objetiva del tema, materia sustantiva de la queja constitucional, porque ya se pronunció en sentido de que es genocidio; y de alguna manera, todo su discurso desarrollado en este documento concluye en eso, aun cuando no hay una frase asertiva contundente, pero de la dedicatoria en adelante hay todo un desarrollo que tiende a inducir al lector académica y objetivamente a esa conclusión. ¿Qué dijo el Tribunal Sexto Colegiado en Materia Penal, en funciones de superior jerárquico del magistrado unitario Luna Altamirano? que era una opinión académica, que esa era una opinión expresada en un foro distinto al del asunto concreto, y por lo tanto señaló que la recusación a través del incidente procesal correspondiente era infundada. Remite los autos a Luna Altamirano y ordena, bajo ese criterio mandatorio, de que las funciones jurisdiccionales son obligatorias, que siga adelante con el proceso de la acción. En virtud de lo anterior, el magistrado de referencia dicta una sentencia emblemática —que quizás, en un momento posterior, someto a la alta consideración de los doctores Natarén e Iba-

rra que se pudiera analizar—, que dice por un lado que la matanza de Tlatelolco sí es tipificatoria del delito nacional e internacional de genocidio, en su modalidad de crimen de lesa humanidad en los términos del artículo 149 bis del CPF, pero por el otro lado establece que no hay, ni siquiera, elementos de carácter indiciario con los cuales se pudiese llegar a la conclusión de que el acusado, o procesado mejor dicho, el ex presidente Luis Echeverría, pudiese enfrentar la calidad de presunto responsable de ese delito calificado como genocidio por su señoría. Por un lado, el MP federal apela la decisión de no responsabilidad, por el otro, la parte amparista, la parte impetrante de la queja constitucional promueve la revisión por lo que toca a la estipulación acerca del cuerpo del delito. Los integrantes del tribunal colegiado de circuito decretaron que no había base para que se excusara el magistrado de referencia.

*Dr. Ibarra Palafox.* Sobre este punto, ¿alguien quisiera comentar algo más? Creo que han sido brillantes las exposiciones de todos, creo que a manera de conclusión podríamos señalar que cuando menos no hay una política judicial clara sobre las razones y posibilidades para las excusas y recusaciones. Yo tengo un tema que sugerir, pero quisiera saber si alguien tuviera alguno más, antes de ponerlo sobre la mesa de discusión. Es el tema de la transparencia.

La sentencia es loable en muchos sentidos, es una de las mejores sentencias que yo he conocido de la SCJN; el trabajo que hizo de investigación se refleja en la sentencia. Este trabajo de investigación y el impacto público que tuvo la sentencia fue significativo, el hecho de llamar a los especialistas, el hecho de poner el proyecto de la sentencia en la página de Internet de la Corte fue magnífico. Sólo yo quisiera señalar que este caso debería sentar un precedente para que muchos otros casos relevantes que se examinan en la SCJN pudieran tener la misma difusión y transparencia que la Corte le asignó a este. Creo que es importante que se establezca una política judicial de transparencia y difusión, como la que se alcanzó en este caso particular; lamentaría mucho que en el futuro este fuera el único caso al que se le hubiera dado un tratamiento de transparencia tan relevante. Me parece que esta sentencia, independientemente de los puntos críticos que se hayan señalado aquí, tiene un trabajo que se nota, hay

investigación, es acertada en la mayor parte de sus puntos, pero quisiera que esto sirviera de un estándar para otros casos ¿no?

*Dr. Imer Flores.* En la misma línea de lo que estas diciendo, Francisco, de los méritos que tiene, que ahí es una cuestión de forma, y a mí me parece que es muy importante destacar esto; a mí me gustó mucho el aspecto que la Corte le siguió dando vista a los senadores que originalmente habían interpuesto la acción de inconstitucionalidad, que ya habían dejado sus funciones pero se les siguió dando conocimiento, y esto es parte de lo que marca la diferencia de esta decisión tan buena, con otras decisiones que quedan muy en el aire, desde un formalismo de decir “ya no están los senadores que la interpusieron, y ya no la conocemos, ya no la revisamos o ya no le tenemos que dar vista a nadie”, creo que esto es un argumento de interés legítimo, que está más allá de un interés jurídico, y espero que esto lo encontremos más seguido, que la Corte esté haciendo este tipo de extensiones, o también, lo que decía, esta decisión en el proyecto de sentencia, difundirlo, discutirlo, allegarse de expertos, estas medidas para el mejor proveer. Esto es un claro ejemplo de una decisión bien tomada por un Tribunal Constitucional, hay veces que no lo hacen y me parece que se quedan escondidos.

*Dr. César Emiliano Hernández.* Un elemento que yo mencionaría, y que se mencionó en su momento, es que durante todo el procedimiento la Corte recibió argumentos escritos de dos grupos de amigos de la Curia, que fueron un grupo de especialistas en derecho de telecomunicaciones y el Departamento de Derecho del ITAM, entonces, la apertura se manifestó también en el espacio que se abrió a otro tipo de actores que enriqueciera los argumentos que estaban utilizando.

*Alberto García (Facultad de Derecho).* Yo quiero mencionar, respecto de las políticas de transparencia que se podrían implementar en la Corte, la forma en que se redactan y cómo se expresan las sentencias; hablar de una sentencia de más de mil hojas, por ejemplo la sentencia de la Ley de Telecomunicaciones, francamente, creo que sólo en lugares muy especializados se podría acceder a la información, para poder criticar y entender a la Corte. El poder crear sentencias legibles para todo público y no únicamente para un público de abogados es una forma de transparencia.

Me parece también importante que se publiquen la totalidad de las sentencias que emite la Corte, así como ponerles nombre, me parece que un simple número, “la acción 26/2006”, no dice nada.

*Nidia Cervantes (Facultad de Ciencias Políticas)*. Mi nombre es Nidia Cervantes, yo estoy estudiando la carrera de Ciencias de la Comunicación en la Facultad de Ciencias Políticas. Estoy de acuerdo con el compañero de la Facultad de Derecho, sobre todo, para nosotros los de comunicaciones, es difícil entrarle al tema, de repente hace falta un bagaje, incluso cuando los mismos ministros citan sus jurisprudencias.

Aquí tengo la sentencia de la Corte, son alrededor de 200 páginas, y los votos particulares que acertadamente hace el ministro Góngora, entonces es también leer entre líneas, y resulta bastante complicado, sin embargo, considero que un elemento que le ofrece transparencia es el Canal Judicial, aún así está abierto solamente en canales de paga, y sería interesante tenerlo en canales abiertos, a final de cuentas, el servicio social es uno de los objetivos que tiene, lo dice la Ley General de Radio y Televisión.

Por otro lado, me gustaría saber si ustedes tienen opinión respecto a la posición que toma la CIRT con respecto a la sentencia que hizo la SC; en los días anteriores, existió una reunión entre los miembros de un grupo afectado por esta ley, y bueno, sutilmente se aconseja que se ignore esta sentencia porque, finalmente, son sugerencias, más no son cosas que se deban acatar tal cual, yo creo que sería como tirar a la basura tanto esfuerzo, tanto trabajo.

También me gustaría saber si tienen una opinión sobre la controversia 59/2006 que es sobre las radios comunitarias, que es un tema muy ligado, que se desprende de la sentencia de la SC cuando se declara que sí hay omisión al no mencionar a las radios comunitarias, sin embargo, los municipios no tienen interés legítimo.

*Dr. Natarén Nandayapa*. Yo quiero decir que leí la nota de prensa de la CIRT, que me parece francamente irresponsable señalar “lo que tienes ahí es solamente una opinión, una sugerencia, o no tienes la obligación de cumplir con esta sentencia”; me parece que eso está anclado en ese viejo pensamiento ilustrado en donde la ley es suprema, la ley es perfecta y por lo tanto el legislador, como único interprete de la voluntad soberana, no está sujeto a límites. Me parece

que es una opinión bastante interesada que no deberíamos encontrar en este contexto, definitivamente, la discusión, todo el debate de esta sentencia es qué es lo que dice, cuáles son los límites constitucionales; si dentro de este parámetro se ha dado la resolución, entonces decir “no estás obligado por lo que dijo el último intérprete de la Constitución...”, es un argumento que cae por su propio peso.

*Dr. César Emiliano Hernández.* Desafortunadamente, no conozco muy bien los detalles de la controversia constitucional en el tema de la radio comunitaria, que es un tema muy importante. De lo de las declaraciones de la CIRT, primero, hay que decir que son de un abogado que es parte de la CIRT, que es un abogado externo de Telcel, si mal no recuerdo, Gerardo Soria, y es una persona que fue comisionado de la Cofetel hace algunos años, tiene opiniones muy fuertes de la sentencia; a él no le gustó en lo personal y ha escrito opiniones muy fuertes criticándola, pero yo diría que es una opinión personal, yo creo que en la Cámara ha de haber muchas voces diferentes a la que se le dio publicidad como si fuera la posición de la Cámara; estas son opiniones de una persona que en lo general es muy crítica de las resoluciones de la SC.

*Dr. Raúl Jiménez.* Naturalmente, hago mías las palabras del doctor Natarén en torno a la coercitividad y ejecutoriedad de este fallo de la SCJN. Y para la compañera de Ciencias Políticas del área de Comunicación, quisiera decirle, para subrayar esta afirmación, este enunciado que vale en un fallo paradigmático de la Corte Americana de 1803, el fallo Marbury contra Madison donde se dice que la Constitución es lo que la Corte dice que es.

*Dr. Ibarra Palafox.* Les agradecemos su asistencia a todos. Agradecemos también el interés del Canal Judicial, y nos veremos, si es posible, el próximo 21 de noviembre para examinar el siguiente caso.