

José Roldán Xopa



# 79 Homo Sapiens Economicus

## La ordenación constitucional de la economía



Del Estado regulador  
al Estado garante

Presentación de José Ramón Cossío Díaz



POLÍTICA Y DERECHO  
SERIE CONSTITUCIÓN 1917



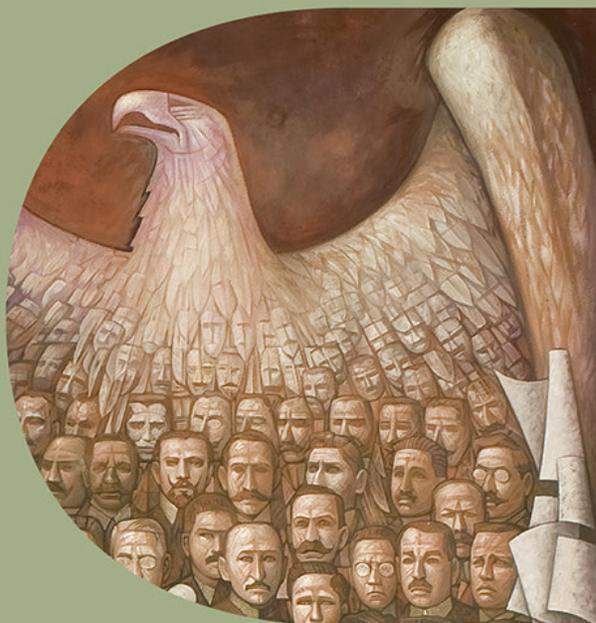
José Roldán Xopa



# La ordenación constitucional de la economía

Del Estado regulador  
al Estado garante

Presentación de José Ramón Cossío Díaz



POLÍTICA Y DERECHO  
SERIE CONSTITUCIÓN 1917



**José Roldán Xopa es doctor en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente se desempeña como profesor-investigador en la División de Administración Pública del Centro de Investigación y Docencia Económicas, donde imparte clases de derecho y administración pública. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores y ha ocupado diversos cargos en el servicio público de la Ciudad de México.**

SECCIÓN DE OBRAS DE POLÍTICA Y DERECHO

---

**LA ORDENACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ECONOMÍA**

**JOSÉ ROLDÁN XOPA**

**La ordenación constitucional de la economía**

**DEL ESTADO REGULADOR AL ESTADO GARANTE**



**FONDO DE CULTURA ECONÓMICA**

Primera edición, 2018

Primera edición en libro electrónico, 2018

Diseño de portada: Laura Esponda Aguilar

Fotografía: Jorge González Camarena, Venustiano Carranza y la  
Constitución

*de 1917, óleo y acrílico sobre fibra de vidrio, 530 × 600 cm, 1967.*

Museo Nacional de Historia. Reproducción autorizada por el Instituto  
Nacional de Antropología e Historia.

D. R. © 2018, Fondo de Cultura Económica

Carretera Picacho-Ajusco, 227; 14738 Ciudad de México



[www.fondodeculturaeconomica.com](http://www.fondodeculturaeconomica.com)

Comentarios: [editorial@fondodeculturaeconomica.com](mailto:editorial@fondodeculturaeconomica.com)

Tel. (55) 5227-4672

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra, sea cual fuere el medio. Todos los contenidos que se incluyen tales como características tipográficas y de diagramación, textos, gráficos, logotipos, iconos, imágenes, etc., son propiedad exclusiva del Fondo de Cultura Económica y

están protegidos por las leyes mexicanas e internacionales del copyright o derecho de autor.

**ISBN 978-607-16-6117-3 (ePub)**

**ISBN 978-607-16-5856-2 (impreso)**

Hecho en México - Made in Mexico

*A Rosa María, en el soundtrack  
de nuestra historia*

# ÍNDICE

*Presentación de la serie*

José Ramón Cossío Díaz

*Introducción*

*La Constitución económica*

La constitución económica como concepto ordenador

La economía y el desarrollo. La Constitución para vivir bien

*Las reformas estructurales en materia económica*

Competitividad

Telecomunicaciones, radiodifusión y competencia económica

Del servicio de interés público al servicio público de interés general

Los agentes económicos preponderantes

Regulaciones procompetitivas

Eficiencia y administración del espectro

Derechos de los consumidores, acceso a las tecnologías, a la banda ancha y a internet, derechos de las audiencias y de acceso a la información

El derecho de acceso a las tecnologías de la información, a la banda ancha y a internet; El derecho a la información y a la libertad de opinión; Los derechos de las audiencias

Organismo público de radiodifusión

Reguladores

Relaciones entre el Ejecutivo y los órganos reguladores

La planeación y las políticas sectoriales; Política exterior sectorial; Actos y procedimientos administrativos

Garantías jurisdiccionales

Energía

Petróleo e hidrocarburos

La propiedad del petróleo y los hidrocarburos; Las actividades; Los agentes económicos; El Estado neoempresario. Las empresas productivas del Estado; Los ingresos petroleros y el desarrollo nacional; El diseño institucional en el sector petrolero y los hidrocarburos; Secretaría de Energía; Secretaría de Hacienda y Crédito Público; Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos (ASEA).

Electricidad

Las actividades; Los agentes económicos

Los órganos reguladores coordinados

Comisión Nacional de Hidrocarburos; Comisión Reguladora de Energía

Mejora regulatoria

*Estado regulador y Constitución*

La regulación ingresa a la Constitución

El sujeto antropológico de la regulación

El ordenamiento jurídico y su eficacia

Los derechos, el mercado y el desarrollo

Órganos reguladores y desempeño institucional

El debido proceso de la decisión pública

*Las libertades económicas, los derechos humanos y el desarrollo*

Las libertades económicas y los derechos humanos

El mercado y las libertades económicas

La propiedad

La libertad de empresa

Los agentes económicos y los derechos humanos

¿Los derechos humanos son de los seres humanos?; ¿Cuál es el estatus de la persona jurídica en el sistema de derechos humanos?; La cuestión de la protección constitucional de las personas jurídicas

Los derechos de los consumidores y la regulación

*La organización pública de la regulación*

[El nacimiento de las autonomías](#)

[El nuevo equilibrio de poderes](#)

[Los órganos reguladores y el Poder Ejecutivo](#)

[El Ejecutivo, los órganos reguladores coordinados y la asea](#)

[El ordenamiento jurídico administrativo y las disposiciones regulatorias](#)

[Los órganos reguladores y el Poder Legislativo](#)

[La ley y las normas administrativas regulatorias](#)

[La regulación y los tribunales](#)

[La jurisdicción especializada](#)

[Las técnicas de la decisión judicial](#)

[Alcance del escrutinio](#)

[El test de proporcionalidad y la regulación; Las categorías sospechosas y la regulación](#)

[Los tribunales como actores de la regulación](#)

[\*Conclusiones. Estado regulador y Estado garante\*](#)

[Sobre cómo pensar la regulación y la efectividad del Estado](#)

[La calidad regulatoria](#)

[La corrección funcional](#)

[Los derechos, la regulación y el Estado garante](#)

El control judicial y el buen gobierno

*Bibliografía*

## PRESENTACIÓN DE LA SERIE

A las dos de la tarde del miércoles 31 de enero de 1917 comenzó la ceremonia de firma de la Constitución acabada de aprobar. A las cuatro de la tarde los diputados constituyentes protestaron cumplirla y hacerla cumplir. Inmediatamente después arribó don Venustiano Carranza, quien dio un breve discurso, seguido de otro de don Hilario Medina, un poco más extenso y emotivo. Enseguida, don Luis Manuel Rojas declaró clausurado el periodo único de sesiones del Congreso Constituyente. Los diputados, Carranza y otros altos funcionarios civiles y militares se dirigieron al banquete organizado por los propios constituyentes. Cinco días después, en su carácter de Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos, Carranza emitió el decreto promulgatorio de la nueva Constitución. Conforme al artículo 1º transitorio, el texto constitucional entró en vigor el 1º de mayo. A partir de ese momento, la Constitución reformada, adicionada y mutada se ha venido aplicando de manera regular entre nosotros, determinando, en parte, algunas de nuestras principales prácticas políticas, económicas y sociales.

Hoy, a 100 años de los acontecimientos acabados de narrar, la Constitución ordena una parte de nuestro actuar individual y colectivo, y determina, en demasía, la producción formal de las normas que componen nuestro orden jurídico. Lo primero acontece porque la Constitución, y con ella el resto del orden jurídico nacional, tiene una eficacia media en la dirección de las conductas. Basta observar la realidad cotidiana. El número de individuos de diversos estratos socioeconómicos, empresas, autoridades, organizaciones, y otros colectivos y personas que se quieran identificar e incluir en el listado, que actúan conforme a derecho, es escaso. No llevan a cabo sus conductas conforme a lo previsto por las normas. La segunda distinción existe, paradójicamente, a pesar de lo dicho antes. En el espacio en el que las personas han decidido observar lo dispuesto por el derecho, la conducta sí suele normarse de conformidad con lo que éste prevé. En ese campo, los mecanismos de producción y control de la regularidad jurídica suelen

acatarse de maneras más bien consistentes. Ello provoca que la Constitución en vigor tenga una situación doble: ser desconocida en una parte de la dinámica social nacional y ser reconocida en otra. Estas dimensiones no provienen de ella misma, sea por su origen, evolución o contenidos; provienen de ser la Constitución una parte, así sea suprema, de un orden jurídico por el que no se acaba de ordenar todo aquello que él mismo postula, mediante sus normas, como ordenable.

Condiciones de eficacia aparte, la Constitución aprobada el 31 de enero de 1917 y la actual es y no es la misma. Lo es si la entendemos a partir de sus funciones en el orden jurídico, o la autorreferencia en los procesos de reforma o adición a sus preceptos originarios. Desde esos dos valores estrictamente normativos, podemos aceptar que la Constitución de entonces y la de ahora son la misma. Desde un punto de vista histórico-político, también tendríamos que aceptar tal continuidad. En los últimos 100 años no se ha producido un movimiento de tal magnitud que haya quebrado la línea de continuidad política que generó y mantiene el texto originario. Levantamientos ha habido; desconocimientos parciales también; momentos de duda legitimista pueden agregarse. Sin embargo, ninguno pretendió o ha estado en posibilidad de sustituir el texto del 17 por otro distinto. En los planos apuntados, la Constitución sigue siendo la misma. Cosa distinta es su texto, su entendimiento general y la función de sus preceptos. Vayamos por partes.

La más evidente diferencia entre el texto actual y el originario es la gran cantidad de nuevos preceptos, provenientes de sucesivas e incrementales reformas y adiciones. Numéricamente la Constitución no ha cambiado. Siguen existiendo únicamente 136 artículos, sólo que cada uno de ellos ha incrementado sus contenidos propios: apartados, párrafos, fracciones o incisos son hoy considerablemente más numerosos que en enero de 1917. Lo que se dice en cada uno de ellos es más complejo y detallado. En ocasiones, de una pasmosa especificidad. Tenemos un texto recargado de pequeñas reglas y soluciones ad hoc, complementado con una larga y novedosa utilización de los artículos transitorios como formas de expresión de elementos que, con cierta ortodoxia, bien pudieran haber quedado reservados a la legislación secundaria. Una doble columna de comparación entre el texto original y el actual mostraría lo que aquí sostengo.

Al ser tantas las reformas y adiciones acabadas de referir, existe la posibilidad de agruparlas, incluso por ciclos. Lo relevante está en identificar el criterio de clasificación de éstos. ¿Lo reformado proviene de una condición material común, es decir, que parte de lo incorporado? O, por el contrario, ¿es mejor agrupar por tiempos o personajes? Dadas las condiciones temporales y personales prevalecientes en el país por razones de nuestro sistema caudillista-presidencial, la mayor parte de los cambios se ha agrupado en razón del titular del Ejecutivo federal, con lo cual queda fácilmente incorporada la dimensión temporal-sexenal de su mandato. Al seguir este criterio, resulta posible entender que algo hicieron los generales Obregón o Cárdenas con el texto constitucional, distinto de lo que con éste quisieron hacer De la Madrid o Zedillo. Las narrativas que resultan de ese criterio son interesantes, en tanto son fácilmente incluibles en una narración mayor, normalmente más importante o, al menos, más valorada y más fácilmente entendible: el derecho, Constitución incluida, es parte de un fenómeno de poder más amplio, ordenado en torno a una figura individual, delimitada y excluyente.

El problema con esta forma de entendimiento es que el derecho, nuevamente en lo general y la Constitución en particular, pierde todo tipo de especificidad. Deja de ser un fenómeno que si bien nadie pretende que sea autónomo frente a otros fenómenos sociales, incluidos los políticos, sí tiene un modo propio de crearse y ordenarse, además de generar sus propios entendimientos y consecuencias, más allá de lo querido o pensado por sus autores originarios o participantes históricos concretos. Al entenderse los ciclos constitucionales fuera de la personificación corriente, surge de nuevo la pregunta: ¿qué determina un ciclo? La respuesta es la materialidad de los cambios producidos. Con el tiempo y más allá del funcionario concreto, hay una serie de ajustes que pueden suponerse con la facilidad que da el conocimiento ex post, que tienen o el mismo origen o la misma finalidad. No es éste el lugar para dar cuenta de todos y cada uno de los ciclos, pero sí podemos identificar tres para considerar no sólo lo que cambió entre 1917 y 2017, asunto que por lo demás puede hacerse mediante un sencillo cuadro comparativo, sino adicionalmente identificar algunos de los elementos genéticos que, así sea por vía ejemplificativa, puedan denotar algo de lo que pasó en estos años.

Un primer ciclo por considerar es el político-electoral. Hasta antes de la reforma electoral de 1977, poco se había modificado en la materia. Los derechos y las obligaciones electorales se mantuvieron prácticamente iguales, los medios de elección fueron los mismos, la organización electoral estaba en manos de las autoridades e imperó la autocalificación. Luego de esa fecha todo ha sido un constante modificar cada uno de esos aspectos. Los derechos se han ampliado, los partidos tienen un estatus competente y central, las elecciones son organizadas entre autoridades y partidos, y los tribunales califican no sólo la validez de aquéllas, sino mucho de lo que acontece en el devenir electoral. Estamos ante un ciclo que, si bien no ha sido breve ni estrictamente continuado, sí se ha mantenido para ir ajustándolo y ampliándolo en torno a lo que pudiera considerarse un diseño o, al menos, una concepción originaria.

Otro ciclo que puede ejemplificar lo que aquí quiero demostrar es el que, con cierta amplitud, llamaré federal. Teniendo como antecedente lejano la famosa reforma promovida por el presidente Cárdenas para darle facultades al Congreso de la Unión a fin de distribuir las competencias educativas entre la Federación, las entidades federativas y los municipios, no fue mucho más lo que se hizo para ajustar la ordenación inicial de las competencias entre esos tres órdenes de gobierno. Sin embargo, de comienzos de la década de 1970 para acá ha habido un constante ejercicio de centralización de funciones en las autoridades federales y asignación en las municipales. Ello ha servido para ir dejando a los estados con ámbitos de acción crecientemente menores en tanto y, como se sabe, su condición de competencia es residual. Analizadas las reformas con visión de conjunto y cierta liberalidad, lo que ha sucedido es que las competencias organizadoras de la Federación se han incrementado, sea esto por medio de coordinaciones o de concurrencias. Para muestra véase la actual fracción XXIX del artículo 73 constitucional, relativo a las facultades del Congreso de la Unión, para comprender las maneras en que este órgano ordena o interviene en cuestiones tan variadas como el deporte, los asentamientos humanos, la ecología o el crimen organizado, por ejemplo.

El tercer ciclo es el relativo a los derechos humanos. No se trata sólo del cambio de denominación que se ha dado desde las llamadas garantías individuales y lo que implica en términos culturales y, por lo mismo,

jurídicos, sino también todo aquello que materialmente existe en la actualidad. El ciclo comenzó con algunas adiciones en el ámbito de los llamados derechos sociales a principios de la década de 1970. Éstas no fueron consideradas relevantes jurídicamente, pero sí simbólicamente, debido a que a todas ellas se les asignó el estatus de normas programáticas. Con el pasar de los años se fueron adicionando otros contenidos de carácter tanto liberal como social, es decir, aquellos que, respectivamente, exigen meras limitaciones al actuar público o la satisfacción mediante el otorgamiento de prestaciones materiales. Al incorporarse a la Constitución en junio de 2011 el nuevo artículo 1º, las cosas han tomado un carácter completamente distinto. Este precepto no sólo dispone la protección de derechos, sino que amplía la materia a los contenidos en la Constitución y a cualquiera de los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, además de generar, por decirlo así, las instrucciones de uso para que todas las autoridades nacionales los garanticen y preserven.

En cualquiera de los tres ciclos mencionados, así como en cualquier otro del que podamos echar mano, es importante observar que la mera participación individual de los presidentes de la República o de ciertas legislaturas no termina por explicar lo que tenemos enfrente. Ello es así porque un presidente en lo individual no es capaz de generar y concluir un ciclo. En el mejor de los casos, su papel se reduce a ser su iniciador o su continuador. Vistas así las cosas, la comprensión y la explicación de lo que hoy es la Constitución no pueden reducirse al ámbito anecdótico de señalar lo que tal o cual titular del Ejecutivo hubiera hecho, sino a agrupar las modificaciones para darle sentido a su incidencia y sus efectos jurídicos.

Del texto del 17 al actual, ¿qué ha cambiado y qué ha permanecido en la Constitución? Ya sin entrar en las génesis particulares, podemos decir que prácticamente todo. Los derechos humanos, como vimos, obedecen a otra concepción y tienen muy diversos y ampliados contenidos; la manera de regular la economía por parte del Estado, tanto por actividades como por posibilidades, es muy distinta de la que fue concebida por los constituyentes; el sistema de suspensión de derechos es más rígido y acotado; las condiciones de nacionalidad son diversas; los derechos político-electorales han cambiado; el territorio nacional se compone ahora de partes no enunciadas o de plano diferentes a las previstas en el texto

originario; la composición de las cámaras de diputados y de senadores, sus competencias y el modo de elegir a sus integrantes son muy diferentes; las atribuciones del presidente de la República, los modos de sustituir sus faltas y sus relaciones con su administración han cambiado; la composición de los órganos jurisdiccionales, las condiciones de sus miembros y sus competencias son también diversas; el modo de regular las responsabilidades, las causas de ello, los procedimientos y las sanciones se han ido ajustando con el tiempo; los municipios son hoy órdenes jurídicos más complejos y autónomos; el estatus actual de la Ciudad de México difiere considerablemente del que se previó para el Distrito Federal; las competencias estatales no son las mismas de antaño y el patrimonio público cuenta con garantías novedosas para protegerlo.

Los cambios en el texto son tales que si hoy la leyeran Múgica, Palavichini, Jara, Macías o Carranza, difícilmente pensarían que es el resultado de lo que ellos y otros crearon hace 100 años. Pero no sólo por lo que el texto dispone, sino también por lo que como conjunto significa actualmente. Si nos preguntamos qué significaba la Constitución en 1917 y qué significa ahora, obtendremos respuestas muy distintas. Antes y durante buena parte del siglo XX, era entendida como el conjunto de las reglas mediante las cuales se ordenaba el ejercicio del poder público, tanto en su modo de funcionamiento como en sus relaciones con los particulares. Salvo los casos de las entonces garantías individuales y su relación con el juicio de amparo, la Constitución difícilmente se conceptualizaba como norma jurídica y menos se le asignaba una jerarquía superior respecto de la totalidad del orden jurídico. Hoy en día, por el contrario y como parte de un esfuerzo reflexivo iniciado apenas en la década de 1990, el entendimiento constitucional se ha invertido: se concibe más como la norma o el conjunto de normas ordenadoras de la totalidad del orden jurídico dada su posición de suprema jerarquía, entre lo que se encuentra la ordenación de los poderes públicos, sus relaciones con los particulares y sus competencias y modos de actuar. La Constitución, entonces, no es nueva sólo por sus novedosos contenidos normativos, sino también porque cada uno de éstos en lo particular y todos en lo general pueden cumplir funciones diversas a las que había entonces o, incluso, pudieron imaginar tan insignes personajes.

Lo que verían los constituyentes o el Primer Jefe al enfrentarse con la Constitución actual sería, en su mayoría, la gran cantidad de órganos jurídicos que estarían concurriendo a su aplicación y a la determinación de sus sentidos posibles. Hacia 1917, el principal productor de normas constitucionales era, desde luego, el órgano complejo previsto en el artículo 135 para reformarlo o adicionarlo. Hoy en día sigue siendo el mismo, más allá de las modificaciones marginales que ha sufrido. Hasta aquí nadie se vería sorprendido. La gran diferencia es que actualmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene una importancia capital en la fijación del sentido de los preceptos constitucionales, al igual que la tiene el resto de los órganos que ejercen la función jurisdiccional en el país. En unos casos y por su pertenencia al Poder Judicial de la Federación, pueden determinar sentidos más o menos acabados y permanentes respecto de ámbitos normativos particulares (materias y territorios, primordialmente); en otros, es decir, en todos los casos en que esos órganos no pertenezcan al Poder Federal, podrán definir sentidos constitucionales con menos generalidad y permanencia, pero aun así podrán hacerlo. La suma de estas posibilidades diferenciadas ha producido lo que suele denominarse mutaciones constitucionales. Esto es, cambios en el sentido normativo extraíble de un enunciado jurídico que no ha variado. Así, ahí donde antes tal o cual expresión o enunciado significaban tal o cual cosa, hoy pueden significar algo distinto. Más allá de los tribunales de cualquier jerarquía y tipo, existen otros muchos órganos que, así sea limitada y provisionalmente, están en posibilidad de darles sentido a los preceptos constitucionales. Pienso destacadamente en los llamados órganos constitucionales autónomos y en entidades parecidas a ellos. Al momento de actuar y hasta en tanto sus decisiones no sean controvertidas y revocadas por los órganos jurisdiccionales, lo que aquéllos determinen respecto del sentido de los preceptos de la Constitución puede tener un valor determinante. Appreciar el modo en que la Constitución se crea y recrea por parte de ciertos órganos es algo que está pasando. Por lo mismo también hay que dar cuenta de ello para comprender lo que es y puede ser la Constitución.

Entre 1917 y 2017 han pasado otras cosas con la Constitución: desde 1917 hasta prácticamente la década de 1990 el orden jurídico nacional era pensado y operado bajo la concepción de los compartimentos estancos. El derecho civil, el mercantil o el penal, por ejemplo, tenían su propia

delimitación, exclusiva o excluyente respecto a todas las demás. Un civilista bien podía mantenerse ajeno al resto de las llamadas ramas del derecho. Lo interesante de este proceder era que el derecho constitucional era considerado bien una disciplina académica, bien una cuestión relacionada con el gobierno o bien un tema que incidía sólo en los juicios de amparo por vía de las garantías individuales. La misma insularidad del derecho mercantil o del laboral se daba en el constitucional. Sin embargo, al concebirse la Constitución como norma jurídica general, ésta comenzó a permear, por decirlo así, al resto de las ramas del derecho, no sólo como un modo de fijar una jerarquía sobre ellas, sino de manera más determinante como un modo de definir concretamente los contenidos materiales de sus normas. Para ponerlo en claro, hoy en día quien haga derecho administrativo o familiar tendrá necesariamente que considerar lo que la Constitución dispone para su materia, a riesgo de encontrar que las normas que pretende crear puedan declararse inválidas.

Otro efecto de la Constitución en la actualidad está relacionado con una amplia y disputada determinación de los sentidos posibles. No es que tal cuestión no estuviera en germen desde el texto originario, sino que por las crecientes condiciones de pluralidad y su relación con la multicitada normatividad, hoy una variedad de actores compite entre sí para lograr que los operadores jurídicos (judiciales y no judiciales) formalicen el sentido constitucional que acoja su pretensión. De este modo, ahora existe una mayor disputa por los textos de la que había en 1917, siempre en el segmento de quienes sí adoptan el derecho como manera de ordenar sus conductas o se ven forzados por otros a hacerlo ahí donde lo hubieren desconocido. Insisto: lo que estamos viendo no es algo nuevo en sustancia, pero sí en cantidad y diversidad, lo cual, desde luego, termina por imponer un cambio de magnitud que afecta a la totalidad del sistema.

Este sentido de pluralidad interpretativa se ha hecho posible gracias a la existencia de un texto canónico y de una manera más o menos definida de entenderlo. Con independencia de lo que cada actor sostenga que dice el texto, siempre se refiere a un cuerpo compuesto de 136 artículos vigentes en un determinado momento, de una multiplicidad de artículos transitorios y de una serie de interpretaciones válidas sostenidas por diversos órganos autorizados. En procesos específicos de diversa índole, distintas personas

(políticos, burócratas, empresarios, padres de familia, procesados y un larguísimo etcétera) disputarán entre sí el sentido de los preceptos con distintos enfoques a fin de tratar de demostrar que su causa está debidamente recogida en la Constitución y excluye a las restantes. Lo importante es ver que ese segmento de la población que busca resolver sus temas y problemas mediante el derecho considerará a la Constitución un elemento central de sus estrategias, procederes y argumentaciones, lo cual no pasaba ni de lejos en 1917.

Me detengo en un elemento más para ir cerrando lo que ya es un largo recuento. Al momento en que la Constitución de 1917 se publicó, la idea jurídico-política dominante respecto a este texto era que con él y con las interpretaciones realizadas por las autoridades nacionales se cerraba el orden jurídico mexicano. Dejando de lado la expedición punitiva que acababa de retirarse, los mal llamados Tratados de Bucareli u otros ejercicios intervencionistas semejantes, lo cierto es que, de un modo formal, lo establecido en la Constitución de 1917 en efecto cerraba nuestro orden jurídico. Hoy en día, y en gran parte debido a la idea de aceptar la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (así como de otros mecanismos con funciones semejantes), nuestra Constitución no corona más nuestro orden jurídico. Al menos en esta materia, lo que diga la Corte Interamericana tiene la posibilidad de sobreponerse a lo decidido por los órganos nacionales, la Suprema Corte incluida. La Convención Americana, a veces y para ciertos y pocos casos, puede determinar lo que la Constitución debiera decir.

Si ponemos en conjunto las piezas que he relatado por separado, podemos concluir que la Constitución de ahora y la de entonces no son la misma. No lo son normativamente hablando, debido a la variedad de preceptos existentes ahora, su complejidad y sofisticación. No lo son interpretativamente hablando, pues hoy existen muchas y más competidas interpretaciones. No lo son operativamente consideradas, en tanto son más las cosas que hoy se hacen con la Constitución, como determinante de contenidos supraconstitucionales, o como criterio de regularidad de las normas creadas. No lo son en cuanto a su posición de cierre del sistema, al menos y destacadamente para los derechos humanos. No lo son, finalmente,

en cuanto a las condiciones simbólicas que el texto de hoy tiene para el fenómeno social, respecto a las que tenía en 1917.

Sin entrar a discutir las peculiaridades del concepto que voy a utilizar, supongo que el conjunto de cambios puede considerarse una evolución. Al menos, por estar en sintonía con lo que en el mundo moderno se identifica con el constitucionalismo. Siendo así, surge entonces una pregunta importante: ¿cómo se debe dar cuenta de la Constitución en la actualidad? Es decir, ¿cuál es el mejor modo de explicar, a 100 años de su aprobación, el texto que nos rige? Como en todo ejercicio académico, la respuesta depende mucho de lo que quiera mostrarse. Si, por poner un par de posibilidades, lo único que se desea es registrar cambios, pues a ello debería dedicarse el ejercicio por realizar; si lo que se quiere es definir lo que la Suprema Corte ha hecho en diversos momentos con los preceptos constitucionales, pues a eso debería ponerse atención. En dado caso, es el contexto lo que ha definido en mucho lo que aquí se pretende hacer y, por lo mismo, el modo de hacerlo. En este sentido, el Fondo de Cultura Económica quiere celebrar los primeros 100 años de vigencia de la Constitución de 1917, para lo cual ha generado varios proyectos, unos con mayor sentido histórico y otros con mayor énfasis normativo. Dentro de la gama de posibilidades que la ocasión admite, una de ellas consiste en considerar que la Constitución no es y nunca fue un texto rígido e invariable, sino un texto abierto a diferentes circunstancias, actores y tiempos. Como lo decía el título del famoso libro del profesor Allen, al Fondo le pareció importante generar una obra para entender *the law in the making* (“la ley en formación”),<sup>1</sup> o más puntualmente dicho en el contexto del Centenario, a la *Constitution in the making*. ¿Cómo, a partir del texto aprobado en Querétaro, se fue construyendo a lo largo de 100 años y por qué? Esta opción implicó entender que tal evolución no podía limitarse a señalar, una vez más, las sucesivas reformas habidas, así fuera organizándolas con criterios distintos a los convencionalmente utilizados. Tampoco se trataba, como se hace con menos frecuencia al menos entre nosotros, de relacionar las reformas con sus sentidos jurisprudenciales, o en una mezcla de reforma o adición textual con criterios judiciales. En fin, tampoco se intentaba encontrar las relaciones entre la evolución constitucional y la historia general o política del país, como han pretendido hacer algunos autores más allá de su éxito. Haber procedido así hubiera sido

interesante por los materiales utilizados, por los puntos de vista de nuevos analistas o por las conclusiones novedosas extraídas de andar sobre lo ya andado, como si las rutas de exploración fueran únicas, y cambiantes sólo los enfoques o las visiones de los caminantes.

Para comprender el sentido de lo que se había hecho con la Constitución, el Fondo convocó a un conjunto de personas con base en su conocimiento de ciertos temas puntuales en materia constitucional: derechos humanos, sistema federal, división de poderes, ordenación económica, función legislativa, Poder Ejecutivo, función jurisdiccional, administración pública, relaciones exteriores, responsabilidad de servidores públicos y relaciones Estado y sociedad.

Los convocados y el Fondo decidimos que lo acabado de señalar era justo lo que no queríamos producir. Con ese acotamiento, discutimos lo que podría ser la óptima y más completa opción explicativa. Al ir emitiendo los puntos de vista sobre la Constitución y su contexto, resultó algo semejante a un listado de los temas, cambios y problemas que precisé en la primera parte de esta presentación. Si la Constitución del 17, en efecto, había cambiado en sí misma del modo descrito, y si, adicionalmente, otros fenómenos de la dinámica y la cultura jurídica se habían modificado también, ¿cuál era el mejor modo de dar cuenta de ello? ¿Cómo, además, narrar lo que de la Constitución no había funcionado en el sentido previsto y las razones de que esto ocurriera? ¿Cómo, finalmente, señalar lo que faltaría por hacer para adecuar nuestros textos y nuestra Constitución a algún tipo de criterio más evolucionado?

Partiendo de la tradición del Fondo de permitir a sus autores una total libertad de investigación, como no podía ser de distinta manera, cada uno de los convocados buscó la forma de tratar el tema particular asignado de modo que pudiera explicar las reformas principales y la variedad de preceptos en vigor, las principales interpretaciones, las muchas “cosas” que hoy se hacen con la Constitución, su condición de ordenamiento inmerso en el ámbito internacional y sus principales condiciones simbólicas. También aquello que no había sido posible hacer con el modelo ideal de Constitución que a lo largo de los años se había ido construyendo. A nadie escapa que, como suele decirse, entre la letra y la realidad constitucionales las

distancias son inmensas. Asimismo, entre lo existente y lo que se podría hacer, desde luego dentro o en la propia Constitución y sus prácticas, hay espacios que deben ser señalados. El resultado de los esfuerzos individuales y la suma de todos ellos es la colección que ahora presento en mi carácter de coordinador.

En los próximos meses iremos viendo la aparición de los 11 títulos que componen esta serie. Los temas ya quedaron apuntados; sus objetivos y condiciones de realización, también. Los autores esperamos que su publicación, lectura y discusión contribuya no sólo a recordar de dónde venimos y cómo y por qué estamos aquí, sino, más destacadamente, hacia dónde debemos dirigirnos. Nadie pasa por alto que dentro del agotamiento de modelos y paradigmas que en nuestra época estamos viviendo, algunos de ellos afectan la Constitución y otros se vinculan con el constitucionalismo. Aprender esta doble dimensión del problema es importante. Por una parte, hay afectaciones a los modos en que se ha instaurado la división de poderes, el sistema federal o la representación política. De ello se habla algo, aun cuando se propone poco. Sin embargo, y simultáneamente, hay una crisis diferente relacionada con las maneras que hemos de considerar aceptables para ordenar la convivencia social, a partir de la definición de los ámbitos tanto colectivos como individuales. Qué vaya a aceptarse en los próximos años como una humanidad mínima es una cuestión; cómo vayan a relacionarse entre sí las personas es otra; cómo vayamos a ordenar la vida social es una más. Todo lo anterior impone cargas enormes a diversos campos de reflexión. Desde luego, a la ciencia jurídica, en tanto a su objeto de estudio, el derecho, le corresponde formalizar algunas de las principales formas de convivencia.

Si en el futuro, como supongo acontecerá, las constituciones siguen estando en la parte superior de los órdenes jurídicos y determinando la validez de sus normas, más allá de crecientes o disminuidas presencias internacionales, es preciso discutir las propias constituciones no sólo como textos, sino como conjuntos de posibilidades sociales. En la colección que tan generosamente ha animado el Fondo, los autores hemos querido contribuir con algo a esa discusión. Esperamos que nuestros esfuerzos sirvan para alentar o abrir debates importantes sobre lo que debería ser el derecho en general. Por trilladas que suenen las palabras, en esta construcción social

descansa la posibilidad de generar y garantizar humanidad y convivencia social. Es, sin duda y con todos sus problemas, el mejor invento que como seres humanos hemos creado para ordenar algunos aspectos relevantes de nuestras vidas. Pensarlo, criticarlo, repensarlo y construirlo es una gran inversión y, tal vez, nuestra única manera de preservarnos como especie.

Para finalizar esta presentación, quiero agradecer en primer lugar a cada uno de los autores por comprometerse de manera decidida a colaborar con un texto riguroso, completo y útil para la discusión nacional que se avecina. Asimismo, agradezco a Julio Martínez Rivas y a Santiago Oñate Yáñez por el apoyo prestado en la coordinación de los trabajos. Por último, al Fondo de Cultura Económica, en particular a José Carreño Carlón, a Karla López y a Rocío Martínez Velázquez por su generosidad y guía para la realización de los trabajos, y para su publicación como colección en esta prestigiada editorial.

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro de la Suprema Corte de Justicia*

*Miembro de El Colegio Nacional*

## INTRODUCCIÓN

El nuevo régimen constitucional de las telecomunicaciones, radio y televisión, energía y competencia económica de 2013 es el aspecto más visible de las transformaciones que se han dado en materia económica en los últimos años. Las iniciativas y las condiciones políticas se alinearon para dar lugar al cambio constitucional más notable desde las reformas de 1982 que crearon el llamado Capítulo Económico de la Constitución.

En el centenario de la Constitución no solamente resulta relevante tratar el tema por ser una modificación sustancial, sino porque permite ver la evolución constitucional en perspectiva. La Constitución de 1917 estableció reglas decisivas, para bien o para mal, sobre la propiedad y el aprovechamiento de los recursos naturales: son clásicas las referencias a la influencia que tuvo la idea del dominio eminente, propia del derecho colonial, en el régimen del petróleo, el territorio, las aguas nacionales y el espacio. El Estado revolucionario no sólo ejercía su soberanía sobre el territorio, sino también un derecho de propiedad originaria sobre éste y directa sobre sus recursos naturales (minerales, petróleo e hidrocarburos, mar territorial, espacio aéreo). Un Estado soberano y a la vez propietario. A partir de tal base constitucional, la propiedad privada se consideró una propiedad derivada y constituida por el Estado por alguna forma legal.

Tal régimen, si se tiene en mente un país de economía principalmente agrícola y de población rural, resultó una decisión fundamental para soportar la promesa y el compromiso revolucionario de tierra y libertad. El reparto agrario intensificado en el cardenismo y la recuperación de concesiones mineras, así como la decisión de expropiar las compañías petroleras, nacionalizar la energía eléctrica y los ferrocarriles, crearon la base social y económica de los regímenes de la Revolución y su largo periodo de dominación. Las concesiones discrecionales en la minería, la radio y la televisión consolidaron una economía autoritaria, modelo que Stiglitz,<sup>1</sup> con razón, llamó “capitalismo de compadres”, bajo el cual los

poderes económicos crecieron y fueron protegidos de la competencia interna y externa.

Las estructuras institucionales de la posrevolución fueron perfeccionadas bajo el modelo de mando y control. El presidente, como jefe de Estado, de gobierno y de la administración, concentró el poder y mejoró sus instrumentos de control social y de eficacia en el gobierno. El reparto agrario, las expropiaciones y nacionalizaciones, la recaudación fiscal y, en general, la gestión administrativa ganaron eficacia al superar algunas limitaciones que para su operación se derivan de la Constitución del 17. En 1939 Carrillo Flores refería como límites: la imposibilidad de la administración para ejecutar sus propios actos; la intervención judicial en los procedimientos administrativos cuando se presentara algún conflicto, lo que afectaba la eficacia para obtener ingresos fiscales o para expropiar, y la dificultad para crear un tribunal fiscal, agrario o laboral ante la interpretación dominante en la Corte de que solamente los tribunales del Poder Judicial federal podían conocer asuntos jurisdiccionales (a esto se le conoció como reserva de jurisdicción). Al superar tales limitaciones y crear jurisdicciones especiales, la administración ganó en eficacia; la expropiación fue un instrumento eficiente, más aún al no requerir garantía de audiencia y una judicatura de independencia cuestionada.<sup>2</sup> En lo económico la cúspide se dio en el periodo conocido como desarrollo estabilizador (1962 a 1981).

Con la crisis petrolera de principios de la década de 1980 se dio un cambio constitucional relevante: se constitucionalizó en 1983 la rectoría del Estado sobre el desarrollo nacional, el Sistema Nacional de Planeación Democrática y sus vertientes (la obligatoria para la administración, la de coordinación hacia las entidades federativas, la de concertación hacia los sectores social y privado), así como la distinción entre áreas estratégicas (con reserva del Estado inicialmente sobre la banca, la comunicación satelital, el petróleo, la petroquímica básica, energía nuclear, energía eléctrica, los ferrocarriles, la emisión de billetes y la acuñación de moneda, los correos, radiotelegrafía y telegrafía). Por otra parte, bajo el rubro de “áreas prioritarias” se estableció un espacio de acción pública para crear empresas públicas y canalizar subsidios (siempre que fuese de manera general, temporal y que no afectara las finanzas públicas).

Tales reformas, sintetizadas en la denominación Capítulo Económico (artículos 25 al 28), disciplinaron la actividad directa del Estado en la economía, fijando un número cerrado de áreas de monopolio público, racionalizando las formas de intervención directa en la economía y explicitando, además, la base conceptual para su función regulatoria: la rectoría económica.

Posteriormente (fines de la década de 1980 y primera mitad de la de 1990), con el gobierno del presidente Salinas, la liberalización económica, la competencia económica, la privatización, la desregulación y la apertura comercial fueron instrumentos de la política económica que, por una parte, desmantelaron el Estado intervencionista y el proteccionismo, y, por la otra, tendieron a construir la infraestructura jurídica para el mercado. La banca (1990), los ferrocarriles y la comunicación satelital (1995) fueron retirados del monopolio público. Se crearon con base legal los primeros órganos reguladores (la Comisión Federal de Competencia Económica en 1992 y la Comisión Federal de Telecomunicaciones en 1996) como desconcentrados de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes y de la Secretaría de Economía, respectivamente. Se iniciaron las autonomías.

El apresurado recuento de los cambios constitucionales, legales e institucionales no tiene mayor pretensión que mostrar un bosquejo de los antecedentes de otro cambio de gran calado: las reformas constitucionales de 2013, conocidas como estructurales, en las que se enfoca el trabajo que aquí se presenta.

Como los anteriores, el cambio se da en un contexto que lo propicia y lo hace viable. Las reservas, la producción y el precio del petróleo disminuyen, hay un cambio de gobierno y el Partido Revolucionario Institucional retoma el Poder Ejecutivo, se logra un acuerdo entre los tres principales partidos políticos (el Pacto por México) que establece diversos compromisos en materia económica, entre otros. En lo fundamental, tales compromisos son llevados a cabo.

Si bien en las reformas en energía (petróleos, hidrocarburos, electricidad) se pone fin al monopolio público, se liberaliza el sector energético, se establecen medidas pro competitivas en radiodifusión y telecomunicaciones, y se fortalecen los reguladores sectoriales y el órgano

de defensa de la competencia, la explicación no se agota en el ámbito del mercado. La narrativa del Pacto por México, las razones que soportan las iniciativas y los dictámenes de las reformas, las reglas y los principios incorporados al texto constitucional presentan el desarrollo como cuestión fundamental y el mercado se coloca en tal propósito.

Además del crecimiento económico, la competitividad, la atracción de inversiones, la competencia y la eficiencia institucional y normativa, las reformas plantean reglas y principios relevantes para la democracia, los derechos de las audiencias y el acceso a las tecnologías de la información, la comunicación, la protección al ambiente, el cambio climático, así como el aprovechamiento de los recursos petroleros para el desarrollo y las generaciones posteriores. Si se considera que en 2011 se dio la reforma en derechos humanos y en amparo, el conjunto plantea una lectura de la Constitución en clave de mercado, de derechos humanos y de desarrollo.

En este escenario la nueva ordenación de la economía, la constitución económica, tiene como referente a la regulación como el concepto que designa la principal función (no la única) del Estado en la economía y, por otra parte, que tal función hacia el mercado, la protección de los derechos y el desarrollo debe ser eficaz. Los compromisos constitucionales asignan al Estado la tarea de garantizar el mejoramiento de las condiciones de vida de la población.

El concepto de Estado garante tiene su referente en la función, los deberes, las responsabilidades de ser eficaz y eficiente, de maximizar el valor de los diversos instrumentos económicos, personales e institucionales; tiene su horizonte en el desarrollo, en el vivir bien de una sociedad.

La reforma en derechos humanos se acompañó de un discurso en el que el concepto garantismo se asoció a una corriente de pensamiento que tiene en Ferrajoli su principal exponente. El empleo del término se relacionó originalmente con los estándares de protección en el proceso penal y luego se amplió a los medios procesales para la defensa y efectividad en juicio de los derechos de las personas. Tal entendimiento es valioso y necesario, pero no se agota en eso. En este trabajo se toma el concepto en un sentido semántico más que como compromiso o adhesión a una corriente del pensamiento jurídico.

Con la idea del Estado garante se alude a la eficacia y efectividad de la organización con la que se dota la sociedad para contar con bienes públicos para una vida decente en la que pueda desarrollar su plan de vida a partir de sus capacidades de agencia (capacidades para decidir su forma de vida). Igualmente se podría decir Estado eficaz y efectivo, Estado con calidad institucional. El énfasis en las capacidades del Estado para ser eficaz no riñe con los derechos humanos, por el contrario, los potencia; la “instancia común que ha de establecerse para el cumplimiento de los derechos humanos es el Estado. Por lo tanto, existe un derecho humano al Estado”.<sup>3</sup>

Las referencias al Estado regulador y al Estado garante no plantean alternativas entre modelos de Estado o formas alternativas de explicación o preferencia ideológica; aluden a dos funciones diversas pero complementarias. La regulación se entiende como una función pública que, a partir de ciertas políticas públicas o determinada intencionalidad, sirve para que se establezcan intervenciones y se orienten los comportamientos a cierto propósito. En esto el derecho en su función de orientación es arquitectura, ingeniería social. El Estado garante se ubica en una fase distinta de tal proceso: hace que las intervenciones sean efectivas, es decir, que cumplan en la realidad aquello que se proponen, esto es, que haya calidad institucional.

Para esto, regulación y calidad en las instituciones no son solamente discursos, sino metodologías. La efectividad tiene que ver con calidad regulatoria, buenas organizaciones, conocimiento experto y legitimidad en las decisiones. Las reformas analizadas tienen esas razones subyacentes. Con esto no se afirma que logren ese resultado (de hecho, presentan inconsistencias y contradicciones), sino que deben ser consideradas en un horizonte de mejoramiento de las condiciones de vida.

La mejora regulatoria y las técnicas de revisión judicial (proporcionalidad y razonabilidad) tienen su foco en los procesos de creación normativa y en la adecuación de sus contenidos a los fines propuestos. Ambas facetas de la función pública (la regulación en sede administrativa y el control en sede jurisdiccional) tienen un encuentro en la calidad de las decisiones. La ruta para construir un debido proceso de la decisión pública que considere la mejor información disponible (decisiones basadas en evidencia), que se

abra a la opinión y al juicio de los diversos intereses involucrados, que sopesen las diversas alternativas, que explique motivando la alternativa elegida en sus méritos, que evalúe sus resultados y corrija sus efectos no deseados o sus errores es un camino por consolidar y mejorar.

Si bien este trabajo se concentra en las dimensiones nacionales, no puede dejar de advertirse la dimensión global y sus vicisitudes. La economía en el contexto global opera en un entramado de tratados y acuerdos internacionales en materia de inversión, comercio, tratados binacionales o trinacionales. Las decisiones nacionales pueden estar condicionadas o limitadas por la normatividad y las instancias internacionales que tratan los conflictos: ayudas públicas, prohibición de tratos discriminatorios, cláusula de trato nacional, etc. La regulación y las funciones de garante, como dice Parejo,<sup>4</sup> se dan en una soberanía limitada.

La calidad institucional es condición necesaria para el desarrollo. Vista en perspectiva democrática mira hacia una de sus carencias: la eficiencia. Si un Estado no es eficiente demerita su legitimidad.<sup>5</sup>

JOSÉ ROLDÁN XOPA

Getafe, Madrid, y Santa Fe, Ciudad de México,

diciembre de 2017

## I. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

LAS reformas estructurales comprenden, entre otras, un conjunto de reformas constitucionales que modifican sustancialmente las reglas que definen la intervención y la participación pública en sectores económicos relevantes: competitividad, telecomunicaciones, radiodifusión, competencia económica, hidrocarburos y energía eléctrica, principalmente; el régimen jurídico de las mismas: áreas estratégicas y servicios públicos; las funciones normativas del Estado sobre actividades económicas específicas: se reconoce constitucionalmente la función regulatoria. Asimismo, se da estatuto constitucional a los órganos en radiodifusión y telecomunicaciones, el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), y en competencia económica, la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece); se establecen reglas especiales para fijar límites a la participación de agentes económicos en el mercado de las telecomunicaciones y la radiodifusión mediante la calificación como “preponderante”; se establecen reglas de excepción en el juicio de amparo en los casos de telecomunicaciones y competencia, limitando el otorgamiento de medidas cautelares, y se crean tribunales federales especializados;<sup>1</sup> la Comisión Reguladora de Energía (CRE) y la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) se transforman en órganos reguladores coordinados en el sector energético y permanecen en el ámbito de la administración pública federal; Petróleos Mexicanos (Pemex) y la Comisión Federal de Electricidad (CFE) se transforman en empresas productivas del Estado.<sup>2</sup> En el mismo sentido, la mejora regulatoria adquiere dimensiones de política nacional y se faculta al Congreso para emitir una Ley General en la materia.

Las reformas anteriores, si bien tienen un ámbito delimitado por “lo económico” al tener en sus coordenadas las libertades económicas y las funciones públicas, deben considerar en su explicación las reformas en materia de derechos humanos<sup>3</sup> y de amparo.<sup>4</sup> Éstas, a pocos años de su vigencia, cambiaron los referentes de la discusión constitucional. Nuestro tema conduce a comprender también que lo económico está en lo

constitucional y, consecuentemente, en las condiciones de vida de una sociedad.

La apreciación de la ordenación constitucional de la economía tiene así un nuevo escenario. Los enunciados son los cambios constitucionales que modifican sustancialmente el Capítulo Económico que proviene de la década de 1980. Aquél, ligado a los efectos de una crisis petrolera, racionalizó la intervención del Estado en la economía, sea como agente económico directo o como interventor, pero preservó el monopolio en mano pública en los sectores de hidrocarburos y electricidad. La apertura al comercio internacional, la liberalización a la competencia, la privatización y la desregulación posibilitaron entender tales reformas agrupadas alrededor de una política económica de corte neoclásico o, expresado en términos ideológicos, “neoliberal”.<sup>5</sup> En contraste, las recientes reformas amplían las relaciones de mercado a los anteriores monopolios estatales y sofistican los instrumentos de acción pública (técnicas regulatorias y reguladores especializados). Sin embargo, no se trata de una reforma que obedezca solamente a una racionalidad económica; hay también, en su creación, un acuerdo político entre las principales fuerzas partidarias. Si bien el acuerdo político es imprescindible en cualquier reforma constitucional, en este caso la lógica del mismo fue más allá de los terrenos técnicos de la regulación económica. Particularmente, en el caso de las telecomunicaciones se presentó una clara intención de acotar los poderes económicos con fuerte presencia en la realidad política nacional: las empresas de radiodifusión como poderes fácticos.

En la apreciación de las reformas económicas, en particular, y de la ordenación de la economía, en general, los conceptos de eficiencia, competencia, mercado, agentes económicos, libertades económicas/derechos humanos, costos y beneficios, competitividad, desarrollo, órganos reguladores, regulación, principalmente, constituyen las categorías analíticas con las cuales se acomete la descripción y explicación que aquí se presenta.

No obstante, la Constitución como ordenamiento no se integra, ni puede ser apreciada, explicada o interpretada considerando solamente el contenido de los enfoques económicos. Especialmente, deben considerarse las

perspectivas en materia de derechos humanos, sus cometidos sociales y las garantías propias del control constitucional. De esta suerte, la ordenación económica es apreciada y asumida por los distintos operadores jurídicos como una narrativa de inevitable relación con los discursos de derechos humanos, la competitividad y el desarrollo. Así, los agentes económicos interpretan las libertades económicas como derechos humanos o derechos fundamentales; los tribunales deciden los conflictos considerando valoraciones y estándares aplicables a tales derechos, a las competencias y a los cometidos públicos; las autoridades administrativas o reguladoras requieren tomar en consideración también tales estándares como condición de regularidad de sus decisiones y de efectividad de sus políticas públicas.

El control de constitucionalidad en sede jurisdiccional ha sido un terreno particularmente relevante. Los principios de universalidad, no regresividad, indivisibilidad e interdependencia, así como la interpretación conforme y el principio pro persona, son las claves de la nueva interpretación y argumentación constitucionales. La interpretación y argumentación no se limitan a decidir el caso, en la función de determinación del sentido de las normas que los tribunales constitucionales desarrollan cotidianamente; realizan algo más que desentrañar su significado: crean derecho constructivísticamente.<sup>6</sup> La interpretación constitucional como nunca antes tiene un profundo sentido constitutivo, bien descrito en la frase de Holmes: “La Constitución es lo que la Corte dice que es”, en tal sentido, la función jurisprudencial estructura relaciones sociales y económicas, procesos políticos, funciones institucionales.<sup>7</sup>

En la interpretación y definición de los sentidos constitucionales y, en su caso, del ordenamiento jurídico, de los roles y las funciones de los entes públicos, así como de las relaciones jurídicas entre los actores económicos, las decisiones jurisdiccionales tienen, además de una autoridad formal, una autoridad argumentativa. La interpretación y la argumentación jurisdiccional construyen narrativas dotadas de autoridad; no describen, establecen sentidos de lo que debe ser. Por la vía del caso o de la jurisprudencia, los tribunales forman un corpus interpretativo que establece los referentes para apreciar la amplitud y los alcances, sea de las libertades económicas o de las formas de intervención estatal en el mercado. La interpretación constitucional afecta las atribuciones de conducción u

orientación de las conductas de los agentes económicos, o bien de las funciones que los poderes del Estado y las autoridades reguladoras desempeñan respecto a la economía. Tal narrativa jurisprudencial es normativa, define relaciones jurídicas y, a la vez, es argumento de autoridad en el razonamiento para la decisión; es relevante tanto para las autoridades cuyos actos son revisados como para otros operadores jurídicos. Mientras la política pública y la regulación son el terreno de las administraciones, la definición de los derechos tiene punto terminal en los tribunales. Las decisiones públicas o privadas se dan en un contexto en el cual la legalidad económica no consiste solamente en actos de “aplicación” de las normas, sino que suceden también alrededor de referentes en los que, ante los espacios de libertad, discrecionalidad, ambigüedad o incertidumbre, cabe la acción estratégica, la orientación, la conducción.

Tanto en la formulación de la narrativa de las decisiones como en el análisis académico de la ordenación constitucional, están presentes las diversas teorías, enfoques y técnicas de decisión. Desde la economía, los conceptos de mercado, competencia, regulación, eficiencia, costos y beneficios, agente económico, entre los principales, tienen sus referentes teóricos en la microeconomía, la teoría de la regulación, el análisis económico del derecho; por otra parte, los de persona jurídica, derechos, obligaciones, competencias y propiedad tienen sus referentes tanto en las teorías generales del derecho como en las disciplinas jurídicas particulares. El análisis de la ordenación de la economía debe considerar tales confluencias para explicar de mejor manera las funciones y los roles institucionales, las libertades de los agentes y los propósitos de política constitucional.

En la apreciación de las teorías se presentan diversas cuestiones por considerar: la necesaria atención que desde el derecho debe darse a otros conocimientos especializados, como la economía o la política pública. Asimismo, los enfoques van más allá de los ámbitos del conocimiento descriptivo, es decir, adquieren un empleo prescriptivo que ante los problemas buscan o proponen soluciones que pretenden ser plausibles. Esto es, las teorías al proveer enfoques o conceptos en la apreciación de normas, hechos o instituciones, no solamente describen lo que es; también construyen argumentos o razones de lo que debe ser. Por ejemplo, si se parte de una posición libertaria se tendrán como correctas y, por tanto,

debidas las reglas o las decisiones que amplíen las libertades y restrinjan las intervenciones administrativas; si se toma en cuenta una propuesta comunitarista o de izquierda, la igualdad justificaría restricciones a las libertades de mercado. Las teorías también anuncian problemas y respuestas.

Así pues, el tratamiento de la ordenación constitucional de la economía no es una tarea que se restrinja a la descripción, significación, interpretación o sistematización de normas o hechos; el ejercicio concierne también a la o a las teorías que están presentes en la ingeniería normativa, en las decisiones o en la literatura jurídica.

Por lo general, el aparato teórico del constitucionalismo, el control de constitucionalidad, de los derechos fundamentales, la regulación o el enfoque de derecho y economía plantean, con pretensión de universalidad, paradigmas, modelos, problemas y debates que se trasladan de contextos de realidad, de diseños constitucionales y de tradiciones jurídicas de países desarrollados a las de países con diversas condiciones. Tal diferencia plantea el riesgo de trasplantes o propuestas respecto de las cuales se está ante una reflexión insuficiente.<sup>8</sup> Este riesgo conduce a tener en cuenta la utilidad de los aparatos conceptuales desarrollados por la literatura jurídica en las metrópolis, pero también a incorporar la realidad de la periferia y a generar una reflexión a partir de ésta. En particular, se requiere una reflexión sobre las circunstancias de desigualdad y la necesidad de desarrollo económico.

En este trabajo la compleja relación entre Constitución y economía se pretende hacer del presente al pasado. En el centenario de la Constitución, la somera descripción de las cuestiones presentadas es el resultado de procesos políticos en el tiempo y, por tanto, históricos. No se trata de hacer un recuento de las reformas, sino de los sentidos constitucionales. Así, cuestiones como la propiedad pública o privada, la empresa pública o privada, el mercado o la competencia no tienen solamente un sentido conceptual propio de teorías generalmente aceptadas por determinada comunidad de pensamiento. Tienen también una decantación en medio de tensiones propias del proceso político o de las condiciones sociales donde el

conflicto ha sido el artesano, sea en las decisiones legislativas, en las administrativas o en las jurisdiccionales.

## LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA COMO CONCEPTO ORDENADOR

Comprenderemos dentro del concepto de constitución económica la ordenación fundamental de las relaciones económicas, de los procedimientos de creación de normas de regulación económica, las instituciones públicas que regulan, aplican y resuelven controversias respecto de tales relaciones. En el empleo de la expresión no hay originalidad alguna, tiene ya larga data: en Alemania, Rittner la emplea para referirla a la ordenación, incluyendo los principios, de procesos económicos (el mercado) cuyas notas son la fundamentalidad y la estabilidad.<sup>9</sup> En Iberoamérica el término ha sido adoptado en diversos países, como Chile por Nehme Zalaquett<sup>10</sup> y Fermandois,<sup>11</sup> y por Larrañaga<sup>12</sup> en México, entre otros. Algunos conceptos equivalentes son derecho constitucional económico o de la economía; en la academia mexicana tuvo una designación a partir de su ubicación en la topografía constitucional: el Capítulo Económico.

La justificación del término reside en la economía de los conceptos. Por una parte, es un concepto referencial que comprende normas que tienen como ámbito material la actividad económica de los operadores jurídicos en tanto agentes económicos (individuos, empresas, entes públicos), cuyas capacidades o roles significan libertades, derechos, deberes y responsabilidades en relaciones contractuales o extracontractuales o como ilícitos económicos.<sup>13</sup> Por la otra, se encuentra la potestad o competencia normadora, o dicho en términos más específicos, reguladora e interventora del Estado, orientada por políticas.

En una apreciación estática, la constitución económica refiere a: i) sujetos cuyas capacidades jurídicas o actividad tienen como ámbito de validez material la economía, entendida ésta como producción, intercambio, distribución y consumo de bienes o servicios; ii) actividades que tienen como presupuesto la capacidad de los agentes para tomar decisiones

(libertades) sobre sus bienes (propiedad, posesiones) o sobre su trabajo en un contexto determinado (mercado, libertad de concurrencia, competencia económica, prohibición de monopolios); y iii) entes públicos que tienen competencias y obligaciones para actuar como reguladores y garantes, y apoderamientos para intervenir, orientar y regular.

En una perspectiva dinámica, los diversos conceptos señalados se aprecian en decisiones y relaciones jurídicas orientadas hacia el interés que tienen las personas, en tanto agentes económicos, en la maximización. Asimismo, se despliegan políticas públicas y regulaciones que orientan conductas hacia el logro de fines o de cierto estado de cosas (competitividad, desarrollo económico, mayores opciones a los consumidores, acceso de la población a servicios y satisfactores, etcétera).

De esta suerte, las relaciones entre agentes económicos, con instituciones públicas o entre estas últimas tienen en la Constitución una norma ordenadora de la economía, como ámbitos materiales de conducta y de interacción de agentes privados e instituciones públicas. La ordenación es racionalizada por una narrativa justificada en el interés general que se atribuye al mercado y a su protección. El concepto de interés general tiene una función directriz en el ordenamiento constitucional, por lo tanto, los derechos de propiedad, de contratación, de libertad de empresa (y sus limitaciones), para citar los básicos, se justifican no solamente atendiendo a su carácter de libertades o derechos fundamentales, sino por su relevancia para el crecimiento y desarrollo de la economía en una sociedad.

La libre concurrencia, la competencia económica y la prohibición de prácticas monopólicas son las condiciones en las que se despliegan las libertades económicas, pero tales condiciones también forman parte del orden público, esto es, de un ámbito que debe ser garantizado por el Estado atendiendo al interés general o público, más allá de los intereses privados. La garantía de la competencia económica justifica el interés público atendiendo a sus efectos en el bienestar general, que consiste en la eficiencia mediante mercados competitivos;<sup>14</sup> desde esta perspectiva, la teoría económica no solamente describe, también tiene una función en la interpretación y en la justificación de las condiciones económicas que deben garantizarse.

Que se trate de condiciones que atienden a su finalidad de lograr resultados deseables en el bienestar conduce a que los distintos componentes del orden económico se juridifiquen atendiendo a su funcionalidad. Los derechos subjetivos en tanto libertades económicas, los agentes económicos en tanto personas jurídicas o centros de imputación, que incluso pueden carecer de la calidad de personas jurídicas, los fines constitucionales y los mandatos institucionales son categorías dinámicas que si bien tienen un núcleo a partir del cual pueden definirse, están sujetas a procesos constructivistas. Derechos y fines públicos son así objetos de regulación y de garantía. Los mandatos, las competencias y los cometidos institucionales son habilitaciones para actuar y para hacerlo en determinado sentido. El orden público económico como concepto vertebrador es parte del orden político constitucional, de la gobernabilidad de una sociedad. Desde una perspectiva institucional, el orden público económico impone deberes a las instituciones públicas. A diferencia de la muy conocida idea del “dejar hacer, dejar pasar”, la función del Estado es constructivista.

Aun Hayek, desde su extremo libertario, reconoce que corresponde al Estado el “más fundamental servicio colectivo a proporcionar por éste [...] nada tiene que ver con la directa satisfacción de necesidades personales: implica la creación de un contexto sobre cuya base individuos y grupos pueden ocuparse de satisfacer aquellas”.<sup>15</sup> La función estatal se liga con el establecimiento de un orden común y general para que las personas puedan realizar sus iniciativas productivas.<sup>16</sup> Esto es, un orden público.

El interés general o público tiene una relación directa con el bienestar general y se distingue de los intereses, las preferencias o apetencias concretas, individuales, de manera que el interés general no significa que toda pretensión deba ser necesariamente satisfecha, dice Hayek.<sup>17</sup>

El ámbito de lo público y su plausibilidad está presente también en Adam Smith, quien se interesa por el bien común, pues estimula la creatividad, la audacia y el esfuerzo, “además del ethos del trabajo y el ahorro incrementa la capacidad y disposición al trabajo, disminuye los costos, no sólo financieros, impulsa la oferta (orientada por la demanda) de bienes, servicios y su efectiva distribución y, por último, los mayores precios atentan contra el derroche”.<sup>18</sup>

En los hechos, dice Höffe, se verifica la

ley de la distorsión racional de la competencia: la competencia que promueve el bien común, no se logra espontáneamente, necesita el contrapeso de una autoridad que vele por las condiciones marco que promuevan el bien común (protección jurídica que se oponga a distorsiones mafiosas, a los monopolios, oligopolios, los carteles, las fijaciones acordadas de precios y la competencia desleal).<sup>19</sup>

La reciprocidad, la cooperación, los comportamientos respecto de los demás y lo público han estado presentes y lo siguen estando, tanto en la literatura clásica como en los más recientes modelos del tipo “dilema del prisionero” y de juegos cooperativos, en la explicación de las decisiones personales, económicas y de mercado. Este escenario también ha sido explorado por las distintas teorías de la decisión racional, de la ética y de la teoría de la justicia. Los conceptos de bienestar, bien común, interés general, se asocian directamente con las condiciones de vida de los seres humanos, del vivir bien. Tal referente coloca en el mercado, en la política y en el derecho una dimensión ética y de justicia.

El desarrollo es un fin constitucional, es el fin del compromiso o acuerdo cooperativo que subyace a la Constitución en la democracia. El vivir bien es la expresión llana del desarrollo que se expresa en el PIB per cápita, en la ausencia de pobreza, en el índice de desarrollo humano o en el índice de desarrollo sostenible.<sup>20</sup> El mercado no se agota en sí mismo.

La Constitución y, por tanto, la organización estatal que funda en ella su legitimación tiene la pretensión de ser creíble, estable y a largo plazo. Más allá de las explicaciones que radiquen, ya sea en el contrato o en el poder, el Estado constitucional en el que los derechos de las personas sean límites o expectativas de recibir, en el que la organización pública tenga a su cargo las funciones de garantía y de bienestar de sus gobernados, la referencia a la justicia no solamente es inevitable, sino necesaria. Ahora bien, la justicia no sólo se expresa en la relación público-privado, sino que parte de la

concepción del ser humano y de sus relaciones con los demás. En términos de Hayek, la justicia refiere al reconocimiento que los hombres se deben recíprocamente, la reciprocidad se infiere del núcleo de la igualdad y, por tanto, es una cuestión de derechos y deberes. Si sólo se pretenden derechos y obsequios, la justicia se despide.<sup>21</sup>

En una economía de mercado el interés es su motor. La maximización, el dinero y las preferencias definen el interés en un sentido estrecho, dice Dworkin; ahí reside el bienestar atendiendo a lo que un ser humano estima como deseable para él. La moralidad residiría, en cambio, en “creencias sobre cómo tiene o tendría que responder a las necesidades y ambiciones de los demás”.<sup>22</sup>

Lo constitucional supone también un entendimiento del ser humano como sujeto de derechos y como ente responsable ante sus deberes. Interés en el sentido estrecho e interés en el sentido amplio o moral están presentes en las relaciones egoístas y autointeresadas, y en las de reciprocidad y cooperación.

La distinción anterior, además de ser necesaria en términos analíticos, tiene efectos prácticos, por ejemplo, en la asignación de derechos o responsabilidades por las autoridades administrativas o jurisdiccionales y sus límites, o en la legitimación procesal ante dichas autoridades en los casos de interés jurídico o legítimo. El interés jurídico tiene una impronta individualista; el legítimo comprende también las relaciones de reciprocidad y cooperación. La identificación y diferenciación entre el interés público y los intereses privados es básica para aprehender la lógica del mercado y de las intervenciones estatales.

Así pues, la estabilidad política, la seguridad pública, la confianza pública, la seguridad y certidumbre jurídicas son los bienes públicos que un Estado de derecho debe proveer, son condiciones necesarias para que las transacciones económicas se garanticen y se realicen eficientemente.

La Constitución establece también funciones públicas proactivas: sea de fomento de determinadas actividades o sectores (micro, pequeña, mediana industria), la posibilidad de canalizar ayudas gubernamentales como subsidios o mediante los fines extra fiscales que pueden darse a las

contribuciones. La competitividad es también un cometido exigible al Estado, supone un contexto competitivo en el que las geografías regionales, nacionales o subnacionales son ámbitos de la geoeconomía. La competitividad supone comportamientos estratégicos para la atracción de inversiones o el interés de apoyar a determinados sectores para que sus bienes y servicios se coloquen en el mercado global. Los anteriores aspectos relativizan la neutralidad del Estado frente a los mercados, pues se tiene un interés directo en modificar las condiciones de regiones o sectores determinados. Sin embargo, tales formas de intervención están sujetas a referentes establecidos en los tratados internacionales de comercio e inversión, a las reglas de ayudas públicas, a la regulación interna y a los controles de los diversos órdenes.

La claridad con la que se realicen las funciones constructivistas del Estado, así como la objetividad y neutralidad frente a los mercados, le asigna al Estado funciones garantes cuya racionalidad es compleja. El Estado es garante de la competencia, la competencia y, a la vez, del fomento, las ayudas públicas, la competitividad, el crecimiento y el desarrollo.

El interés público o interés general (para los efectos se tienen por sinónimos) tiene utilidad para el análisis al conceptualizar las principales definiciones de política constitucional como condición necesaria para determinar el sentido de las intervenciones públicas. Como pieza en los enunciados jurídicos, el interés general o público tiene diversas funciones jurídicas desarrolladas por el derecho positivo, atendiendo a las peculiaridades de cada sector de la economía. La relevancia del interés general no es solamente analítica, es también un valor constitucional.

La identificación conceptual del interés general o público es problemática. Por ejemplo, Larrañaga lo liga con un principio o como directriz o policy (en el sentido de Atienza y R. Manero), en cambio, para García de Enterría es un concepto jurídico indeterminado. La ubicación del concepto en los anteriores tipos le asigna también diversas funciones. La relación del interés con la categoría de principios lo relacionaría con valoraciones que orientan la interpretación y los derechos en juego. Su relación con directrices o policy refiere a las orientaciones de conductas que buscan resultados.<sup>23</sup> En tanto concepto jurídico indeterminado, tiene una función asignada por el

derecho positivo al decisor, quien lo determina atendiendo a su contexto normativo y a las peculiaridades del caso.<sup>24</sup> Como pieza del derecho, el interés público es multifuncional, da flexibilidad y versatilidad a la decisión ante la incertidumbre, sea para ser determinable en el caso concreto o para establecer orientaciones de política de distinto signo ante una pluralidad propia de la sociedad democrática. Es un contexto normativo propicio para medios y fines.

Así pues, las libertades económicas clásicas y las reformas estructurales en materia de competitividad, competencia, telecomunicaciones y radiodifusión,<sup>25</sup> energía<sup>26</sup> y mejora regulatoria forman la columna vertebral del nuevo orden público económico. El Capítulo Económico de la Constitución, o dicho más ambiciosamente, la Constitución económica, se integra por aquella parcela constitucional cuyo ámbito material son las relaciones económicas. No obstante, forman parte de la Constitución como orden general y, consecuentemente, tienen también un efecto sistémico. Dichos ámbitos materiales de la constitución económica comprenden:

- a) Las actividades económicas como libertades y su vinculación negativa <sup>27</sup> a la ley y los sectores económicos regulados.*
- b) Las actividades económicas sujetas a publicatio o reservadas al Estado en condiciones monopólicas (servicios públicos y áreas estratégicas, principalmente).*
- c) La regulación constitucional de la propiedad pública.*
- d) Los sujetos económicos, considerando como tales a i) los agentes económicos privados; ii) a los entes públicos que producen, distribuyen o comercializan bienes o servicios (empresas productivas del Estado, organismos descentralizados u otro tipo de entes con funciones económicas), y iii) a los consumidores.*
- e) La rectoría económica del Estado y el sistema de planeación democrática y la mejora regulatoria como política pública.*

*f) Los agentes públicos y sus competencias jurídicas, sean de las administraciones públicas centralizadas, desconcentradas, descentralizadas, coordinadas y constitucionalmente autónomas, de los órdenes federal, estatal y municipal.*

*g) El ordenamiento jurídico y sus características fundamentales, las funciones de las leyes, los ordenamientos administrativos y regulatorios.*

*h) Las formas, los procedimientos y órganos de control constitucional en la materia.*

## LA ECONOMÍA Y EL DESARROLLO.

### LA CONSTITUCIÓN PARA VIVIR BIEN

Las sucesivas reformas, cada una motivada por distinta ratio, han incorporado a la Constitución sentidos coincidentes o contrastantes. Si apreciamos la regulación de las actividades económicas, a las libertades económicas apreciadas como derechos les serían aplicables, en teoría, los principios de interpretación a que se refiere el artículo 1º constitucional (interdependencia, universalidad, no regresividad, indivisibilidad, propersona e interpretación conforme). Pero también lo serían los derechos de los consumidores al igual que los laborales. Considerados sólo como libertades o derechos es probable que entren en conflicto; la probabilidad se incrementa si se aprecian otros derechos: salud, medio ambiente.

En algunos casos la discusión puede estar en la configuración y determinación misma del derecho y sus alcances, por ejemplo: ¿el acceso y la recepción del servicio de energía eléctrica es un derecho humano o es un bien del mercado al que sólo accede quien puede pagar su precio? En otros, se presentan conflictos entre los derechos de sujetos económicos: ¿si se considera la obesidad como un problema de salud pública, se justifica limitar la libertad de comercio y de publicidad?

Otro terreno de disputa está en los linderos entre la libertad y la restricción, entre la actividad desregulada y la regulación. Tanto las libertades como la regulación tienen estatus constitucional, los artículos 25, 26, 27 y 28 tienen reglas y fines regulatorios económicos y sociales. Si bien en los enunciados generales, los derechos y las intervenciones públicas coinciden en los fines constitucionales —el desarrollo, los mejores niveles de vida de la población—, las relaciones jurídicas, económicas o sociales están mediadas por los intereses de grupos que, al encontrarse con las definiciones de interés público o general, se enfrentan ante dilemas binarios (o una u otra

elección), o bien de grado (que atenderían a la proporcionalidad de la medida).

El ámbito de las libertades y su relación con la regulación trae otro tema conexo: el de los titulares de los derechos. El mercado como ámbito de relaciones económicas y por tanto jurídicas es aquel en el que la empresa es la forma de organización más apta para el mercado darwiniano; su estatus jurídico como persona y la lectura constitucional —en clave de derechos humanos— inducen a apreciar la empresa no sólo como sujeto de imputación de derechos subjetivos, sino también como titular de derechos humanos. Las implicaciones teóricas y prácticas de las posibles respuestas son de hondo calado y no deberían agotarse en una cuestión de literalidad (si las personas tienen derechos humanos, y si las personas morales son personas, por tanto, los tienen). En los primeros casos presentados, la Suprema Corte se ha pronunciado afirmativamente, algo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha abordado con cautela. Para el caso de la empresa mercantil como tipo específico de persona moral constituida para el mercado, la respuesta tiene que transitar por una reflexión y problematización previa.

Para agregar complejidad al tema, la reforma en amparo abre la posibilidad de que particulares que realicen actos de autoridad puedan ser considerados autoridades responsables en los juicios de amparo. En algunos casos, sea porque los particulares tienen la calidad de concesionarios de servicios públicos (lo que sucede en los casos de telecomunicaciones y radiodifusión), o por el tipo de actividad o servicios (por ejemplo, el servicio de internet de banda ancha declarado como derecho por la Constitución, o el servicio de electricidad, por su especial relevancia en las necesidades básicas), las empresas, atendiendo al tipo de relaciones jurídicas, pueden colocarse como titulares de derechos o bien como autoridad. La racionalidad, los roles y los controles son distintos.

Otra de las cuestiones por abordar es la dimensión institucional propiciada por la interpretación de la Corte adoptando el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Esta decisión ha descentralizado y diversificado la interpretación constitucional, si bien los efectos de tal descentralización pueden ser moderados por la obligatoriedad de la

jurisprudencia de la Suprema Corte. Así, la Constitución, en palabras de Tushnet, se forma a varias voces,<sup>28</sup> y su interpretación y concretización se da, parafraseando a Sunstein, a varias mentes.<sup>29</sup> En el caso de la función administrativa, la creación de órganos constitucionales autónomos con función regulatoria (la Cofece y el IFT), así como el incremento de la autonomía de los órganos reguladores coordinados (la Comisión Reguladora de Energía y la Comisión Nacional de Hidrocarburos), también han diversificado la determinación de las políticas públicas, relativizando la conducción del Ejecutivo, en el alcance tanto de los instrumentos de la planeación como de los instrumentos regulatorios que proveen a la aplicación de la ley o tienen fuente constitucional. Así pues, la función reguladora de la economía reside en varios centros de decisión, dando lugar a una administración fragmentada.

La función regulatoria se incorpora a la Constitución relacionando elementos institucionales, normativos y procedimentales ligados por una racionalidad común. Eficiencia y efectividad son los mandatos de desempeño. Los órganos reguladores, las normas regulatorias, sus reglas y principios especiales, en particular las reglas aplicables a la revisión judicial (la eliminación de la vía contenciosa administrativa, la imposibilidad de otorgamiento de medidas cautelares en el juicio de amparo y la suspensión de la ejecución de sanciones pecuniarias hasta la resolución definitiva del amparo), en la que los derechos procesales ceden ante la necesidad de eficacia, son tales elementos. Está presente la eficiencia económica como el referente común que alinea las libertades y las intervenciones públicas. En el ámbito de la función administrativa, los reguladores conforman un conjunto de órganos que, independientemente de su tipo normativo, se identifican como cuerpos técnicos que realizan funciones de gobierno desde sus autonomías. En la judicatura se establecen tribunales especializados como parte de la identificación de que la materia requiere una atención institucional no ordinaria. Existe una especie de “departamentalización” de la ordenación constitucional de la economía.

Las reformas constitucionales no están exentas de diferencias de sentido entre ellas. Los momentos y las circunstancias políticas en las que surgieron marcaron su impronta. El Pacto por México expresó el acuerdo de las tres principales fuerzas políticas para aprobar las reformas en competencia y

telecomunicaciones: los reguladores como constitucionales autónomos; la radiodifusión y las telecomunicaciones como servicios públicos; la preponderancia como basamento para la disminución de la participación de las grandes empresas en los mercados; las reglas especiales para la revisión judicial. La reforma energética, acordada sin la participación del partido de izquierda (Partido de la Revolución Democrática), prescindió de la calidad de constitucionales autónomos para los reguladores energéticos, se retrajo el régimen de servicio público y se mercantilizaron las relaciones entre los proveedores del servicio y los usuarios. En conjunto, son reformas al Capítulo Económico de la Constitución, pero con sentidos conceptuales, ideológicos y de política contrastantes.<sup>30</sup> Se trata también de una Constitución hecha a varias manos.

De esta suerte, la somera exposición de algunos aspectos que las reformas en materia económica plantean muestra que son normas que, a pesar de integrarse en un cuerpo normativo, obedecen a racionalidades diversas. La explicitación de ellas resulta necesaria para ubicar, con mayor conocimiento de causa y con mayor posibilidad de teorización, los problemas de interpretación y de previsión de los efectos del control constitucional.

Sin excepción, las reformas constitucionales por analizar plantean el desarrollo económico como horizonte de la política constitucional. Mejorar la competitividad, el acceso a las nuevas tecnologías, la libertad de expresión, la inversión, la competencia, la eficiencia en los mercados y el mejoramiento de las condiciones de vida son propósitos de política económica o de política pública que tienen también una pretensión de efectividad, esto es, que tales objetivos se cumplan en la realidad. Para tal propósito, la eficacia de las reformas constitucionales tiene que enfrentar la regulación de mercados en los cuales las empresas productivas del Estado deben adaptarse al nuevo escenario de liberalización y de competencia, es el caso de los hidrocarburos y el petróleo, en mayor medida, y la electricidad en menor; una estructura económica en la que los agentes económicos han establecido relaciones de influencia o clientelares con el poder político y, en mercados concentrados,<sup>31</sup> debilidad institucional<sup>32</sup> y condiciones asimétricas a las que se agregan problemas de corrupción: desigualdad social con sectores importantes de población en situación de

pobreza con limitaciones para acceder al mercado,<sup>33</sup> entre otras cuestiones estructurales.

El funcionamiento institucional como regulador eficiente y eficaz del mercado, sus funciones frente a la desigualdad social y, en su caso, la redistribución de recursos son centrales. Piketty, en un relevante análisis sobre el capital y la desigualdad, plantea entre las alternativas posibles pensar en un Estado social para el siglo XXI; la alternativa no es reducir el Estado, sino mejorarlo. La mejoría de su funcionamiento no solamente brinda mejores condiciones para el mercado, sino para la utilización de los recursos fiscales.<sup>34</sup> El mercado y el desarrollo requieren un buen Estado.

La Constitución tiene la pretensión de ordenar conductas autointeresadas o cooperativas, de forma que sean estables, regulares y predecibles. Ambos tipos de comportamiento forman el orden social y pueden ser objeto de desorden social.<sup>35</sup> La eficacia del derecho requiere considerar las condiciones de su principal destinatario: el ser humano, para lo cual se requiere concebirlo más que como un centro de imputación jurídica o como un ente racional. La dimensión formal oculta al ser humano real: sólo apreciar la racionalidad impide ver su emotividad, su racionalidad limitada o irracionalidad y sus errores. La eficacia de los incentivos y desincentivos, los premios y los castigos debe atender también a las motivaciones humanas: la envidia, el oportunismo o autointerés con dolo, los códigos de honor o la capacidad de hacer amenazas y promesas creíbles.<sup>36</sup>

La efectividad de la Constitución requiere considerar tanto las acciones individuales como la acción colectiva. La acción en beneficio privado y la cooperación (circunstancias exteriores, asistencia y ayuda, convenciones, empresas colectivas y acciones privadas).<sup>37</sup>

Las apreciaciones sobre los derechos humanos deben considerar tanto la dimensión de la autonomía privada en la que se hacen elecciones individuales como su dimensión pública, cuyo objeto “es la elección que se toma conjuntamente con otros y la realización de una concepción política de lo justo y de lo bueno”.<sup>38</sup>

En la teoría económica lo conductual ha sido incorporado al instrumental analítico, al igual que en la política.<sup>39</sup> En el derecho es apenas incipiente, pero necesario: los altos fines sociales del derecho requieren el mejoramiento de sus herramientas analíticas: cómo se aprecia el derecho y cómo se opera con el mismo tiene consecuencias en su efectividad. Los enfoques tienen que ver la norma y la realidad en las que opera. La propia existencia de un orden normativo muestra una forma de cooperación: todos prefieren tener una ley que no tenerla, más allá de las preferencias acerca de su contenido, dice Elster.<sup>40</sup> Las normas jurídicas, la confianza en las instituciones, la credibilidad en sus beneficios y amenazas, y el derecho como normatividad social suministran un tipo importante de motivación para la acción que no puede reducirse a racionalidad ni a otra forma de mecanismo racional.<sup>41</sup>

El problema de la acción colectiva, designado también como el problema del hombre indiferente que se desentiende de todo o como el problema de la provisión voluntaria de bienes públicos, es profundo y muy general. El autointerés racional de los individuos puede llevarlos a conducirse de maneras que son colectivamente desastrosas, para salvar esta situación las personas pueden abdicar su poder en favor del Estado, y entonces tenemos el Leviatán de Hobbes. Pero también pueden llegar a la cooperación valiéndose de medios descentralizados y no coercitivos.<sup>42</sup>

Lo expresado por Elster es una razón para apreciar el ámbito de valores constitucionales diversos a los derechos que requieren la acción efectiva del Estado.<sup>43</sup> Es el espacio del interés público o general cuya relación con los derechos de las personas tiene varias facetas entre los extremos de coincidencia o contradicción. Los derechos, al expresar intereses, pueden coincidir con el interés general (la libertad de circulación de mercancías coincide con la eficaz garantía de la no restricción al comercio interestatal); o bien de conflicto (la libertad de publicidad de los productos puede reñir con la prohibición de publicidad engañosa). El interés público que limita la libertad de unos protege el interés de todos; en consecuencia, el interés

general no necesariamente se contrapone a los derechos de las personas. Al proveer las condiciones generales de existencia y de efectividad de los derechos, el interés general es una forma de verbalizar la dimensión social o colectiva de los derechos. Así, el interés de todos —los derechos de todos— tiene, en el interés general, una forma distinta de nombrarlos.

En los diseños normativos o regulatorios y en la aplicación del derecho, en el mercado y en el desarrollo económico, están presentes la eficiencia y la efectividad como mandatos de fin. Es debido lograr el mayor beneficio social con los menores costos, al igual que deben reducirse los niveles de desigualdad social. El ordenamiento internaliza los propósitos de la política pública:<sup>44</sup> la intervención pública debe enfrentar problemas sociales para modificar la realidad, mejorándola.

Ante esta pretensión, el conocimiento de la juridicidad económica no es solamente un problema teórico, sino también metodológico. Está presente una racionalidad instrumental, por comparación y agregativa que considera los problemas de acción individual y de acción colectiva: concebir al sujeto como maximizador y como seguidor de normas.<sup>45</sup> En este sentido, el derecho coordina conductas, supera situaciones dilemáticas y establece sanciones.<sup>46</sup>

No obstante tener tales características, los roles jurídicos tienen ámbitos de libertad decisional, son ambiguos o aun cuando acoten la incertidumbre son posibles los escenarios para la estrategia. Lo probabilístico y contingente de la decisión estratégica se presenta en agentes públicos o privados. El pensamiento estratégico contrasta con técnicas de la lógica formal y de la respuesta correcta única. La no certidumbre en el derecho que supone el pensamiento estratégico contrasta con el pensamiento lineal y abre la posibilidad de decisiones concebidas como planes de acción, lo que se hará bajo diversas contingencias para llegar a un objetivo.<sup>47</sup>

Que sea en el terreno de la regulación económica donde acontezcan los problemas teóricos y metodológicos es parte del reto al que se enfrentan los operadores jurídicos y, por supuesto, los ejercicios del conocimiento jurídico. Es en la complejidad donde se realizan los desafíos sociales para vivir bien.

## II. LAS REFORMAS ESTRUCTURALES EN MATERIA ECONÓMICA

ESTE capítulo tiene como propósito exponer el contenido de las reformas constitucionales que en materia económica se han denominado estructurales. Para tal efecto se hará una exposición temática a partir de la cual se analizarán, en retrospectiva, los principales cambios constitucionales.

El contexto político en el cual se realizó el proceso de reformas es destacable. Recién asumido el cargo por el presidente Peña Nieto, junto a los tres principales partidos políticos (Acción Nacional, Revolucionario Institucional y de la Revolución Democrática), se firmó el Pacto por México.<sup>1</sup> Los acuerdos contienen compromisos en diversos temas (educación, seguridad y justicia, rendición de cuentas y combate a la corrupción, crecimiento económico, empleo y competitividad, sociedad de derechos y libertades) y contribuyó a crear las condiciones de viabilidad política para alcanzar las mayorías calificadas para las reformas constitucionales.

En materia económica se establecieron como compromisos:

*a) Intensificar la competencia económica, con especial énfasis en sectores estratégicos como telecomunicaciones, transporte, servicios financieros y energía.*

*b) Fortalecer la Comisión Federal de Competencia Económica, reforzando sus competencias para la “partición de monopolios” y precisar los tipos penales en conductas que dañen la competencia (compromiso 28).*

*c) Intensificar la competencia en telecomunicaciones, especialmente en telefonía fija y celular, servicio de datos y radio y televisión abierta y*

*restringida, así como dar efectividad a las decisiones del regulador, desarrollar una red troncal de telecomunicaciones (compromisos 39, 40, 42 y 43).*

*d) En materia energética los compromisos fueron: impulsar una reforma energética para el crecimiento económico por medio de la atracción de inversión, el desarrollo tecnológico y la formación de cadenas de valor; transformar Pemex en empresa pública de carácter productivo, que se conserve como propiedad estatal pero con capacidad de competir; maximizar la renta petrolera; competencia en refinación, petroquímica y transporte; fortalecer la Comisión Nacional de Hidrocarburos ( CNH ); la propiedad y el control de los hidrocarburos se mantendrá en el Estado. <sup>2</sup> Sin embargo, el PRD abandonó el Pacto por los desacuerdos emanados precisamente por la reforma energética. <sup>3</sup>*

*e) Crear tribunales federales especializados en competencia y telecomunicaciones (compromiso 38).*

De esta suerte, las reformas en materia de competencia económica y telecomunicaciones, así como en competitividad, se dieron mediante el acuerdo de los suscribientes del Pacto, no así el correspondiente a la reforma energética. La posterior reforma en mejora regulatoria no se dio en el marco del Pacto.

El orden de la exposición será el siguiente:

*a) Competitividad.*

*b) Telecomunicaciones, radiodifusión y competencia económica.*

*c) Petróleo, hidrocarburos y electricidad.*

*d) Mejora regulatoria.*

Las reformas en las materias anteriores se publicaron en el Diario Oficial de la Federación: la de competitividad el 5 de junio de 2013; el 11 de junio las de competencia, telecomunicaciones y radiodifusión; el 20 de diciembre de ese mismo año la correspondiente a energía, y el 5 de febrero de 2017 la de mejora regulatoria.

## COMPETITIVIDAD

Por iniciativa del senador Eloy Cantú presentada el 22 de febrero de 2011, se propone reformar los párrafos primero y último del artículo 25 constitucional, y primero y tercero del apartado A del artículo 26. La iniciativa expresa que los diferentes índices internacionales que miden la competitividad en los años recientes muestran que México ha perdido competitividad, según la información proveniente del World Economic Forum, el International Institute for Management Development de Suiza, y el Doing Business Index del Banco Mundial. Según el reporte del World Economic Forum, México ha perdido 24 posiciones; en 2001 se encontraba en el lugar 42 y en 2010 se ubica en el 66.<sup>4</sup>

Para enfrentar tales problemas la iniciativa propuso:

- a) La obligación de establecer una política industrial que considere vertientes sectoriales y regionales.*
- b) La obligación de incluir en el Plan Nacional de Desarrollo los programas, su vigencia, continuidad y actualización.*

Los textos propuestos y finalmente aprobados sin modificación son:

Adición al primer párrafo y reforma del penúltimo al artículo 25, para quedar:

La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.

La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, promoviendo la competitividad e implementando una política nacional para el desarrollo industrial que incluya vertientes sectoriales y regionales, en los términos que establece esta Constitución.

Además, se adiciona el penúltimo párrafo del apartado A del artículo 26: “El Plan Nacional de Desarrollo considerará la continuidad y adaptaciones necesarias de la política nacional para el desarrollo industrial, con vertientes sectoriales y regionales”.

En el artículo segundo transitorio se prevé el mandato al legislador para que emita una ley en la materia.

La reforma incorpora al texto el concepto de competitividad, señalando como mandato establecer políticas públicas focalizadas, geográfica y sectorialmente caracterizadas por la pobreza; el propósito es modificar tal estado de cosas: la inversión y el empleo son los fines de tal política.

Los instrumentos normativos son: la ley en la materia y los instrumentos de la planeación. La ley precisará las formas de determinación de tales zonas, los órganos públicos y sus competencias, así como la relación entre ellos, las formas de participación de los particulares en tales zonas, las técnicas e instrumentos de regulación y las formas de evaluación. En los instrumentos de la planeación se determinan las políticas y las acciones específicas.

Tiene relación directa con esta reforma constitucional la expedición de la Ley Federal de Zonas Económicas Especiales, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1º de junio del 2016. Esta ley tiene el propósito

de impulsar el desarrollo en zonas que requieran abatir la pobreza, proveer servicios básicos y condiciones de vida saludables, el fomento a la inversión, la productividad, la competitividad, el empleo y una mejor distribución del ingreso (artículo 1°).

A las zonas económicas especiales se les considera áreas prioritarias del desarrollo nacional. Si bien la Constitución no les asigna tal carácter, lo hace la ley en su capacidad de configuración. En tal régimen se posibilita establecer condiciones e incentivos a los sectores privado y social. Tales incentivos pueden ser fiscales, financieros, aduanales, y emplear bienes del patrimonio público o facilidades administrativas (ventanilla única). Las zonas económicas, al ser áreas prioritarias, justifican intervenciones públicas y, por tanto, las actividades económicas que en ellas se realicen serán en un mercado intervenido, con regulaciones específicas, lo que, a su vez, impacta en las condiciones de la competencia.

Para establecer una zona, el Ejecutivo federal debe emitir una declaratoria que precise su delimitación geográfica, la zona de influencia y los incentivos a otorgar. El ordenamiento que establece las políticas públicas y acciones es el Programa de Desarrollo, cuya elaboración está a cargo de la Secretaría de Economía (artículo 11), y su vigencia es de cinco años, al cabo de los cuales debe revisarse.

Además de los anteriores instrumentos normativos federales, la zona económica requiere el concurso estatal y municipal, lo que se realiza mediante convenios de coordinación. La anterior es una expresión concreta de la vertiente de coordinación prevista en la Ley de Planeación y retomada en la Ley Federal de Zonas Especiales. La normativa aplicable a la zona es compleja y multinivel, pues además debe considerarse que la legislación estatal en materia de planeación, asentamientos humanos, medio ambiente, entre otras materias, y la normatividad municipal concurren en la regulación de dichas zonas.

La creación de la zona posibilita que los particulares participen como administradores o como inversionistas. Su operación está a cargo de personas físicas o morales, aunque las entidades paraestatales pueden fungir también como administradoras. Los inversionistas realizan actividades económicas en la zona accediendo a los apoyos que se ofrecen a cambio de

compromisos específicos en la creación de empleos. Los actos habilitantes son: la asignación, si son entidades públicas las que asumen la operación de la zona; permisos, si los entes privados son los administradores, y autorizaciones, si son los inversionistas. La zona delimita el espacio geográfico en el que la actividad económica se sujeta a condiciones especiales; así, el fomento como función pública crea externalidades para atraer inversión, conservar y ampliar el empleo formal.

El *quid pro quo* está en la creación de infraestructura industrial que utilice mano de obra en la producción, a cambio de beneficios e incentivos. Así, mediante empleos permanentes, el ascenso industrial, el crecimiento de la productividad del trabajo e inversiones productivas se procura el desarrollo económico de la zona y su área de influencia.

Los beneficios e incentivos son temporales (por 15 años o la vigencia del permiso). Los fiscales son, por ejemplo: no considerar los beneficios fiscales como ingreso acumulable; la disminución del impuesto sobre la renta; deducciones adicionales en los casos de gastos destinados a capacitación; tasa de 0% del impuesto al valor agregado (IVA) en caso de bienes o servicios prestados a administradores o inversionistas de la zona.

En contrapartida, se pide a los administradores e inversionistas que creen y mantengan empleos formales y que inscriban a los trabajadores en el Seguro Social y cumplan con sus obligaciones frente a éste.<sup>5</sup>

Para el seguimiento de las políticas y acciones se establecen, por cada zona, consejos técnicos multidisciplinarios integrados por expertos, empresarios y trabajadores, cuyas funciones son opinar, evaluar, hacer recomendaciones y comunicar a las autoridades la existencia de irregularidades (artículo 16).

Se establece una Comisión Intersecretarial de Zonas Económicas Especiales que tiene a su cargo la formulación de políticas, la aprobación de Programas por cada zona y el dictamen para su establecimiento, entre las principales (artículo 39).

Al 29 de septiembre de 2017 se habían establecido tres zonas: Puerto Chiapas, en Chiapas; Coatzacoalcos, en Veracruz; y Lázaro Cárdenas la Unión, entre los estados de Michoacán y Guerrero.<sup>6</sup>

La reforma en materia de competitividad explicita la política que se encontraba comprendida dentro de las facultades genéricas de la rectoría del Estado y de la planeación. No se trata de una reforma sin la cual no se hubiese podido emitir una legislación como la referida, por lo que su efecto es establecer un mandato específico para la emisión de una política y, en su caso, los efectos hacia determinado sector o región.

Desde la perspectiva de la economía de mercado, se afectan las condiciones de generalidad, justificando el tratamiento asimétrico en el fomento y el desarrollo de regiones con desventajas.

## TELECOMUNICACIONES, RADIODIFUSIÓN Y COMPETENCIA ECONÓMICA

La nueva regulación constitucional en materia de telecomunicaciones, radiodifusión y competencia es compleja y requiere identificar los principales rasgos de la política constitucional. Se aprecia el propósito de fortalecer la rectoría en el sector, disciplinando a los grupos empresariales cuyo poder no solamente se expresaba en la economía y en la concentración en los mercados de radiodifusión y telecomunicaciones,<sup>7</sup> sino también en la política electoral. El fortalecimiento de los poderes públicos, los mejoramientos institucionales y la eficacia en las decisiones públicas son las claves institucionales para lograr una mayor competencia en los mercados y la ampliación de las posibilidades de acceso de la población a las tecnologías de la información como objetivos explícitos de las reformas. Para tal propósito se da un proceso de constitucionalización por el que, considerados como sectores, se establece un nuevo régimen jurídico, el de “servicio público de interés general”. Se constitucionalizan, además, nuevos derechos: de las audiencias, acceso a las tecnologías de la información y comunicación, a la radiodifusión y telecomunicaciones, banda ancha e internet, libre acceso a la información plural y oportuna, y a buscar, recibir y difundir información e ideas por los medios de comunicación.

De esta suerte, hay consideraciones de mercado (eficiencia y competencia), de derechos de los consumidores (calidad, diversidad de opciones, precio), de derechos sociales, culturales (acceso de los pueblos y comunidades indígenas y acceso a la banda ancha, internet, derechos de las audiencias, a la información) y de bienes públicos (democracia, pluralidad de voces). Respecto a los anteriores, los proveedores de servicios tienen una posición jurídica de la que se desprende una pluralidad de obligaciones, y el Estado, por medio de sus agencias, asume funciones de regulador y de garante tanto de los derechos como de las obligaciones de los particulares regulados.

Al establecimiento del régimen jurídico le sigue una función constructivista de las condiciones económicas en las que se desarrollan las actividades reguladas. Se fijan límites a la participación de no más de 50% en los mercados de telecomunicaciones y radiodifusión al definir la posición de “preponderancia”. Se marcan también reglas específicas de reordenación del espectro radioeléctrico. Sin embargo, la regulación no se concibe solamente como una cuestión de mercado, se define también como una cuestión que concierne a la democracia y al desarrollo social.

Se asume como parte de la política pública acelerar la convergencia estableciendo para ello mandatos al legislador y medidas de política y decisión administrativa directamente. Para tal propósito, la emisión de un ordenamiento, homologación de permisos y concesiones de radiodifusión, multiprogramación y concesiones únicas tienen un plazo determinado.

A los sujetos privados en el mercado de las telecomunicaciones y la radiodifusión (los operadores de telecomunicaciones, incluyendo el operador de la red compartida) se agregan los sujetos públicos y sociales, con una diversidad de propósitos en relación con el mercado o con fines públicos o sociales (la radiodifusión gubernamental y cultural o la comunitaria). En esta línea, la Comisión Federal de Electricidad cederá a Telecomunicaciones de México su concesión para instalar, operar y explotar una red pública de telecomunicaciones, de tal manera que tenga y opere una red troncal de telecomunicaciones, de comunicación vía satélite y de prestación del servicio de telégrafos. El Ejecutivo federal instalará, con posible participación público-privada y en coordinación con el IFT, una red pública compartida de telecomunicaciones que impulse el acceso al público a la banda ancha y la prestación de servicios de telecomunicaciones. Asimismo, se establece la creación de una empresa pública de radiodifusión, sin fines de lucro.

Tratándose del control jurisdiccional de los órganos reguladores y los actos de autoridad, se establecen limitaciones a las medidas cautelares en amparo susceptibles de ser otorgadas a los agentes económicos y se crean tribunales especializados.

Las piezas enunciadas configuran la nueva ordenación sectorial.

## DEL SERVICIO DE INTERÉS PÚBLICO AL SERVICIO PÚBLICO DE INTERÉS GENERAL

El régimen jurídico de las telecomunicaciones y la radiodifusión se modifica. De ser un servicio de interés público se afecta el régimen de servicio público. Tal modificación de régimen constitucional opera como publicatio, esto es, se considera como una actividad de titularidad pública y, por tanto, que no forma parte de la libre empresa. Así pues, el concepto de servicio público implica un cambio en el entendimiento constitucional de las actividades, de manera que, al definir las telecomunicaciones y radiodifusión como servicios públicos de interés general, establece un régimen jurídico que define el tipo de derechos que tienen los particulares y, por otra parte, el título con el cual actúa el Estado y el carácter de su intervención. El régimen de servicio público es un concepto ordenador de la actividad y como un régimen jurídico se asocia a una diversidad de técnicas específicas de habilitación y regulación: concesiones, régimen administrativo, entre otros.

También hay, por supuesto, una definición política de los poderes públicos. El régimen de servicio público refuerza las potestades públicas en sus poderes de titularidad de la actividad y de regulación.

No obstante, el régimen jurídico de servicio público no excluye a la radiodifusión y a las telecomunicaciones del mercado y la competencia. Por el contrario, en el caso de que la actividad sea comercial, tiene que prestarse en condiciones de “calidad y competencia”, lo que debe ser garantizado por el Estado, dice el dictamen del Senado. No obstante, se consideran también bienes democráticos, sociales y culturales como la pluralidad, la veracidad en la información, los valores de identidad nacional, el desarrollo armónico de las facultades del ser humano, el respeto a los derechos humanos, la solidaridad internacional y la libertad de expresar opiniones, ideas e información de toda índole.<sup>8</sup>

La determinación de las condiciones en las cuales se desarrollan las actividades de mercado y no mercado requieren considerar otro de los componentes presentes en la reforma constitucional: el espectro radioeléctrico y las modalidades para acceder a su uso.

El espectro radioeléctrico es juridificado constitucionalmente como un bien propiedad del Estado. Al formar parte de los bienes del dominio público, la titularidad y, por tanto, las decisiones sobre su uso y condiciones forman parte de las potestades públicas. El espectro equivale a la posibilidad tecnológica del uso del espacio como medio en el cual se propagan las ondas electromagnéticas entre un emisor y sus receptores.<sup>9</sup> El espectro es un bien escaso y su valoración económica, social o política se relaciona directamente con sus posibilidades de uso.

El régimen constitucional y regulatorio se articula alrededor del régimen de servicio público establecido sobre las actividades y de la propiedad pública del espectro radioeléctrico. El régimen jurídico y la propiedad fortalecen las capacidades regulatorias del Estado y, en la concesión, el acto administrativo que habilita a los particulares a prestar las actividades; a la vez, formaliza las condiciones de seguridad jurídica para su desarrollo y los términos de sujeción especial para el cumplimiento de los propósitos de política pública. La concesión no crea derechos reales sobre los bienes concesionados, solamente son derechos administrativos propios de una relación jurídica de sujeción especial.

La concesión administrativa es, luego de la reforma, el título habilitante mediante el cual los sujetos públicos, privados o sociales realizan las actividades de mercado o de no mercado. Los usos del espectro y consecuentemente las concesiones pueden ser comerciales, privados, públicos y sociales:

*a) En el caso de uso comercial y privado, deben ser otorgadas mediante licitación pública, con el propósito de asegurar “la máxima concurrencia” (décimo sexto párrafo del artículo 28); deben prevenirse fenómenos de concentración y asegurarse el menor precio al usuario final, y no será determinante el factor económico para decidir al triunfador (según la ley*

*puede considerar cobertura, calidad, innovación, favorecimiento de menores precios al usuario, prevención de fenómenos de concentración, entrada de nuevos competidores y consistencia con el programa). En el caso de radiodifusión: todos, excepto precios al consumidor final.*

*b) Tratándose de uso público y social, la concesión se otorga mediante adjudicación directa, por periodos de 15 años, y los concesionarios tienen prohibido utilizarla con propósito de lucro.*

La concesión habilita al particular, ente público o social, para desarrollar la actividad. El dictamen del Senado de la República sintetiza el propósito y el efecto jurídico:

Es un mecanismo que involucra la potestad del Estado para autorizar a un particular (persona física o moral), el manejo y explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del Estado, modificando con ello su función de ser prestador originario o directo a ser supervisor de la prestación de un servicio público o, en su caso, de la explotación de un bien de propiedad nacional.<sup>10</sup>

El dictamen destaca la función que el Estado asume respecto de sus bienes; del aprovechamiento y la explotación directa se pasa a la función de supervisión. Tal apreciación soslaya los casos en los que el Estado sigue siendo, por medio de sus entidades, el que preste el servicio. La supervisión es, por supuesto, una función relevante, pero no es la única por desarrollar. El Estado regula, administra, supervisa y presta el servicio mediante diversos sujetos públicos.

La no creación de derechos reales por la concesión tiene como razón histórica los conflictos que presentaron las concesiones mineras otorgadas a finales del siglo XIX y que la Corte resolvió en los años treinta del siglo XX. Para terminar con la idea de que la concesión otorgaba derechos de

propiedad a los concesionarios oponibles al Estado, como argumentaban sus abogados, la Corte declaró que la concesión no otorgaba derechos reales.<sup>11</sup>

Su otorgamiento mediante licitación en el caso de uso comercial abre un proceso competitivo que tiende a evitar fenómenos de concentración y, al mismo tiempo, obtener el mejor valor del bien público. El mejor valor público supondría considerar tanto las ofertas económicas como la maximización de los otros valores públicos considerados constitucionalmente (democracia, pluralidad de voces, derechos de las audiencias, etc.), de manera que no necesariamente la postura más elevada será la determinante.

Las contraprestaciones por el otorgamiento de las concesiones y por la autorización de servicios vinculados a éstas serán determinadas por el IFT, previa opinión de la autoridad hacendaria, y se deberá asegurar el menor precio de los servicios al usuario final.

La participación de la autoridad hacendaria es consultiva y proporciona elementos de juicio relevantes para la decisión, desde una perspectiva de finanzas públicas. Tal participación, señala el dictamen del Senado, propone la opinión del Ejecutivo a través de la autoridad hacendaria, como una medida de responsabilidad compartida, al coincidir las funciones de regulación y administración del espectro radioeléctrico que ejerce el IFT con las funciones de la administración de las finanzas públicas que le corresponde a la otra.<sup>12</sup>

La concesión como acto administrativo en régimen de servicio público faculta a la autoridad para realizar actos de derecho público, como el rescate o la revocación propios de facultades exorbitantes, sea para reordenar el uso del espectro ante las nuevas tecnologías o para regularizar su uso ante circunstancias que impidan su funcionamiento en condiciones de normalidad.<sup>13</sup>

## LOS AGENTES ECONÓMICOS PREPONDERANTES

La reforma establece medidas de actuación directa a partir de la apreciación de concentración en los mercados de radiodifusión y telecomunicaciones. La disminución de los índices de concentración y la entrada de nuevos competidores son los propósitos de la política constitucional; para tal efecto, cuando la autoridad reguladora declara que determinados agentes económicos tienen una posición preponderante se desencadenan acciones cuya finalidad es crear condiciones de competencia efectiva.

Define que son “agentes económicos preponderantes” —calidad distinta a la de ser un operador dominante en el mercado— en radiodifusión y telecomunicaciones los agentes económicos cuya participación nacional directa o indirecta sea mayor a 50% en el número de usuarios, suscriptores, audiencia y tráfico de redes, o por la capacidad utilizada de las mismas. La calidad de preponderante amerita ser regulada por su estimación como riesgo para la competencia y la concurrencia; no se requiere la configuración de un daño.

Una vez creado, el IFT tendrá la obligación de determinar la existencia de agentes económicos preponderantes en los sectores de radiodifusión y de telecomunicaciones, y de imponer las medidas necesarias para evitar que se afecte la competencia, la libre concurrencia y, con ello, a los usuarios finales; así como establecer las medidas que permitan la desagregación efectiva de la red local de los agentes preponderantes en telecomunicaciones de manera que otros concesionarios de telecomunicaciones puedan acceder a los medios físicos, técnicos y lógicos de conexión entre cualquier punto terminal de la red pública de telecomunicaciones y el punto de acceso a la red local pertenecientes a dicho agente.<sup>14</sup>

Lo anterior aun cuando no se haya emitido la legislación secundaria. Por tanto, el IFT cuenta con y ejerce atribuciones y obligaciones directamente

establecidas en la Constitución, teniendo como ley aplicable en ausencia de la legislación sectorial, ordenamientos generales como la Ley Federal del Procedimiento Administrativo.<sup>15</sup>

En los servicios de telecomunicaciones, se encontró que el Grupo Económico América Móvil (GEAM) tenía una participación de 61.8%, considerando a los suscriptores de los principales servicios: usuarios finales en forma agregada en telecomunicaciones.<sup>16</sup>

La calidad de preponderante en el mercado está asociada a medidas de información, oferta y calidad, de servicios, acuerdos en exclusiva, limitaciones al uso de equipos terminales entre redes, regulación asimétrica en tarifas e infraestructuras de red, incluyendo la desagregación de sus elementos esenciales, así como la desagregación efectiva de la red local y, en su caso, la separación contable, funcional o estructural.<sup>17</sup>

En el mercado de la radiodifusión, el IFT declaró como preponderante al Grupo Económico Televisa.<sup>18</sup> El Grupo Televisa (GTV) tiene una participación en el mercado de 55% de los MHz/Pob atribuidos a los concesionarios en el país y 67% de la audiencia en televisión abierta. En la declaración se le establecen medidas relacionadas con compartición de infraestructura, contenidos, publicidad e información.<sup>19</sup> Entre las medidas se encuentran:

Acceso a los concesionarios a la infraestructura pasiva.

Obligación de presentar una oferta pública de infraestructura.

Intervención del IFT en la determinación de tarifas por el uso compartido de infraestructura.

Prohibición al preponderante para establecer condiciones que inhiban la competencia.

Proporcionar a los concesionarios diversa información sobre sus servicios.

Proporcionar servicios en condiciones de calidad.

La posibilidad para los concesionarios de realizar visitas técnicas.

Servicios de publicidad y sus tarifas.

Imposibilidad de participar en el capital o la administración del preponderante en telecomunicaciones.

Las obligaciones impuestas a los agentes económicos preponderantes se extinguirán por declaratoria del propio IFT una vez que existan condiciones de competencia efectiva en sus respectivos sectores

La preponderancia en el marco constitucional se diferencia del “poder sustancial” o “dominancia” en mercados relevantes, el de preponderancia considera a todo un sector y no se restringe a un mercado en particular, dice el dictamen senatorial; lo que resulta relevante en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión toda vez que se trata de economías de redes, y por el desarrollo de la convergencia tecnológica y de infraestructuras.<sup>20</sup>

Las medidas directas que establece la Constitución para reconformar los mercados y determinar medidas regulatorias directas no sólo integran la ordenación de las actividades económicas, tienen también un impacto directo en la arquitectura del ordenamiento jurídico. Los reguladores no solamente aplican directamente normas constitucionales —aun en ausencia de ley—, también son facultados por éstas, lo cual crea una doble relación con la ley: de sujeción y de ámbitos oponibles a ésta. Por otra parte, el facultamiento directo asigna una función diferenciada a los órganos reguladores autónomos respecto de otros entes administrativos. Las nuevas características normativas e institucionales que se derivan de la reforma son algunos de los componentes del denominado Estado regulador.

Para que haya nuevos competidores se acelera el ingreso de al menos dos nuevas cadenas de televisión con cobertura nacional (máxima cobertura nacional, derecho a la información y función social de los medios de

comunicación, atendiendo barreras de entrada en televisión abierta). No podrán entrar concesionarios o grupos relacionados que acumulen 12 MHz de espectro. La detallada regulación de cuestiones técnicas en el texto constitucional expresa el especial interés de los actores políticos por solidificar el acuerdo e inmunizarlo del control jurisdiccional.

## REGULACIONES PROCOMPETITIVAS

Tanto la Cofece como el IFT están facultados para conocer de prácticas contrarias a la competencia, el segundo en relación con telecomunicaciones y radiodifusión. Ambos órganos, en tanto autoridades de competencia, pueden eliminar barreras a la competencia, regular el acceso a consumos esenciales y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos en proporciones necesarias para eliminar los efectos anticompetitivos, así como determinar medidas asimétricas a los operadores dominantes y preponderantes.

Se establecen obligaciones a los concesionarios de televisión restringida para retransmitir la señal de los concesionarios de radiodifusión y a éstos la obligación de permitir tal retransmisión bajo la regla de gratuidad. Se exceptúan a los operadores preponderantes o con poder sustancial, los cuales deberán acordar con los concesionarios los precios relacionados con los contenidos o la retransmisión. Estas obligaciones de must offer o must carry perderán su vigencia simultáneamente cuando existan condiciones de competencia en los mercados de radiodifusión y telecomunicaciones, mediante declaración del IFT. En este caso, los concesionarios estarán en libertad de acordar los precios y las condiciones de la retransmisión de contenidos. Si hubiese diferendo, el IFT determinará la tarifa que deberá estar orientada a costos.

## EFICIENCIA Y ADMINISTRACIÓN DEL ESPECTRO

La reforma establece también reglas para la gestión del espectro.

*Transición digital. Se fija un periodo de transición digital, en el que se deben devolver las frecuencias originalmente concesionadas, a fin de garantizar el uso óptimo de la banda de 700 MHz.<sup>21</sup> El programa nacional de espectro radioeléctrico incluirá el programa de trabajo para garantizar el uso óptimo de bandas de 700 MHz y 2.5 GHz bajo principio de acceso universal, no discriminatorio, y un programa de trabajo para reorganizar el espectro a estaciones de radio y televisión.*

El Programa Nacional tiene como objeto ordenar las acciones que debe llevar a cabo la administración pública federal para concretar la transición a la televisión digital terrestre y concluir las transmisiones de televisión analógica a más tardar el 31 de diciembre de 2015, con el fin de optimizar el aprovechamiento del espectro radioeléctrico en beneficio de la población.

Al ser una cuestión de orden público, la digitalización de la televisión no se deja al curso natural de la sustitución tecnológica, se hace visible la mano pública y se asume como una cuestión de la rectoría del Estado.

La constitucionalización de la transición digital tiene como antecedente el Decreto emitido por el presidente Calderón,<sup>22</sup> que fue objeto de las controversias constitucionales 73/2010 y 74/2010. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), al otorgar la suspensión solicitada por la Cámara de Senadores, impidió continuar la transición a la televisión digital terrestre y la conclusión de las transmisiones de televisión analógica.<sup>23</sup>

La constitucionalización de la medida no solamente tiene el efecto de reiterar la política pública de transición tecnológica, sino de blindarla ante el escrutinio judicial.

*Red compartida. Se prevé la instalación de la red pública compartida de servicios de telecomunicaciones al mayoreo, aprovechando al menos 90 MHz del espectro liberado por la transición a la televisión digital terrestre (banda de 700 MHz), así como de los recursos de la red troncal de fibra óptica de la Comisión Federal de Electricidad y de cualquier otro activo del Estado, dispone el decimosexto transitorio de la reforma constitucional.*

En dicha red compartida de servicios de telecomunicaciones se podrá contemplar inversión pública o privada para su instalación, infraestructura compartida y tarifas que fomenten la competencia y eviten la discriminación.<sup>24</sup>

Mediante un operador mayorista se busca garantizar el uso óptimo del espectro,<sup>25</sup> al estar disponible, en forma de capacidad, para los operadores actuales y para nuevos operadores virtuales y comercializadores. La competencia entre los operadores virtuales y comercializadores supone que las eficiencias y los ahorros de la red compartida se trasladen a los consumidores. Asimismo, se busca también ampliar la infraestructura a localidades pequeñas en las cuales los operadores no tengan incentivos de mercado.

## DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES, ACCESO A LAS TECNOLOGÍAS, A LA BANDA ANCHA Y A INTERNET, DERECHOS DE LAS AUDIENCIAS Y DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

La reforma incorpora a la Constitución reglas y principios relativos a derechos. Si bien el concepto de derechos por su amplitud comprende los enunciados en este apartado, una apreciación más específica lleva a distinguirlos en relación con la diversidad de lógicas o racionalidades sociales y regulatorias. Así, los consumidores como sujetos económicos y como destinatarios de los beneficios de un mercado más eficiente y competido tendrían mayores opciones, calidad y menor precio. Los usuarios son consumidores de los servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, y jurídicamente tienen derechos a partir de tal estatus, lo cual tiene una apreciación alineada a la perspectiva de la regulación económica. No obstante, los derechos de acceso a la banda ancha, los derechos de las audiencias y a la información tienen un sentido diverso, propio de políticas públicas de inclusión y de regulación social. La consideración de los mismos y, consecuentemente, su defensa también tienen diversa forma de entendimiento, de legitimación procesal y de garantizarlos.

*El derecho de acceso a las tecnologías de la información, a la banda ancha y a internet<sup>26</sup>*

Una primera tarea en la interpretación constitucional está en la sustancialización de estos derechos, es decir, qué dimensión tienen como expectativas y en su caso prestaciones en favor de sus titulares y, por otra parte, qué deberes u obligaciones correlativas tienen quienes deben realizar las acciones y omisiones propias de las obligaciones y deberes para hacer efectivos tales derechos y garantizarlos. Debe considerarse que, para lo anterior, las relaciones jurídicas involucradas no son solamente bidireccionales (autoridad/titulares de derechos), sino más complejas: autoridad/concesionarios/consumidores/población en general.

Las nuevas tecnologías plantean al Estado el desafío asumido constitucionalmente de integrar a la población a la sociedad de la información y el conocimiento, mediante una política de inclusión digital universal. En tal dirección, el gobierno federal proporcionó apoyos públicos a la población para cambiar sus aparatos receptores.<sup>27</sup>

Así pues, acceder a las tecnologías, como un derecho, se mueve entre el contenido de políticas públicas para suministrar receptores dotados de tecnología digital como programas de ayuda, más que como derechos prestacionales, hasta el extremo de que sea la eficiencia en los mercados la que posibilite mayor facilidad en la accesibilidad a la banda ancha y a internet: “Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios”, señala la parte final del tercer párrafo del artículo 6º de la Constitución.

Consecuentemente, la efectividad de los derechos se asocia a las intervenciones económicas que se den en la regulación relacionadas con un mandato de efectividad (la competencia efectiva). Lo anterior supone una función no solamente interventora, sino también constructivista del Estado del mercado en perspectiva de las condiciones de vida de las personas y, por tanto, también de su garantía.

La inclusión digital está a cargo del Ejecutivo federal, se establecen metas y obligaciones específicas: que 70% de los hogares y 85% de las empresas micro, pequeñas y medianas cuenten con acceso a internet, a precios competitivos internacionalmente. En el caso de instalaciones públicas federales, habrá acceso a banda ancha de acuerdo con las acciones de política que elabore el gobierno federal y, en su caso, los gobiernos locales.<sup>28</sup>

## *El derecho a la información y a la libertad de opinión*

El derecho a la información establecido en el artículo 6º tiene dos facetas: aquella que se refiere a la información pública gubernamental y otra en materia de radiodifusión y telecomunicaciones. Los predicados de los derechos en esta faceta conducen a que ésta sea plural, oportuna, a que la búsqueda, recepción y difusión de información de ideas de toda índole tengan como vehículo cualquier medio de expresión. La competencia, calidad, pluralidad, cobertura universal, interconexión, convergencia, continuidad, acceso libre, sin injerencias arbitrarias, veracidad y fomento a los valores de identidad nacional son establecidos como características y referentes de los derechos.

La dogmática de los derechos y, por tanto, su sustantividad y su posible exigibilidad procesal son un camino por recorrer. Su consideración como derechos difusos, colectivos o individuales, según sea el caso, también será decisiva para la vía procesal para garantizarlos: sea administrativa (protección de consumidores, protección de datos personales) o jurisdiccional (acciones colectivas o mediante el juicio de amparo).

## *Los derechos de las audiencias*

Se establece un mandato al legislador para que en ley determine los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones, de las audiencias, así como los mecanismos para su protección. La Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión originalmente enuncia nueve derechos y facultó al IFT para que emitiese lineamientos en la materia para vigilar su cumplimiento y aplicar las sanciones; también obliga a los concesionarios a expedir códigos de ética<sup>29</sup> y nombrar un defensor de las audiencias.

Este derecho y los lineamientos del IFT sobre el tema han tenido una historia llena de vicisitudes. Luego de la publicación de los lineamientos por el IFT,<sup>30</sup> el Ejecutivo federal y el Senado de la República promovieron controversias constitucionales para impugnarlos.<sup>31</sup> Con la admisión de las demandas por la Corte, el IFT prorrogó la entrada en vigor de los lineamientos en tanto la Corte resolviera las controversias.<sup>32</sup> Las controversias no solamente cuestionaron los contenidos de los lineamientos por considerar excesivas las cargas hacia los concesionarios, sino el propio diseño institucional de la ley. La controversia del Ejecutivo cuestiona la facultad del IFT para expedir los lineamientos, considerando que su contenido excede la función regulatoria pues desarrolla contenidos propios de los derechos humanos, lo cual está fuera de su competencia.<sup>33</sup>

En la posterior presentación de la iniciativa de reformas a la ley presentada por el Ejecutivo y su aprobación el 31 de octubre del 2017, se deroga el derecho de las audiencias a diferenciar la información de la opinión, se considera a los códigos de conducta como autorregulación y se establecen límites al IFT para no censurar sus contenidos ni aprobarlos previamente. La atribución del Instituto para emitir lineamientos y, por tanto, aplicar sanciones por violación a los mismos se deroga.

Los derechos de las audiencias y su regulación como foco de tensión revelan un escenario en el que los derechos difusos de las audiencias se

enfrentaron a los intereses de los concesionarios. El resultado fue la eliminación de la facultad del IFT para emitir regulación al respecto. Por vía de ley se creó un ámbito, con su consecuente expresión como derecho, de autorregulación por los concesionarios.

## ORGANISMO PÚBLICO DE RADIODIFUSIÓN

El artículo 6° constitucional enuncia que se establecerá un organismo descentralizado, autónomo que proveerá el servicio público de radiodifusión sin fines de lucro y que tendrá cobertura nacional. En su organización se constituirá un consejo consultivo cuya función será asegurar su independencia, y una política editorial imparcial y objetiva. Su dirección estará a cargo de un titular elegido por el Senado en mayoría calificada y a propuesta del Ejecutivo por periodos de cinco años.

## REGULADORES

Se extinguen los órganos desconcentrados de la Administración Pública Federal, la Comisión Federal de Competencia (Cofeco) y la Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel), y se crean, respectivamente, como órganos constitucionales autónomos, la Cofece y el IFT; se les dota de personalidad y patrimonio propios, así como de garantías para su autonomía de decisión, presupuestal y de autoorganización.

La regulación constitucional respecto a los requisitos y el procedimiento de designación de los comisionados es detallada. Se anticipa la terminación del nombramiento de los comisionados designados previamente para los órganos desconcentrados renovando la integración de los nuevos órganos y aumentando de cinco a siete. Se establecen los requisitos para ser considerados aspirantes.<sup>34</sup> Son designados por el Senado en mayoría calificada para periodos de nueve años sin posibilidad de reelección, previa acreditación de un examen definido por un Comité de Evaluación. En caso de falta absoluta la nueva designación se hace solamente para cubrir el resto del periodo, de esta manera se preserva el escalonamiento. La remoción sólo procederá por causa grave y será decidida por las dos terceras partes de los miembros presentes del Senado.

El procedimiento de designación está diseñado para propiciar nombramientos de personas que acrediten tener una base de conocimientos técnicos. Se crea un Comité de Evaluación integrado por los titulares del Banco de México (Banxico), del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) y del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE), el cual tiene a su cargo la evaluación y selección de entre tres y cinco personas para ocupar la vacante que será propuesta al Ejecutivo para que éste seleccione a uno de ellos y sea ratificado por el Senado por las dos terceras partes de los miembros presentes.<sup>35</sup> La decisiva participación del Senado modifica radicalmente la

función de los poderes; con el poder de nombramiento y de recepción de informes el Senado coparticipa en la función de gobierno.

Se establecen directamente reglas de incompatibilidades y de contacto. Sólo son compatibles con las actividades académicas y están sujetos al régimen de responsabilidades de los servidores públicos.

Las competencias de la Cofece y del IFT son:

Emitir sus resoluciones con independencia.

Ejercer su presupuesto de manera autónoma. El presupuesto de egresos de la federación deberá prever los recursos suficientes.

Emitir su estatuto orgánico, con potestades de autoorganización.

Emitir disposiciones administrativas de carácter general “exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia”.

Tener una organización interna que separe la autoridad que realice la investigación de la que resuelva.

Los principios de transparencia, publicidad y acceso a la información regirán en las decisiones del órgano de gobierno, con las salvedades de ley.

La Cámara de Diputados designará a un contralor interno.

## RELACIONES ENTRE EL EJECUTIVO Y LOS ÓRGANOS REGULADORES

La nueva forma de organización constitucional enfrenta cuestiones que requieren la convergencia institucional: sea en la definición de políticas públicas nacionales, de política exterior, o bien en procedimientos y actos administrativos que exigen el concurso de diversas administraciones.

## *La planeación y las políticas sectoriales*

El Sistema Nacional de Planeación Democrática opera en la lógica de la unidad de la administración pública. Con la autonomía constitucional de los órganos de competencia y regulación, tal lógica se modifica. Formalmente, los órganos constitucionales autónomos se ubican fuera de la órbita de la administración pública y, por tanto, de la planeación del Ejecutivo. Ante tal situación, la reforma constitucional prevé que el IFT deberá realizar las acciones necesarias para contribuir con los objetivos y las metas fijados en el Plan Nacional de Desarrollo y en los instrumentos sectoriales en telecomunicaciones y radiodifusión.<sup>36</sup> La conducción de la política sectorial corresponde al Ejecutivo.

### *Política exterior sectorial*

Las telecomunicaciones y la radiodifusión tienen, en el ámbito internacional, un escenario relevante en la definición de reglas y formas de operación. Las posiciones orbitales, las zonas fronterizas, el comercio y los servicios que implican flujo internacional son motivo de tratados y acuerdos que requieren la gestión y representación internacional. La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) y la Organización Mundial del Comercio (OMC) enmarcaron tales negociaciones, acuerdos y actuaciones. El dictamen senatorial de la reforma considera lo anterior y define la forma de participación de las dependencias competentes del Ejecutivo y del regulador: “En este sentido, la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) reconocería al Ejecutivo Federal como la ‘Administración para México’ y al Instituto Federal de Telecomunicaciones como ‘Administración Relacionada y Organismo de Regulación’.”<sup>37</sup>

## *Actos y procedimientos administrativos*

Se establece un mecanismo de “colaboración de poderes” en aquellos casos de confluencia de dependencias del Ejecutivo y el IFT. En el caso de determinación de la contraprestación que tienen que otorgar los concesionarios, el IFT debe solicitar la opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP). No es una opinión vinculante y, en caso de silencio, el procedimiento no se suspende. El instrumento presente en el procedimiento es la “opinión”, cuyo propósito es dar parte a un órgano con especialidad funcional para que emita consideraciones que a su juicio deben ser tomadas en cuenta en la decisión del regulador. En el debido proceso de la decisión pública, se procura que el decisor cuente con información relevante y decida apoyándose en evidencia.

La opinión es una técnica que no interfiere en la decisión, dice el dictamen senatorial: “no existe injerencia ni vulneración a la autonomía del IFT, ya que el significado de opinión es de ‘consejo o recomendación’, por lo tanto, no representa obligación para el Instituto de tomarla en cuenta y mucho menos de que pudiera interferir o incidir en sus decisiones”.<sup>38</sup>

En materia de inclusión digital universal y acceso a Internet de banda ancha, la confluencia presenta un grado mayor de injerencia; el IFT debe realizar las acciones necesarias para contribuir con los objetivos de la política establecida por el Ejecutivo federal en los instrumentos de planeación. La planeación es por tanto obligatoria para el regulador en telecomunicaciones y radiodifusión.<sup>39</sup>

La red pública compartida de telecomunicaciones es responsabilidad del Ejecutivo federal, por medio de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT), quien deberá trabajar en coordinación con el IFT.<sup>40</sup>

## GARANTÍAS JURISDICCIONALES

La reforma establece reglas especiales para la impugnación de las normas y los actos del IFT y la Cofece: sólo podrán ser reclamadas en amparo indirecto y no admitirán suspensión. Asimismo, en caso de multas, separación de activos, derechos, partes sociales o acciones que decida la Cofece, solamente se ejecutarán hasta que sea resuelto en definitiva el juicio de amparo.

A diferencia de la generalidad de las actuaciones administrativas, el juicio de amparo es la vía de impugnación, desplazando al juicio contencioso administrativo. En los dictámenes no se aprecia una mayor argumentación de tal diseño, pero se infiere que tiene una finalidad pragmática: reducir los tiempos y costos de litigio. Lo anterior se encamina a fijar reglas de trato especial y excepcional a los juicios de amparo.

En el caso de las normas administrativas generales, declaración de preponderancia, desagregación de red local, así como actos u omisiones del IFT y la Cofece, no procederá medida cautelar en el juicio de amparo; sólo si la Cofece impone multas o desincorporación de activos se ejecutarán al resolverse el amparo.

Las reglas sobre suspensión tienen origen en la experiencia de varios años de litigios que las empresas en telecomunicaciones y radiodifusión promovieron en contra de la anterior Cofetel. En estudios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) se consideró que el otorgamiento de las suspensiones en los juicios de amparo llevó a evadir sanciones, determinaciones y regulaciones, lo que debilitó la seguridad jurídica y la autoridad.

El estudio de la OCDE, citado en los dictámenes de la reforma constitucional, ha sido empleado como argumento de autoridad para impedir el otorgamiento de suspensiones. Así, se dice que la propia

organización determina que el reconocimiento del amparo como medida para revisar las actuaciones de la autoridad es una buena vía para garantizar el acceso a la justicia, pero sin el otorgamiento de la suspensión, pues dicha medida ha sido utilizada por los agentes económicos “para retrasar, evitar o menoscabar las decisiones de regulación”,<sup>41</sup> y ha generado graves daños financieros.

Finalmente, en dicho estudio la OCDE recomendó a México, en lo referente a la revisión judicial y la suspensión en las decisiones de regulación, lo siguiente:

Los datos de este informe demuestran que Telmex, Telcel y otras empresas han hecho uso constante del amparo para impugnar decisiones de regulación. Este abuso del amparo ha frustrado y retrasado regulación concebida para promover la competencia. Además, el hecho de que los tribunales no deleguen en la entidad reguladora ni en las instituciones encargadas del diseño de políticas públicas es en sí un problema. El problema del amparo no radica tanto en que se revisen las decisiones. Las decisiones de regulación deben someterse a revisión judicial, en cuanto a procedimientos y quizá en algunos casos en lo referente al contenido de determinadas cuestiones. El problema radica en que los amparos desembocan en la suspensión de la acción reguladora. Los amparos que congelan o retrasan decisiones de regulación socavan la aplicación oportuna y la seguridad jurídica, dos aspectos de vital importancia en un mercado regulado. México tiene un número sorprendentemente alto de amparos que acarrearán no sólo suspensiones, sino la anulación de decisiones reguladoras. En este contexto, dada la frecuencia, el alcance y las repercusiones del problema, el caso de México es único entre los países de la OCDE.<sup>42</sup>

Si bien el estudio de la OCDE de 2012 señala que el otorgamiento de las suspensiones es empleado por los legisladores como argumento para eliminar las medidas cautelares en el juicio de amparo, no significa que tal medida haya sido la adecuada. El estudio de la OCDE muestra información del impacto de las suspensiones, pero no es el mejor análisis de las causas

del otorgamiento de las suspensiones, ni dice cuál podría ser la mejor medida sin afectar las garantías de la revisión judicial.

El otorgamiento de las suspensiones, en un análisis más detallado, tiene que ver con los criterios que emplearon los jueces para concederlas. Por ejemplo, los costos de aprendizaje de los jueces sobre la complejidad del sector y la ausencia de estándares sobre la valoración del interés público presente en las decisiones del regulador son algunas cuestiones insuficientemente reflexionadas en las concesiones otorgadas. Recientes criterios emitidos a propósito de la muy conocida “Licitación 21” muestran mayor conocimiento y consideración respecto de los intereses en juego para definir estándares que se orientaban por la negativa a conceder suspensiones. La posibilidad de establecer referentes en la ley que condujeran a los jueces a motivar sus decisiones valorando los intereses públicos en pugna pudo ser una alternativa que evitara suprimir las medidas cautelares garantizando los propósitos de política pública. La vía era mejorar la decisión judicial, no suprimirla.<sup>43</sup>

Los criterios para el otorgamiento de suspensiones se debieron también al sesgo propiciado por la interpretación propersona del cual se beneficiaron las empresas, e incrementaron las cargas a las autoridades públicas para acreditar que no se afectó el orden público. En conjunto, lo anterior plantea como problema que las cuestiones de acción individual tienen una dimensión de acción colectiva. El otorgamiento de suspensiones bajo el argumento de garantía de los derechos (intereses) individuales puede llevar a problemas de afectación social. El estudio referido de la OCDE lo ha expresado con dureza: “la suspensión en la tramitación de amparos en materia regulatoria (competencia económica y telecomunicaciones) ha generado más daños que beneficios a la sociedad mexicana, debido a que se ha traducido como un mecanismo cuyo objetivo ha sido viciado”.<sup>44</sup>

En el caso de las medidas que causan una afectación patrimonial o corporativa, el condicionamiento de su ejecución a que haya sentencia firme en los juicios de amparo diluye la cosa juzgada administrativa y resuelve en sede legislativa la suspensión de la ejecución de las medidas administrativas. La regla general que suspende la ejecución suple la natural facultad del juez para otorgarla según sea el caso.

Se establece, además, una jurisdicción especializada en amparo en telecomunicaciones y competencia. El Consejo de la Judicatura Federal determina el número, la división de circuitos, competencia territorial y especialización por materias de Juzgados de Distrito y Tribunales Colegiados de Circuito.<sup>45</sup>

En una primera evaluación de esta jurisdicción especializada, en 2016 la OCDE destacó los posibles méritos de la misma: mayor conocimiento de las peculiaridades de la materia que incrementa la eficiencia en la resolución de los casos; la destreza y la experiencia llevan a menos diferencias de criterios y, por tanto, mejoran la predictibilidad de los agentes; mejora la calidad de las decisiones. Por otra parte, también alerta sobre los riesgos de captura ante la concentración de las decisiones en pocos órganos.<sup>46</sup>

## ENERGÍA

Aun cuando la reforma energética formó parte de la declaración de intenciones del Pacto por México, se aprobó sin el acuerdo del PRD; la izquierda en el espectro político. Los principales acuerdos del Pacto fueron: impulsar una reforma energética para el crecimiento económico mediante la atracción de la inversión, el desarrollo tecnológico y la formación de cadenas de valor; transformar a Pemex en una empresa pública de carácter productivo, que se conserve como propiedad estatal, pero con capacidad de competir; maximizar la renta petrolera; impulsar la competencia en refinación, petroquímica y transporte; fortalecer la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH); la propiedad y el control de los hidrocarburos se mantendrá en el Estado.<sup>47</sup> Sin embargo, el PRD abandonó el Pacto por los desacuerdos emanados precisamente por la reforma energética.<sup>48</sup>

El 20 de diciembre de 2013 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación las reformas a los artículos 25, 27 y 28 constitucionales que modificaron sustancialmente los sectores del petróleo y los hidrocarburos y la energía eléctrica.

La política pública constitucional que subyace a la reforma busca a corto plazo: i) aumentar la velocidad de ejecución de los proyectos de infraestructura de Pemex y CFE, para ello se requiere darles un marco institucional adecuado y reducirles la carga fiscal; y ii) estudiar las opciones de participación de la iniciativa privada para reforzar la velocidad de ejecución de los proyectos de infraestructura y compensar el riesgo de las inversiones.

A mediano y largo plazos, la reforma tiene como desafíos, en primer lugar, determinar la velocidad adecuada de extracción de los hidrocarburos para lograr dos fines: a) seguir apuntalando las finanzas públicas de los tres órdenes de gobierno a efecto de que el Estado tenga suficientes recursos para el desarrollo nacional, y b) garantizar la suficiencia energética de la

economía nacional, más aún en un contexto de crecimiento económico acelerado. En segundo, usar la industria petrolera y eléctrica como herramientas para el desarrollo industrial del país, haciéndolas competitivas como sector, y mejorar las condiciones financieras de Pemex y CFE. Tercero, promover un consumo racional de combustibles para contribuir a resolver el problema del cambio climático. Y, finalmente, abaratar el costo de la energía eléctrica.<sup>49</sup>

## PETRÓLEO E HIDROCARBUROS

La exposición de la reforma se ordenará atendiendo al régimen de propiedad de los recursos naturales, la regulación de las actividades, los agentes económicos y los órganos reguladores.

## *La propiedad del petróleo y los hidrocarburos*

La propiedad del Estado sobre el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos se mantiene en el sentido anterior a la reforma. Dichos recursos naturales corresponden al dominio directo de la nación<sup>50</sup> y, consecuentemente, el Estado ejerce derechos de propiedad sobre ellos.

La reforma adiciona el párrafo séptimo que señala que la propiedad de los recursos tiene como condición que se encuentren en el subsuelo, que la misma es inalienable e imprescriptible y que sobre tales recursos no se otorgarán concesiones. El cambio constitucional reside en la disociación entre la propiedad y la exclusividad en el aprovechamiento y la explotación de los bienes, como antes de la reforma, en lo cual reside su carácter de área estratégica como la calificaba el artículo 28.

Así pues, el derecho de propiedad de la nación se liberaliza. Si bien la relación jurídica del propietario con la cosa sobre la cual se ejercen potestades propias de los derechos reales se mantiene, se reafirman las limitaciones al propietario (la inalienabilidad) y protecciones frente a terceros o restricciones a éstos (la imprescriptibilidad). La liberalización sucede en el aprovechamiento: con “el propósito de obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo de largo plazo de la Nación”, la exploración y extracción de los recursos se hará mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o mediante contratos con éstas o con particulares.

Se posibilita al propietario aprovechar la “renta”, sea por medio de sus propios agentes (asignaciones a las empresas productivas del Estado) o por medio de actos jurídicos con particulares (contratos). Se prohíbe el otorgamiento de concesiones en la materia, según el párrafo sexto del mismo artículo.

La propiedad es apreciada como patrimonio, esto es, en su susceptibilidad de ser valorable económicamente y como generadora de ganancias. En tanto propiedad pública, la ganancia tiene una finalidad: el desarrollo a largo plazo de la nación y las posibilidades de hacer (en tanto capacidades), así como restricciones de orden público (la inalienabilidad, imprescriptibilidad e imposibilidad de otorgar concesiones). La propiedad tiene una racionalidad patrimonialista ampliamente desarrollada por el derecho privado y, en el caso de la propiedad pública, atiende a las características de un propietario cualificado (la nación) y su finalidad (el desarrollo del país); el derecho público despliega su régimen en las habilitaciones, las restricciones y los fines.

## *Las actividades*

La liberalización de la propiedad pública modifica sustancialmente las actividades en el sector del petróleo y los hidrocarburos. Si bien en el párrafo cuarto del artículo 28 constitucional, la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, continúa considerándose como área estratégica, tal cualificación se modaliza al remitir al párrafo séptimo del artículo 27 de la Constitución. El régimen de reserva del Estado asociado a la definición de áreas estratégicas se extingue; bajo las nuevas reglas, lo estratégico reside en las posibilidades de decisión de la nación —por conducto de los órganos responsables—. En palabras de Snipeliski, lo estratégico está en “las decisiones elementales que la nación debe tomar para que su desenvolvimiento y ejecución consigan el mejor resultado económico, industrial, financiero y, sobre todo, social para el estado y sus ciudadanos”.<sup>51</sup> Lo estratégico recobra su significado semántico: se había ligado a un régimen estático (la propiedad y la reserva en exclusiva al Estado), ahora lo estratégico reside en la decisión atendiendo a los contextos y a la finalidad constitucional.

El Estado funge como propietario que decide sobre sus bienes y cuyo aprovechamiento y explotación se reconduce mediante las empresas productivas del mismo y los particulares. En el diseño de la reforma energética, el Estado es propietario y agente económico. El ejercicio de los derechos de propiedad y de la actividad económica se realiza mediante organización y personificaciones diversas: los derechos de propiedad por la administración pública y la actividad económica mediante las empresas productivas del Estado; el otorgamiento de asignaciones o contratos a las empresas productivas del Estado y los contratos con los particulares; la liberalización de la actividad y consecuentemente la creación del mercado parten de un propietario monopólico que, a la vez, compite en el mercado.

La exploración y la extracción son calificadas como áreas estratégicas y podrán ser realizadas por las empresas productivas o por los particulares;

las empresas productivas podrían realizar dichas actividades contratando con particulares. Las asignaciones y los contratos son actos análogos por los cuales se posibilita a quienes tienen la aptitud para realizar tales actividades. La exploración y extracción no son actividades que formen parte de los derechos, sea de los particulares o de las empresas productivas del Estado; requieren actos jurídicos del propietario para ser habilitadas. A pesar de la función análoga, la naturaleza jurídica de la asignación y del contrato pueden diferir; un análisis pendiente por desarrollar concierne a la caracterización y la función de las asignaciones y los contratos en relación con el derecho de propiedad del Estado y el desarrollo de la actividad en el sector.<sup>52</sup>

Para cumplir con el objeto de dichas asignaciones o contratos las empresas productivas del Estado podrán contratar con particulares. En cualquier caso, los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la nación y así deberá afirmarse en las asignaciones o contratos. Las modalidades de contratación son: i) de servicios; ii) de utilidad o producción compartida de licencia; o iii) de licencia. La enumeración no es limitativa.<sup>53</sup>

En las decisiones de asignación y contratación opera el principio de maximización de los ingresos de la nación. La maximización se entiende como el logro del mayor beneficio para el desarrollo de largo plazo.<sup>54</sup> Las contraprestaciones y contribuciones a favor de la nación y el pago por los productos extraídos serán establecidos por la ley.

Las empresas productivas del Estado cuyo objeto sea el petróleo y los hidrocarburos (y transitoriamente Pemex) podrán ser titulares de asignaciones para exploración y explotación. Las asignaciones pueden migrar a contratos.

No basta la capacidad formal o jurídica de Pemex para obtener las asignaciones para exploración, deberá acreditar que cuenta con las capacidades técnicas, financieras y de ejecución necesarias para explorar y, en su caso, extraer los hidrocarburos. Tal capacidad, señala el artículo sexto transitorio, deberá ser eficiente y competitiva,<sup>55</sup> y debe acreditarse ex ante, lo cual resulta llamativo si se considera que la competitividad se relaciona con el desempeño propio en relación con el de los competidores. En caso de

otorgarse, la asignación precisará la superficie, profundidad y vigencia de las asignaciones procedentes.

La reforma prevé un periodo de transición en el que toma en consideración las circunstancias específicas de Pemex para el otorgamiento de asignaciones:

*a) Para asignaciones de exploración de hidrocarburos: en las áreas en las que Petróleos Mexicanos haya realizado descubrimientos comerciales o inversiones en exploración, será posible que, con base en su capacidad de inversión y sujeto a un plan claramente establecido de exploración de cada área asignada, continúe con los trabajos en un plazo de tres años, prorrogables por un periodo máximo de dos años en función de las características técnicas del campo de que se trate y del cumplimiento de dicho plan de exploración, y en caso de éxito, que continúe con las actividades de extracción. De no cumplirse con el plan de exploración, el área en cuestión deberá revertirse al Estado.<sup>56</sup>*

En las asignaciones para exploración de hidrocarburos, Pemex mantendrá sus derechos en cada uno de los campos que se encuentren en producción y deberá presentar un plan de desarrollo que incluya descripciones de los trabajos e inversiones a realizar, justificando su adecuado aprovechamiento y una producción eficiente y competitiva.

Para la determinación de las características establecidas en cada asignación de extracción de hidrocarburos se considerará la coexistencia de distintos campos en un área determinada. Con base en lo anterior, se podrá establecer la profundidad específica para cada asignación, de forma que las actividades extractivas puedan ser realizadas, por separado, en aquellos campos que se ubiquen en una misma área, pero a diferente profundidad, con el fin de maximizar el desarrollo de recursos prospectivos en beneficio de la Nación.<sup>57</sup>

En caso de que, como resultado del proceso de adjudicación de asignaciones para llevar a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos a que hace mención este transitorio, se afectaran inversiones de Petróleos Mexicanos, éstas serán reconocidas en su justo valor económico. Aun cuando Pemex es el titular de las asignaciones, su capacidad para transferirlas es limitada, ya que requerirá la aprobación de la Secretaría de Energía.

Una operación distinta a la transferencia de asignaciones es la migración de asignaciones a contratos. En estos casos, Pemex propondrá a la Secretaría de Energía su autorización. Si de tal migración se deriva la intención de contratar con particulares, Pemex o, en su caso, la empresa productiva del Estado, carece de la autodeterminación para elegir al co-contratante, ya que está sujeto a la licitación que realice la Comisión Nacional de Hidrocarburos, bajo los lineamientos técnicos y contractuales que señale la Secretaría de Energía, y la de Hacienda las condiciones fiscales. Las empresas del Estado siguen sujetas a la tutela de la administración central en las cuestiones decisivas, como con quién contratar y las condiciones del contrato. Tal forma de integrar la decisión afecta también la responsabilidad y el desempeño, como se analizará posteriormente.<sup>58</sup>

En la migración de las asignaciones a contratos, cuando Pemex elija contratar con particulares, a fin de determinar al particular contratista, la Comisión Nacional de Hidrocarburos llevará a cabo la licitación en los términos que disponga la ley. La ley preverá, al menos, que la secretaría del ramo en materia de energía establezca los lineamientos técnicos y contractuales, y que la secretaría del ramo en materia de hacienda será la encargada de establecer las condiciones fiscales. En estos casos, la administración del contrato estará sujeta a las mismas autoridades y mecanismos de control que aplicarán a los contratos suscritos por el Estado.

Las asignaciones y los contratos serán otorgados mediante mecanismos que garanticen la máxima transparencia de las bases y reglas de los procedimientos que se instauren al efecto y serán debidamente difundidas y consultables por el público. La ley preverá y regulará:

*a) Que los contratos cuenten con cláusulas de transparencia, que posibiliten que cualquier interesado los pueda consultar; b) Un sistema de auditorías externas para supervisar la efectiva recuperación, en su caso, de los costos incurridos y demás contabilidad involucrada en la operación de los contratos, y c) La divulgación de las contraprestaciones, contribuciones y pagos previstos en los contratos”.*<sup>59</sup>

Estas reglas son de observancia tanto para las autoridades administrativas y las empresas productivas del Estado como para los particulares.

Por tanto, será una actividad regulada cuyo régimen se funda en el carácter estratégico de la misma, el aprovechamiento y la explotación de un bien del Estado que debe maximizar el ingreso para proveer al desarrollo económico de largo plazo. Asimismo, las actividades de exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos se consideran de interés social y orden público, lo cual tiene un efecto como fundamento de las intervenciones públicas propias de la regulación, y también preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie y del subsuelo de los terrenos afectos a aquéllas.<sup>60</sup>

La operación del sistema nacional de ductos de transporte y almacenamiento de gas natural se transfiere de Pemex y sus organismos subsidiarios al Centro Nacional de Control del Gas Natural (Cenagas), el cual adquirirá y administrará la infraestructura para el transporte por ducto y almacenamiento de gas natural que tenga en propiedad para dar el servicio a los usuarios correspondientes. Los contratos suscritos también se transferirán al Cenagas quien los administrará. De esta suerte se dan previsiones para una infraestructura que tiene condiciones de monopolio natural.

También resulta novedosa la atención a la seguridad industrial, operativa y la protección al medio ambiente, las instalaciones y actividades del sector hidrocarburos, así como las actividades de desmantelamiento y abandono de instalaciones, y el control de residuos. De esta manera, la seguridad

industrial, la gestión y administración del riesgo son una vertiente de atención para la regulación por riesgos y la atención especializada de un nuevo organismo: la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos (ASEA).<sup>61</sup>

La regulación constitucional de la actividad define su régimen constitucional considerando los derechos de la nación como propietaria y las potestades públicas para regularla. En el nuevo escenario de liberalización, la forma y condiciones de entrada, de permanencia y de salida.

## *Los agentes económicos*

Aunque parece que la liberalización del sector es propicia para la igualdad de condiciones entre las empresas que ingresarán al mercado y las empresas productivas del Estado, un análisis detallado muestra las diferencias.

La exploración y extracción de petróleo e hidrocarburos se harán mediante contratos con particulares<sup>62</sup> o asignaciones a las empresas productivas del Estado en condiciones de competencia;<sup>63</sup> la reforma establece diferencias entre Pemex / empresas productivas del Estado y los particulares.

La reforma tiene escasas previsiones para los particulares, a diferencia de las empresas productivas del Estado, que no están sujetas a sus reglas especiales, pero sí a las generales; es el caso de las normas de transparencia aplicables a los contratos y a su actividad.

*El Estado neoempresario.*

*Las empresas productivas del Estado*

La reforma constitucional define como actores centrales en el aprovechamiento al Cenagas y a las empresas productivas del Estado, estas últimas en un escenario de transición en el que Pemex tiene un trato diferenciado en el tránsito a la creación de nuevas empresas.

*Centro Nacional de Control de Gas Natural*

En el caso del gas natural, se separa a Pemex del control y de la operación de los ductos de transporte y almacenamiento, y se crea el Cenagas como controlador y operador monopólico. Presta un servicio en condiciones de monopolio legal. Pemex deberá transferir la infraestructura, así como los contratos que tengan suscritos.

En consecuencia, Pemex conserva los ductos diversos a los del gas natural, sin previsión constitucional de operación exclusiva.

*Las empresas productivas del Estado en hidrocarburos y petróleo*

Se crea un nuevo tipo de sujeto jurídico, las empresas productivas del Estado:<sup>64</sup> Pemex y las que se creen con posterioridad tendrán tal naturaleza. Su estatus está determinado por las funciones y los objetivos que la Constitución les asigna: exploración y extracción en condiciones de eficiencia, competitividad y maximización de ingresos para su propio desarrollo y para el desarrollo nacional de largo plazo. Es el Estado como empresario maximizando el valor de la propiedad pública. La forma de organización corporativa permite que el Estado tenga el control y la propiedad,<sup>65</sup> sin que requiera títulos representativos de capital a la manera de sociedades unimembres.

La Constitución, como mandato al legislador, especifica que la ley determinará al menos:

*a) El objeto deberá ser la creación de valor económico e incrementar los ingresos de la nación, con sentido de equidad y responsabilidad social y ambiental.*

*b) Autonomía presupuestal y sujeción sólo al balance financiero y al techo de servicios personales que, a propuesta de la SHCP, apruebe el Congreso de la Unión. Su régimen de remuneraciones será distinto del previsto en el artículo 127 de esta Constitución.*

*c) Su organización, administración y estructura corporativa sean acordes con las mejores prácticas a nivel internacional, asegurando su autonomía técnica y de gestión, así como un régimen especial de contratación para la obtención de los mejores resultados de sus actividades, de forma que sus órganos de gobierno cuenten con las facultades necesarias para determinar su arreglo institucional.*

*d) Sus órganos de gobierno se ajusten a la ley y sus directores sean nombrados y removidos libremente por el presidente de la República o, en su caso, removidos por el consejo de administración. Cuando realicen las*

*actividades de exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos en términos de lo previsto por el párrafo séptimo del artículo 27 de la Constitución, su consejo de administración se conformará por cinco consejeros del gobierno federal, incluyendo el secretario de Energía quien lo presidirá y tendrá voto de calidad, y cinco consejeros independientes. La participación del secretario de Energía en una empresa que, a la vez, es su “gobernado” puede plantear conflictos de interés y cuestionar la neutralidad frente a los demás agentes económicos.*

*e) Se coordinen con el Ejecutivo Federal, por medio de la dependencia competente, con objeto de que sus operaciones de financiamiento no conduzcan a un incremento en el costo de financiamiento del resto del sector público o bien, contribuyan a reducir las fuentes de financiamiento del mismo.*

*f) Cuenten, en términos de lo establecido en las leyes correspondientes, con un régimen especial en materia de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas, presupuestaria, deuda pública, responsabilidades administrativas y demás que se requieran para la eficaz realización de su objeto, de forma que les permita competir con eficacia en la industria o actividad de que se trate. Una vez que los organismos descentralizados denominados Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios, y la Comisión Federal de Electricidad, se conviertan en empresas productivas del Estado de conformidad con las leyes, no les serán aplicables las disposiciones relativas a la autonomía, sino hasta que entren en funciones sus consejos de administración y estén en operación los mecanismos de fiscalización, transparencia y rendición de cuentas. Los consejeros profesionales de Petróleos Mexicanos en funciones permanecerán en sus cargos hasta la conclusión de los periodos por los cuales fueron nombrados, o bien hasta que dicho organismo se convierta en empresa productiva del Estado y sea nombrado el nuevo consejo de administración. Los consejeros podrán ser considerados para formar parte del nuevo consejo de administración de la empresa productiva del Estado.*

Independientemente de las características económicas, las corporativas de las empresas productivas del Estado, cuyo tratamiento se hará más adelante en materia de hidrocarburos, son las formas organizacionales por medio de las cuales el Estado participa como agente económico en el mercado.

Una primera implicación de las empresas productivas del Estado es que éstas son la forma organizativa que emplea en su calidad de propietario; hay por tanto una lógica de eficiencia y de obtención del mayor valor de los bienes.

En el periodo de transición posterior a la reforma, Pemex se convertirá en empresa productiva del Estado<sup>66</sup> modificando su estatuto de organismo descentralizado; y la exploración y extracción del petróleo se realizan por asignaciones, a diferencia de los particulares, cuya actividad sólo es posible mediante contratos. La diferencia en los actos jurídicos en uno y otro caso plantea también una posible diferencia en la relación jurídica entre quienes actúan por cuenta del Estado. No obstante tener una misma calificación, la diversa denominación del título jurídico implica la necesidad de profundizar en el análisis, lo cual se hará con posterioridad. Considerando que el propósito de este apartado es identificar a los sujetos que actúan en la actividad, lo relevante es apuntar que tal diferencia en los actos jurídicos puede provocar asimetrías en el tratamiento, lo cual sería la base para hallar diferencias en los sujetos regulados o agentes económicos.

El tratamiento asimétrico está presente también en la temporalidad para el otorgamiento de las asignaciones y para su duración (hasta cinco años), que deben revertirse si no se cumple con el plan de exploración. En el caso de extracción, mantiene derechos sobre los campos en producción y deberá presentar el plan para desarrollar producción eficiente y competitiva.

Tienen también un régimen diferente de transparencia, fiscalización y rendición de cuentas.

Como se aprecia en el cuadro de la siguiente página al contrastarla con las empresas privadas, las diferencias son relevantes y tendrán efectos el desempeño económico:

Empresa productiva del Estado

## Ley especial

En hidrocarburos se otorgan asignaciones que pueden convertirse en contratos si se asocian con privados.

El regulador (CNH) se encarga de la licitación y selección del contratante privado con la empresa productiva del Es  
Podrán reportar para efectos contables la asignación o contrato.

Pemex tendrá una ronda cero para la asignación de campos o consolidación de sus derechos.

Si no cumple con el plan de exploración de sus asignaciones, en cinco años deberá revertir el área a la nación.

Régimen de remuneraciones especial previsto en la ley.

Directivos nombrados y removidos por el presidente de la república o removidos por el Consejo de Administración.

Deberán coordinarse con el Ejecutivo para que su financiamiento no encarezca el del resto del sector público o lo re

Régimen especial de contrataciones, presupuesto, deuda y responsabilidades administrativas.

Regulación especial en transparencia.

Regulación sobre transparencia en asignaciones y contratos similar a las privadas.

Respeto a los derechos laborales de los trabajadores.

## *Los ingresos petroleros y el desarrollo nacional*

Se crea el Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo como un fideicomiso público, siendo fiduciario el Banco de México.<sup>67</sup> Su función es recibir todos los ingresos, con excepción de los impuestos, que correspondan al Estado mexicano derivados de las asignaciones y contratos.

La administración y distribución tienen la siguiente prelación:

- 1. Realizar los pagos establecidos en dichas asignaciones y contratos.*
- 2. Realizar las transferencias al Fondo de Estabilización de los Ingresos Petroleros y al Fondo de Estabilización de los Ingresos de las Entidades Federativas.*
- 3. Realizar las transferencias al Fondo de Extracción de Hidrocarburos; a los fondos de investigación en materia de hidrocarburos y sustentabilidad energética, y en materia de fiscalización petrolera.*
- 4. Transferir a la Tesorería de la Federación los recursos necesarios para que los ingresos petroleros del Gobierno Federal que se destinan a cubrir el Presupuesto de Egresos de la Federación de cada año se mantengan en 4.7% del PIB, que corresponde a la razón equivalente a la observada para los ingresos petroleros del año 2013. <sup>68</sup>*
- 5. Una vez que el Fondo de Estabilización de los Ingresos Petroleros, o su equivalente, haya alcanzado su límite máximo, los recursos asignados al Fondo se destinarán al ahorro a largo plazo, incluyendo inversión en activos financieros.*

### *Escenario de ingresos altos*

Sólo cuando el saldo de las inversiones en ahorro público a largo plazo sea igual o mayor a 3% del PIB del año previo al que se trate, el Comité Técnico del Fondo podrá destinar recursos del saldo acumulado del Fondo para rubros diversos señalados en la propia reforma.<sup>69</sup>

Una vez que el saldo acumulado del ahorro público a largo plazo sea equivalente o superior a 10% del PIB del año previo al que se trate, los rendimientos financieros reales anuales asociados a los recursos del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo destinados a ahorro a largo plazo serán transferidos a la Tesorería de la Federación.

### *Escenario de reducción de recursos públicos*

En caso de una reducción significativa en los ingresos públicos, asociada a una caída en el PIB, a una disminución pronunciada en el precio del petróleo o a una caída en la plataforma de producción de petróleo, y una vez que se hayan agotado los recursos en el Fondo de Estabilización de los Ingresos Petroleros o su equivalente, la Cámara de Diputados podrá aprobar, mediante votación de las dos terceras partes de sus miembros presentes, la integración de recursos de ahorro público a largo plazo al Presupuesto de Egresos de la Federación, aun cuando el saldo de ahorro a largo plazo se redujera por debajo de 3% del PIB del año anterior.

### *Transparencia*

El Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo estará sujeto a las obligaciones en materia de transparencia de conformidad con la ley. Asimismo, deberá publicar por medios electrónicos y por lo menos de manera trimestral la información que permita dar seguimiento a los resultados financieros de las asignaciones y los contratos, así como el destino de los ingresos.

El Fondo cuenta con un comité técnico integrado por tres miembros representantes del Estado y cuatro miembros independientes. Los representantes del Estado serán los titulares de Hacienda (quien presidirá), de Energía y el gobernador del Banco de México. Los independientes serán nombrados por el Ejecutivo Federal, con aprobación de las dos terceras partes de los miembros presentes del Senado de la República. El comité técnico del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo tendrá como atribuciones, entre otras: a) determinar la política de inversiones para los recursos de ahorro a largo plazo, b) instruir a la institución fiduciaria para que realice las transferencias a la Tesorería de la Federación, c) recomendar a la Cámara de Diputados, a más tardar el 28 de febrero de cada año, la asignación de los montos correspondientes a los rubros de pensiones, inversión en ciencia, tecnología, innovación y energías renovables, inversión en proyectos petroleros y formación de capital humano.<sup>70</sup>

La Cámara de Diputados, como el órgano constitucional competente para la aprobación del presupuesto de Egresos, tiene a su cargo pronunciarse sobre la recomendación del comité, si no lo hiciera a más tardar el 30 de abril, se considerará aprobada. Opera una afirmativa ficta. La Cámara de Diputados tiene limitaciones en sus atribuciones sobre estos fondos, no puede destinarlos a proyectos específicos y la reasignación tiene que respetar la distribución de recursos en rubros generales que ya se hayan aprobado. Con base en la asignación aprobada por la Cámara de Diputados, el Ejecutivo Federal determinará los proyectos y programas específicos a los que se asignarán los recursos en cada rubro, para su inclusión en el Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación del año de que se trate.<sup>71</sup>

## *El diseño institucional en el sector petrolero y los hidrocarburos*

El nuevo entramado institucional integra a órganos públicos de distinto tipo: dependencias de la administración centralizada (Secretaría de Energía, Secretaría de Hacienda y Crédito Público y Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales); se transforman los órganos reguladores (la Comisión Reguladora de Energía y la Comisión Nacional de Hidrocarburos); se crean nuevos órganos y entidades (Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Ambiente del Sector Hidrocarburos).

## *Secretaría de Energía*

La reforma constitucional asigna directamente a esta dependencia del Ejecutivo diversas funciones. Para agruparlas se consideran como criterios las funciones de conducción de política pública, de propietario y de autoridad. Los criterios suponen diversas lógicas o racionalidades. La primera tiene que ver con la finalidad de política constitucional que orienta las diversas funciones públicas independientemente de sus lógicas; la de propietario supone que existe un interés orientado a maximizar los ingresos de los bienes públicos en las decisiones sobre los mismos y como representante del Estado en la propiedad y el control en las empresas productivas cuya propiedad y control ejerce; como tercer grupo las funciones de autoridad, en las cuales se ejercen potestades públicas desde una posición de preservación de los intereses generales, la eficiencia en los mercados y neutralidad.

### *Política energética*

La Secretaría de Energía tiene a su cargo establecer, conducir y coordinar la política energética. La anterior es una función de conducción que expresa la rectoría del Estado en el desarrollo nacional y se formaliza mediante los instrumentos del Sistema Nacional de Planeación Democrática a que se refieren los artículos 25 y 26 constitucionales, respectivamente. El secretario, como titular de la dependencia, asume, en principio, las facultades que la Constitución y las leyes le establecen, así como las funciones y responsabilidades políticas que dicta la Constitución: informar del Estado que guarda su ramo administrativo, comparecer ante las comisiones del Congreso, principalmente. Deberá incluir en el Programa Nacional para el Aprovechamiento Sustentable de la Energía una estrategia

de transición para promover el uso de tecnologías y combustibles más limpios.

### *Ejercicio de los derechos de propiedad de la nación*

La Secretaría tiene a su cargo el ejercicio de los derechos de propiedad sobre el petróleo y los carburos de hidrógeno en el subsuelo. El mandato de aprovechamiento y explotación y de maximización de los ingresos se ejerce, tratándose de la exploración y extracción de petróleo e hidrocarburos, mediante la adjudicación de asignaciones a las empresas productivas del Estado y la celebración de contratos con los particulares. Tanto los adjudicatarios como los contratantes actúan por cuenta del Estado. Lo anterior es relevante para calificar la relación jurídica y la intensidad de la regulación y los alcances de las normas de orden público.

La celebración de contratos con los particulares requiere la previa selección, con la asistencia de la CNH, de áreas objeto de contratos. En las decisiones para celebrar contratos el nuevo régimen constitucional acota el procedimiento: deben realizarse mediante licitaciones y la Secretaría tiene a su cargo el diseño de contratos y lineamientos técnicos que deberán observarse en las mismas. El Estado debe definir el modelo contractual que mejor convenga para maximizar los ingresos de la nación.

Por otra parte, además de otorgar las asignaciones, así como su transferencia y la migración de éstas a contratos, decide y opera la reversión de asignaciones si no se cumple el plan de exploración. Esto tiene el propósito de evitar la ociosidad y la ineficiencia de los bienes públicos y el incumplimiento de obligaciones.

El mandato de obtener el mejor valor de los bienes públicos se extiende en la valoración y aprobación de los planes para la extracción de hidrocarburos que le presente Pemex, atendiendo a su eficiencia y competitividad. Con el mismo propósito, decide la profundidad específica de cada asignación (la extracción puede consistir en diversas asignaciones en una misma área a

distinta profundidad) para maximizar el desarrollo de recursos prospectivos en beneficio de la nación.

En su calidad de representante del Estado, participa en el Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, que tiene a su cargo la administración de los ingresos que se obtengan de los recursos naturales.

Finalmente, también en representación del Estado, preside el Consejo de Administración y tiene voto de calidad.

### *Atribuciones administrativas*

Otorga permisos para tratamiento y refinación de petróleo y procesamiento de gas natural y, consecuentemente, tiene a su cargo la verificación.<sup>72</sup>

## *Secretaría de Hacienda y Crédito Público*

La Secretaría ejerce funciones relacionadas con la cuantificación de los ingresos de los bienes propiedad del Estado y como autoridad fiscal. La distinción anterior es necesaria para ordenar y explicar el régimen jurídico derivado de las reformas constitucionales.

Hacienda determina la contraprestación por asignación de adjudicaciones, también reconoce el justo valor económico de las inversiones de Pemex que sean afectadas como resultado de adjudicación de asignaciones.

En el caso de contratos, establece las “condiciones económicas” de las licitaciones y de los contratos “relativas a los términos fiscales” que permitan a la nación obtener ingresos que contribuyan a su desarrollo a largo plazo.<sup>73</sup>

El fraseo constitucional refiere, por una parte, la relación entre ingresos con la maximización del valor de los bienes públicos, por la otra, se relacionan tales ingresos con los términos fiscales que tendrán. Tal relación requiere precisión en la legislación secundaria.

La Secretaría participa también como parte de la representación estatal en el Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, y en el Consejo de Administración de las empresas productivas del Estado.

*Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos (ASEA)*

La agencia es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, con autonomía técnica y de gestión. Las atribuciones definidas constitucionalmente son regular y supervisar, en materia de seguridad industrial, operativa y protección al medio ambiente, las instalaciones y actividades del sector hidrocarburos, incluyendo las actividades de desmantelamiento y abandono de instalaciones, así como el control integral de residuos.

Su financiamiento proviene del presupuesto que le asigne la Cámara de Diputados<sup>74</sup> (con lo cual no depende del presupuesto de la Secretaría), así como de los ingresos derivados de las contribuciones y aprovechamientos que la ley establezca por sus servicios para financiar un presupuesto total que le permita cumplir con sus atribuciones.

El mandato al legislador establecido en la Constitución indica que en la organización, funcionamiento y facultades de la ASEA se deberá prever al menos: a) que si al finalizar el ejercicio presupuestario existiera saldo remanente de ingresos propios excedentes, la ASEA instruirá su transferencia a un fideicomiso constituido por la Secretaría del ramo en materia de medio ambiente, donde una institución de la banca de desarrollo operará como fiduciario; b) que la agencia instruirá al fiduciario la aplicación de los recursos de este fideicomiso a la cobertura de gastos necesarios para cumplir con sus funciones en posteriores ejercicios, respetando los principios a los que hace referencia el artículo 134 de la Constitución, y estará sujeta a la evaluación y el control de la Auditoría Superior de la Federación.

El fideicomiso no podrá acumular recursos superiores al equivalente de tres veces el presupuesto anual de la ASEA, tomando como referencia el presupuesto aprobado para el último ejercicio fiscal. En caso de que existan

recursos adicionales, éstos serán transferidos a la Tesorería de la Federación. El fideicomiso a que hace referencia este transitorio estará sujeto a las obligaciones en materia de transparencia derivadas de la ley. Asimismo, la ASEA deberá publicar en su sitio electrónico, por lo menos de manera trimestral, los recursos depositados en el fideicomiso, así como el uso y destino de ellos.

## ELECTRICIDAD

Siguiendo un orden de exposición análogo al tratamiento del petróleo y los hidrocarburos, se expondrán las previsiones constitucionales sobre la actividad, los agentes económicos y el diseño institucional.<sup>75</sup>

La nueva regulación constitucional requiere explicarse considerando las razones que se tomaron en cuenta para modificar radicalmente el monopolio público en la prestación del servicio público, así como las características fundamentales del sector. Se está ante un bien difícilmente almacenable y que requiere ser transportado; asimismo, su tratamiento requiere considerar los segmentos de generación, transmisión, distribución, operación del sistema y provisión al usuario final.<sup>76</sup>

Los principales problemas de la industria, según el dictamen del Senado, pueden resumirse en los siguientes:<sup>77</sup> a) falta de competitividad de las tarifas eléctricas, b) situación financiera de la CFE, c) limitaciones y costos en la generación de energía eléctrica, d) limitaciones en la transmisión y distribución de energía eléctrica, e) conflictos de interés en el sistema eléctrico nacional, y f) limitaciones en la transición energética.

En 2012, la CFE presentó un déficit financiero de 77 000 millones de pesos, del cual la CFE absorbió 33.4 mil millones mediante decrementos de su patrimonio. Asimismo, en los primeros seis meses de 2013, el patrimonio de la empresa disminuyó en 35 000 millones de pesos, cifra superior a toda la disminución de 2012.

Las tarifas eléctricas en México son 73% más caras que en los Estados Unidos, las pérdidas entre la energía generada y la que llega a los hogares es de 20%, superior a la de los países de la OCDE, cuyas pérdidas son de 8%.<sup>78</sup>

### *Las actividades*<sup>79</sup>

Las actividades que antes de la reforma se consideraban servicio público y, consecuentemente, estratégicas y de exclusividad estatal se segmentan en: i) se liberaliza la industria eléctrica considerándose un sector regulado; ii) corresponde en exclusiva al Estado la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como la transmisión<sup>80</sup> y la distribución.<sup>81</sup> Estos dos últimos segmentos de la industria se consideran servicios públicos.<sup>82</sup>

Por involucrar las redes en la prestación del servicio, se justifica la conveniencia de conservar en dominio del Estado, con la posibilidad de contratar con particulares, para que éstos participen en tales actividades. Por la misma razón, se conserva el control estatal del sistema eléctrico nacional.

La reforma modifica el ámbito de actividades que previamente se encontraban bajo el régimen de servicio público y, a la vez, se consideraban estratégicas.<sup>83</sup> La reforma, en términos del artículo 28 constitucional, considera estratégicas tanto la planeación y control del sistema como la transmisión y distribución de energía eléctrica.

No obstante, establecer que en las áreas reservadas al Estado no podrán otorgarse concesiones delega a la ley la posibilidad de celebrar contratos con los particulares y la forma de participación en las demás actividades de la industria. El suministro al consumidor final se considera un servicio de interés público.<sup>84</sup>

### *Los agentes económicos*

Los particulares pueden participar en condiciones de competencia en los diversos segmentos de la industria, incluyendo los servicios públicos no reservados al Estado. Para tal efecto, en los segmentos considerados estratégicos podrán celebrar asociaciones o contratos con los transportistas, distribuidores o el Estado para llevar a cabo actividades relacionadas con los servicios públicos.<sup>85</sup> Como una industria de redes, los transportistas y distribuidores están obligados a interconectarse.

La empresa pública (Comisión Federal de Electricidad), de manera análoga a Pemex, se considera una empresa productiva del Estado y tendrá que competir en condiciones de igualdad con el resto de los participantes en el sector.<sup>86</sup>

Por otra parte, se crea, en condiciones de monopolio legal, el Centro Nacional de Control de Energía (Cenace) como organismo público descentralizado, encargado del control operativo del sistema eléctrico nacional, de operar el mercado eléctrico mayorista, del acceso abierto y no discriminatorio de la red nacional de transmisión y las redes generales de distribución. La CFE transferirá al Cenace los recursos que requiera, lo cual también elimina los conflictos de interés en el sistema eléctrico nacional. El Cenace está bajo la competencia de la autoridad de competencia (Cofece), del regulador sectorial (Comisión Reguladora de Energía) y de la Secretaría de Energía por la administración central. En los segmentos liberalizados, el acto regulatorio es el permiso para ingresar al mercado.

## LOS ÓRGANOS REGULADORES COORDINADOS

La Comisión Nacional de Hidrocarburos y la Comisión Reguladora de Energía se consideran órganos reguladores coordinados,<sup>87</sup> cada uno dotado de personalidad jurídica, autonomía técnica y de gestión, que puede disponer de los ingresos que obtengan por contribuciones y aprovechamientos por servicios y administración de permisos, autorizaciones, asignaciones y contratos. Este nuevo estatus les da una entidad orgánica distinta y separada de la Secretaría de Energía, sin que tampoco les sea equiparable a sus funciones de responsabilidad constitucional como secretarías de Estado. La CNH tiene un ámbito hacia los hidrocarburos; la CRE abarca tanto éstos como electricidad.

## *Comisión Nacional de Hidrocarburos*

La Comisión Nacional de Hidrocarburos tendrá, entre otras, facultades para asesorar a la Secretaría de Energía en la celebración de los contratos con los particulares y en las asignaciones a las empresas productivas del Estado; llevará a cabo las licitaciones para seleccionar al particular, en caso de que Pemex migre de adjudicaciones a contratos;<sup>88</sup> la recopilación geológica y operativa; la autorización de reconocimiento y exploración superficial; licitaciones, asignación de ganadores y suscripción de contratos para actividades de exploración y extracción de hidrocarburos; la administración en materia técnica de asignaciones y contratos; la supervisión de los planes de extracción que maximicen la productividad del campo en el tiempo y la regulación en materia de exploración y extracción de hidrocarburos; tendrá a su cargo un Centro Nacional de Información de Hidrocarburos.

## *Comisión Reguladora de Energía*

Corresponde a la CRE en materia de hidrocarburos: la regulación y el otorgamiento de permisos para el almacenamiento, transporte y la distribución por ductos de petróleo, gas, petrolíferos y petroquímicos, la regulación de acceso a terceros a los ductos de transporte y al almacenamiento de hidrocarburos y sus derivados, y la regulación de ventas de primera mano.

En materia de electricidad le corresponde: expedir y aprobar las normas administrativas regulatorias y los modelos de contrato, establecer las tarifas, expedir y actualizar las metodologías de cálculo, otorgar permisos y autorizaciones, aplicar las sanciones de su competencia.

## MEJORA REGULATORIA

El 28 de abril de 2016 el Ejecutivo presentó una iniciativa para reformar los artículos 25, al que se agregó un último párrafo, y 73, al que se sumó una fracción en materia de mejora regulatoria, la cual es presentada como una política pública que consiste en la generación de normas claras, trámites y servicios simplificados, así como de instituciones eficaces para su creación y aplicación, que se orienten a obtener el mayor valor de los recursos disponibles y el óptimo funcionamiento de las actividades comerciales, industriales, productivas, de servicios y de desarrollo humano de la sociedad en su conjunto.<sup>89</sup> La no consideración de la mejora regulatoria plantea como posibilidad que se impongan costos sustanciales que se transformen en mayores precios para los consumidores, en costos regresivos y en menor productividad.

En la reforma se toman en cuenta las conclusiones de los Diálogos por la Justicia Cotidiana, encomendados al Centro de Investigación y Docencia Económicas,<sup>90</sup> que plantearon que se cuenta con una estrategia efectiva de mejora regulatoria integral.

La mejora regulatoria tiene así una dimensión específica en el diseño de trámites administrativos ligados principalmente a las actividades empresariales, pero también un impacto general en la toma de decisiones de política regulatoria y administrativas en materia de normas generales. Conduce a que las propuestas sean soportadas en evidencia de obtener los mayores beneficios a los menores costos. Desde esta perspectiva, la mejora regulatoria es una metodología para la toma de decisiones sobre propuestas normativas.

La Manifestación de Impacto Regulatorio (MIR), como instrumento metodológico, permite evaluar una propuesta de regulación, al requerir información relevante para garantizar que los beneficios sean superiores a los costos; asimismo, la conveniencia o ventaja que tiene una alternativa de

solución respecto de otras. Posibilita evaluar y graduar, considerando la mejor información disponible, situaciones de riesgo y establecer medidas proporcionales para disminuirlo o, en su caso, gestionarlo.

En la reforma publicada el 5 de febrero de 2017 se modifica el último párrafo del artículo 25 constitucional:

A fin de contribuir al cumplimiento de los objetivos señalados en los párrafos primero, sexto y noveno de este artículo, las autoridades de todos los órdenes de gobierno, en el ámbito de su competencia, deberán implementar políticas públicas de mejora regulatoria para la simplificación de regulaciones, trámites, servicios y demás objetivos que establezca la ley general en la materia.

Asimismo, se reforma la fracción XXIX-A del artículo 73 constitucional para establecer la competencia del Congreso para expedir la ley general en materia de mejora regulatoria.

El impacto normativo de esta reforma abona a la idea del Estado regulador y posiciona las comisiones de mejora regulatoria no solamente en la Constitución, sino en un nivel nacional en el cual la recepción y el desarrollo de la mejora regulatoria habían sido heterogéneos.

Los efectos normativos e institucionales de la mejora regulatoria se centran en:

*a) Es una política de alcance general que tenderá a mejorar la calidad de las decisiones normativas.*

*b) Requerirá que al ser sometidas a un análisis costo / beneficio, los diseños normativos se basen en evidencia.*

*c) Las decisiones normativas basadas en evidencia permitirán cualificar y cuantificar la efectividad de las normas, esto es, que realmente se consigan los fines propuestos.*

*d) El procedimiento de consulta ex ante permitirá conocer los diversos intereses presentes en la creación normativa, transparentándolos y contribuyendo a su legitimidad, aportando mayores elementos de juicio al decisor.*

*e) La metodología de la mejora regulatoria requiere la ponderación de los diversos intereses, aun los contradictorios y la justificación y proporcionalidad de la decisión. Lo anterior fortalece la decisión normativa ante la revisión judicial.*

La mejora regulatoria en tanto política y metodología permite plantear previamente qué se busca lograr y cómo hacerlo, para ello requiere información basada en evidencia y argumentación que exponga la razonabilidad de la decisión. Tales elementos contribuyen a integrar un debido proceso de la decisión pública en el horizonte de mejorar el funcionamiento institucional.

Apreciadas en conjunto, las reformas estructurales tienen un significado bien justificado en el terreno económico. Dan jerarquía constitucional a la regulación y a los entes reguladores, modifican la estructura de la administración pública a cargo del Ejecutivo, reconstituyen las relaciones con los poderes del Estado, resignifican a la propiedad pública sobre sus recursos naturales y rediseñan a los agentes económicos públicos (las empresas productivas) encargados de su gestión ante nuevas condiciones del mercado. El detalle con el que se regulan las nuevas condiciones de participación privada y pública es una sobreconstitucionalización cuyos efectos no son solamente formales, sino funcionales, como se podrá apreciar.

### III. ESTADO REGULADOR Y CONSTITUCIÓN

## LA REGULACIÓN INGRESA A LA CONSTITUCIÓN

Las reformas constitucionales de 2013 incorporaron la regulación como una función particularmente considerada en la Constitución; además se le ha acompañado de una organización estatal igualmente específica. Así, en la nueva ordenación constitucional de lo económico, es necesaria una explicación teórica que articule el nuevo estatuto de la regulación y las formas organizativas presentes en el entramado constitucional. En su enunciación más exaltada, a tal ordenación constitucional se le asocia con el llamado Estado regulador. Los antecedentes se encuentran en la reflexión académica y retomada en la interpretación jurisprudencial como idea ordenadora para dar su lugar a las instituciones, normas, principios y conceptos que refieren el fenómeno regulatorio a que se ha aludido en páginas anteriores. El concepto de Estado regulador no se agota en su utilidad analítica, tiene también una utilidad ordenadora.

Conceptualmente, la idea del Estado regulador se asocia al entendimiento de la función que el Estado debe tener frente al mercado; tal función es la regulación, concebida originalmente no desde el derecho, sino desde la economía y, en particular, de la economía de mercado. Desde esta perspectiva, el mercado se autorregula y, por tanto, debe estar libre de interferencias públicas. La regulación, en cambio, consiste en intervenciones públicas ante los fallos del mercado (externalidades, problemas de competencia —monopolios, monopolio natural, competencia destructiva—, déficits de información —riesgo temporal, selección adversa, asimetrías—, bienes públicos, decisiones equivocadas).<sup>1</sup> La regulación, como el Estado, tiene entonces una función subsidiaria. La regulación tiene su sentido preponderante para la caracterización del Estado regulador en la regulación económica. Considerar los beneficios sociales como horizonte de la regulación lleva a comprender cuestiones más complejas de acción social, no solamente de decisiones personales, y de calidad de vida de la población, del desarrollo económico y su dimensión ética. Así pues, la apreciación constitucional de la regulación y, por tanto, la explicación del Estado regulador tiene que considerar las implicaciones anteriores.

No se trata entonces, en la explicación de la regulación, solamente de su funcionalidad para enfrentar fallos del mercado, sino de atender a las necesidades del desarrollo y la calidad de vida de las personas (salud, trabajo, educación, medio ambiente, seguridad). Lo anterior obliga a considerar tanto a las libertades económicas, como a los derechos prestacionales y a los bienes públicos o comunes (seguridad, medio ambiente, recursos naturales).

Ante tal escenario, los retos para el análisis son distinguir los diversos tipos de regulaciones (económica, social,<sup>2</sup> administrativa),<sup>3</sup> sus orientaciones e instituciones. En común tienen la presencia de una racionalidad: conseguir fines con los medios más eficientes. Por otra parte, al ampliar el espectro de la acción regulatoria se presentan contradicciones o conflictos de sentido entre sus propósitos. Por ejemplo, los fines de salud pública pueden reñir con los alcances de

alguna libertad económica; o bien, los bienes públicos o comunes pueden resultar afectados o amenazados por los intereses individuales en posibles casos de “tragedia de los comunes”.<sup>4</sup>

No obstante, esta aproximación cuyo foco está en los fallos de mercado tiene en la mejora regulatoria un alcance más amplio, al tener como horizonte el mayor beneficio social a los menores costos. Esta idea desplaza la función subsidiaria del derecho y el Estado frente al mercado y los coloca en perspectiva constructivista de relaciones sociales. De esta suerte, la regulación económica está presente, pero también lo está la regulación social y la administrativa. La presencia de las tres da versatilidad y pluralidad política y social al orden constitucional, pues amplía el espectro ideológico. Si bien la idea de los fallos de mercado supone un entendimiento liberal y pro mercado (neoliberal si se aprecia ideológicamente), la regulación social es compatible con la redistribución y la igualdad social, y la administrativa se presenta como técnicas de mejoramiento del desempeño gubernamental necesarias para la efectividad de cualquier política pública.

La regulación, por consecuencia, cuenta con un catálogo de métodos diseñados para lograr determinadas metas regulatorias. La relación entre metas regulatorias (económicas o sociales) y los métodos regulatorios se ilustra con el siguiente cuadro:<sup>5</sup>

## METAS Y MÉTODOS DE LA REGULACIÓN

### Metas regulatorias

#### Fallas de mercado

- Condiciones de competencia
- Restricciones a la entrada o salida
- Externalidades
- Problemas de información
- Bienes públicos

#### Alcanzar metas sociales

- Prohibir intercambios censurables
- Eliminación del precio como base del intercambio
- Remediar la distribución del bienestar
- Someter intercambios a valores colectivos

### Métodos regulatorios

- Controles de precios
- Controles de entrada y salida
- Ajuste de estándares
- Asignaciones
- Impuestos y otros incentivos económicos

La función reguladora tiene sus antecedentes normativos en la legislación, de manera que, formalmente, las reformas produjeron la constitucionalización de una función existente en el ordenamiento y cuya gestión se encontraba en la organización pública. El diseño normativo y la gestión administrativa fueron los ámbitos del ejercicio del gobierno en los que se diseña y se gestiona la política regulatoria. El derecho, como herramienta de intervención, y la organización pública son las piezas institucionales de acción pública centrales del Estado regulador. Es una recomposición de las funciones y posiciones del Estado y las administraciones públicas.<sup>6</sup>

En el terreno jurisdiccional, tiene el control sobre la legislación y la administración, en los tribunales y en la decisión judicial de manera inmediata tiene la definición de los derechos y las competencias de los órganos públicos y, de manera mediata, los términos en los que se definen los alcances constitucionales de la nueva ordenación social. Como problema, la regulación no es tampoco novedosa en la justicia constitucional: inicialmente la discusión se presentó con la regulación técnica y si a ella correspondía la potestad reglamentaria o se trataba de un ámbito normativo de fuente distinta. Posteriormente, las potestades de los órganos reguladores y su estatus de autonomía son el terreno del debate constitucional. Tanto en la reforma constitucional como en su antecedente legislativo y, de manera creciente, en el terreno judicial, se recurre a las raíces teóricas de la regulación que centran su funcionalidad en el modo o forma de afectación al comportamiento de los agentes a los que se dirige y en el resultado buscado.

En estos escenarios, tanto en el terreno académico como en el práctico, el concepto de regulación es sometido a discusión y debate. Lo mismo sucede en los espacios normativos de acción de los agentes privados y de los roles públicos. La regulación económica que, en principio, supone la neutralidad frente al mercado y a los agentes que actúan en el mismo no deja de presentar tensiones. Así, en principio, la neutralidad sería un valor implícito en la regulación que debería ser considerado constitucionalmente, y supondría también la neutralidad de la Constitución económica, del ordenamiento y de la acción pública. Sin embargo, la presencia de intereses de la política pública, o en los que subyace el interés general, conduce a cuestionarse si, en el caso mexicano, tal principio de neutralidad se lleva a sus últimas consecuencias. Por ejemplo, que el Estado participe directamente en la economía como agente económico o regulado (mediante las empresas productivas del Estado) llega a presentar tratos asimétricos en los beneficios o en las cargas que afectan las condiciones de desempeño (para bien o para mal).

La idea del Estado regulador supone que el Estado deja de tener una intervención directa en la economía (lo que no ocurre del todo en el caso mexicano) y, al perder instrumentos de intervención directa y desplazar a los particulares sus anteriores actividades de intervención económica directa y de gestión de servicios, se constriñe a sus potestades públicas de normación, inspección, verificación, sanción y conducción de políticas públicas.

Asimismo, aquella idea de autorregulación de los mercados, propia de la microeconomía neoclásica, tiene su recepción en el derecho en la especial valoración de las libertades económicas, empezando por la libertad para decidir. La concurrencia a los mercados es el ingreso a la competencia económica y es entendida como un derecho negativo, es decir, de oposición a la intervención pública, por tanto, ex ante a su intervención. Igual sucede con la

libertad de empresa, de industria y de contratación. Corresponde, pues, como idea compatible, la de un Estado que debe abstenerse de intervenir para alterar las decisiones de los agentes económicos.

Betancor señala al respecto:

Esta vendría a ser la función de organización de los mercados. El Estado a través del derecho y sólo a través de éste hace posible la existencia del mercado porque reduce los costes de transacción mediante, esencialmente, la seguridad. A mayor seguridad, mayor inclinación a asumir riesgos y a mayores riesgos, mayores serán cuantitativa y cualitativamente las transacciones, con los consiguientes beneficios para todos [...] El Estado sería, según esa concepción, Estado de derecho y del Derecho: Estado sometido al derecho y Estado que hace uso del derecho para desarrollar sus funciones respecto del mercado. Así concebido, el Estado sería neutral para el mercado. El Estado garante del mercado mediante la facilitación de las instituciones jurídicas (propiedad y empresa, fundamentalmente) y las reglas de su juego (derecho de la competencia), pero sin introducir ningún sesgo.<sup>7</sup>

Las apreciaciones sobre las virtudes del abstencionismo estatal han sido moderadas por acontecimientos como la crisis de los bonos inmobiliarios en los Estados Unidos. Luego de la experiencia, exponentes del pensamiento liberal como Richard Posner han expresado su escepticismo en la idea de la autorregulación del mercado<sup>8</sup> y, en contrapartida, la relevancia del derecho y del desempeño de las instituciones públicas. Si la sobreestimación en la virtud de los mercados para autorregularse ha mostrado no sólo sus riesgos, sino los daños de la deficiencia en la vigilancia y la supervisión del Estado, la función del derecho y de la autoridad pública frente al principio de neutralidad y ante la necesidad de regulación, tiene que ser revalorada.

Así pues, la neutralidad como condición institucional refiere a la relevancia que tiene la claridad y certidumbre de las reglas de aplicación por igual a los agentes económicos. Establece como derechos o bienes constitucionalmente protegidos las libertades y los derechos económicos (libertad de empresa, propiedad) y su proceso de mercado. Sin embargo, a la vez la mexicana no corresponde a la ortodoxia liberal; considera la limitación de los derechos de propiedad por razón de su función social, la posibilidad de precios fijos y de subsidios en actividades que se consideren prioritarias; hace referencia al desarrollo económico y al mejoramiento de las condiciones de vida de la población, y en sectores como el de telecomunicaciones, determinados derechos como los de las audiencias o el acceso a la banda ancha aparecen como derechos humanos. De esta suerte, la configuración constitucional del mercado y las intervenciones públicas se determinan considerando un ámbito de libertades (empresa, propiedad), un estatus constitucional de restricciones o modalidades a la actividad empresarial o a los servicios establecidas también como derechos (derechos de las audiencias, servicios de internet de banda ancha, derechos de los consumidores, principalmente) y un conjunto de instrumentos de política económica de uso discrecional (precios fijos, subsidios, regulación) o ante situaciones determinadas (prohibición y sanciones a prácticas dañinas al proceso de competencia, asimetría de operador predominante).

La demarcación constitucional de los ámbitos de libertad y de las técnicas intervencionistas permite establecer los sentidos del poder normativo en la preservación de las condiciones de competencia o en el ejercicio constructivista. La regulación tiene un sentido constructivista; Baldwin, Cave y Lodge puntualizan su sentido de “deliberada influencia pública sobre ciertas actividades por las que comprende todas las formas de acción pública que tienen por finalidad influir sobre las actividades, tanto medidas imperativas como no imperativas; lo relevante es el influjo intencionado sobre las actividades o industriales o sociales”.<sup>9</sup>

El origen anglosajón del concepto de regulación y su sentido económico, al encontrarse con el aparato conceptual del derecho público, construido bajo una fuerte influencia francesa, tienen zonas de encuentro que conducen al cuestionamiento de conceptos tradicionales como el de servicio público y la titularidad pública de la actividad (*publicatio*). Este último tuvo su origen en un contexto cultural de Estado solidarista que sirvió de fundamento para establecer un régimen jurídico para dar cobertura a derechos prestacionales (salud, educación, vías de comunicación), pero también como título de intervención en actividades sujetas a tal régimen. En la tradición anglosajona el concepto del *public interest* de las actividades de empresa justifica la regulación. En los encuentros de conceptos, tradiciones y decisiones regulatorias, no es extraño observar que conceptos y regímenes jurídicos, como el del servicio público, entran en crisis y ceden ante regulaciones basadas en el interés público o general. Parte de esta tensión se lee en clave política, por ejemplo, en el caso de las telecomunicaciones, donde hay un retorno a la idea del servicio público.

Algo parecido sucede en el contexto europeo, dice Betancor:

No es ningún poder de la administración, pero nos queda la duda de si la regulación es un título de intervención. Aquí comienza el enredo. Comienza la recreación del derecho norteamericano a través de su filtrado por los conceptos jurídicos europeos. La inercia nos conduce al servicio público. La regulación pasa a ser la alternativa al servicio público.<sup>10</sup>

Tal situación acentúa la llamada crisis del servicio público, no solamente por la retracción del Estado social, sino por las limitaciones explicativas del concepto de servicio público y por la emergencia del Estado regulador. Regulación y servicio público tienen un sentido coincidente en tanto significan una mayor densidad en la regulación de una actividad, pero con raíces ideológicas distintas. El servicio público arranca del Estado social y de la satisfacción de necesidades sociales; la regulación de la libertad de mercado y de la necesidad de limitación u orientación basada en el interés público.

Así pues, la regulación es la conceptualización y la técnica de las políticas públicas. En la política y la regulación hay un propósito o finalidad de efectividad en la intervención pública, de suerte que la relación racional entre medio y fin, entre problema social y resultado como mejora de la situación social, está presente no solamente en la conceptualización y en el valor instrumental, sino en aquello que lo hace posible, la gestión y la interpretación jurídica. La jurisprudencia mexicana ha recogido este sentido de orientación captando la racionalidad funcional:

Así, esta nota planificadora o reguladora ha marcado el tránsito de un modelo de Estado de derecho, en donde el Estado tenía una función subsidiaria y secundaria para intervenir en caso de una ruptura del orden público, al Estado social de derecho, en donde el Estado tiene una función central de rectoría económica, cuyo fundamento se encuentra conjunta y principalmente en los artículos 25 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ahora bien, debe destacarse que las sanciones impuestas en este sector presuponen un contexto diferenciado, en el que los particulares se ubican como sujetos activos y participantes de ciertos mercados, o como prestadores de un servicio concesionado o permisionarios para la explotación de un bien público, por lo que su conducta está regulada por normas, que si bien tienen como marco una ley que establece las líneas regulativas principales, también se integra por una pluralidad de instrumentos normativos, como son reglamentos, normas oficiales mexicanas u otras de naturaleza administrativa, que son requeridas por la regulación especializada técnica y flexible para la realización de ciertos fines de políticas públicas, establecidos en la Constitución o en las leyes, las que, en contrapartida, se han de desarrollar por órganos administrativos igualmente especializados y técnicos. De ahí que el modelo de Estado regulador supone un compromiso entre principios: el de legalidad, el cual requiere que la fuente legislativa, con legitimidad democrática, sea la sede de las decisiones públicas desde donde se realice la rectoría económica del Estado, y los principios de eficiencia y planificación, que requieren que los órganos expertos y técnicos sean los que conduzcan esos principios de política pública a una realización óptima, mediante la emisión de normas operativas que no podrían haberse previsto por el legislador, o bien, estarían en un riesgo constante de quedar obsoletas, pues los cambios en los sectores tecnificados obligarían a una adaptación incesante poco propicia para el proceso legislativo y más apropiada para los procedimientos administrativos.<sup>11</sup>

La interpretación jurisdiccional destaca la racionalidad específica. Eficiencia y optimización, que a su vez requieren un ordenamiento que sea funcional a su propósito: mayor relevancia de ordenaciones administrativas y técnicas, que impactan, entre otras cuestiones, en el diseño normativo del derecho regulatorio sancionador.

En la descripción del Estado regulador suele ponerse énfasis en los aspectos normativos e institucionales como la separación de las decisiones políticas de las actividades operacionales; la creación de agencias independientes implementadoras de la regulación y con un componente altamente técnico, y la relevancia de las reglas formales como guía de la actividad gubernamental.<sup>12</sup> Thatcher y Zúñiga coinciden en considerar que sus características son: i) una creciente apertura al mercado liberalizando áreas económicas; ii) agencias reguladoras independientes; iii) un proceso re-regulatorio.<sup>13</sup>

Aunque estemos de acuerdo con las opiniones anteriores de que tales son características no necesariamente excluyentes, debe precisarse que se orientan hacia la regulación económica, lo cual requiere también previa referencia a cuestiones relevantes para la explicación y la definición de diversos problemas constitucionales en los diseños institucionales y normativos, así como en las decisiones públicas, sean administrativas o jurisdiccionales.

## EL SUJETO ANTROPOLÓGICO DE LA REGULACIÓN

La teoría económica de la que es deudora la teoría de la regulación para la cual el sujeto es el ser humano, aun la corporación o la firma, es explicada en función de una racionalidad que supone decisiones humanas. El punto de partida es el entendimiento de que el ser humano es racional (maximizan sus preferencias y sus utilidades y, entre todas las elecciones posibles, eligen aquella que alcanza mejor sus objetivos).<sup>14</sup> Las libertades, por tanto, tenderían a ser maximizadas en las decisiones jurídicas, restringiendo las intervenciones administrativas y protegiéndolas jurisdiccionalmente. Ahora bien, tal supuesto ha sido cuestionado por la reciente economía del comportamiento, que considera que tal ser humano es inexistente y que el mérito de la libertad de decisión tiene el riesgo de ser sobreestimado. En la idea de dotar de realismo a la teoría, se reconoce que los seres humanos pueden y de hecho se equivocan frecuentemente y que toman decisiones no solamente a partir de una fría racionalidad, sino por cuestiones emotivas, poco reflexivas o con sesgos cognitivos. De manera que, para tomar mejores decisiones, las medidas paternalistas (aunque libertarias) pueden ser de gran utilidad. Con auxilio de la psicología y de las ciencias cognitivas, se conoce que el cerebro del ser humano al tomar decisiones pasa por procesos más o menos reflexivos, pensando rápido o pensando despacio y que, según sea el asunto sobre el que se decida, conviene propiciar contextos para reflexionar, o bien, ayudar a la persona en aquellos casos en los que por pensar rápido puede tomar decisiones equivocadas.<sup>15</sup> Sunstein y Thaler identifican seis principios de una arquitectura de la decisión: 1) opciones por defecto (ante una posible decisión o elección, debe preverse una solución por defecto); 2) ante la posibilidad de error el sistema debe preverlo; 3) los incentivos requieren precisar ¿quién los usa?, ¿quién elige?, ¿quién paga?, ¿quién se beneficia?; 4) el destinatario debe comprender lo mejor posible que su elección tiene correspondencia con el bienestar; 5) proporcionar mecanismos de retroalimentación de manera que las personas puedan informarse si actuaron correctamente o cometieron

errores; 6) simplificar lo complejo, estructurando la información para que las personas tomen sus decisiones. Los elementos anteriores pueden servir en los hechos, procedimientos y actos gubernamentales para orientar decisiones dirigidas al interés general y a mejorar las condiciones de vida de las personas.<sup>16</sup>

El cuestionamiento a la base epistemológica de la economía neoclásica no solamente tiene implicaciones teóricas en la economía, sino también en el derecho, o las debería tener. La teoría jurídica y el razonamiento formal tienen problemas análogos a los que se critican en la economía: las categorías o conceptos de persona jurídica, operador jurídico, relación jurídica e igualdad son impermeables a las consideraciones del ser humano real sobre el que se opera y decide. La ausencia de “lo humano” en el derecho, aun en el discurso jurídico de los derechos humanos —lo cual es paradójico— impide apreciar con mayor fortuna la eficacia de la regulación y del derecho en general, pues los incentivos o desincentivos, traducidos en derechos, deberes, responsabilidades y sanciones recaen en seres humanos reales detrás de las abstracciones jurídicas.

Las concepciones económicas y jurídicas que pretenden explicar la sociedad o la conducta humana y orientarla requieren también explicitar el ente antropológico que tienen presente. La regulación, a diferencia de los discursos de derechos humanos, tiene en cuenta al sujeto en sus derechos y en sus responsabilidades, como capaz de comprometerse y de responder por las consecuencias de sus actos. Los discursos sobre derechos humanos tienden a soslayar al sujeto como portador de obligaciones, deberes y responsabilidades.

El ser humano, no la persona jurídica, decide racionalmente o con racionalidad limitada y también emocionalmente, se plantea cuestiones egoístas y éticas, tiene capacidad de plantearse una idea de futuro y de construir narrativas; tiene capacidad para la empatía, la maldad, la generosidad; actúa en su propio beneficio y también lo hace cooperativamente. Tener presente las condiciones de lo humano es una tarea pendiente, pero necesaria, en el quehacer jurídico. En este terreno, por ejemplo, una cuestión que presenta insuficiente reflexión es la distinción

entre los seres humanos y las empresas como titulares de derechos humanos y la función de la dignidad en tal cuestión.

El análisis de los comportamientos no se restringe a la apreciación de quienes toman decisiones sobre sus recursos escasos en el ámbito de lo privado. La nueva configuración de las empresas productivas del Estado debe ser también objeto de análisis de quienes las integran y toman decisiones; si bien la racionalidad constitucional las orienta hacia una regulación privada, su estructura de intereses y por tanto de incentivos es distinta. A diferencia de la empresa privada, el “propietario” tiene una distinta entidad, hay un dueño difuso: “la nación”, diverso al dueño privado (accionista) y por tanto el “interés” tiene una diversa manifestación. Lo anterior lleva a que la estructura normativa para hacer posible la renta en el interés nacional tenga que ser distinta. El reto en esto es alinear los intereses individuales de los gerentes de las empresas con un interés “cívico” que maximice el valor del bien público alejándose del riesgo de tragedia de los comunes.

## EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y SU EFICACIA

Las normas jurídicas en un Estado de derecho requieren ser apreciadas no solamente como creaciones formales, sino en su efectividad y eficacia, esto es si la sociedad realmente las considera. El Estado de derecho tiene características intangibles, reputacionales de legitimidad, credibilidad, confianza. ¿Se cumplen las normas? ¿Son creíbles las amenazas? ¿Son confiables las instituciones? Tanto en la valoración de las condiciones que favorecen la competitividad, la inversión, como en los elementos presentes en el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas, el Estado de derecho es una condición necesaria.

En su dimensión formal, la regulación es un componente normativo de nuevo tipo en la estructura del orden jurídico. Las normas regulatorias, los órganos reguladores y la definición de sectores regulados son los ejes a partir de los cuales se elabora una nueva dogmática jurídica.

En el Estado regulador, las normas regulatorias ocupan un lugar diferenciado en el ordenamiento jurídico. A partir de lo anterior, es posible distinguirlas de las normas derivadas de la potestad reglamentaria del Ejecutivo, adquiriendo sus propias características normativo / funcionales en el segmento de las normas sublegales o paralegales. La relación con la ley presenta peculiaridades que modalizan la relación de primacía, reserva de ley y subordinación jerárquica. Así, la reserva de ley es una de las zonas normativas en las que se aprecia el impacto. La capacidad de determinación de la ley cede ante la capacidad de la normatividad regulatoria.

Como los participantes de los mercados o sectores regulados ingresan por la obtención de la concesión, permiso, autorización o mediante la realización de cierta conducta activa que los pone al interior del sector regulado, es dable concebirlos constitucionalmente como sujetos activos de las reglas

establecidas por el Estado en su función reguladora. Así, estos sujetos regulados, cuando se encuentran expuestos a normas punitivas, tienen derecho al principio de legalidad por la proyección de una doble exigencia cualitativa en el subprincipio de tipicidad, consistente en que tengan un grado de previsibilidad admisible constitucionalmente y que la autoridad encuentre una frontera a la arbitrariedad clara; sin embargo, el principio de reserva de ley adquiere una expresión mínima, pues, al tratarse de sectores tecnificados y especializados, es dable al legislador establecer esquemas regulatorios cuyo desarrollo corresponda por delegación a órganos igualmente especializados [...] Así, la expresión mínima del principio de reserva de ley exige que la parte esencial de la conducta infractora se encuentre formulada en la ley, aunque pueda delegar en los reglamentos y normas administrativas la configuración de obligaciones, cuyo incumplimiento se prevea como conducta infractora en el precepto legal, con la condición de que esas obligaciones guarden una relación racional con lo establecido en la ley y no tengan un desarrollo autónomo desvinculado de lo establecido legalmente, cuya justificación complementaria pueda trazarse a la naturaleza técnica y especializada de la norma administrativa, lo que implica que son admisibles constitucionalmente las normas legales que establecen como conducta infractora el incumplimiento a las obligaciones establecidas en los reglamentos o fuentes administrativas legalmente vinculantes.<sup>17</sup>

El precedente va en la dirección de construir estándares de interpretación que distingan la función regulatoria de la función administrativa típica, para señalar alguno de los terrenos del debate.

## LOS DERECHOS, EL MERCADO Y EL DESARROLLO

La orientación de la regulación hacia el mercado presenta, como se ha dicho, un sesgo favorable a las libertades económicas. En clave de derechos humanos, tales libertades son objeto de técnicas de interpretación, argumentación, control, en los que se aplican estándares y principios específicos (pro persona, interpretación conforme) independientemente de quien sea su titular (persona física o moral). Ahora bien, ampliar la perspectiva, las relaciones jurídicas y la posibilidad de conflicto plantea posibles colisiones con el interés general o con derechos de otros seres humanos o personas, los cuales pueden ser derechos subjetivos, difusos o colectivos. Tal colisión lleva a pensar en conflictos constitucionales y en técnicas, estándares o definiciones entre los mismos. Por ejemplo, ante la epidemia de obesidad y sobrepeso presente en la población y en la niñez, las medidas para aumentar el impuesto a las bebidas carbonatadas y altas en azúcares, así como la restricción de venta de las mismas en las escuelas básicas, pueden ser cuestionadas por afectar la libertad de comercio y de empresa. ¿Cómo decidir? La respuesta a esta pregunta pasa necesariamente por la solución de un dilema en el que la decisión de suma cero puede ser inevitable. Mercado o salud pública son los extremos del dilema; regulación económica o regulación social. Tal dilema conduce también a las técnicas de diseño de las decisiones en el terreno de la mejora regulatoria y de la decisión jurisdiccional, donde la ponderación y la proporcionalidad son métodos presentes. El Estado regulador supone que al intervenir en las libertades las orienta hacia objetivos de interés general, se limitan o restringen por buenas razones públicas.

## ÓRGANOS REGULADORES Y DESEMPEÑO INSTITUCIONAL

Los órganos reguladores se crearon como un medio para mejorar el desempeño de la función pública en ámbitos en los que se requería autonomía de los mandos y las influencias de la política partidaria y de la captura del regulador, y que tienen un alto componente técnico. Aun cuando corresponden al género, las diferencias específicas entre los reguladores de competencia, telecomunicaciones y energía introducen matices relevantes en su desempeño y en las garantías institucionales a su autonomía. La autonomía constitucional dota a la garantía constitucional de autonomía del acceso a la jurisdicción para definir roles institucionales ante un tercero imparcial, hay nuevos contrapesos. No es el caso de los reguladores coordinados. El análisis de las características tiene que considerar, además, el de las razones de la política y de la coyuntura. Lo institucional es así el terreno de la búsqueda del mejor desempeño.

## EL DEBIDO PROCESO DE LA DECISIÓN PÚBLICA

La mejora regulatoria tiende a constituirse en el espacio adjetivo de la decisión pública que incorpora evidencia y participación de los interesados en la consulta. Obtener información y razones para decidir son los supuestos para mejorar las decisiones y la efectividad en las políticas y las decisiones. La mejora regulatoria es, en primera instancia, un deber público de incorporar la política pública a sus decisiones; en la perspectiva del derecho a la buena administración, es un derecho a mejores decisiones. La legitimidad y confiabilidad en lo público estarían en su horizonte.

## IV. LAS LIBERTADES ECONÓMICAS, LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DESARROLLO

## LAS LIBERTADES ECONÓMICAS Y LOS DERECHOS HUMANOS

La propiedad, la libertad de contratación, de empresa y de concurrencia son necesarias para el mercado; dicho de manera más directa, son producto de las revoluciones burguesas.<sup>1</sup> La disposición de los bienes, los acuerdos voluntarios sobre éstos, la competencia como el contexto en el que es posible el mecanismo de precios, han estado ligados a la construcción del discurso de los derechos. El desarrollo del capitalismo requiere sujetos que sean igualmente portadores de mercancías y realicen voluntariamente transacciones en los mercados. Las diversas declaraciones de derechos, las constituciones y los instrumentos internacionales incorporan en el catálogo de los derechos los relacionados con las libertades de mercado. Por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el derecho a la propiedad privada (artículo 21) y a la libertad de asociación con fines económicos (artículo 16). Asimismo, en el primero de ellos —a la par— establece que la propiedad tendrá las limitaciones que establezca su función social. La Constitución mexicana igualmente protege la propiedad privada (artículo 27), la libertad de empresa y de comercio (artículo 5º), la libertad de concurrir a los mercados (artículo 28) y paralelamente sus moderaciones, restricciones o límites: la función social de la propiedad, los derechos de la sociedad, la prohibición de los monopolios, entre otros.

Por una parte, los derechos o las libertades hacen posible el mercado como un ámbito de intercambio, de oferta y demanda en la fijación de los precios;<sup>2</sup> por otra, las normas jurídicas constituyen la mano visible en el mercado. En particular, la Constitución mexicana ha sido explícita en los fines del desarrollo y las atribuciones del Estado para regirlo, la mejor distribución de la riqueza, los fines de interés público y social como ámbitos tutelables. La rectoría económica del Estado es el fundamento constitucional de la regulación económica dirigida a fines; las reservas de actividades y áreas económicas al Estado (acuñación de moneda y emisión de billetes, ciertas áreas del ciclo de energía eléctrica, por ejemplo), la posibilidad de establecer regímenes de servicio públicos, de canalizar

subsidios o establecer precios son algunas atribuciones de clara intervención pública en los mercados.

En la sociedad burguesa el intercambio se da en el derecho privado, pero éste es insuficiente para la protección de las libertades, el cumplimiento de los contratos y la corrección de las infracciones. El Estado es necesario como poseedor de la violencia legítima, diría Weber.<sup>3</sup> Si los contratos no se cumplen, el mercado falla y el Estado es necesario. North expresa que cuando una sociedad es incapaz de lograr que los acuerdos se cumplan y a bajo costo, el desarrollo se estanca.<sup>4</sup>

Las libertades económicas, como derechos fundamentales, dice Grimm, esto es, con su constitucionalización, adquieren superioridad jerárquica y en esto tienen una elevación de rango respecto del derecho ordinario (civil o mercantil). El proceso de constitucionalización, en la exposición de Grimm, tuvo la función de afianzar jurídicamente las libertades frente al poder (Ejecutivo y Legislativo). Inicialmente como mandatos de abstención o de maximización de libertades, propia de la genética de la sociedad burguesa, pero que, ante la desigualdad real, guió a un entendimiento de los derechos fundamentales que excedía los intereses burgueses, en la dirección de conseguir las condiciones indispensables para la libertad efectiva.<sup>5</sup>

La desigualdad alejó el consenso de la concepción liberal burguesa de los derechos. El Estado social también cambió el eje de los contenidos a la función: libertad significa la “preeminencia de la autodeterminación frente a la heteronomía, la posibilidad de proyectar un plan de vida propio, de establecer relaciones ventajosas, pero siempre con la reserva de un derecho igual para todos”, dice Grimm.<sup>6</sup>

La historia de los derechos, vista a partir del eje libertad / igualdad, está a su vez inmersa en consideraciones teóricas problemáticas. Las teorías son terrenos de encuentros de diverso tipo, en particular, en la apreciación de los derechos fundamentales que son, a la vez, apreciaciones sociales.

En el Estado regulador, los materiales básicos de su función son las libertades y sus capacidades correctivas de los comportamientos constructivistas de los mercados y de los fines sociales. En tal sentido, recogiendo lo dicho por Vanberg, el orden del mercado, en tanto que,

definido por su marco institucional, es una cuestión de elección constitucional (explícita o implícita) que sea funcional a los procesos de mercado y a las reglas deseables.<sup>7</sup> Así pues, la regulación supone una respuesta a ¿qué sociedad es deseable?

De esta suerte, el derecho en su función de orientación social define las conductas debidas; en conjunto, la regulación estructura políticas públicas y las traduce en reglas o principios jurídicos. Establece derechos, permisiones, deberes u obligaciones para los sujetos privados, en atribuciones regladas o discrecionales (roles) a los órganos públicos; crea órganos públicos, determina sus relaciones con otros órganos y poderes. El derecho formaliza fines como estados de cosas a alcanzar (eficiencia en los mercados, mejoramiento de las condiciones de vida, mejor calidad y precio a los consumidores, etc.); hay mandatos de optimización, pero también instrumentos; para Stigler, el derecho es más una técnica de medios que de fines.<sup>8</sup>

Así pues, el Estado es generador de regulaciones por vía legislativa y por medio de sus órganos reguladores (rulemaking). Sus destinatarios directos son los sujetos regulados, de manera indirecta son los terceros con los cuales los regulados tienen relaciones jurídicas (consumidores, proveedores, etc.), la orientación de comportamientos se dirige a un fin de interés general. El concepto de interés público abarca un ámbito que va más allá de las relaciones jurídicas individualizables, y comprende a la sociedad en su conjunto en situaciones que el derecho puede calificar como de derechos difusos, colectivos, o en su calificación procesal como intereses legítimos o simples. Estas formas de calificación son decisivas tanto para sustanciar los derechos como para precisar las acciones procesales. En sede administrativa, las administraciones y los órganos reguladores individualizan, precisan y particularizan las situaciones jurídicas (adjudication).

La mexicana no es una Constitución de economía de mercado en el entendimiento más liberal. La normativa, la narrativa jurisprudencial y el discurso constitucional están permeados por el Estado social y sus consideraciones a la igualdad social, la protección a los consumidores, el acceso a los productos de primera necesidad y, más recientemente, la

presencia de una dualidad mercancías/derechos pueden llegar a ser altamente problemáticas (el agua, la electricidad, internet y la banda ancha).

La profusión de reformas constitucionales favorece problemas de coherencia y sistematicidad. Cada paquete de reformas tiene sus propios supuestos y objetivos, se acompaña también de narrativas y stakeholders. Es el resultado de las coyunturas, negociación, acuerdos o mayorías específicas. Si de cada reforma puede identificarse su unidad de sentido, en conjunto la Constitución no necesariamente es una suma, sino un acumulado de reformas que, en su operación, se entrecruzan. Así, la reforma en derechos humanos se integra normativamente con las reformas económicas o políticas.

En la conceptualización de las libertades y derechos económicos relevantes para el mercado, la discusión es de lo más rica. Los discursos y las narrativas desde la economía, la regulación o el derecho son diversas, contrastantes y aun contradictorias. El discurso de los derechos no es exclusivo de las teorías jurídicas. Los derechos no son apreciados solamente como piezas del derecho, sino como posibilidades de acción en las decisiones sobre recursos escasos.

## EL MERCADO Y LAS LIBERTADES ECONÓMICAS

El mercado es una forma de organización social de las relaciones económicas. Los derechos de propiedad,<sup>9</sup> la libertad de contratación, la protección de las libertades de comercio, empresa, concurrencia y la competencia al acceder al mercado son sus piezas básicas. Las libertades apreciadas como capacidades de actuar de las personas o, dicho de otra forma, como restricciones a las intervenciones públicas son apreciadas jurídicamente como derechos. Su inclusión en las cartas de derechos, en el derecho internacional de los derechos humanos y en la Constitución les valen ser consideradas formalmente como derechos humanos, derechos fundamentales, derechos públicos subjetivos o como valores o fines constitucionalmente protegidos.

Desde las teorías jurídicas de los derechos, las apreciaciones son diversas y también lo son las implicaciones. Dworkin, uno de los autores más influyentes en el pensamiento jurídico en el enfoque de los derechos, parte de la idea de que hay una sola respuesta correcta<sup>10</sup> y objeta aquellas que admiten una diversidad de respuestas. Tal punto de partida, ligado a las piezas de construcción de razonamiento: los principios y su función argumental, tiene también implicaciones en las respuestas a los problemas. El postulado de la respuesta correcta única puede ser incompatible con la racionalidad instrumental y el pensamiento estratégico. La regulación y los roles públicos y privados se desarrollan en escenarios estratégicos. Las normas de fin establecen estados de cosas deseables, y para lograrlo establecen medios donde la discrecionalidad, los conceptos jurídicos indeterminados y los principios son las piezas jurídicas que establecen los referentes para tomar decisiones. Por tanto, la decisión de los medios, los argumentos, la oportunidad e incluso los objetivos pueden ser más de uno, todos igualmente válidos. Aun si hubiese un mandato de optimización, las condiciones y la información disponible pueden hacer razonable la segunda mejor opción.

Además de los problemas metodológicos en el análisis y abordaje de los problemas, se encuentra la cuestión de qué son los derechos, a la que sigue cuáles son los derechos. La respuesta parece obvia: aquellos que se encuentran en la Constitución mexicana y los que, por declaración de la misma, se establezcan en los tratados internacionales (según señala su artículo 1º). Lo anterior favorece la idea de que cualquier discusión teórica al respecto es ociosa; más cuando su declaración es expresa (en los derechos implícitos, la discusión no parecería tan obvia). Sin embargo —y de ahí la pertinencia de no cerrar la interrogante—, en el terreno de la regulación las libertades económicas son la materia prima de las acciones de orientación, limitación, restricción, extinción o creación y ampliación de derechos. Los derechos económicos como el de propiedad, asociación, contratación, acceso a mercados, igualdad y no discriminación se amplían o restringen en función de las condiciones del mercado y de la competencia o de la política pública. El derecho puede vedar las posibilidades de alguna persona para comercializar ciertos bienes o prestar servicios si declaran ilegal alguna actividad con posterioridad; se pueden establecer obligaciones adicionales si en algún mercado se declara una posición dominante o, si se declara preponderante, pueden dictarse obligaciones para transferir activos; o bien obligaciones para colocar etiquetados con información más clara a los consumidores. Por contraste, las técnicas de operación y de decisión sobre derechos humanos suponen no regresividad o progresividad, atendiendo a las características de universalidad, interdependencia e indivisibilidad, prohibiendo toda acción que atente contra la dignidad humana. Bajo estos términos, la racionalidad de la regulación implica intervenciones y, finalmente, cargas mayores justificadas o tratos asimétricos; la aplicación a rajatabla de la no regresividad dificultaría los objetivos de interés general.

Por otra parte, los derechos humanos plantean el problema de su titularidad. Al igual que la identificación de cuáles son los derechos, la relación entre éstos y los seres humanos y las empresas (como sujetos económicos cualificados en la regulación económica) requiere una reflexión más detenida. La regulación atiende a fines de eficiencia económica; los derechos humanos a condiciones de vida decente y digna de los seres humanos.

Para Ferrajoli, los derechos fundamentales tienen como primer rasgo la universalidad y, como segundo, el estatus de la persona: corresponden a la personalidad “natural”, a su condición personal de ciudadano y a su capacidad de obrar.

Los derechos fundamentales, para Ferrajoli, comprenden aquellos derechos que corresponden universalmente a “todos” en cuanto personas naturales, o en cuanto ciudadanos (ambos) capaces de obrar. A partir de lo anterior, distingue los siguientes tipos: derechos humanos, derechos públicos, derechos políticos y derechos civiles. Los primeros corresponden a los seres humanos en cuanto tales (vida, dignidad, habeas corpus, intimidad, privacidad, inviolabilidad del domicilio y la correspondencia); los derechos públicos corresponden a las personas naturales en cuanto ciudadanos (derecho de reunión, residencia, trabajo, circulación); derechos políticos o derechos-potestad que corresponden a los ciudadanos con capacidad de obrar (voto activo y pasivo, acceder a cargos públicos) y los civiles.

Los derechos civiles, para Ferrajoli, son aquéllos reconocidos a la persona en cuanto capaz de obrar, son derechos-poder en los que se funda la sociedad civil y el mercado (capacidad para negociar, la libertad de empresa y otras formas de libertad mercantil o profesional). Son derechos secundarios o instrumentales, a diferencia de los humanos y públicos, que son primarios o sustanciales.<sup>11</sup>

Una de las posturas más interesantes para nuestro tema es la exclusión de los derechos fundamentales que Ferrajoli hace de los derechos patrimoniales. Los derechos patrimoniales se distinguen de los fundamentales en que son singulares (tienen por objeto bienes o prestaciones concretas), en lugar de universales, y son disponibles en lugar de indisponibles. Los derechos fundamentales no son jamás patrimoniales; están excluidos de la disponibilidad. Los derechos patrimoniales, agrega el autor, excluyen a todas las demás personas. Los fundamentales corresponden en igual forma y medida.<sup>12</sup>

Los derechos fundamentales, al igual que los patrimoniales, son derechos subjetivos en tanto intereses jurídicamente protegidos en forma de expectativas positivas o negativas. Los derechos fundamentales son subjetivos y universales.

Tratándose del derecho constitucional mexicano, la calificación de derechos humanos al catálogo de derechos, incluyendo las libertades y los derechos económicos, no impide analizar los ámbitos materiales y la racionalidad de cada uno de ellos atendiendo a las actividades y características de los derechos y de su régimen jurídico. Los derechos económicos de propiedad, empresa, contratación, concurrencia y competencia están relacionados con un ámbito de la conducta humana dominado por el espíritu de lucro. La distinción básica entre el derecho mercantil y el derecho civil es en extremo ilustrativa al respecto. El derecho civil atiende a la necesidad y el mercantil al lucro, la especulación; consecuentemente, sus regímenes jurídicos, los principios y las reglas de responsabilidad tienen una racionalidad subyacente. Si alguien quiere dedicarse a los negocios crea una sociedad mercantil y corre también sus riesgos; si no es así, crea una asociación civil sin fines de lucro, pero sí altruistas, por ejemplo; si lo que se propone es conseguir el poder crea o se afilia a un partido político. El mercado, las actividades económicas, tienen como sustrato la faceta egoísta, de lucro y de maximización de la riqueza, de ahí que las ambiciones deban tener limitaciones. Igualmente, en la política, como ámbito de ejercicio del poder, los derechos ciudadanos deben ser acotados para limitarlo. Detrás de lo anterior, la regulación de las acciones individuales, está un problema de acción social. El bienestar general no es solamente la suma de las decisiones por las preferencias de cada uno de sus componentes. El régimen de responsabilidades contractuales o extracontractuales, las previsiones de riesgos y de daños, los incentivos suaves (nudges)<sup>13</sup> o duros (cargas tributarias) o las prohibiciones creíbles (la eficacia de las sanciones es central) forman el régimen jurídico de la maximización de las utilidades. La empresa, en tal sentido, no es más que el ámbito de una actividad humana que constituye una organización que maximiza abatir costos de transacción.

## LA PROPIEDAD

Las reformas de 2013 involucran diversos aspectos de los derechos de propiedad: las reformas en competencia y en telecomunicaciones y radiodifusión fijan límites a la propiedad de los agentes económicos preponderantes. Si su participación en el mercado excede 50%, están obligados a desincorporar activos. La reforma en materia energética afecta a la propiedad pública al liberalizar el sector y posibilitar su aprovechamiento por particulares, y en esto el cambio constitucional es el más radical desde la Constitución del 17.

La Constitución del 17 establece la propiedad originaria que la nación tiene sobre su territorio, las modalidades de la propiedad privada y la expropiación como vehículo de eficacia del reparto agrario. La propiedad privada, por tanto, es una propiedad derivada, y con ello altera el régimen liberal de la propiedad de la Constitución del 1857.

Rabasa destaca lo anterior al contrastar el derecho del propietario sobre los bienes del subsuelo según regla del Código Civil: el dueño es propietario de la superficie y de lo que está debajo de ella. La nueva Constitución introduce incertidumbre en la firmeza de los contratos, limita la propiedad de manera indefinida, reduce la capacidad de las empresas para ser propietarias y da gran discrecionalidad en las decisiones de las autoridades y limita los derechos de defensa. Corresponde a un país semicivilizado.<sup>14</sup> El estudio de Rabasa, solicitado por Pearson, inversionista de El Águila, presenta una lectura de la Constitución que, a decir de Cossío, la aprecia desde una perspectiva liberal autocalificada como “civilizada”, pero cuyo componente ideológico predomina.<sup>15</sup>

La visión revolucionaria de la propiedad en la Constitución del 17 es, en efecto, estatista y de orientación social. La propiedad es así instrumental a la justicia social y al desarrollo. La propiedad privada, apreciada como propiedad agraria, tiene límites en su extensión. La propiedad sobre los

recursos naturales, petróleo, minerales, es reasumida por el Estado, que recupera la idea colonial de la Corona como titular del dominio eminente.<sup>16</sup>

Durante el cardenismo se afianza la propiedad pública, se avanza en el reparto de las tierras y la administración pública gana en eficacia al perfeccionar los instrumentos administrativos que le permiten ejecutar sus propias decisiones sin intervención judicial, llevar a cabo procedimientos expropiatorios sin necesidad de audiencia previa, cotizar las indemnizaciones a partir del valor catastral, entre las principales cuestiones.<sup>17</sup>

La reforma de 2013 en tal aspecto tiene impactos hacia la propiedad privada y la pública. En cuanto a la propiedad privada, tiene una regulación relacionada directamente con el poder que proporciona su magnitud de participación en el mercado y hacia los demás. Es decir, los derechos o las obligaciones del propietario no se dan solamente en cuanto propietario, sino en cuanto a la magnitud de su propiedad. Si su participación en el mercado tiene la condición de preponderante o de poder sustancial en el mercado, lo lleva a tener una “posición” relacional con los demás competidores o con la sociedad (aún más si es un monopolio natural o legal). Así, se establece fundamento para ordenar la desincorporación de activos, derechos o partes sociales; impone límites a la propiedad cruzada de medios de comunicación en un mismo mercado o zona geográfica; autorización de cesiones o cambios de control accionario en empresas titulares de concesiones en radiodifusión y telecomunicaciones. Se establecen límites a la inversión extranjera hasta 49% en radiodifusión (mientras que en telecomunicaciones y comunicación vía satélite la inversión extranjera puede ser total). Se dictan obligaciones sobre el uso de la infraestructura; la desagregación de la red local a los agentes preponderantes y a los dominantes y la de permitir el acceso a otros concesionarios.

En el caso de bienes que pueden ser de propiedad de la Comisión Federal de Electricidad, se fija la obligación de transferir la red pública de telecomunicaciones, recursos y equipos necesarios a Telecomunicaciones de México. A diferencia de las obligaciones a los particulares, la Constitución especifica una orden de cumplimiento directo. Esta obligación tiene el propósito de poner condiciones para que la CFE pueda desempeñarse como

empresa productiva del Estado y funcione en condiciones de competencia con otros competidores en el marco de un mercado regulado. En tales condiciones, si estuviesen en la situación de tener una posición dominante en el mercado, estarían sujetos a condiciones asimétricas, si fuere necesario.

Si, por el contrario, una sociedad mercantil quebrara, en principio sería un destino natural, porque el riesgo es una condición supuesta en la creación de toda empresa. A diferencia de las personas naturales (los seres humanos), las sociedades mercantiles carecen de la posibilidad de un mínimo vital o de una renta básica; las personas jurídicas tienen derechos de otra naturaleza (cargas tributarias proporcionales), o bien, condiciones para hacer posibles su objeto social y desarrollarse (la interpretación que impide que los concesionarios de radiodifusión “sin fines de lucro” obtengan ingresos por sus servicios resulta una condición desproporcionada). El régimen jurídico de una sociedad mercantil atiende a la racionalidad de sus fines económicos, su patrimonio, el sector económico de su actividad, la protección de los consumidores, del medio ambiente, etc. (concursos mercantiles, protección de los ahorradores en el caso de la banca, situación de su infraestructura en el caso de las empresas petroleras, por ejemplo). ¿Por qué las empresas no tienen derecho al mínimo vital? La respuesta está en la condición humana, de subsistencia, de condiciones básicas de vida y de dignidad, por más abstracto que parezca el argumento. En el caso de las sociedades, la posibilidad de limitar la responsabilidad inmuniza, aísla del riesgo a los seres humanos que son sus accionistas. En tales circunstancias lo abstracto de la dignidad se concreta. El derecho de propiedad es condición necesaria para los mercados y es su motor, pero en función del quantum la propiedad puede ser un poder que represente un riesgo de abuso y, por ello, deba ser especialmente controlada. La propiedad es un derecho, un terrible derecho diría Rodota,<sup>18</sup> y por lo mismo responsabiliza a su propietario por su riesgo y por la posibilidad de daños a terceros o a la sociedad.

Tratándose de la propiedad pública, el tratamiento en telecomunicaciones y radiodifusión, por una parte, y energía, por la otra, es asimétrico.

En radiodifusión, la distinción entre uso comercial y uso sin fines de lucro del espectro señala una condición económica relevante en la explicación de

la propiedad pública y de la regulación sectorial: lo patrimonial de la propiedad. La propiedad es un concepto que describe la relación jurídica del propietario con el bien y su oponibilidad hacia terceros; tal relación es valorizable económicamente. En la explicación civilista, el patrimonio lo es por su valorización en dinero. No hay economía de mercado sin asignación de valores a los bienes. La propiedad en el capitalismo, al igual que la romana, tiene su núcleo en la capacidad del propietario para usar, disfrutar, disponer y patrimonializarlo.<sup>19</sup> En el mercado el propietario maximiza lo patrimonial.

Sin embargo, en el caso del espectro radioeléctrico, las posibilidades de patrimonialización de la propiedad pública difieren de la privada, no por su diversa naturaleza, sino por su regulación en derecho positivo. En los casos de uso comercial, la concesión traslada la patrimonialización de la propiedad pública al concesionario, hay patrimonio sin propiedad; en los casos de concesiones sin propósito de lucro, se anula lo patrimonializable a pesar de que su aprovechamiento lo realicen agentes públicos. El Estado es un propietario con derechos patrimoniales limitados. La valoración en dinero para el Estado no está en su aprovechamiento, sino en el otorgamiento del acto de habilitación. La licitación de concesiones para uso comercial es un proceso competitivo que da lugar a diversas propuestas, entre cuyos elementos está el económico.

En contrapartida, el entendimiento que se ha dado a la ausencia de propósito de lucro como la imposibilidad de obtener ingresos coloca a los usos social y público ante la necesidad de operar con recursos fiscales y, en el caso de la radiodifusión comunitaria, en condiciones precarias.

Las limitaciones que se han establecido a la posibilidad de patrimonializar es una autorrestricción, primero legal, luego con rango constitucional. Las razones de tal limitación tienen que escudriñarse en el proteccionismo a los medios de comunicación que crearon una narrativa de presunta competencia desleal.

La cuestión tratada anteriormente no se orienta a asimilar la propiedad pública a la privada, sino a subrayar una faceta que impacta su desempeño y la efectividad de sus propósitos constitucionales. La propiedad pública, a diferencia de la privada, tiene su valor en el cumplimiento de sus fines

constitucionales, más amplios y complejos que la propiedad privada, pero cuyo valor instrumental radica en la versatilidad de hacer posible el mercado privado, la pluralidad, democracia, el acceso de los diversos sectores sociales, equidad social, debate público, derecho a la información, acceso a las tecnologías de la información.

La realización de las actividades no comerciales, pero socialmente relevantes, requiere el cambio tecnológico y la innovación para hacer frente a sus costos y para su desarrollo y adaptación. La obtención de ingresos por servicios para ser utilizados en las funciones propias de su objeto carecen de las características propias de la especulación mercantil, referente a partir del cual se conceptualiza el lucro.

En cambio, tratándose de la propiedad pública sobre los yacimientos del petróleo y los hidrocarburos, el derecho de propiedad de la nación se liberaliza. Para tal efecto, se distingue la propiedad de la nación: la propiedad se da cuando los bienes están en el subsuelo. En tal situación los bienes son inalienables e imprescriptibles, y no se otorgan concesiones. La liberalización sucede en el aprovechamiento con “el propósito de obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo a largo plazo de la nación”; la exploración y extracción de los recursos se hacen mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o por medio de contratos con éstas o con particulares. En el proceso de extracción y de aprovechamiento se constituye la propiedad sobre el bien.

Se posibilita al propietario aprovechar la “renta”, sea directamente (asignaciones a las empresas productivas del Estado) o por medio de actos jurídicos con particulares (contratos).

La propiedad es apreciada así como patrimonio, esto es, en su susceptibilidad de ser valorable económicamente y como generadora de utilidad. El acto de apropiación privada deriva del contrato con el propietario originario. Sin embargo, el modelo de propiedad privada aplicado a la propiedad pública también es insuficiente para explicarla; la diferencia está en la integración y representación del sujeto que ejerce la titularidad y en las finalidades últimas o inmediatas del aprovechamiento de la propiedad. El sujeto (el Estado) titular de la propiedad es una abstracción, cuyos mandos en democracia se integran y renuevan por medio de las

elecciones (mandatarios); los beneficios de la propiedad tienen como destinatarios a la generalidad (la nación) y su gestión está encomendada (mandato) a los mandos políticos y a los cuerpos burocráticos o agentes económicos públicos en interés de la generalidad. Pero la participación y representación de tal generalidad (el pueblo, la población de un país) actúa de manera diversa de los accionistas de una sociedad mercantil. Por tanto, la estructura de incentivos es distinta, mientras un accionista tiene interés individual de maximizar su parte social, un ciudadano tiene un interés difuso en ello y carece de formas de participación en las decisiones o en la vigilancia. Quienes toman decisiones en las empresas del Estado o de las dependencias públicas lo hacen sobre bienes ajenos de un propietario (el pueblo) alienado de sus derechos de propiedad. En tanto propiedad pública, la ganancia tiene una finalidad: el desarrollo a largo plazo de la nación; el Fondo Mexicano del Petróleo tiene tal propósito y es una medida tardía, pero valiosa en tal dirección.<sup>20</sup> La ruta es maximizar el valor de los recursos públicos, mediante buenas administraciones y distancia de la politización partidista en el gobierno.<sup>21</sup> La propiedad pública tiene que ser objeto de una reconstrucción teórica y dogmática capaz de maximizar los beneficios sociales.

En tal reconstrucción conceptual de la propiedad pública debe atenderse a su relación y finalidades respecto de la colectividad y las relaciones de sus administradores con los bienes y con sus fines constitucionales. Los administradores tienen sobre los bienes un deber posicional de cuidado y de resultado; tal relación jurídica deriva de su relación de mandatarios de bienes propiedad de un sujeto jurídico (la nación) que funciona como centro de imputación de la relación de propiedad de un bien público. Tal núcleo es relevante para determinar las relaciones jurídicas activas o pasivas en las que pueden verse involucrados los bienes. Por ejemplo, los casos de responsabilidad extracontractual que pueden generarse. El régimen de responsabilidades, por ejemplo, en materia de contaminación por derrames debe apreciarse tanto en las obligaciones a cargo de una empresa productiva del Estado como en los incentivos que se crean o se eliminan para que los encargados de la administración del recurso sean más cuidadosos y responsables en la gestión de tales bienes.

## LA LIBERTAD DE EMPRESA

Telecomunicaciones, radiodifusión y energía (electricidad, petróleo e hidrocarburos) son sectores regulados, por lo que el ingreso, la permanencia y la salida de las empresas son susceptibles de regulación.

La calificación de la actividad determina también la intensidad de la regulación. Si se trata de bienes o servicios públicos las condiciones se encuentran sujetas a determinado régimen diverso al de los sectores liberalizados; así, aunque son segmentos de una actividad, la transmisión y la comercialización de energía eléctrica tienen distinto régimen: la primera es un servicio público, la segunda es una actividad de interés público.

En el ingreso a la actividad, las concesiones en telecomunicaciones y radiodifusión son el título habilitante que lo posibilita. El espectro es un recurso escaso y condiciona el número de concesiones, tanto en las destinadas a uso comercial como en las de uso no comercial. Las licitaciones son el medio para maximizar el valor del bien público, lo cual no sólo tiene en lo económico su referente. En el caso del petróleo, la licitación, y como consecuencia el contrato, es también el medio para ingresar<sup>22</sup> (en el caso de los particulares), o la asignación en los casos de empresas productivas del Estado.

Las autorizaciones de la CNH son necesarias para perforar pozos exploratorios, en aguas profundas y ultraprofundas o pozos tipo que se utilicen como modelos de diseño.<sup>23</sup> Los permisos administrativos se requerirán para el tratamiento y la refinación de petróleo, procesamiento de gas natural, exportación e importación de hidrocarburos y petrolíferos (que los dará la Secretaría de Energía); para el transporte, almacenamiento, distribución, compresión, descompresión, regasificación, comercialización y expendio al público de hidrocarburos y la gestión de sistemas integrados, los otorgará la CRE.<sup>24</sup>

El contrato y la licitación son actos por los cuales se dispone y ejercen derechos de propiedad de la nación; la autorización y el permiso son las formas de ordenación de la actividad.

En la permanencia de las actividades, i) las condiciones de competencia, ii) la regularidad de las actividades de los operadores y iii) las condiciones de seguridad ante posibles riesgos son los referentes. Unas y otras despliegan atribuciones de las autoridades de la administración central, de los órganos reguladores especializados, de la autoridad de competencia o de las novedosas agencias de seguridad. Desde la perspectiva de los reguladores, las funciones de vigilancia y supervisión son particularmente relevantes. Las potestades públicas corresponden también a funciones de garantía primaria (en sede administrativa) de que los fines de interés general deben ser efectivos. En esto, no obstante que las facultades puedan tener rangos de discrecionalidad, corresponden en general a los deberes públicos. Los órganos públicos encargados de vigilar y supervisar no tienen la libertad de hacerlo o no hacerlo; tienen el deber de hacerlo y para cumplir mejor tal deber cuentan con discrecionalidad. Que cumplan eficientemente con tales funciones es condición de cumplimiento de efectividad de otras funciones administrativas que procuran el interés general.<sup>25</sup>

El ordenamiento de la competencia preserva condiciones, previene abusos mediante regulaciones asimétricas, tiene la finalidad de lograr competencia efectiva y corrige y sanciona prácticas que la dañan.

La reforma constitucional de 2013 constitucionaliza lo que la ley preveía: las condiciones del operador dominante, e innova introduciendo la condición de agente económico preponderante en los casos de telecomunicaciones y radiodifusión, la declaración de estas situaciones, como ya se mencionó, es establecer regulación asimétrica<sup>26</sup> para preservar la competencia (en tarifas, información,<sup>27</sup> infraestructura, redes, etc.). La libertad de asociación tiene limitaciones justificadas para evitar concentraciones y propiciar la entrada de nuevos competidores. La competencia efectiva plantea tareas constructivistas del mercado a la autoridad pública.

La competencia, dice Hayek, opera como un proceso de descubrimiento que ofrece oportunidades, también la posibilidad de aprovechar ventajas y transmite a otros esa posibilidad; el mercado es un mecanismo de transmisión de información, de descubrimiento de preferencias por satisfacer, de precios. La regulación de la competencia tiene que posibilitar lo anterior, estableciendo contextos de decisión versátiles y no rígidos. Como regulación pública de la economía, la defensa de la competencia se justifica por el daño que produce la transferencia de riqueza de los consumidores a los monopolistas ante precios monopólicos. El monopolio tiene costos sociales.

La prevención y gestión de riesgos en el sector energético son particularmente atendidas al crearse la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Ambiente del Sector Hidrocarburos (ASEA).<sup>28</sup> Regula y supervisa la seguridad industrial, operativa y la protección del medio ambiente en el sector hidrocarburos.

Si bien no es un órgano regulador de un sector, esta agencia no prescinde de técnicas regulatorias, por el contrario, despliega una de sus facetas: la regulación por riesgos.<sup>29</sup> Para ello, la ASEA regula emitiendo lineamientos, disposiciones administrativas generales, normas oficiales mexicanas; vigila, supervisa y sanciona; proporciona apoyo técnico, entre otras funciones.<sup>30</sup>

El riesgo y su tratamiento plantean una faceta del Estado regulador distinta a la de sus atribuciones de policía, para enfrentar la sociedad del riesgo. La inevitabilidad del mismo adecua las funciones del Estado: su cometido no está en su evitabilidad, pues eso es imposible, sino en la prevención de los daños y en la disminución del riesgo al límite de lo posible y lo razonable, pero a la vez, abierto a la innovación.<sup>31</sup>

En la salida de las actividades económicas, la Constitución establece las facultades de la autoridad para revocar concesiones en materia de telecomunicaciones cuando los agentes no cumplan resoluciones firmes del IFT en materia de competencia, así como en los casos en que los preponderantes o con poder sustancial se beneficien de la regla de gratuidad, o cuando se incumpla la separación contable, funcional o estructural también se sancionará con revocación de la concesión.<sup>32</sup>

La ley es la norma que regula la salida del mercado. Además de las regulaciones sectoriales, existen previsiones en materia de seguridad industrial.

## LOS AGENTES ECONÓMICOS Y LOS DERECHOS HUMANOS<sup>33</sup>

Si el mercado, la eficiencia económica, la competencia, tienen su discurso, sus conceptos y su narrativa, los derechos humanos lo tienen también y es muy poderoso y persuasivo, no solamente por sus razones, sino por su emotividad y por sus técnicas de interpretación y decisión. El primero se mueve en el terreno de las decisiones sobre recursos escasos y en la maximización de la utilidad; el segundo, en el de los problemas humanos y sus condiciones de vida digna. En ambos casos hay derechos y actos de autoridad; actos de molestia o de privación y, naturalmente, los discursos tienden a mezclarse. Los derechos enunciados como económicos y, a la vez, establecidos en el catálogo de la Constitución como humanos coinciden (propiedad, comercio, empresa); el mismo ordenamiento señala que todas las personas gozarán de los derechos que ella y los tratados internacionales definan. Parece entonces una discusión ociosa. Sin embargo, no lo es.

Un dato que ilustra la relevancia de la cuestión es la diferencia de respuestas entre la Suprema Corte de Justicia mexicana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera ha resuelto que las personas jurídicas (o morales) son titulares de derechos humanos y, la segunda, que sólo los seres humanos, en principio, son sus titulares.<sup>34</sup>

La discusión se da en los ámbitos académicos y prácticos. En el primero, autores relevantes como Alexy y Ferrajoli se orientan por negar que los derechos humanos o fundamentales son propios de entes no humanos. En el terreno jurisdiccional tal cuestión ha sido sometida en diversas ocasiones ante los tribunales mexicanos, con respuestas distintas, con la respuesta de la Suprema Corte ya referida y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el mismo sentido.

En la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso *Cantos vs. Argentina*, se negó la posibilidad de que su titularidad

corresponda a empresas; criterio que reiteró en la Opinión Consultiva OC-22/16 del 26 de febrero de 2016 a solicitud de la República de Panamá.

En México la reforma constitucional de 2011 reactualizó una añeja discusión dada a fines del siglo XIX derivada de la redacción de la Constitución de 1857, la cual titulaba su declaratoria de derechos como “De los derechos del hombre”. La lectura textual llevó a la interpretación que negaba la protección constitucional a las personas jurídicas por no ser “hombres”. La discusión fue superada en los tribunales afirmando que también gozaban de tales derechos, pues su negativa implicaba negarles la protección.<sup>35</sup> Tal cuestión se resolvió en la Constitución del 17 al modificar la denominación señalada por la de Garantías individuales; a su vez, esto dio lugar a la confusión entre los derechos y sus garantías que la reforma de 2011 buscó corregir y, a la vez, potenciar su protección y desarrollo.<sup>36</sup>

Al modificarse el concepto de garantías por el de derechos humanos y asociar estos últimos a cuestiones como la dignidad y los principios de universalidad, indivisibilidad, progresividad e interdependencia, así como a los de interpretación pro persona y de interpretación conforme, revivió la cuestión acerca de si las personas jurídicas son titulares de derechos humanos.

La pertinencia de profundizar en el análisis de la relación entre los derechos humanos y las empresas y, siendo más precisos, con agentes económicos (no humanos) se ubica en la posición y función que tienen en la economía de mercado y su significación en el orden constitucional. Desde la perspectiva económica, las empresas son las formas organizativas más eficientes y competitivas; desde la jurídica, su objeto es ejercer y desarrollar su objeto social. El objeto social predetermina la capacidad jurídica (el quantum de sus aptitudes para crear relaciones obligacionales y de ejercicio de derechos), que en el caso de las empresas se desarrolla en el ámbito de las libertades económicas: propiedad, libertad de empresa, industria, comercio, contratación. Además de colocarse en una posición de ejercicio de derechos, por otra parte, las empresas —en tanto agentes económicos— son sujetos de regulación según el sector de la economía en el que actúen. Tal regulación considera tanto los propósitos de eficiencia y competitividad en los mercados como las perspectivas de desarrollo económico del país. La

posición y condiciones en las que se encuentren llevan a que las empresas o los agentes económicos tengan condiciones para abusar de su poder o incluso ejercer una posición que de derecho o de hecho sea de autoridad o de poder de hecho. Así, las empresas pueden colocarse en la posición o función de autoridad cuando ejerzan alguna competencia o función pública (por ejemplo, los concesionarios de un servicio público), o bien, que por su poder económico se coloquen en posición de abusar (dominancia) o se comporten como un poder salvaje, acogiendo la terminología de Ferrajoli. El mercado como ámbito de los poderes económicos tiene en el monopolio la expresión de un absolutismo. El poder económico puede llegar al extremo de capturar instituciones públicas y tener decisión o influencia en el ámbito de lo político, sea de forma legal, ilegal o extralegal.<sup>37</sup> La unión o confusión de los poderes económicos y políticos puede propiciar o configurar corrupción y plutocracia como patología de la democracia.

La conceptualización de la ordenación constitucional de la economía tiene que ser apta para comprender a los sujetos económicos como portadores de derechos y, por tanto, sujeto de relaciones verticales (Estado / gobernado), o bien como poderes sociales.

Consecuentemente, conceptualizar, en principio, a las empresas como titulares de derechos —como lo hace la Corte—, evita el análisis relativo a la racionalidad y fines de los derechos humanos; y, por tanto, si es relevante distinguir entre personas jurídicas humanas y no humanas como sus titulares.

Si se determina en una decisión jurídica o en el diseño de normas generales que determinado sujeto es titular de derechos humanos, le sigue un conjunto de efectos. Según el artículo 1º constitucional, los principios de universalidad, indivisibilidad, progresividad e interdependencia, así como la interpretación pro persona y la interpretación conforme, funcionan como principios y técnicas asociadas a las decisiones de problemas jurídicos que, a la vez, son problemas económicos no solamente relevantes para las partes, sino para la economía en general y para la efectividad de los fines constitucionales.

La reforma constitucional tiene como objetivo lograr una mejoría en las condiciones de vida de la población. Para tal efecto, amplía los derechos

sustantivos considerando, además de los establecidos en la Constitución, los previstos en los tratados internacionales; la distinción entre derechos y sus garantías, más allá de una cuestión de nomenclatura, tiene un sentido garantista: su eficacia. El garantismo, en su versión ferrajoliana, tiene referencia directa con los medios procesales de protección de los derechos. La reforma constitucional introduce técnicas procesales asociadas a los principios justificadas por la exigencia de efectividad constitucional de proteger el derecho. Ahora bien, tal garantía procesal que ve al caso sometido ante la justicia tiene un efecto más amplio que va más allá del garantismo procesal y que concierne a la exigencia y función del Estado de proveer las condiciones generales de vida mejor a su sociedad. Esta diferencia entre lo individual y lo social es también una diferencia entre problemas de acción individual y de acción colectiva. Por tanto, el problema y su definición conciernen a las condiciones de efectividad de la reforma constitucional.

El problema anterior está presente en el caso resuelto por el Pleno de la Suprema Corte en el que resolvió por unanimidad de 11 votos la contradicción de tesis 360/2013 entre dos Tribunales Colegiados, relativo a si las personas morales son titulares de derechos humanos. El razonamiento es formal y sin mayor complejidad: la Constitución dispone que todas las personas gozarán de los derechos humanos y las garantías para su protección y “no prevé distinción alguna”, por lo que comprende tanto a las personas físicas como a las morales,

las que gozarán de aquellos derechos en la medida en que resulten conformes con su naturaleza y fines. En consecuencia, el principio de interpretación más favorable a la persona, que como imperativo establece el segundo párrafo del Artículo 1º es aplicable respecto de las normas relativas a los derechos humanos de los que gocen las personas morales [...] a condición de que no se trate de aquellos derechos cuyo contenido material sólo pueda ser disfrutado por las personas físicas, lo que habrá de determinarse en cada caso concreto.<sup>38</sup>

La contradicción de tesis tiene como antecedentes diversos precedentes de los tribunales que sostienen que las personas jurídicas no gozan de titularidad de derechos humanos por carecer de dignidad humana.<sup>39</sup> La dignidad humana, por el contrario, ha sido asociada solamente a la persona física.<sup>40</sup>

La jurisprudencia de la Suprema Corte asigna a la norma constitucional la carga de realizar la distinción de cuáles derechos corresponden según sea el tipo de personas. Tal remisión conduce a una interpretación circular: ante la posibilidad de que el texto constitucional no establezca con precisión el tipo de sujeto a quien se le asigna un derecho, la interpretación sería determinante para la definición de la titularidad.

Así, por ejemplo, al tratarse el tema de los datos personales, la Corte definió que las personas morales son titulares de ellos, no obstante que, de acuerdo con la ley y los estándares interamericanos, solamente corresponden a las personas físicas o naturales.<sup>41</sup>

Acompañan a esta interpretación de la Corte Tron y Ojeda, para quienes

si bien el constituyente permanente mexicano no dispuso expresamente como titulares de los derechos consagrados en la Constitución a las personas jurídicas [...] también lo es que en su texto se habla lisa y llanamente del término “personas”, cabiendo aquí hacer una interpretación extensiva, funcional y útil, entendiendo que la redacción de este numeral no sólo se orienta a la tutela de las personas físicas, sino también incluye a las jurídicas, siendo titulares estas últimas de aquellos derechos que sean compatibles con su naturaleza, como los derechos de acceso a la justicia, seguridad jurídica, protección de variadas libertades, legalidad, propiedad y materia tributaria, entre otros.<sup>42</sup>

Lo anterior se apoya en la minuta de la Cámara de Diputados en el proceso de reforma constitucional, en la cual las comisiones dictaminadoras estimaron “conveniente precisar que la incorporación del término ‘persona’

propuesto desde la Cámara de origen es adecuado, entendiendo por tal, a todo ser humano titular de iguales derechos y deberes emanados de su común dignidad y en los casos en que ello sea aplicable debe ampliarse a las personas jurídicas”.<sup>43</sup>

Así pues, tenemos dos extremos: por una parte, instrumentos jurídicos internacionales afirman que los derechos humanos corresponden a seres humanos y opiniones autorizadas que los restringen a ello; por otra parte, en los dictámenes de la reforma constitucional, las decisiones de la Corte y de distinguidos miembros de la judicatura aceptan la titularidad de los derechos humanos por personas jurídicas.

Ante este escenario, la respuesta y, en su caso, la revisión crítica de las decisiones de la Corte y de las opiniones tienen que pasar por el examen de varios conflictos que en buena medida han provocado el problema y conducido a decisiones con una reflexión insuficiente.<sup>44</sup>

Para abundar en la explicación se tomará el caso que la propia Corte tomó en cuenta para decidir el tema: los datos personales de la persona moral. Para tal efecto se considerará, además, el criterio de la Corte y los tribunales federales para omitir en sus tesis aisladas y jurisprudenciales los datos de los quejosos (incluso los de las empresas mercantiles) y la práctica de testar los nombres de los quejosos (incluyendo las sociedades mercantiles) en las versiones públicas de las sentencias. Así, por ejemplo, si los tribunales en acción colectiva pronuncian sentencia condenatoria firme en favor de los consumidores por la venta de un producto o la prestación de un servicio, el nombre de la empresa o incluso del producto aparecerán testados. El resultado es que los consumidores (que no son solamente quienes presentaron la demanda) no conocerán el nombre de la empresa y del producto si se limitaran a la información que proporciona el Poder Judicial Federal.

La decisión de proteger los “datos personales” de las empresas y de sus productos, traída a la discusión del mercado y del Estado regulador, tiene un efecto relevante. Más allá de la discusión sobre la dignidad, su efecto es funcional para la economía y el mercado. Como se ha referido, la regulación se justifica ante las fallas del mercado, una de ellas es la información insuficiente en la que se colocan los consumidores para tomar

decisiones. Las regulaciones sobre etiquetado y prohibición de publicidad engañosa tienen tal propósito. Desde la perspectiva del Estado regulador, contrariamente al efecto de la sentencia de la Corte, el Estado tiene el deber de divulgar y publicitar la información de la empresa y de los productos comercializados mediante publicidad engañosa, tanto para que deduzcan sus derechos derivados de la sentencia de acción colectiva como para que orienten sus decisiones de consumo. El ocultamiento de la información contradice los fines del Estado regulador y los deberes del Estado de garantizar sus fines de interés público. “Garantizar” la situación individual de la empresa niega la garantía de la acción colectiva. La garantía de los derechos debe apreciarse en el ámbito no de la rama sino del bosque, los derechos a los datos personales tienen una vinculación directa con la persona humana; el régimen de la información y de su secrecía de los agentes económicos debe apreciarse en el contexto de los secretos industriales, know how, secretos bancario, fiscal, pero también su reputación como prestador de servicios o de bienes y el darwiniano proceso de competencia económica y de circulación y libertad de su información.

Otro problema que debe ser analizado y que puede resultar un falso problema es el relacionado con los derechos humanos en su sentido sustantivo y sus garantías procesales. Las cuestiones sustantivas y adjetivas en la definición del problema se alimentan mutuamente. Por una parte, el cambio de “garantías” por “derechos humanos” parece una modificación de “corrección técnica” (es decir, las garantías no son los derechos, sino sus medios de protección). En consecuencia, los derechos humanos se convierten en derechos de las personas sin que el texto distinga a los diversos sujetos jurídicos. La conversión anterior tiende a evitar una posible desprotección, pues si el amparo protege los derechos humanos, al carecer de ellos (se dice) las personas jurídicas estarían imposibilitadas para ejercerlos.

Para analizar lo anterior se distinguirán los siguientes problemas:

*a) Si la constitucionalización de los derechos humanos obedece a una mera cuestión de corrección técnica o bien existen razones para sostener*

*fundadamente que sus titulares son o deben ser los seres humanos y, en consecuencia, para objetar la idea de que lo sean las personas jurídicas.*

*b) A partir de la respuesta anterior, cuestionar cuál es entonces la posición o la función de las personas jurídicas en el nuevo sistema de derechos creado a partir de la reforma constitucional.*

*c) La tercera cuestión se refiere a si la objeción a su reconocimiento como titulares de derechos humanos impide el ejercicio del amparo para defender sus intereses jurídicos o legítimos.*

## *¿Los derechos humanos son de los seres humanos?*

El artículo 1º numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) establece que los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y las libertades reconocidos por ella a “toda persona”. Agrega en su numeral 2: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. Una apreciación formal de tal disposición convencional y la afirmación del dictamen de la reforma constitucional, de la cual se deriva que para la Constitución mexicana “persona es todo ser humano y toda persona jurídica”, arrojaría una diferencia y una posible contradicción: la Convención expresamente identifica con persona a todo ser humano sin considerar a las personas jurídicas; mientras que la Constitución las incluye.

Más allá de que el numeral 2 de la CADH daría una buena base formal para apoyar interpretaciones restrictivas, las razones de tal identificación obedecen a cuestiones de mayor calado: la fundamentación, la institucionalización y la juridificación de los derechos humanos, dicho en términos de Alexy.<sup>45</sup> Las soluciones de la Corte se han limitado al último de los aspectos, no obstante ser, en un entendimiento constitucional, la solución formal de los procesos de institucionalización y de fundamentación.

Los derechos humanos son construcciones históricas. Dicho en palabras de Lynn Hunt, son invenciones humanas en las cuales hay una prospectiva de sociedad justa.<sup>46</sup> En perspectiva, los derechos humanos han sido potentes ideas para tender a un horizonte aspiracional de una sociedad con libertades y condiciones de calidad de vida que posibilite la construcción de planes propios de vida. Tender a un fin y que el mismo sea realizable, es decir eficaz, subyace, por ejemplo, a la construcción jurídica de los derechos como expectativas de Ferrajoli.<sup>47</sup> Los derechos como expectativas se traducen procesalmente en pretensiones, y los intereses, como sustrato de la acción, en posibilidades de eficacia. Pero tales expresiones formales tienen clave de derechos humanos y, por tanto, remiten a la discusión acerca del

fundamento de los mismos, esto es, a las razones que atañen al ser humano. Así, pese a la dificultad teórica y jurídica para aprehender el concepto, la indagación histórica del concepto de dignidad concierne a los sentimientos humanos. En una extraordinaria investigación histórica sobre el origen de los derechos humanos, Hunt refiere la relevancia de la empatía, la autonomía y la igualdad a la idea de la dignidad. Los derechos humanos no son una doctrina formulada en documentos, dice Hunt, “descansan sobre una determinada disposición hacia los demás, sobre un conjunto de convicciones acerca de cómo son las personas y cómo distinguen el bien del mal en el mundo secular”.<sup>48</sup>

La relación con los demás es el sitio de las relaciones sociales y las representaciones sobre las mismas. Es el terreno de la autonomía, pero también de la reciprocidad y la cooperación entre los seres humanos. Los seres humanos son criaturas discursivas, dice Alexy, y tal práctica de dar y pedir razones supone la autonomía de individuos iguales dotados de razón y de voluntad para decidir.<sup>49</sup> La reforma constitucional, en principio, institucionaliza tal autonomía y capacidad discursiva de los seres humanos. La capacidad de decidir y de hacerse responsable de las consecuencias de sus actos está presente, o debería estarlo, en el ente antropológico en el que sustentan las teorías de los derechos humanos y de la regulación.

La autonomía en el sentido anotado solamente corresponde a los seres humanos, los entes jurídicos son heterónomos, al ser creaciones jurídicas formalizan decisiones tomadas por seres humanos que integran sus órganos de decisión.<sup>50</sup> La autonomía es a la vez el ámbito en el que se hace posible lo predicado por Ferrajoli como característica sustantiva de los derechos humanos: la capacidad de obrar. Independientemente de que ésta se relacione con el difícil, pero inevitable, tema de la dignidad, tiene una vinculación mayor con la capacidad de agencia —a la que destacadamente se refieren pensadores como Ignatieff, Sen y Nussbaum—. <sup>51</sup> La dignidad como agencia, dice Ignatieff, nos compromete no tanto con la idea de que los seres humanos son sagrados como con la proposición de que los individuos son iguales, que deliberan y cuyos puntos de vista merecen una atención respetuosa en todas las discusiones. Los derechos humanos vistos así son mejora y protección de la agencia humana. Significa a final de cuentas la capacidad y la posibilidad de definir —por sí mismos— la clase

de vida que quieran llevar y también de poner límites, pues significa también el respeto a otros planes de vida. En el horizonte de la interpretación constitucional y del debate de qué son y cómo proteger los derechos humanos, está presente la definición de los ámbitos de libertad o de restricción que afectan tales planes de vida. Y esto es un escenario abierto.

La capacidad de agencia, en términos de Sen y Nussbaum, no se restringe a un ámbito de discusión individualista, sino de política pública y, si la extendemos a la función constitucional de los tribunales, a la definición de las capacidades de los seres humanos y sus planes de vida derivados de la interpretación constitucional. En tal sentido, la interpretación constitucional del control constitucional forma en la decisión del caso a la manera de un rompecabezas el entramado en el que se posibilita o se complican los planes de vida y a la vez se incide en el desarrollo de una sociedad.

Así pues, una primera dificultad histórica, epistemológica y constitucional es la asimilación sin más de la persona jurídica a las características del ser humano; en el proceso se le otorgan formalmente condiciones de las que carece y carecerá. La autonomía como ser racional y dialógico sólo corresponde, al igual que la capacidad para decidir un plan de vida, al ser humano. La institucionalización y la juridificación son instrumentales. La decisión de la Corte invierte los términos. En el proceso de “humanizar” a la persona jurídica deshumaniza los derechos humanos.

Las empresas surgen para limitar la responsabilidad de las personas físicas frente a los riesgos (para preservar sus condiciones de vida, precisamente, su ámbito de lo humano), legalmente independientes de sus socios y de riesgo limitado. La imaginación jurídica creó a estos sujetos económicos. “En los Estados Unidos, dice Yuval Noah Harari, destaca la ironía que presenta su denominación jurídica de corporaciones del latín corpus (cuerpo), siendo esto de lo que carecen.”<sup>52</sup> La conversión en personas a la semejanza humana se acompañaba en Francia de un rito.

En el caso de Peugeot, S. A., la narración crucial era el Código legal francés, escrito por el Parlamento francés. Según los legisladores franceses

si un abogado autorizado seguía la liturgia y los rituales adecuados, escribía todos los conjuros y juramentos en un pedazo de papel bellamente decorado, y añadía su adornada rúbrica al final del documento, entonces (abracadabra) se constituía una nueva compañía.<sup>53</sup>

El proceso de la empresa como sujeto de imputación jurídica tiene un origen práctico: eficiencia y limitación de la responsabilidad de los seres humanos frente al riesgo, luego se crea una narrativa, después la teoría jurídica construye una dogmática, finalmente parece que se humaniza.

La limitación de la responsabilidad de las personas naturales fue un proceso: al inicio solamente se daba en Italia a los socios comanditarios, no así a los comerciantes, es decir a los que realmente manejaban la empresa. La responsabilidad limitada fue una inmunidad que alcanzaron los comerciantes ante los riesgos de la sociedad por acciones. Son prototípicas de esto las compañías coloniales en Holanda, Inglaterra y Francia.<sup>54</sup>

Pero aun en sus orígenes el derecho mercantil surgió en interés del Estado y con intervenciones determinantes:

En las clasificaciones de los juristas del estado absoluto, el derecho mercantil se convierte en el derecho público. Domat lo coloca entre las materias relativas al “gobierno y a la política general del Estado”, es un derecho que se refiere a “cualidades artificiales” de la persona (la cualidad de comerciante no es “natural”, sino que depende del privilegio concedido por el soberano, y, en la medida que se establece por la ley del Estado, es “derecho arbitrario” y, por consiguiente, público (mientras que el derecho romano [...] es derecho natural o derivado de la razón.

[...] Lo que mueve al intento regulador del Estado es el interés político, convergente con el interés económico de la clase mercantil, de acrecentar su potencia financiera (y la riqueza de las clases dominantes) y de ampliar la vida económica, desarrollar el tráfico, multiplicar el volumen de la producción nacional [...] opera una tendencia a considerar la ganancia que

arrojaba el comercio exterior como la única fuente de acumulación, así como las rentas del Estado [...].<sup>55</sup>

En la sociedad burguesa, la narrativa de las libertades económicas es una bandera para liberarse de los controles, agrega Galgano.

*¿Cuál es el estatus de la persona jurídica en el sistema de derechos humanos?*

La respuesta a la pregunta tiene que ver con las “representaciones” teóricas de la cuestión. Aun la operación procesal supone explícita o implícitamente cierto entendimiento de los sujetos de derecho, de los derechos y de la forma en que procesalmente se institucionalizan los conflictos. Inicio con la siguiente cita de Ferrajoli:

La distinción entre personas naturales y personas artificiales quedó asociada a una interpretación filosófico-política: si las personas naturales son constituyentes, o sea artífices de las personas artificiales, y éstas son constituidas, o sea, artificios construidos por aquellas, su relación se configura en términos funcionales, de manera que las primeras tienen el valor de fines y las segundas, incluso las de carácter público, ostentan el carácter de medios.<sup>56</sup>

Por tanto, agrega el autor, el sujeto de los derechos fundamentales es la persona natural como sujeto de derechos iguales y universales, a las jurídicas o artificiales no corresponden derechos fundamentales, sino situaciones singulares.<sup>57</sup>

La cuestión se ilustraría mejor si se profundiza en un tema eludido por la Corte: el origen y la función de las personas jurídicas. Para tal efecto tendré como referente el texto clásico de Ferrara: Teoría de las personas jurídicas.<sup>58</sup>

Su distinción con el ser humano fue abordada ya en la Teoría de la ficción jurídica de Savigny: son sujetos artificiales creados por simple ficción para

la realización de un objeto del derecho, fundamentalmente patrimonial; pero son incapaces de querer y de obrar.<sup>59</sup> En el caso de las personas jurídicas con fines económicos, se individualiza un patrimonio afectándolo a un fin, y en tal aspecto Savigny, Puchta y Baron coinciden en considerar como sujeto jurídico de los bienes: “lo que es fingido como persona es el fin para el cual están destinados los bienes”.<sup>60</sup>

Unger plantea un salto epistemológico a la idea de la ficción. Tal salto reside en una función constructiva. El cambio reside en la concepción de la relación jurídica: “No se trata ya de una creación, por la Ley, de una personalidad nueva”, sino de una fórmula científica para construir un grupo de fenómenos de otro modo ignorados.<sup>61</sup>

Aun en las ideas organicistas la persona jurídica tiene un carácter instrumental. Gierke, para citar a un destacado exponente de la construcción más sofisticada de la persona jurídica, parte de que la cultura alemana acepta las formas orgánicas de la vida social. La corporación es una persona real colectiva formada por hombres reunidos y organizados en una existencia corporativa que tiende a la consecución de fines que trascienden la esfera de los intereses individuales, mediante la común y única fuerza de voluntad y de acción. El “ente colectivo —dice— no es otra cosa que una colegiación de hombres y no tiene existencia fuera de ellos”.

La capacidad de querer y de obrar es una cualidad esencial elevada a categoría jurídica. Pero la persona colectiva quiere y obra por medio de órganos. Como la persona física sólo puede manifestar su actividad por la cooperación de órganos corporales, así la persona colectiva expresa su voluntad y la realiza por medio de órganos. No se trata aquí de una relación de representación, sino de la voluntad y acción del órgano.<sup>62</sup>

A diferencia de Gierke, por vía de la reconstrucción teórica del derecho subjetivo, Bernatzik prescinde del “querer” como elemento necesario en la construcción del concepto de persona. El sujeto de derecho “no como un ente que tiene la posibilidad de querer, sino como un centro de intereses

humanos; la voluntad es un elemento no necesario en el concepto de personalidad, y, por consiguiente, en el concepto de persona jurídica”. No es el querer, es el querer alguna cosa. Lo reconocido por el derecho es querer determinados fines. Por tanto, “derecho subjetivo es el interés protegido por el reconocimiento de una potestad humana de querer, y, sujeto de derecho es el portador de todo interés humano, que el orden jurídico reconoce, por el hecho de prestar a la voluntad necesaria para su realización, fuerza jurídica”.<sup>63</sup> El sujeto del fin y el de la voluntad pueden ser diferentes. Persona jurídica es un grupo organizado.

Jellinek, por quien culturalmente nos llega la construcción más influyente del derecho subjetivo, lo define como la “potestad humana de querer, dirigida a un fin o interés y reconocida y protegida por la ordenación jurídica”.<sup>64</sup>

La persona jurídica no es un simple mecanismo, un intermediario artificial para enmascarar el goce de individuos aislados, sino la forma real técnica para expresar que un complejo de derechos existe en beneficio y por cuenta de una pluralidad de hombres. La persona jurídica no es un tercer extraño que se sienta artificialmente sobre los asociados, sino una modalidad de los mismos asociados, es la configuración jurídica que la totalidad de los miembros reviste para conseguir permanentemente sus fines.<sup>65</sup>

La revisión de la teoría clásica, independientemente de sus matices, coincide en su apreciación como entes jurídicos instrumentales. Sea como expresión separada de los intereses de uno o varios individuos, o, como lo expresa Jellinek, como una creación de su reunión o asociación para determinados fines. El “ente colectivo no es otra cosa que una colegiación de hombres y no tiene existencia fuera de ellos. No tiene una vida en sí, sino que existe por sus componentes y en su favor [...] no es más que una relación jurídica, no una persona”, dice Ferrara.<sup>66</sup>

En la dogmática jurídica están presentes notas valiosas: la capacidad volitiva es de los seres humanos (autonomía de éstos y heteronomía de las

personas jurídicas); las sociedades hacen posibles los propósitos cooperativos de los seres humanos; la responsabilidad ante los riesgos en las sociedades evitan comprometer a los seres humanos; el ejercicio de tales intereses (para los que se creó la sociedad) son los conjuntos normativos dotados de capacidad, representación y aptitud para defender las masas económicas afectadas. Para los propósitos económicos, las sociedades son eficientes en el mercado.

La empresa económica, dice Ronald Coase en “La naturaleza de la empresa”,<sup>67</sup> tiene como función, el mejor aprovechamiento de los recursos. La organización sujeta a un mando (el del empresario) elimina los costos de transacción entre sus elementos, de tal manera que las operaciones en el seno de una organización no son voluntarios, sino ordenados por quien ejerce sus derechos de propiedad sobre ella.

La razón principal de por qué es redituable establecer una empresa es, al parecer, que existe un costo de por medio por usar el mecanismo de precios. El costo más obvio de organizar la producción mediante el mecanismo de precios es descubrir cuáles son los precios relevantes.<sup>68</sup>

La empresa surge de la incertidumbre, al remplazar en su interior al realizar una división del trabajo, ciertos costos se ahorran, aumentan el ingreso residual y fluctuante, y por tanto se gana en aptitud para la competencia, dice Coase. La persona jurídica económica se constituye para ciertos fines y, por tanto, se subordina a la suerte de la propia racionalidad de la actividad que emprende. Si fracasa la persona jurídica es probable que perezca; si tiene éxito, el valor económico se acrecentará. Pero en todo caso la persona jurídica tendrá un valor en el mercado y por tanto en los intereses de los seres humanos.

Por lo anterior, parece que contamos con mayores elementos para comprender y distinguir que la persona jurídica surge por una necesidad técnica de funcionalizar u operativizar la realización de intereses de diverso tipo de los seres humanos. El propio concepto de persona surgió como una

necesidad técnica de juridificar a portadores de derechos y obligaciones. En algún momento de la historia tal concepto tuvo la función de distinguir al homo como ciudadano del homo carente de derechos. Pero en la actualidad de universalización de la personalidad jurídica del ser humano, el concepto de derecho humano y el de persona jurídica artificial tienen sentidos distintos. Las personas jurídicas surgen como creaciones derivadas de derechos de seres humanos, porque las constituyen para la realización de algún interés (de lucro o sin tales fines) o como expresión de su libertad de asociación (política, mercantil, civil, laboral).

El concepto de persona es un artilugio, una creación humana, para definir roles o papeles en las relaciones jurídicas, son centros de imputación jurídica. Son vehículos de coordinación de intereses comunes para un fin; en tal sentido, expresan los propósitos y los intereses de los seres humanos. Por tanto, su protección tiene que fundarse sobre la base de los intereses jurídicamente protegidos. El concepto de persona jurídica es una técnica instrumental de las personas físicas con funciones concretas en el ordenamiento jurídico.

## *La cuestión de la protección constitucional de las personas jurídicas*

La identificación de los derechos humanos con el ser humano, y que por lo anterior las personas jurídicas carezcan de la posibilidad del ejercicio pleno del amparo como protección de sus derechos, es un falso problema. Las personas jurídicas son y representan intereses jurídicamente protegidos de los seres humanos. Por tanto, la persona jurídica tiene que cumplir su fin instrumental en plenitud, de manera que el quantum de capacidad delimitado en el objeto social tiene su garantía en la aptitud procesal para activar los intereses jurídicos o legítimos en una relación de medio / fin con la pretensión procesal. En esto no existe ninguna diferencia en la expresión formal de titularidad de derechos de los sujetos jurídicos y su activación procesal; la operación formal es la misma. Los sujetos jurídicos dotados de personalidad son portadores de derechos y obligaciones, en términos de Kelsen.<sup>69</sup>

La diferencia con los derechos humanos correspondientes a los individuos se encuentra en los estándares interpretativos. Los criterios interpretativos tienen una función de efectividad constitucional. Los derechos humanos tienen el horizonte de mejoramiento de las condiciones de vida de los individuos, la procuración de sus capacidades de agencia y de realización de sus planes de vida. Los conceptos de dignidad, los principios de universalidad, interdependencia, progresividad e indivisibilidad, así como los principios pro persona e interpretación conforme, han sido pensados y su institucionalización tiene su ratio en la historia y en las expectativas de construcción social.

La distinción entre los derechos del ser humano y las personas jurídicas como creación jurídica para la realización de sus intereses no tiene el efecto de desproteger a éstas, sino de ubicar su funcionalidad en la realización de fines de los seres humanos y por tanto como una forma específica de expresión de sus derechos, para cuyo ejercicio tiene que crear personalidades jurídicas. Tiene que analizarse la racionalidad de la materia

en la que actúan los entes jurídicos como formas instrumentales de los seres humanos, las cuales son sus formas jurídicas inmediatas. Dicho metafóricamente, los derechos humanos se encuentran detrás del velo corporativo, mercantil y político; corresponden a los seres humanos en su desnudez, atañen a sus condiciones de vida, a su dignidad, a sus emociones y necesidades básicas. A su capacidad de agencia compuesta de derechos y de responsabilidades.

En las relaciones económicas, de mercado, en el ámbito de la regulación, la perspectiva de derechos humanos debe considerar las relaciones jurídicas en las que se da la problemática y, por tanto, en su tratamiento. Al lado, por ejemplo, de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, existe una sofisticada regulación sobre comercio internacional e inversión con formas específicas de trato y de prácticas prohibidas. La discusión sustantiva atañe también a las vías procesales y foros en los que se dirimen los conflictos.<sup>70</sup>

Respecto a lo planteado, resulta pertinente leer con mayor detenimiento lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia sobre excepciones preliminares *Cantos vs. Argentina*. Cito:

*27. En el caso sub judice, la Argentina afirma que las personas jurídicas no están incluidas en la Convención Americana y, por lo tanto, a dichas personas no se les aplica sus disposiciones, pues carecen de derechos humanos. Sin embargo, la Corte hace notar que, en general, los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación.*

*28. Además de ello, se podría recordar aquí la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, tal como esta Corte lo ha hecho en varias ocasiones, y afirmar que la interpretación pretendida por el Estado conduce a resultados irrazonables, pues implica quitar la protección de la Convención a un conjunto importante de derechos humanos.*

*29. Esta Corte considera que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como sí lo hace el Protocolo núm. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, esto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho. No obstante, vale hacer una distinción para efectos de admitir cuáles situaciones podrán ser analizadas por este Tribunal, bajo el marco de la Convención Americana. En este sentido, ya esta Corte ha analizado la posible violación de derechos de sujetos en su calidad de Accionistas.*

La sentencia tiene un núcleo: no reconoce que las personas jurídicas sean titulares de derechos humanos, pero busca evitar consecuencias irrazonables. Es irrazonable que la consecuencia sea desproteger derechos o intereses de seres humanos que en su desarrollo constituyen entidades jurídicas. La solución dada se desemboca no como una cuestión de titularidad de derechos, sino de justiciabilidad de los mismos. La persona jurídica es instrumental para instrumentar y maximizar su efectividad; los derechos y su protección corresponden a los accionistas, es decir a los seres humanos. Las empresas como centros de imputación son portadoras de derechos públicos subjetivos con ámbitos coincidentes en lo procesal, pero de sentidos constitucionales sustantivos diversos.

La interpretación de la Corte Interamericana coloca las cosas en su lugar: la persona jurídica es una ficción, no un ser humano, y debe ser tratada como tal. La realización del objeto de las sociedades mercantiles puede realizarse sin necesidad de acudir a la apropiación de la titularidad de los derechos humanos. Como un contrato o la suscripción de un título de crédito, la constitución de una sociedad tiene un propósito práctico, sea posibilitar la cooperación de diversos individuos o realizar los intereses derivados del ejercicio de los derechos. Una empresa es producto de la libertad de empresa o de la libertad de comercio o de asociación. La función del

contrato societario es afectar una masa patrimonial a un fin y deslindar el riesgo de sus socios. El objeto del contrato no es crear un ser humano sino, considerando el antecedente del derecho romano, fabricarle una máscara.

La historia de los derechos humanos como ideología y como construcción constitucional ha tenido como eje la identidad del sujeto de derechos con el ser humano, y su eficacia para tener mejores condiciones de vida. La historia del concepto no ha sido la de los derechos de las corporaciones; esta discusión ha corrido en línea paralela en el derecho mercantil, el societario, los tratados de inversión, el libre comercio con su lógica y su entramado institucional, inclusive con lenguajes paralelos: por ejemplo, la discriminación comercial es distinta a la discriminación racial, por género o condición económica. De ahí la novedad de que se discuta la posición de la persona jurídica en clave de derechos humanos.

Si bien el concepto de persona plantea un problema semántico que conduce a la identificación de las físicas y las jurídicas, se presenta también una cuestión estratégica. El prestigio del discurso de los derechos humanos tiene un alto valor persuasivo en la resolución de conflictos; los principios de interpretación pro persona establecen un punto de partida favorable en la decisión de una litis. Lo anterior importa en escenarios estratégicos de disputas institucionalizadas ante los tribunales.

Aun en la vía abierta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de reconocer la titularidad de derechos humanos en el caso de las comunidades indígenas o sindicatos, tiene presente su naturaleza humana como formas de agrupación de los mismos, de cooperación y de legitimación procesal. Aun quienes postulan la necesidad de reconocer a las personas jurídicas como titulares de derechos humanos reconocen su utilidad instrumental. Casas y Toller, para citar una reciente obra, señalan que se justifica aceptar la titularidad ya que indirectamente, por vía refleja, se violan derechos humanos de las personas físicas, por derivación de sus integrantes. “Los derechos humanos de los seres humanos se trasvasan o transmiten a grupos que ellos forman en aras de la consecución de sus objetivos.” No son solamente una ficción, un centro e imputación kelseniano, aunque admiten que

Son el vehículo para que los seres humanos actúen, ejerciten y disfruten sus derechos humanos, y por eso las personas jurídicas, en cuanto tal, para poder lograr sus fines, son titulares también de derechos fundamentales [...] No se trata, nuevamente, de una simple técnica del derecho, sino que el reconocer virtualidades fundamentales a las personas jurídicas se justifica por la estrecha vinculación que tienen con la dignidad de las personas naturales que se encuentran detrás y con su engarce con el sistema de libertades [las cursivas no corresponden al original].<sup>71</sup>

La objeción que aquí se presenta a la idea de que las personas jurídicas y particularmente las empresas o corporaciones sean titulares de derechos humanos no niega que éstas puedan ejercer las acciones constitucionales (el amparo) o legales para hacer posible sus objetos sociales, en tanto centros de imputación de derechos públicos subjetivos.

## LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y LA REGULACIÓN<sup>72</sup>

A diferencia de los nuevos órganos reguladores, ligados a una política económica de retracción del Estado en la economía y de liberalización de sectores iniciada en la década de 1980 y profundizada en la de 1990, la legislación de protección a los consumidores surge en 1976<sup>73</sup> en pleno auge del modelo proteccionista. De esta suerte, su origen difiere, al menos en una explicación contemporánea, con el tipo o concepción de Estado en el que se ubica el llamado Estado regulador. La Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC) de 1975 y sus primeras reformas centran su objeto en las atribuciones para vigilar la regulación de precios y los sistemas de comercialización. Hasta 1989 se establece la posibilidad de recibir denuncias por violación de precios. Debe tenerse presente que en dicho periodo finaliza el sexenio de José López Portillo, se da la crisis petrolera, la devaluación, la expropiación de la banca y, con la llegada de Miguel de la Madrid, el control de cambios, las medidas de control de la hiperinflación y los pactos para la estabilidad económica. De esta suerte, la protección al consumidor puede explicarse más como un instrumento de control y de disciplina de la economía que de garantía de los derechos de los consumidores.

Posteriormente, en 1992, ya en el gobierno de Carlos Salinas de Gortari, se deroga la ley anterior,<sup>74</sup> inician las reformas que corresponden al periodo en el que se instrumenta la desregulación inicialmente, seguida de la mejora regulatoria y el emparentamiento con los nuevos órganos reguladores.

El consumidor es tanto la categoría económica que se configura como un ámbito personal de validez y una clase o grupo identificable al que se le asigna un rol en la economía (cuando se dice, por ejemplo, que es el beneficiario de una economía eficiente), como un sujeto de derechos (en particular derechos sociales) al que se le trata tutelarmente (paternalismo jurídico) y que también es un “agente” que cuenta con acciones procesales individual o colectivamente, en vía administrativa o judicial. En este último

terreno, el consumidor deja de ser sólo una categoría analítica y adquiere una función de “agente”, pasa de ser un argumento a ser un argumentador.

En esta última apreciación, la evolución de la legislación y de los roles de los consumidores va acompañada de una mayor capacidad de interlocución del movimiento de consumidores.<sup>75</sup> Un claro ejemplo del proceso es la reforma en materia de acciones colectivas. Ésta no se puede explicar sin el movimiento pro consumidor. Es una iniciativa que se origina socialmente aun cuando en su expresión final fue moderada por los grupos empresariales de interés económico. Con esta reforma se avanza en descentralizar las acciones colectivas (antes acciones de grupo de exclusividad de la Procuraduría Federal del Consumidor) y se abren las posibilidades de vías de generación de derecho, en particular por la vía jurisprudencial, que —no sin dificultades— puede potenciarse con las reformas recientes en materia de amparo y de derechos humanos.<sup>76</sup> La posibilidad de considerar los derechos de los consumidores en sus expresiones de derechos colectivos o difusos y la ampliación de la defensa procesal mediante acciones colectivas e interés legítimo, así como la adopción de estándares internacionales de derechos humanos, son las incipientes herramientas que pueden desarrollar las capacidades de agencia de los consumidores.

El diseño institucional mexicano, distinto al de los países en los cuales la competencia y la protección al consumidor se conjuntan en una sola agencia,<sup>77</sup> tiene que verse en una doble lógica que no necesariamente converge: la de regulación y la de protección a los derechos, que a su vez están, en lo fundamental, asignados a diversos órganos. A lo anterior se agrega la creciente producción jurisdiccional en materia de competencia y regulación sectorial, en la cual, es necesario resaltarlo, participan los agentes económicos que son los proveedores en las relaciones de consumo. Los consumidores tienen una presencia fantasmal (esto es, están presentes en la argumentación, pero no en los procedimientos). En el caso del derecho del consumo, la producción de las interpretaciones de los tribunales es abundante y los consumidores tienen una presencia activa en el procedimiento.<sup>78</sup>

El tránsito de una solución regulatoria a una decisión de política pública se convierte en una cuestión institucional en el sentido de North, es decir, no es sólo una cuestión de reglas formalmente válidas, sino de reglas del juego que dan forma a la interacción humana y que reducen la incertidumbre en la medida en que son efectivamente operantes. En tal idea, la eficacia de las regulaciones tiene como condición necesaria la solidez de las instituciones y del Estado.<sup>79</sup> La calidad de las instituciones y su eficacia son determinantes en el desarrollo económico. En países con debilidades institucionales como México, es aplicable lo afirmado por North en el sentido de que los empresarios y los políticos tienden a crear monopolios en vez de condiciones de competencia, y restringen oportunidades en vez de acrecentarlas; de esta forma son más eficientes para hacer a la sociedad más improductiva y a la estructura institucional mucho menos apropiada para la actividad productiva.<sup>80</sup>

Lo anterior conduce a justificar nuevas alternativas que no descartan el paternalismo “libertario”<sup>81</sup> o “asimétrico”<sup>82</sup> de McAuley. A partir de este postulado, medidas intervencionistas que ayudan a las decisiones de los consumidores son apreciadas como correctas para diseñar políticas públicas para el consumo. En la dirección de estas políticas se encuentra formar capacidades de agencia de los consumidores, es decir, fortalecer sus capacidades de decisión y de acción.

Los principios básicos en las relaciones de consumo a que se refiere la LFPC dan un primer acercamiento de las guías de acción pública:

Información adecuada y clara a los consumidores.

Educación a los consumidores.

Protección contra información engañosa y cláusulas abusivas.

Reparación de daños patrimoniales.

Cumplimiento de los contratos.

Protección frente a riesgos.

Protección de sectores vulnerables de la población (menores de edad, indígenas, ancianos y personas con discapacidad).

Así pues, i) la información asimétrica como fallo del mercado tiene relación con las acciones para informar a los consumidores, protegerlos de información engañosa y la educación para el consumo; ii) las externalidades pueden relacionarse con la prevención frente a riesgos o la protección de sectores vulnerables; y iii) la fortaleza institucional y el respeto a la ley se relacionan con el cumplimiento de los contratos y la reparación de daños patrimoniales.

Los principios perfilan acciones frente a la asimetría de la información entre proveedores y consumidores, pero no se restringen a ella: las acciones frente a la publicidad engañosa, de prevención de cláusulas abusivas y de protección de sectores vulnerables, transitan en una dirección de acciones de tutela (o si se prefiere de un cierto paternalismo). El despliegue de facultades (verificación, medidas precautorias y sanciones), frente al incumplimiento de contratos, de prevención de daños o de actuación frente a riesgos, pone en juego las capacidades de garantizar el respeto a la ley y la disuasión de futuras infracciones.

El conjunto de atribuciones concreta la específica concepción social de la función del Estado en la economía, y en contrapartida a sus facultades / obligaciones se configura el ámbito de los derechos. En este último terreno, la acción estatal tiene también un entendimiento del consumidor; la actuación frente a asimetrías de la información plantea, como acción pública, que se provea al mercado información veraz para que tome mejores decisiones. No obstante, la actuación frente a la publicidad engañosa conduce a la línea fina de cuáles son los límites de justificación de acción estatal o bien de una acción paternalista, y si es o no justificada y hasta qué grado. ¿Qué tipo de consumidor se representa en la Constitución, ley y la acción pública? Sobre esta cuestión los extremos se dan entre la “representación” de un consumidor inteligente con capacidades de decisión y de “agencia”, y la de un consumidor que requiere tutela dada su particular

situación de vulnerabilidad. El apoderamiento de los consumidores se encuentra en la ruta del tipo de información y de educación que se le provea, pero también en las formas de apoderamiento jurídico, sea en las condiciones para su organización o en las de los instrumentos procesales: los medios de acción administrativa ante la Profeco o ante otros órganos reguladores, así como la posibilidad de las acciones colectivas. La acción colectiva es la forma de apoderamiento de mayor magnitud (todavía con severas limitaciones para su efectividad).

## V. LA ORGANIZACIÓN PÚBLICA DE LA REGULACIÓN

TRATÁNDOSE de la organización pública, el contraste es radical entre la originaria de la Constitución 1917 y la resultante de las reformas estructurales de 2013. La administración pública del 17 tenía en lo constitucional el modelo presidencialista estadounidense, pero en lo organizacional la estructura legal basada en las relaciones de mando y control de influencia francesa, basada en la centralización administrativa. Las reformas de 2013 no solamente constitucionalizaron, sino rediseñaron las instituciones reguladoras. La Comisión Federal de Competencia (Cofeco) y la Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel), de ser órganos desconcentrados de la Administración Pública Federal (APF) se convirtieron en órganos constitucionales autónomos: la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece) y el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT). La Comisión Reguladora de Energía (CRE) y la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH), de desconcentrados se convirtieron en órganos reguladores coordinados del Ejecutivo Federal. En el caso de los órganos constitucionales autónomos, la tutela recayó en la política presidencial. Para la CRE y la CNH, se innova la forma organizacional creando como nueva figura la de órganos reguladores coordinados, pero se les mantiene dentro de la APF. Hay también un escenario político que explica tal arreglo: el Pacto por México ya explicado al inicio de este texto. Redefinir los contrapesos políticos parece ser la racionalidad de las reformas. La desconfianza mutua entre los principales actores políticos incentiva un fenómeno de sobreconstitucionalización de los acuerdos como garantía de estabilización y de imposibilidad de revisión judicial.<sup>1</sup>

Ballinas, en un reciente libro, expone la importancia y lo decisivo del pragmatismo en la conformación de las nuevas autonomías. Si bien subyacen razones tecnocráticas sobre la eficiencia en el mercado, las decisiones determinantes en el diseño de los órganos autónomos obedecen a acuerdos políticos.<sup>2</sup>

En perspectiva, lo sucedido con las transformaciones descritas y todavía inacabadas, y transitando en terrenos de incertidumbre, muestra en buena medida las peculiaridades del voluntarismo político. La evolución de la reforma arroja un conjunto de problemas derivados de la insuficiente reflexión, de un pragmatismo político, pero sin política pública clara, y de una previsión limitada acerca de la magnitud de sus efectos.

La evaluación de lo sucedido requiere analizar la relación funcional entre la regulación de la economía y las formas de organización de las administraciones públicas. El planteamiento anterior supone un entendimiento funcional o, dicho en otros términos, las formas de organización administrativa siguen una racionalidad instrumental. La revisión histórica de la evolución de la organización administrativa muestra una relación directa con el tipo de función pública y, por tanto, su adecuación a los requerimientos del tipo de tareas por realizar.

Con influencia de la organización gubernamental anglosajona, las teorías de la regulación y el impulso del modelo de agencias reguladoras autónomas desde organismos internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).<sup>3</sup>

Si bien los órganos reguladores autónomos son la expresión de mayor notoriedad y sofisticación institucional de gestión pública de la regulación, no son los únicos. La regulación como función pública se desarrolla mediante diversas expresiones organizacionales, incluyendo las centralizadas y normativas. Así, el Ejecutivo, por medio de su facultad reglamentaria, desarrolla funciones regulatorias en el ámbito de su competencia; así sucede también con las secretarías de Estado mediante sus competencias para emitir normatividad técnica, entre otras.

## EL NACIMIENTO DE LAS AUTONOMÍAS

La Cofeco, el CRE y la Cofetel nacen como órganos desconcentrados, como manifestación orgánica en el seno de la administración pública federal, pero difieren de los tradicionales órganos desconcentrados subordinados totalmente a la relación jerárquica de los secretarios de Estado. La administración central y, por tanto, el mando político ejercían tutela sobre tales órganos.

Los poderes del Ejecutivo como jefe de la Administración son el vehículo de tal tutela: la facultad reglamentaria y la conducción de la política pública nacional expresada en los instrumentos del Sistema Nacional de Planeación Democrática. La tutela se expresa en poder disciplinario a cargo de la secretaría responsable del control interno, de nombramiento y del presupuestario principalmente.

La autonomía se muestra como la expresión formal de la idea persistente de que para el mejor funcionamiento de las instituciones públicas debe garantizarse un ámbito de actuación de los órganos que permita llevar a cabo sus tareas en condiciones de ausencia o menor injerencia de la política. Por el contrario, se necesita un espacio de decisión que permita que la técnica sea el terreno en el que lo público tenga un mejor desempeño de cara a la economía.<sup>4</sup> La actuación estatal frente a los fallos del mercado tiene que ser soportada por un conocimiento experto.<sup>5</sup> La eficacia institucional es un argumento que justifica su diseño y su adopción.<sup>6</sup>

La autonomía orgánica y de decisión del regulador, a la que se agrega paulatinamente la designación de cuerpos directivos cuya formación es predominantemente técnica (aunque hay casos notables de partidización de nombramientos de comisionados),<sup>7</sup> busca un equilibrio entre la racionalidad técnica y la firmeza política, la neutralidad y la confianza<sup>8</sup> que han de propiciarse por la autoridad reguladora.<sup>9</sup>

La creación de órganos constitucionales autónomos y la regulación como función pública modifican el entendimiento tradicional de la ordenación constitucional de los poderes públicos y de su funcionamiento, que amerita ser analizada con mayor detenimiento.

## EL NUEVO EQUILIBRIO DE PODERES

La historia de los reguladores y de sus autonomías ha estado llena de vicisitudes. Desde su origen como desconcentrados fueron escenarios para la política partidaria en combinación con los intereses económicos. Se presentaron diversas reformas legislativas, cuyo elemento común fue incrementar las autonomías, sea en la forma de organización (fue persistente, por ejemplo, la idea de que la descentralización administrativa otorga mayor autonomía que la desconcentración), de nombramientos, en la periodicidad de los mismos, en las causas de remoción, financiamiento público y en los mecanismos de control; éstos han sido los nodos en los que se ha enfocado la discusión.

La nueva organización del Estado no se da solamente con la presencia de un nuevo tipo de organismos públicos o con su pertenencia o separación de los poderes estatales tradicionales, hay un cambio en la forma de concebir la función pública. La relevancia del desempeño institucional está en el fundamento de la apreciación de la organización emergente. Bruce Ackerman y Konrad Hesse,<sup>10</sup> para citar a pensadores emblemáticos en culturas jurídicas distintas, han destacado la relevancia de los criterios de funcionalidad, en particular del correcto funcionamiento institucional. Es decir, lo relevante es que las instituciones de un Estado funcionen bien.

La relevancia de la especialización funcional es puesta por Bruce Ackerman en tres cuestiones: i) la debilidad de los políticos elegidos para atender cuestiones concernientes al desempeño de la administración y el riesgo de desatención en el diseño de las leyes; ii) la necesidad de contar con capital humano (en el sentido weberiano) que atienda las tareas de implementación del gobierno; iii) la necesidad de construir una división de poderes para un Estado burocrático aprovechando el conocimiento técnico y evitando el conservadurismo.<sup>11</sup>

El buen funcionamiento institucional es central no solamente para la economía de mercado, sino para el desarrollo, para el cual el mercado es un medio. Acemoglu y Robinson, por ejemplo, postulan como clave en los problemas del desarrollo el deficiente desempeño institucional.<sup>12</sup> Trebilcock y Mota Prado igualmente coinciden en que las instituciones, entendidas como “organizaciones formales e informales a las que una sociedad encarga o confía la labor de formular, administrar y aplicar sus leyes o políticas, y de pronunciar dictámenes en relación con ellas”,<sup>13</sup> son condiciones necesarias para que haya un mínimo de eficacia en el derecho.

Las reformas constitucionales tienen que leerse en clave de corrección funcional. Como ya se refirió, en la reforma constitucional las comisiones tuvieron presente las dificultades para ejecutar la política pública y la necesidad de resolverlas eficazmente; las autonomías, la integración y la regulación de su actuación; sus procedimientos administrativos y las limitaciones a las medidas cautelares ante los amparos de las empresas, por ejemplo, tienen en el fondo una preocupación por el desempeño institucional.<sup>14</sup> La regulación supone, como condición necesaria, una política pública que ha formulado un problema público por enfrentar y resolver o al menos mejorar la situación. Una regulación exitosa, y la organización a cargo de su gestión, es aquella que satisface los requerimientos de la política pública y de los políticos que la deciden.<sup>15</sup> El buen funcionamiento institucional tiene relación directa con la aptitud del Estado para desempeñar su función de garante.

En tal contexto, es relevante el diseño institucional, las competencias y las relaciones con los poderes del Estado. De la claridad y corrección depende no sólo el buen desempeño institucional, sino que resistan la revisión de los controles constitucionales.

Las autonomías, como se ha dicho, introducen mayor complejidad en las organizaciones y en sus relaciones. Reestructuran también las responsabilidades constitucionales tanto de los entes a los que se les confiere la responsabilidad como de aquéllos a cargo de la conducción de las políticas y de los órganos legislativos en funciones de co-gobierno o de control. Para apreciar tal complejidad no debe soslayarse que existen diversas autonomías y que, por tanto, los roles y las relaciones, así como la integración del orden jurídico son diversos.

A la complejidad normativa y operativa debe agregarse la función de los jueces encargados del control. En esto último, los jueces no solamente son validadores, sino que forman parte de la construcción institucional. Los jueces

no se limitan a aplicar fríamente la ley, son también jugadores institucionales, sea en los contrapesos de poderes públicos, como en la definición de los derechos, o de la validez de las restricciones basadas en el interés general.<sup>16</sup> Lo anterior es un efecto muy claro en la decisión del amparo 1100/2015 resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte previo proyecto del ministro Laynez. En dicha sentencia se declara la inconstitucionalidad de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, por estimar que el Poder Legislativo invade la competencia del Instituto Federal de Telecomunicaciones para determinar la tarifa aplicable a la interconexión entre el operador preponderante.

Las resoluciones de los tribunales no deciden los conflictos, sino que también crean discurso jurídico, narrativas y argumentos de autoridad. Por ejemplo, la controversia constitucional 32/2005 refiere que

los órganos constitucionales autónomos surgen con motivo de una nueva concepción del Poder, bajo una idea de equilibrio constitucional basada en los controles de poder, evolucionando con ello la teoría tradicional de la división de poderes, por lo que se dejó de concebir la organización del Estado derivada de los tres poderes tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), que sin perder su esencia, ahora se habla de que dicho principio debe considerarse como una distribución de funciones o competencias, para [ser] más eficaz.

La interpretación legítima el nuevo orden organizacional y se destaca, en su racionalidad, la eficacia en el desempeño de los órganos reguladores.

Tratándose de la competencia y las telecomunicaciones, la adopción de esta forma de organización pública tiene la siguiente justificación, según el dictamen del Senado:

Tales demandas son atendidas con el proyecto de reforma constitucional que se analiza, para lo cual se propone un sistema que tiene por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, así como el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, para lo cual se crean dos órganos constitucionales autónomos: La Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones.

Para asegurar la independencia, objetividad y legalidad de sus resoluciones de tales órganos autónomos, en el proyecto de decreto, se establece un procedimiento de elección de sus Comisionados, que por su diseño, a juicio de estas Comisiones Dictaminadoras, genera condiciones para evitar cualquier influencia de intereses económicos.<sup>17</sup>

La presencia de órganos de estatus constitucional que carecen de una relación de pertenencia a la estructura y vinculada a los poderes intraorgánicos es el dato que destaca los rasgos que parecen cuestionar la teoría de la división de poderes. En efecto, el proceso de autonomización implica órganos que ejercen diversas funciones públicas, a partir de su identidad orgánica y de su legitimidad (una legitimidad no mayoritaria) técnica y de desempeño.

Los órganos reguladores con autonomía constitucional tienen impacto en la división de poderes al existir nuevos órganos que no se ubican en la estructura de los poderes tradicionales; además, también lo tienen en la estructura del orden normativo. En esto último la relación Constitución / ley /normas administrativas generales se recompone. La relación entre ley y reglamento, este último como norma del Ejecutivo que provee al cumplimiento de la ley, tiene una posición de subordinación. Además, con el reglamento el Ejecutivo disciplina a la administración en el sentido que debe darle a la ley. Tal relación ahora es alterada, ya que los constitucionales autónomos no tienen la misma posición orgánica y, por ende, tampoco la misma relación frente a la ley y a los reglamentos.

Si bien los órganos reguladores coordinados no tienen la misma naturaleza orgánica y, por tanto, su posición es distinta en la discusión de los poderes, tiene una relevancia funcional análoga a la de los constitucionales autónomos, que igualmente requiere ser examinada.

Tanto en los constitucionalmente autónomos como en los coordinados, las autonomías son una garantía institucional que legitima su defensa jurisdiccional. El IFT y la Cofece tienen legitimación para iniciar controversia constitucional ante la Suprema Corte; no así en la CNH, la CRE, la ASEA u otros reguladores. Sin embargo, la garantía institucional puede ser garantizada en amparo ya sea en los casos en que se inhiban aquellos que pueden accionar la controversia constitucional o en los que carecen de tal acción.

El siguiente cuadro sintetiza el nuevo mapa institucional de los reguladores:

	IFT	Cofece	CRE
Autonomía constitucional	×	×	
Autonomía			×
Controversia constitucional	×	×	
Autonomía presupuestaria	×	×	×
Participación del comité de selección	×	×	
Presidente de la República	Propone	Propone	Propo
Senado	Ratifica	Ratifica	Nomb
Remoción por el Senado	Por voto de las dos terceras partes	Por voto de las dos terceras partes	
Remoción por el Ejecutivo			No se

## LOS ÓRGANOS REGULADORES Y EL PODER EJECUTIVO

La apreciación de la regulación como una función pública específica tiene en su faceta organizacional y de examen de sus formas jurídicas un reto relevante. Desde el derecho suele apreciarse la organización como un conjunto de centros de imputación dotados de competencia y como partes de un complejo de relaciones jurídicas con otros entes públicos. Tal apreciación es insuficiente para entender el funcionamiento real. Las organizaciones públicas, sin embargo —dice el profesor Arellano—, no son actores monolíticos, buscan cumplir mandatos diversos y ambiguos en arenas políticas diversas, que se disputan hegemonías en medios, fines y en campos de batalla legal, retórica y organizativa.<sup>19</sup> Más allá de conjuntos de competencia y abstracciones, hay seres humanos con sus orientaciones ideológicas o políticas sus formas de entender la función pública; los órganos reguladores dotados de autonomía constitucional han modificado sustancialmente el arreglo institucional de los poderes y entre los poderes. Al desprenderse de la administración centralizada, el modelo presidencialista donde el Ejecutivo ejercía los poderes plenos como jefe del Gobierno y de la administración no solamente se ha extinguido, sino, aún más, ha emigrado a nuevos centros de decisión. Este desplazamiento de la decisión a nuevos sujetos requiere una nueva explicación no solamente institucional, sino de su nueva función en la arquitectura constitucional. Una primera cuestión es la relativa a la legitimidad de esta nueva forma organizativa. La administración subordinada al presidente basa su legitimidad en su origen democrático y en el mandato que los electores le dan para conducir los asuntos públicos. Los órganos autónomos carecen de tal mandato democrático. Su justificación es la eficiencia técnica y, por tanto, no mayoritaria: organismos no mayoritarios, como se les conoce desde una vertiente politológica.<sup>20</sup> Tal apreciación permite extraer las implicaciones de esta forma de organización para el Estado regulador como respuestas institucionales para tener compromisos creíbles y consistencia

temporal (confiabilidad); “sirve a un mecanismo de control frente a los excesos de la vida democrática”, dice Dussauge.

En los constitucionalmente autónomos, el Ejecutivo deja de tener el control y el mando, inclusive la tutela sobre tales órganos. Solamente en el caso del IFT la política pública derivada del Sistema Nacional de Planeación es vinculante, no así respecto de la Cofece. El Plan Nacional de Desarrollo y los programas sectoriales son norma de conducta para el nuevo IFT, sin embargo, los instrumentos de verificación y rendición de cuentas a cargo del Ejecutivo se ven disminuidos en comparación con los que ejerce sobre el resto de la administración. A diferencia de los anteriores, los órganos reguladores coordinados (CNH y CRE) y la ASEA, al continuar en la administración pública federal, están obligados por los instrumentos de planeación del Ejecutivo.

Así pues, junto a la novedad de las peculiaridades orgánicas y sus relaciones con los poderes del Estado, se encuentra una dimensión funcional. Detrás de cada reforma que autonomiza algún órgano se encuentra una pretensión de mejoría en el desempeño institucional. En los casos de autonomía constitucional hay elementos comunes en lo orgánico: personalidad y patrimonio propios, así como en las posibilidades de acción procesal en caso de invasión de facultades (legitimación activa en controversias constitucionales).

No obstante, independientemente de los criterios de agrupación, la eficacia que pudieran tener en el desempeño de su mandato debe apreciarse en una visión de conjunto, es decir, si las sucesivas reformas que los incorporan van construyendo una Constitución para la efectividad. El Estado regulador mira hacia la efectividad de la función pública para garantizar los objetivos de las decisiones constitucionales, esto es, a su función de garante.

Considerando lo anterior, el análisis de las autonomías requiere examinar la racionalidad constitucional que modifican y que, a su vez, crean. La razón de la división de poderes, en palabras de los clásicos, es el “contrapeso a cada uno de ellos para que pueda resistir a otro”. Al Poder Legislativo se le contrapesa con el veto del Ejecutivo. El Judicial es “la boca de la ley” que tiene en la imparcialidad su sitio en la ingeniería constitucional. En el pensamiento clásico el adversario histórico era el absolutismo; el objetivo a

proteger, los derechos del hombre. La formulación del primer constitucionalismo es clara: en una sociedad en la que los poderes estén bien establecidos no se requiere una declaración de derechos. En los trazos originarios no está presente algún otro órgano que altere la triada, tampoco se advierte en los constitucionalismos clásicos: el francés y el estadounidense.

La presencia de los reguladores autónomos constitucionalmente se inserta en una lógica diversa que supera las razones sustentadas en los frenos y contrapesos y la legitimidad democrática, y se inscribe en otra basada en la corrección funcional. La nueva perspectiva tiene, por una parte, justificación en las carencias funcionales que se presentan en el desempeño de las principales funciones estatales, y, por otra, la intención de que el funcionamiento de los órganos estatales sea eficaz. El Estado garante no es más que la faceta terminal del Estado regulador.

La radical transformación a organismos constitucionales autónomos tiene otra expresión que por razones de espacio no se analiza, pero se anota. Al desvincularlo de la APF se presentó un efecto insuficientemente previsto: el complejo de relaciones normativas, institucionales y funcionales con aquélla. La pertenencia a la APF implicaba la sujeción a una normatividad transversal: compras, responsabilidades, metrología y normalización, legislación supletoria en materia de procedimientos administrativos.

## *El Ejecutivo, los órganos reguladores coordinados<sup>21</sup> y la ASEA*

La reforma constitucional en materia de energía estableció para los casos de la CRE y de la CNH la figura de “órganos reguladores coordinados” del Poder Ejecutivo, remitiendo su desarrollo a la ley.<sup>22</sup> A diferencia de la Cofece y del IFT, la definición constitucional de los reguladores es minimalista. La Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética (LORCME) les da el estatus de dependencias, denominación genérica antes reservada a las secretarías de Estado, pero dotadas de personalidad jurídica, teniendo como mandato el ejercicio de las facultades la regulación técnica y económica del Ejecutivo federal, para lo cual tendrán autonomía técnica operativa y de gestión. Deberán coordinarse con la Secretaría de Energía con el fin de que sus actos y resoluciones se ajusten a las políticas públicas del Ejecutivo.<sup>23</sup>

El Ejecutivo ejerce sus facultades mediante dichos órganos, pero éstos son autónomos de aquél y está impedido para ejercerlas directamente. La técnica empleada para establecer la autonomía provoca un deslinde: las atribuciones del Ejecutivo se distinguen entre aquellas que corresponden a la política pública y, por exclusión, el resto de las atribuciones regulatorias. Las primeras son ejercidas por el Ejecutivo como órgano unipersonal en su carácter de jefe de Gobierno; las segundas son atribuidas a los reguladores coordinados en tanto dependencias de la administración pública. La distinción entre funciones de determinación y conducción de la política pública, por una parte, y técnicas, por otra, son consistentes con los estándares en el diseño de órganos reguladores.

En este sentido, como lo afirma Zúñiga,<sup>24</sup> se está ante una autoridad compartida. Tal confluencia se expresa en la regulación estructural de la industria, que separa los distintos segmentos de la industria para fomentar el acceso abierto y la operación eficiente y separando a la CFE; la CRE tuvo a su cargo la operación contable, operativa o funcional de los integrantes de la industria eléctrica. También se presenta en la emisión de las primeras

reglas del mercado (Bases del Mercado y Disposiciones Operativas del mismo). Aunque es competencia de la CRE, los transitorios señalan que por única vez debe expedirlos la Secretaría de Energía. El tercer caso se presenta en la determinación de los usuarios calificados: la Secretaría de Energía define el universo de usuarios que podrá acceder a los mecanismos de competencia en el nuevo mercado y la CRE tiene a su cargo el registro.

A diferencia de los órganos constitucionales autónomos, los reguladores coordinados están sujetos a la tutela de la política del Ejecutivo. Este último ejerce sus atribuciones de conducción de las políticas sectoriales por medio de los instrumentos de planeación y de reglamentación de las leyes. Las atribuciones directas del Ejecutivo se establecen a la manera de una reserva material: la determinación de las políticas públicas. La zona gris y de posibles debates se localiza en la atribución reglamentaria del Ejecutivo y en las potestades regulatorias de los órganos.

El nombramiento de los siete integrantes del pleno como órgano máximo de decisión y de gobierno está a cargo del Senado entre ternas integradas por el Ejecutivo. El presidente es designado de entre la terna que para el efecto se integre. Los periodos de nombramiento son de siete años, escalonados y fijos (en caso de vacante el designado cumplirá el periodo restante y podrá integrar una nueva terna para un segundo periodo).<sup>25</sup> Cuentan con autonomía presupuestaria: disponen de los ingresos derivados de los derechos y aprovechamientos por sus servicios. Puede elaborar su anteproyecto de presupuesto, pero están sujetos a techos presupuestales y a los criterios de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Los remanentes de ingresos públicos excedentes se destinarán a un fideicomiso que al efecto constituya la Secretaría de Energía. Si los montos rebasan tres veces el presupuesto anual, serán transferidos a la Tesorería de la Federación.<sup>26</sup>

En cuanto a la disciplina, la remoción está condicionada a causas tasadas. El órgano interno de control o, en su caso, el Tribunal Federal de Justicia Administrativa son los facultados para establecer las sanciones, según la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

El presidente de cada órgano está obligado a publicar un informe anual sobre el desempeño del órgano.<sup>27</sup> No se explicita ante quién deberá rendir

tal informe. Si se toma en cuenta que el secretario de Energía tiene que informar sobre el estado del sector<sup>28</sup> y la obligación del Ejecutivo es rendir un informe del estado de la administración al Congreso, se deriva que los informes de los órganos deben coordinarse para el cumplimiento de tales deberes.

La autonomía técnica y operativa del regulador, y las potestades de conducción sectorial de los mandos políticos (Ejecutivo y el secretario del ramo), tiene como articulador al Consejo de Coordinación del Sector Energético, el cual se integra por ocho funcionarios,<sup>29</sup> dos de los cuales son los presidentes de los reguladores y el resto de la Secretaría de Energía. Tiene capacidad de tomar acuerdos por votación de sus integrantes, en los cuales los órganos coordinados se encuentran en minoría. Lo relevante de este mecanismo son los ámbitos en los que actúa: en particular la emisión de recomendaciones sobre aspectos de política energética para incluir en los programas anuales de los reguladores; analizar las recomendaciones y propuestas de los reguladores a la política del Ejecutivo; revisar casos específicos que afecten las políticas públicas y proponer mecanismos de coordinación. El mecanismo no prevé como posibles actos la emisión de instrucciones o mandatos a los reguladores coordinados, los actos son de “recomendación” o de “propuestas”, cuidadosos con la autonomía. Lo relevante del mecanismo es la formalización de una instancia que posibilita la comunicación, la transparente y la documenta.

A diferencia de la reforma en materia de telecomunicaciones y competencia, la energética defiere al Ejecutivo y a su atribución de iniciar leyes el planteamiento para su diseño. Su mano se observa con mayor intensidad en la definición de las políticas públicas y su carácter vinculante; un mecanismo de coordinación con los reguladores con un sesgo pro Ejecutivo y el mantenimiento de las potestades disciplinarias por medio de los órganos internos de control.

En el caso de la ASEA, los rangos de autonomías son menores, cuenta con autonomía técnica y de gestión, la designación y remoción del titular corresponden al Ejecutivo, tiene la forma de órgano desconcentrado de la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales, está obligada a informar a ésta y no tiene un periodo predeterminado de ejercicio. Cuenta

con un Consejo Técnico integrado por los secretarios de Medio Ambiente y Recursos Naturales —quien preside—, de Gobernación, de Marina, de Hacienda y Crédito Público, de Energía, de Comunicaciones y Transportes, del Trabajo y Previsión Social, de Salud, de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, de la Comisión Reguladora de Energía, de la Comisión Nacional de Agua, de la Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas y del Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático.<sup>30</sup> Las funciones del Consejo son conocer los informes de la ASEA, la situación de sus recursos económicos, expedir el Código de Conducta y aportar elementos para las políticas en la materia. La asesoría implica tutela del Ejecutivo.

## EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO Y LAS DISPOSICIONES REGULATORIAS

Como ya se refirió, la diversidad de órganos reguladores (constitucionalmente autónomos y autónomos coordinados) en posición organizativa tiene efectos en el ordenamiento jurídico. En ambos casos se tiene la facultad de emitir disposiciones generales en su respectiva competencia; dicho en otros términos: ambos tipos de órganos emiten normas administrativas regulatorias (lo cual no excluye que haya normas legislativas regulatorias). No obstante, la relación entre estas normas y los reglamentos administrativos típicos emitidos por el Ejecutivo es distinta. Al no encontrarse dentro del ámbito de competencia, el IFT y la Cofece tienen una relación distinta respecto de ellos que la CNH y la CRE, que están sujetos a su competencia. A diferencia también del IFT y la Cofece, la Constitución remite a la ley los términos en los que se organice y se faculte a los reguladores coordinados, pero determina en el décimo transitorio atribuciones constitucionales directas y su régimen de autonomía en la decisión y gestión. De esta suerte, al establecerse directamente competencias y ámbitos constitucionales de actuación se crea un espacio garantizado de autonomía que forma parte de una garantía institucional.

Tales ámbitos son oponibles a los reglamentos del Ejecutivo y, como se expondrá más adelante, a la ley.

La diferencia entre ambos tipos de organizaciones públicas está en los medios procesales para garantizar la autonomía. El IFT y la Cofece pueden hacer valer la controversia constitucional, medios de los que carecen los reguladores coordinados y la ASEA. Lo anterior no impide una especie de “amparo de autonomía” que podrían hacer valer los particulares si estiman que se invade la competencia del regulador coordinado, como sería posible si los constitucionales autónomos no hicieran valer los medios para los que se encuentran legitimados.

## LOS ÓRGANOS REGULADORES Y EL PODER LEGISLATIVO

Los órganos reguladores dejaron de ser asunto de la administración pública y del Ejecutivo. El Congreso y la ley, como su decisión mayoritaria, tienen funciones novedosas en la materia. El Senado acrecentó su intervención no solamente en las reglas de su diseño (algunos reguladores se crearon por decreto del Ejecutivo, por ejemplo, la Cofetel), sino en la integración de sus órganos y, por ellos, su influencia. La intervención no siempre tuvo como horizonte la integración transparente y meritocrática, sino la influencia e incluso la captura. Esta intervención, en particular del Senado, en los procesos de selección, nombramiento y ratificación de nombramiento de comisionados se amplía a la recepción de informes periódicos<sup>31</sup> y a la posibilidad de solicitar informes específicos, ordenar la comparecencia de funcionarios, someterlos a juicio político o separarlos del cargo. La Cámara de Diputados aprueba el presupuesto, designa a sus órganos de control y la Auditoría Superior de la Federación (ASF) revisa la cuenta pública y puede llevar a juicio por faltas administrativas graves.

Apreciado el conjunto de relaciones entre los reguladores y el Congreso en general y sus cámaras en lo específico, se tiene que además de las funciones clásicas de la Legislatura, se involucra en decisiones que repercuten en la conducción y en el desempeño del regulador. Consecuentemente, aun de manera indirecta, el Congreso administra y conduce los asuntos públicos y, por tanto, asume responsabilidades.

La administración a cargo del Ejecutivo supone que es el responsable de sus propios actos y de la actuación de los funcionarios que nombra: hay responsabilidad en la vigilancia y en la elección, atendiendo a la relación básica de mandato. Los funcionarios a quienes les encomienda la gestión de los asuntos de la administración le responden. Al modificarse esta relación existe el riesgo de que no sea sustituida por un equivalente y por tanto, la función quede sin uno de sus elementos centrales del desempeño: a quién rendirle cuentas. O bien que el órgano —el Senado— no cumpla su función

de receptor y de evaluador de tales cuentas. Las funciones de designación y de remoción legislativa por razones de desempeño son funciones de gobierno. El Senado, dicho claramente, cogobierna, pero, a diferencia del Ejecutivo, su responsabilidad se diluye.

Así pues, en la ingeniería constitucional de los reguladores no se afecta solamente la parcela de acción de los órganos reguladores, sino el entramado de la organización del Estado en su conjunto. Se afectan las funciones de conducción gubernamental, antes indiscutiblemente a cargo del Ejecutivo. Por otra parte, el Senado adquiere nuevas funciones. Sobre este último aspecto deben tenerse presentes dos niveles de apreciación: uno inmediato referente a las atribuciones concretas del Senado sobre tales entidades (nombramiento, información, controles políticos); otro mediato referente a la mecánica del funcionamiento del Estado mexicano. El Senado tiene una función estratégica en el sistema de frenos y contrapesos, de manera que si en los orígenes del constitucionalismo federal se explicaba su creación como contrapeso de los diputados y con éstos de los otros dos poderes, ahora tal función se diversifica. Al ser centros de ejercicio de poder, los OCA requieren contrapesos y éstos se dan con el modo de ejercer las atribuciones. En esta última función, no se está ante la mera cuestión de potestades o competencias, sino en el modo de articular y evaluar su desempeño; es decir, si su intervención contribuye a balancear los riesgos de abuso del poder, o bien si contribuye a mejorar el desempeño de los entes autónomos.<sup>32</sup>

El proceso de rendición de cuentas no bastaría solamente con recibir el informe, se requiere además procesarlo y extraer las consecuencias para la responsabilidad institucional o personal de los comisionados. Además, supone que el Senado contaría con los conocimientos y las metodologías adecuadas para medir el desempeño y dar una evaluación objetiva, técnica y no política.

La rendición de cuentas requiere analizar y evaluar los informes y dar una respuesta motivada. A partir de la evaluación, las consecuencias son un acto posterior y con relación directa al desempeño no solamente del regulador, sino de la propia función del Senado. El Senado no es un tribunal (salvo en los casos de juicio político) en cuyos actos decida condenar o absolver. Su

función tiene relación directa con la función regulatoria y garante. Lo relevante es cómo mejorar el desempeño para dar mejores resultados. La evaluación del desempeño permitiría apreciar ex post los impactos de los diseños institucionales y normativos. Entre las posibles medidas está, por una parte, establecer un mecanismo de respuestas institucionales; al informe debe proceder un análisis y respuestas congresionales; por otra, para maximizar el enfoque de rendición de cuentas se requiere diseñar instrumentos metodológicos que sean el referente para establecer aquellos elementos que desde la perspectiva del Senado sean los pertinentes.

El dictamen de las comisiones dictaminadoras señala que los mecanismos de control específicos para la rendición de cuentas del actuar del IFT y la Cofece son:

*a) Control jurisdiccional. En la fracción VII del párrafo décimo octavo del artículo 28 de la minuta se prevé que podrán ser impugnados mediante el juicio de amparo indirecto todas las normas generales, actos u omisiones de la Cofece y del IFT, y los procedimientos serán sustanciados por jueces y tribunales especializados. Con ello se busca no sólo el control jurisdiccional de la actuación de estos órganos, sino un control jurisdiccional especializado.*

*b) Contrapeso parlamentario. En el segundo párrafo del artículo 93 de la Constitución Federal se establece que cualquiera de las cámaras del Congreso de la Unión podrá convocar a los titulares de los órganos autónomos para que informen, bajo protesta de decir verdad, cuando se discuta una ley o se estudie un negocio concerniente a sus respectivos ramos o actividades, o para que respondan a interpelaciones o preguntas.*

Adicionalmente, la fracción VIII del párrafo décimo octavo del artículo 28 de la minuta obliga a los titulares de los órganos a presentar anualmente a los poderes Ejecutivo y Legislativo de la Unión un informe de actividades.

Considerando la trascendencia de las funciones que realizarán dichos órganos reguladores, se estima necesario que el Congreso de la Unión cuente con elementos necesarios para evaluar su gestión, que sean lo más actuales o recientes posibles, por lo que los titulares de tales órganos

deberían comparecer al menos dos veces al año para presentar un informe de sus actividades.

*c) Responsabilidades y juicio político. El párrafo vigésimo del artículo 28 de la minuta establece que los comisionados de ambos órganos serán sujetos de responsabilidades del Título Cuarto de la propia Constitución y de juicio político, cuyo objeto es garantizar el debido ejercicio de la función encomendada y evitar que incurran en actos u omisiones que afecten la buena marcha de las instituciones de las que son responsables, posibilitando la destitución del servidor público y su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público, prisión, multa y decomiso.*

*d) Regla de contacto. Ante los riesgos en las instituciones especializadas que tienen a su cargo la regulación de sectores específicos de “captura del regulador” y con el objeto de minimizar estos riesgos, se determina en el párrafo vigésimo del artículo 28 que la ley sancionará los casos en que los comisionados establezcan contacto para tratar asuntos de su competencia con personas que representen los intereses de los agentes económicos regulados, salvo en audiencia pública, con la presencia de otros comisionados y como parte de los procedimientos respectivos. No obstante, se estima necesario que esta regla deberá ser reformulada para establecer que será en la ley donde se regulen las modalidades conforme a las cuales los comisionados podrán entrar en contacto para tratar asuntos de su competencia con personas que representen los intereses de los agentes económicos regulados.<sup>33</sup>*

Asimismo, agrega el dictamen, para fortalecer el régimen de rendición de cuentas contarán con una contraloría interna, cuyo titular será designado por las dos terceras partes de los miembros presentes en la sesión de la Cámara de Diputados. Así, el Congreso de la Unión, por conducto de la Cámara de Diputados, funciona como un contrapeso.<sup>34</sup>

## LA LEY Y LAS NORMAS ADMINISTRATIVAS REGULATORIAS

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

En la Controversia Constitucional 117/2014, la Suprema Corte realiza importantes consideraciones al respecto.<sup>35</sup>

El siguiente precedente de la Corte alude a tal cuestión:

### INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). A SUS DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL LES RESULTA APLICABLE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD MODULADO CONSTITUCIONALMENTE POR EL MODELO DE ESTADO REGULADOR

Si bien a las disposiciones administrativas de carácter general emitidas por el IFT no les son aplicables los principios del artículo 89, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como sí lo son a los reglamentos del Ejecutivo, lo cierto es que les resulta aplicable el principio de legalidad, pero de una manera modulada, acorde al modelo de Estado Regulador, para reflejar la intención del Constituyente de depositar en aquél un poder de creación normativa suficiente para innovar o configurar el ordenamiento jurídico exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia. En este sentido, en primer lugar, cabe precisar que, con motivo de los artículos 73, fracción XVII, 6° y 28 constitucionales, a las disposiciones aludidas del IFT les resulta aplicable el principio de subordinación jerárquica con las leyes,

entendido de una forma diferenciada acotada a la expresión del artículo 28 constitucional, que establece que las facultades de éste deben entenderse conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en los términos que fijen las leyes; atendiendo a su carácter diferenciado, este principio no implica que necesariamente deba existir una ley precedida que sea la medida de sus disposiciones de carácter general, pues constitucionalmente, de existir una inactividad legislativa sobre la materia, el órgano regulador podría emitir dichas disposiciones y autónomamente lograr validez si no exceden las delimitaciones internas del indicado artículo 28; no obstante, de existir una ley en la materia y un cuerpo de disposiciones administrativas de carácter general, debe concluirse que ambas fuentes no se encuentran en paridad, pues las normas administrativas de carácter general del IFT se encuentran en un peldaño normativo inferior, por lo que en caso de conflicto deben ceder frente a la ley; luego, deben respetar la exigencia normativa de no contradicción con las leyes. Sin embargo, esta modulación exige reconocer la no aplicación del principio de reserva de ley, ya que su función es inhibir lo que busca propiciar el artículo 28, vigésimo párrafo, fracción IV, constitucional, esto es, la regulación propia de un ámbito material competencial para desarrollar un cuerpo de reglas que avance los fines estructurales y de protección de derechos a la libertad de expresión y acceso a la información en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, en un espacio independiente de las presiones políticas que impulsan el proceso democrático, así como de los intereses de los entes regulados. Por tanto, por regla general, en sede de control ha de evaluarse la validez de las disposiciones de carácter general del órgano regulador a la luz del principio de legalidad, considerando que, de los dos subprincipios que lo integran, sólo el de subordinación jerárquica de la ley resulta aplicable de una forma diferenciada (atendiendo a la exigencia de no contradicción) y no el de reserva de ley, a menos de que en el texto constitucional se disponga expresamente lo contrario.<sup>36</sup>

La interpretación de la Corte permite apreciar la incorporación del discurso del Estado regulador en la jurisprudencia. Precisa sus características centrales: creación normativa en espacio independiente de presiones políticas (autonomía como garantía institucional) y de los intereses de los

regulados (riesgos de captura) para hacer frente a la eficiencia en los mercados. La idea del Estado regulador se toma como base conceptual para abordar un problema normativo como auxiliar para dotar de sentido a los principios competenciales y como contraste frente al Estado legislador.<sup>37</sup>

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

Una primera cuestión es la relativa a si la competencia del IFT como regulador está sujeta a los principios aplicables a la facultad reglamentaria del Ejecutivo. Para tal efecto considera que el Ejecutivo, al proveer “en la esfera administrativa a su exacta observancia”, es un ejecutor de la ley (desarrolla, complementa o pormenoriza); en cambio, el regulador no se limita a ejecutar la ley, sino que tiene su límite en la Constitución, “tiene un poder de innovación o configuración normativa ausente en el Ejecutivo”. Lo anterior tiene relación directa con la autonomía constitucional del IFT.

Asimismo, la Corte distingue entre legislación y regulación. Al existir ámbitos competenciales traslapados, la Corte examinó si la ley daba respuesta normativa a la cuestión normada; al encontrar silencio en la ley examinó si la norma emitida por el IFT ofrecía solución normativa, lo que así sucedió, y al no ser caprichosas y arbitrarias y no contradecir a la ley de la materia, la Corte declaró su validez.

Consecuentemente según la Sala, en el Estado regulador el principio de legalidad tiene matices: en la jerarquía normativa, la norma regulatoria se encuentra por debajo de la ley (lo mismo con el reglamento), pero no se aplica el principio de reserva de ley (ya que impediría los objetivos establecidos en el 28 constitucional), salvo que la propia Constitución lo estableciese. En cambio, se aplica el principio de no contradicción.

La sentencia y la tesis tienen elementos de la mayor importancia y deben ser analizados con detenimiento. De su lectura surgen diversas preguntas derivadas de la vinculación, en cuya explicación del modelo de Estado regulador tiene dos elementos formales: i) las normas administrativas generales emitidas por el regulador; ii) que el regulador sea un órgano

constitucional autónomo. Distinto material normativo y organización diversa a la administración del Ejecutivo.

Los elementos anteriores llevan a localizar varios problemas en la interpretación de la Corte. El primero es de orden epistémico: la identificación de la regulación con un tipo de norma y no con una función normativa. Explico: el modelo de Estado regulador, como la sentencia lo dice, tiene relación con la función del Estado frente al mercado; dicho de manera técnica: frente a las fallas del mercado. Por tanto, es “regulatoria” toda intervención que enfrente fallos del mercado, lo mismo la Constitución que la ley, el reglamento o la norma general de un regulador, un impuesto o un subsidio. Desde esta perspectiva, lo relevante es el problema que enfrenta y su finalidad; cómo se enfrenta es instrumental. La identificación de la regulación solamente con las normas administrativas generales deja fuera un gran número de normas y actos que son o que tienen propósitos regulatorios. El segundo es la identificación con un tipo de organización estatal: la constitucional autónoma. Al constreñirse a tal tipo de organización, deja fuera a los organismos reguladores coordinados en materia de energía (CNH y CRE) y a los órganos reguladores desconcentrados: la ASEA, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (Consar), la Comisión Federal de Prevención de Riesgos Sanitarios (Cofepris), entre otras. De esta suerte, pone por delante la forma de organización pública, que no sería más que distintas formas de organización pública para el cumplimiento de una función pública. La organización es instrumental a la función.

La distinción relativa al grado o densidad de vinculación de las normas administrativas generales a la ley puede resultar más un problema de derecho positivo que de conceptos o categorías normativas. Esto es, si la ley o la norma administrativa general coinciden en ámbitos materiales a normar, cualquiera de ellas, incluyendo el reglamento, podría dar la solución normativa. La Constitución o la ley misma pueden establecer diversos grados de participación normativa de los reglamentos: pueden establecer remisiones o señalar fines solamente (leyes marco o leyes de bases) en las cuales los reglamentos desarrollan ampliamente los medios para conseguir los fines.

La descripción de la reserva de ley que realiza la tesis debe ser analizada con atención. Al afirmar que no resulta aplicable uno de los subprincipios del principio de legalidad (el de reserva de ley), salvo que así lo establezca la Constitución, parece indicar que hay reserva de ley aun sin previsión constitucional. La reserva de ley es una técnica constitucional, es decir, hay reserva de ley si la Constitución la establece. La ley, el legislador, no puede entonces autogenerar una reserva de ley. La reserva creada constitucionalmente sería una obligación del legislador de decidir determinada materia, sin poder renunciar a hacerlo, su otra faceta es la exclusión de otro órgano para hacerlo, lo cual excluiría al regulador.<sup>38</sup> Si la reserva de ley recae en una materia en la que se diese la omisión legislativa, el regulador carecería de competencia para actuar emitiendo regulación que decida la materia reservada. Si en el caso analizado por la Corte se presentan ámbitos traslapados en los que la ley no da respuesta, sí la da la norma administrativa general del regulador pero no se configura técnicamente la reserva de ley. Por tanto, en sus líneas más gruesas, la reserva de ley no es, en principio, distinta tratándose de materias regulatorias en relación con otras; esto no significa que no haya diferencia, ésta se ubicaría en los criterios aplicables a los casos de duda o zonas grises en los cuales la especialización técnica del regulador y los mandatos de eficacia y eficiencia tenderían a inclinar la decisión en su favor.

La presencia de nuevos órganos especializados en la función regulatoria y las peculiaridades de esta última modifican las relaciones institucionales entre aquéllas y el Senado. Éste asume nuevas funciones, ante las cuales se encuentra en déficit técnico para cumplirlas adecuadamente, politizando sus intervenciones; sus decisiones normativas también tienen un nuevo entendimiento.

## LA REGULACIÓN Y LOS TRIBUNALES

La función de control de la regulación y de los reguladores a cargo de los tribunales presenta vicisitudes. Finalmente, la reforma de 2013 consolida a los tribunales del Poder Judicial de la Federación como la jurisdicción competente preferentemente para su control, desplazando al contencioso administrativo (al cual se le asigna una función residual). El impacto en los tribunales se ha expresado en su organización (creando tribunales especializados), en sus técnicas y métodos de decisión y en el juego y balance de los poderes en las decisiones públicas.

El impacto de la regulación en la jurisdicción tiene diversas manifestaciones. Interesa en este trabajo destacar los siguientes: i) genera una jurisdicción especializada; ii) impacta en las técnicas de interpretación y de decisión jurisdiccional; iii) constituye a los tribunales en un actor más de la regulación al definir los conflictos, generar interpretación e impactar la función regulatoria.

## LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA

La reforma constitucional creó tribunales especializados en competencia y telecomunicaciones. No aconteció algo similar en el caso de energía, pero eventualmente, en la medida en que la conflictividad aumente, podría darse la misma solución.

Como se refirió con anterioridad, la creación de tribunales especializados fue motivo de análisis por la OCDE en 2016, la cual señala los beneficios y los riesgos:

los métodos económicos aplicados a los casos de competencia fomentan el rigor analítico, ayudan a informar la evaluación de las cuestiones particulares de un caso determinado y brindan coherencia a los escenarios fácticos complejos (OCDE, 2008). Existen conceptos fundamentales utilizados en estos métodos y sobre los que los juzgadores deben estar bien informados. Estos conceptos son la definición del mercado relevante, los atributos del mercado, las características del mercado y la teoría del daño (OCDE, 2016). Estos conceptos económicos fundamentales típicamente enmarcan los asuntos de competencia y guían la interpretación de hechos detallados y relacionados con un tema en particular mediante la aplicación del marco lógico suministrado por la economía (Baker y Bresnahan, 2008). Existe una creciente aceptación respecto a que los órganos jurisdiccionales cada vez estén siendo más rigurosos en la identificación de los mercados en los que la competencia puede verse dañada, así como del mecanismo por el cual este daño ocurre. Por lo tanto, a las autoridades de competencia y a las partes cada vez se les requiere de manera más frecuente que proporcionen sustento económico para los argumentos presentados en el contexto del derecho de la competencia, así como utilicen métodos económicos que ayuden a clarificar las hipótesis en litigio y que presenten evidencia que contribuya a probarlas. A pesar de que los métodos económicos contribuyen

a focalizar la atención de los juzgadores en la conexión entre la teoría económica de un caso y las evidencias presentadas, existen ocasiones en las que los supuestos económicos no garantizan precisión o pueden ser ambiguos, y las estimaciones económicas pueden no ser lo suficientemente precisas para que algunos órganos jurisdiccionales las acepten como evidencia. Existen varias razones por las que los órganos jurisdiccionales pueden rechazar evidencia, particularmente la económica. Algunas de las más comunes son: falta de entendimiento por parte de los juzgadores; existencia de estándares de prueba exigentes (OCDE, 1996), y falta de idoneidad en su presentación por parte de las partes. Existen algunos ejemplos de las estrategias que las autoridades de competencia han utilizado ante los órganos jurisdiccionales para ayudar a que los juzgadores comprendan evidencia y teorías económicas complejas. Estos ejemplos son (OCDE, 2008):

Presentación de la evidencia de una manera creíble, simple y bien sustentada en los hechos. El reto consiste en presentar el razonamiento económico de una forma comprensible a los juzgadores, pero no por ello menos precisa. Con el fin de garantizar una mejor comprensión, el problema en cuestión debe quedar claramente identificado y cualquier argumento económico debe ser presentado en la medida de lo posible de modo que el juzgador pueda seguirlo fácilmente. Cualquier conclusión económica debe basarse en hechos pertinentes, así como en una teoría económica previamente establecida. Es vital que el argumento económico esté alineado con el jurídico, y que todos los testigos que comparezcan se encuentren bien preparados. Apelar a la intuición judicial, así como utilizar ejemplos de la vida real o analogías que respalden los argumentos, lo cual también puede ser de gran utilidad.<sup>39</sup>

Luego de varios años de funcionamiento de los tribunales especializados, la experiencia tiende a confirmar los méritos y a destacar algunos efectos no deseados: la concentración de asuntos en los tribunales dificulta la formación de jueces de remplazo ante la inevitable renovación de sus integrantes, de manera que habrá ciclos con costos de aprendizaje. Los profesores López Ayllón y García García destacan algunos otros efectos de

la jurisdicción especializada que refiere la literatura en la materia: se vuelven menos indiferentes al proceso político y aumenta el riesgo de captura o sesgo.<sup>40</sup>

Los autores sintetizan los efectos de la jurisdicción especializada en: 1) uniformidad, 2) calidad de la decisión, 3) eficiencia, 4) independencia y 5) alcance de la decisión.

En la reciente experiencia mexicana, la percepción no dista de las características enunciadas. Una posibilidad por atender es la periodicidad y forma de sustitución de los jueces especializados. Periodos más largos y renovación escalonada pueden ser formas de aprovechar el conocimiento y la experiencia acumulada y diluir los costos del aprendizaje. Como refieren los autores, los alcances de la revisión se relacionan con las técnicas de la revisión judicial.

## LAS TÉCNICAS DE LA DECISIÓN JUDICIAL

Como se aprecia en los apartados previos, la regulación hace que los tribunales se percaten de las novedades de la regulación y los reguladores, de la racionalidad de la regulación, de sus nuevas expresiones organizativas y de que lo anterior impacta en las formas de apreciar el conflicto y de resolverlo desafiando la ortodoxia.

En una acuciosa investigación sobre las decisiones judiciales en materia de competencia documentada de 2006 a 2012, Cortés marca una tendencia por la cual inicialmente los tribunales centraban su revisión en cuestiones formales y procedimentales, pero crecientemente toman decisiones sobre el fondo.<sup>41</sup> Se trata de un proceso natural de depuración de las controversias en el que se superan y solventan las cuestiones formales y de procedimiento y se tiende paulatinamente a conocer las cuestiones de fondo y sustantivas.

Al respecto, se aprecia la presencia de técnicas o test de revisión de las resoluciones considerando el modelo de Estado regulador.

Que en la regulación se definan políticas públicas y que su contenido tenga componentes técnicos tiene una de sus expresiones en la deferencia judicial. La deferencia es la expresión técnica de las funciones constitucionales de los poderes y de eficiencia institucional. Frente a la definición de políticas públicas, los tribunales delimitan su intervención ante la discrecionalidad política. Que el Legislativo o el Ejecutivo tengan una legitimidad democrática para decidir orientaciones políticas tiene en la deferencia una forma de autocontención en los alcances de la revisión judicial. Que la revisión judicial sea una revisión en derecho tiene frente a la discrecionalidad técnica una expresión funcional e institucional que motiva la deferencia como manifestación de eficiencia institucional (al abandonar la seguridad de los terrenos jurídicos, la falibilidad del tribunal tiende a maximizarse).

La técnica de la deferencia como punto de partida opera como un criterio “en principio”, que se liga a que la actuación revisada sea razonable y no arbitraria, que se presente o no alguna “categoría sospechosa” y que, en su caso, supere el test de proporcionalidad o ponderación. El grado de revisión será estricto si se presenta alguna categoría sospechosa, si se descubre arbitrariedad o no razonabilidad. Que en la litis se debata sobre algún derecho o bien si se está ante un órgano constitucional autónomo con funciones regulatorias, será también un referente para determinar el alcance de la revisión. El alcance de la revisión implica que la actuación de la autoridad requiera motivación reforzada para superar el estándar solicitado por el juez. En este escenario, son relevantes la exigencia y observancia de la mejora regulatoria como metodología para reunir evidencias e información antes de tomar una decisión.

Las técnicas y los métodos de decisión judicial son el punto de encuentro de diversas cuestiones que deben tomarse en cuenta: i) la influencia del derecho comparado y las tradiciones jurídicas de las que provienen las técnicas; ii) las teorías que forman el corpus de conocimientos que son los referentes; iii) los medios de control de constitucionalidad que determinan el tipo de control (abstracto o concreto), la litis o cuestión jurídica a decidir (afectación de un derecho, constitucionalidad de una ley o norma general, invasión de competencias), las reglas procesales que determinan los alcances de la decisión y los insumos para ella (agravio personal y directo, litis cerrada o abierta, pruebas o información para la decisión) y efectos de las sentencias (protección individual, inaplicación de la ley, invalidez general, efectos generales).

Es indudable la influencia que tiene el derecho comparado en las técnicas y métodos de decisión jurisdiccional: la deferencia, la relación entre categorías sospechosas y la intensidad del escrutinio (estricto, medio, leve) y la ponderación (balancing), la razonabilidad y no arbitrariedad tienen su raíz en la tradición anglosajona; en cambio, el test de proporcionalidad y la ponderación tienen su origen y aplicación más sofisticada en la justicia administrativa y constitucional alemana.<sup>42</sup> Tal origen se liga a tradición y debates en la creación y a jurídicos, teóricos o jurisdiccionales que, al ser injertados en la decisión mexicana, acarrearán efectos a examinar.

Las teorías ligadas a las técnicas y los métodos de decisión están presentes en las razones que justifican su adopción y su aplicación en los casos concretos y sus efectos. Es paradigmático, como ejemplo de tal influencia, la relación entre el test de proporcionalidad y la obra de Alexy. Si bien el conocimiento de la obra puede ser dispar y la aplicación de tal técnica tiene mucha mayor concreción en su expresión en las tesis aisladas o de jurisprudencia de la Corte y menos en la obra de un autor, ésta permite conocer la racionalidad que subyace a la forma de decidir.

Que el test de proporcionalidad o una categoría sospechosa acunada en la justicia alemana o norteamericana se traslade a una decisión y a un orden jurídico y constitucional como el mexicano supone no solamente un problema epistemológico, sino un problema jurídico. La técnica de ponderación tendrá un sentido y un efecto distinto si se trata del control de un acto administrativo o de la impugnación de una norma general, y si el efecto es la inaplicación de tal norma o su posible invalidación general. Esto es, si se trata la aplicación de la técnica en el contexto de particularismo o generalismo. La ponderación supone decisión para el caso; atendiendo a sus particularidades se puede decidir favorablemente en favor de un derecho respecto de otro en tensión; pero en un caso distinto la decisión puede ser diversa y preferir el otro derecho. Si a partir de un caso se toma una decisión con efectos generales, se estaría ante la fijación de una regla que impediría, para el futuro, nuevas ponderaciones.

Si bien las técnicas y los métodos de decisión no se restringen a cuestiones regulatorias, se están generando precedentes relevantes que muestran la forma en la que se aplican.

## ALCANCE DEL ESCRUTINIO

En la revisión de las decisiones, el juez debe considerar la racionalidad que existe en el Estado regulador, la regulación sectorial y sus características normativas.

### ESTADO REGULADOR. PARÁMETRO CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR LA VALIDEZ DE SUS SANCIONES

Existe un ámbito en donde el Estado vigila la desviación de la conducta prescrita jurídicamente no sólo en su calidad de Estado policía o vigilante, sino en su papel de Estado regulador, esto es, en ejercicio de su facultad constitucional de planificación de actividades económicas, sociales y culturales, para la realización de ciertos fines, que no podrían cumplirse si se dejaran al libre intercambio de las personas, a quienes, por tanto, no se les concibe como sujetos pasivos de una potestad coactiva, sino como sujetos participantes y activos de un cierto sector o mercado regulado. Así, esta nota planificadora o reguladora ha marcado el tránsito de un modelo de Estado de derecho, en donde el Estado tenía una función subsidiaria y secundaria para intervenir en caso de una ruptura del orden público, al Estado social de derecho, en donde el Estado tiene una función central de rectoría económica, cuyo fundamento se encuentra conjunta y principalmente en los artículos 25 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ahora bien, debe destacarse que las sanciones impuestas en este sector presuponen un contexto diferenciado, en el que los particulares se ubican como sujetos activos y participantes de ciertos mercados, o como prestadores de un servicio concesionado o permisionarios para la explotación de un bien público, por lo que su conducta está regulada por normas, que si bien tienen como marco una ley

que establece las líneas regulativas principales, también se integra por una pluralidad de instrumentos normativos, como son reglamentos, normas oficiales mexicanas u otras de naturaleza administrativa, que son requeridas por la regulación especializada técnica y flexible para la realización de ciertos fines de políticas públicas, establecidos en la Constitución o en las leyes, las que, en contrapartida, se han de desarrollar por órganos administrativos igualmente especializados y técnicos. De ahí que el modelo de Estado regulador supone un compromiso entre principios: el de legalidad, el cual requiere que la fuente legislativa, con legitimidad democrática, sea la sede de las decisiones públicas desde donde se realice la rectoría económica del Estado, y los principios de eficiencia y planificación que requieren que los órganos expertos y técnicos sean los que conduzcan esos principios de política pública a una realización óptima, mediante la emisión de normas operativas que no podrían haberse previsto por el legislador, o bien, estarían en un riesgo constante de quedar obsoletas, pues los cambios en los sectores tecnificados obligarían a una adaptación incesante poco propicia para el proceso legislativo y más apropiada para los procedimientos administrativos.<sup>43</sup>

Si bien la tesis anuncia los efectos en las sanciones, señala que el Estado regulador establece un “contexto diferenciado” al del Estado policía. Tal diferencia se expresa en el discurso jurisprudencial con las notas distintivas: el Estado social tiene una función activa, planificadora, de rectoría económica, de eficiencia y eficacia, que requiere órganos expertos. El énfasis en el desempeño debe destacarse, pues tiene efectos en la forma de interpretación y argumentación. Las sanciones provienen de una función pública más de corrección y de desempeño que de punición de actos antisociales.

Los tribunales tienen presente que, tratándose de discrecionalidad técnica, el tribunal no puede sustituirse en las decisiones del regulador y que, aun en el caso de que el regulador errara en la medida adecuada para conseguir los objetivos de la regulación, el tribunal no tiene el alcance para declarar inconstitucional la actuación. El tribunal defiende en favor del regulador y además aprecia que la regulación está sujeta al acierto y error.

## PREPONDERANCIA EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES. ALCANCES DEL ESCRUTINIO CONSTITUCIONAL DE LA DECLARACIÓN RELATIVA Y DE LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS ASIMÉTRICAS

Los artículos 25 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen las bases de la rectoría económica del Estado y del Estado regulador, según los cuales, corresponde a la autoridad en materia de competencia económica y telecomunicaciones garantizar el derecho a la libre competencia y plena competencia en los mercados. Por su parte, los artículos cuarto, octavo y noveno transitorios del decreto de la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013, disponen como una medida tendente a contrarrestar la alta concentración en los mercados, la emisión de una declaración de preponderancia en el sector de las telecomunicaciones, derivada del régimen relativo, que autoriza la imposición de medidas asimétricas en ciertos rubros, como compartición de infraestructura, desagregación de la red, insumos esenciales, precios y tarifas, condiciones técnicas y de calidad, información y oferta de servicios, acuerdo de exclusividad y separación contable, funcional o estructural de los agentes económicos, las cuales inciden directamente en el ámbito de eficacia de los derechos humanos relativos a la libertad contractual, a la actividad económica y al patrimonio de los agentes económicos que conceden al Estado un alto poder de intervención y control, porque aquéllos aprovechan en su beneficio un bien que no les es propio, sino que es público (espectro radioeléctrico) y prestan servicios públicos de interés social. Sin embargo, la atribución referida no implica una autorización en blanco para que el órgano regulador determine arbitraria o caprichosamente cualquier medida, deje de fundarla y motivarla o se aparte de los principios de racionalidad, proporcionalidad y demás aplicables a los actos de discrecionalidad técnica, pues las medidas que determine deben permitir que el agente económico preponderante continúe con su actividad, permanezca en el mercado y obtenga un rendimiento razonable (equilibrio financiero de la concesión).

Por lo anterior, está prohibido a los tribunales del Poder Judicial de la Federación sustituirse en la elección y el diseño de la política regulatoria de la agencia competente en los aspectos mencionados o en la apreciación sobre su oportunidad o conveniencia, de acuerdo con el interés general o el orden público prevaleciente en ciertas circunstancias de tiempo y lugar, pues si a la postre la decisión regulatoria desincentiva la inversión, desalienta a los participantes en el mercado, no combate adecuadamente las ineficiencias, no contribuye a incrementar el bienestar social, la competencia o la calidad de los servicios, no favorece la entrada de nuevos competidores eficientes, entonces podrá afirmarse que la agencia regulatoria erró en la elección de la política económica, pero no podrá decirse que el tribunal de amparo debió declarar inconstitucionales las medidas, pues estas cuestiones exceden con mucho el alcance del control jurisdiccional a él encomendado.<sup>44</sup>

El Tribunal señala las decisiones “técnicas”, que afectan “los derechos humanos” de libertad contractual, actividad económica y de patrimonio; que el Estado tiene un “alto poder de intervención y control” al involucrar la concesión de un bien público y una actividad de servicio público, pero que tales intervenciones deben ser razonables, proporcionales y no arbitrarias. Asimismo, está “prohibido” al tribunal sustituirse en la elección de la política regulatoria o en la apreciación de la oportunidad o conveniencia. La tesis sintetiza aquellos ámbitos que, en principio, corresponden al regulador respecto de los cuales el Tribunal es deferente: decisión técnica, política regulatoria, oportunidad y conveniencia. En cambio, el control constitucional se da cuando se aprecian problemas de fundamentación, motivación o cuando es caprichosa o arbitraria.

En un caso de concreción de “contexto particularizado” en la aplicación de sanciones, el estándar de revisión en el caso de tipicidad admite la posibilidad de tipos en blanco o reserva de ley relativa. El precedente expresa la influencia de las técnicas del derecho penal en la comprensión de las sanciones. La regulación, al tener una racionalidad de desempeño, presenta en las sanciones una forma de garantía cuya base está más en la función de corrección y de autotutela de la administración que en el ius

puniendi. La adopción de las técnicas penales es expresión de un sesgo cognitivo ante la novedad e insuficiente reflexión en la materia.

## TIPOS ADMINISTRATIVOS EN BLANCO. SON CONSTITUCIONALES SI SE JUSTIFICAN EN EL MODELO DE ESTADO REGULADOR

Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido los tipos penales en blanco como aquellos supuestos hipotéticos en los que la conducta delictiva se precisa en términos abstractos y requiere de un complemento para integrarse plenamente, los cuales son inconstitucionales si su integración debe realizarse mediante la remisión a normas reglamentarias, pues ello equivale a delegar a un poder distinto al legislativo la potestad de intervenir decisivamente en la determinación del ámbito penal, cuando es facultad exclusiva e indelegable del Congreso de la Unión legislar en materia de delitos y faltas federales. Ahora bien, esta conclusión no puede transportarse en automático al derecho administrativo sancionador, pues la remisión a fuentes infralegales no es un vicio de invalidez constitucional en todos los ámbitos que la integran, por lo que es necesario considerar la específica modulación del principio de legalidad exigido por el balance precisado de los valores constitucionales en juego que cada ámbito demanda; en el caso del modelo de Estado regulador, el principio de legalidad no exige un grado de satisfacción absoluto del principio de reserva de ley, ya que la regulación de ciertas cuestiones técnicas requiere de la coparticipación del Ejecutivo o de ciertos órganos constitucionales autónomos, por lo que el principio de legalidad sigue teniendo aplicación en sus dos vertientes, pero de forma diferenciada: el principio de tipicidad sigue exigiendo la predeterminación inteligible de la conducta; sin embargo, el principio de reserva de ley deja de ser absoluto para ser relativo. De ahí que los tipos administrativos en blanco son constitucionales si se justifican en el modelo de Estado regulador.<sup>45</sup>

El precedente es relevante para configurar la participación del legislador y del regulador en las cadenas normativas que integran una norma sancionadora. La sanción, como acto de privación, propicia la determinación de un estándar de mayor exigencia en la predeterminación normativa. El precedente concilia tal exigencia considerando aquellas peculiaridades que pueden escapar al alcance legislativo y que, por sus características, tengan en el regulador un decisor con mayor asertividad. Muestra además la insuficiencia de las técnicas basadas en los principios del derecho penal y la necesidad de autonomía en la explicación de la coacción en la regulación.

## *El test de proporcionalidad y la regulación*

Es insoslayable referir las anteriores técnicas específicas al test de proporcionalidad que es aplicable en general a los actos de autoridad independientemente de su calificación como regulatorios.

### TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL

El examen de la constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse a través de un análisis en dos etapas. En una primera etapa, debe determinarse si la norma impugnada incide en el alcance o contenido inicial del derecho en cuestión. Dicho en otros términos, debe establecerse si la medida legislativa impugnada efectivamente limita al derecho fundamental. De esta manera, en esta primera fase corresponde precisar cuáles son las conductas cubiertas prima facie o inicialmente por el derecho. Una vez hecho lo anterior, debe decidirse si la norma impugnada tiene algún efecto sobre dicha conducta; esto es, si incide en el ámbito de protección prima facie del derecho aludido. Si la conclusión es negativa, el examen debe terminar en esta etapa con la declaración de que la medida legislativa impugnada es constitucional. En cambio, si la conclusión es positiva, debe pasarse a otro nivel de análisis. En esta segunda fase, debe examinarse si en el caso concreto existe una justificación constitucional para que la medida legislativa reduzca o limite la extensión de la protección que otorga inicialmente el derecho. Al respecto, es necesario tener presente que los derechos y sus respectivos límites operan como principios, de tal manera que las relaciones entre el derecho y sus límites encierran una colisión que debe resolverse con ayuda de un método específico denominado test de

proporcionalidad. En este orden de ideas, para que las intervenciones que se realizan a algún derecho fundamental sean constitucionales debe corroborarse lo siguiente: i) que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido; ii) que la medida resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional; iii) que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental, y iv) que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada. En este contexto, si la medida legislativa no supera el test de proporcionalidad, el derecho fundamental preservará su contenido inicial o prima facie. En cambio, si la ley que limita al derecho se encuentra justificada a la luz del test de proporcionalidad, el contenido definitivo o resultante del derecho será más reducido que el contenido inicial del mismo.<sup>46</sup>

El precedente transcrito se trata de una acción de amparo contra una ley. La tesis no señala si existe algún acto de aplicación ni cuáles son los hechos y la afectación, o si se trata de una ley autoaplicativa, no señala los efectos del amparo y los quejosos son personas físicas. Es un extracto de una resolución que proporciona información relativa a un caso y las razones expresadas se formulan “en abstracto”.

Considerando tales razones y su aplicación a normas o actos regulatorios, requiere precisarse si en el amparo tal aplicación se da respecto de actos de autoridad individualizados o bien de normas generales (leyes, normas administrativas generales), y si en estas últimas existe o no un acto de aplicación (heteroaplicativas o autoaplicativas); si la demanda se promueve fundándose en un interés jurídico o interés legítimo. Tratándose de controversias constitucionales o acciones de inconstitucionalidad, las reglas del procedimiento y del problema jurídico cambian. En acción de inconstitucionalidad, por ejemplo, la Corte ejerce un control abstracto de constitucionalidad y su vinculación a los argumentos y consideraciones de las partes es menor; en el amparo, la vinculación del juez a la pretensión procesal del quejoso y a sus conceptos de violación es mayor.

Las características de la norma general regulatoria son también relevantes, en particular si dicha norma fue el resultado de un proceso de mejora regulatoria en la que se realizó un análisis de costo beneficio y fue sometida a consulta pública.

Los aspectos anteriores son condicionantes del contexto de decisión del tribunal que no deben ser soslayadas.

Para ilustrar los problemas se tomará en consideración uno de los precedentes jurisdiccionales emblemáticos y que precisa con mayor detalle el test de proporcionalidad: el amparo en revisión 237/2014 resuelto por la Primera Sala relativo al uso lúdico de la mariguana. Si bien tal caso no tiene como cuestión central una regulación económica, sí concierne a una regulación de salud pública que puede tener implicaciones de mercado y cuyo mérito para nuestro tema es el detalle en los pasos o fases en el análisis de la proporcionalidad.

El test de proporcionalidad adoptado por la Corte mexicana consta de cuatro fases, etapas o subprincipios que reparan en “el fin constitucionalmente válido”, que en el análisis de Alexy<sup>47</sup> no se distingue, como previo a las fases de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

#### PRIMERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. IDENTIFICACIÓN DE UNA FINALIDAD CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA

Para que las intervenciones que se realicen a algún derecho fundamental sean constitucionales, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, además de que debe lograr en algún grado la consecución de su fin, y no debe limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Ahora bien, al realizar este escrutinio, debe comenzarse por identificar los fines

que persigue el legislador con la medida, para posteriormente estar en posibilidad de determinar si éstos son válidos constitucionalmente. Esta etapa del análisis presupone la idea de que no cualquier propósito puede justificar la limitación a un derecho fundamental. En efecto, los fines que pueden fundamentar la intervención legislativa al ejercicio de los derechos fundamentales tienen muy diversa naturaleza: valores, intereses, bienes o principios que el Estado legítimamente puede perseguir. En este orden de ideas, los derechos fundamentales, los bienes colectivos y los bienes jurídicos garantizados como principios constitucionales constituyen fines que legítimamente fundamentan la intervención del legislador en el ejercicio de otros derechos.<sup>48</sup>

El acto que se reclama en este amparo fue la negativa de la Cofepris (cuyo mandato es regular riesgos sanitarios) para otorgar a personas físicas la autorización para realizar diversos actos relacionados con el consumo personal para fines lúdicos.<sup>49</sup> Se trata de la impugnación a una regulación de no mercado (Ley General de Salud), objeto de aplicación en un acto administrativo.

En esta fase o etapa es relevante la forma en que el tribunal se plantea la pregunta: ¿cuál es el fin constitucionalmente válido? La forma de plantear la cuestión lleva implícita la respuesta. En el caso se identifican: “los derechos fundamentales, los bienes colectivos y los bienes jurídicos garantizados como principios constitucionales” como posibles fines legítimos.

En el caso, los quejosos argumentaron su libertad de usar la marihuana para fines lúdicos, sin restricción de autoridad. Los derechos de las personas y la protección a la salud (la salud pública) están en los extremos de la balanza. ¿Cómo saber si se está ante un fin constitucionalmente legítimo? Las respuestas son variadas. Sánchez Gil refiere como posibles respuestas: a) que tal fin sea constitucionalmente explícito o b) que no se encuentre prohibido constitucionalmente, pero se pueda adscribir a un principio constitucional.<sup>50</sup>

De esta suerte, cómo se plantea la pregunta y cómo se justifica lo constitucional requieren, en tal metodología, la argumentación atendiendo a reglas y principios. En esta primera fase, la ubicación del fin es la puerta de acceso a las siguientes fases. Las posibles alternativas es que lo regulatorio sea considerado un fin constitucionalmente válido o un fin constitucionalmente no válido, o que no esté presente como fin.

El fraseo constitucional de los fines regulatorios se expresa en términos como competitividad, desarrollo, mejoramiento de las condiciones de vida, entre otros. La regulación supone, en principio, intervenciones en los derechos justificados en fines legítimos. Lo anterior implica que la Constitución, junto con los derechos, establece otros valores constitucionales como el interés general, el desarrollo económico, la estabilidad, la gobernabilidad, la democracia.

## SEGUNDA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA IDONEIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA

Para que resulten constitucionales las intervenciones que se realicen a un derecho fundamental, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, lograr en algún grado la consecución de su fin y no limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Por lo que hace a la idoneidad de la medida, en esta etapa del escrutinio debe analizarse si la medida impugnada tiende a alcanzar en algún grado los fines perseguidos por el legislador. En este sentido, el examen de idoneidad presupone la existencia de una relación entre la intervención al derecho y el fin que persigue dicha afectación, siendo suficiente que la medida contribuya en algún modo y en algún grado a lograr el propósito que busca el legislador. Finalmente, vale mencionar que la idoneidad de una medida legislativa podría mostrarse a partir de conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas.<sup>51</sup>

La segunda etapa o fase examina la racionalidad de la medida, es decir, si hay una relación medio / fin. El contraste con los métodos o técnicas regulatorias es relevante, ya que una regulación supone la precisión de la finalidad de la política regulatoria: fallo de mercado, eficiencia, inversión, riesgo, etc., y su relación con la medida correctiva. Tal relación, como se expresó, es propia de la racionalidad instrumental. Los análisis de impacto o evaluación regulatoria posibilitan no solamente precisar tal relación medio / fin, sino aportar evidencia cuantitativa sobre la probabilidad de efectividad. Debe considerarse que la finalidad de la acción gubernamental puede expresarse de manera abstracta en la ley, pero también es posible que la finalidad de la acción sea propia de la función de gobierno o de política pública o regulatoria, de manera que el estándar de revisión puede enfrentarse a la discrecionalidad política que puede colocar a la autoridad judicial en los linderos de la deferencia, o bien en el terreno de examinar la razonabilidad y no arbitrariedad de tal política. La deferencia judicial tendría también un efecto respecto de la idoneidad de los medios para conseguirla. La determinación de los fines y la selección de los medios se ubican en un contexto y en una decisión estratégica.

### TERCERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA

Para que resulten constitucionales las intervenciones que se realicen a algún derecho fundamental, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, lograr en algún grado la consecución de su fin y no limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Así, una vez que se ha constatado un fin válido constitucionalmente y la idoneidad de la ley, corresponde analizar si la misma es necesaria o si, por el contrario, existen medidas alternativas que también sean idóneas, pero que afecten en menor grado el derecho fundamental. De esta manera, el examen de necesidad

implica corroborar, en primer lugar, si existen otros medios igualmente idóneos para lograr los fines que se persiguen y, en segundo lugar, determinar si estas alternativas intervienen con menor intensidad el derecho fundamental afectado. Lo anterior supone hacer un catálogo de medidas alternativas y determinar el grado de idoneidad de éstas, es decir, evaluar su nivel de eficacia, rapidez, probabilidad o afectación material de su objeto. De esta manera, la búsqueda de medios alternativos podría ser interminable y requerir al juez constitucional imaginarse y analizar todas las alternativas posibles. No obstante, dicho escrutinio puede acotarse ponderando aquellas medidas que el legislador consideró adecuadas para situaciones similares, o bien las alternativas que en el derecho comparado se han diseñado para regular el mismo fenómeno. Así, de encontrarse alguna medida alternativa que sea igualmente idónea para proteger el fin constitucional y que a su vez intervenga con menor intensidad al derecho, deberá concluirse que la medida elegida por el legislador es inconstitucional. En caso contrario, deberá pasarse a la cuarta y última etapa del escrutinio: la proporcionalidad en sentido estricto.<sup>52</sup>

La necesidad de la medida se aprecia en el contraste con otras alternativas y cuál de entre ellas afecta “en menor grado el derecho fundamental” sin sacrificar el fin de interés público o general buscado. La evaluación de la necesidad examina el “nivel de eficacia, rapidez, probabilidad o afectación material de su objeto”.

Según Alexy, el subprincipio de necesidad expresa la idea del óptimo Pareto. “A causa de la existencia de un medio más benigno e igualmente idóneo, puede mejorarse una posición sin que esto represente costes para la otra.”<sup>53</sup> La referencia a Pareto es llamativa, pues tal principio supone que no se afecta o desmejora ninguna situación, es decir, todos ganan. Si la ponderación supone conflicto, tal situación parece improbable, ya que la afectación o daño es lo que genera el conflicto (resulta, en principio, difícil de entender que lo haya si nadie pierde).

El conocimiento de lo anterior puede ser altamente problemático, depende de cómo se formalice el conflicto ante los tribunales. Puede ser un caso propicio para un contraste en abstracto de los valores o bienes en juego, o

puede tratarse de un conflicto en el que los hechos son determinantes. La temporalidad de la regulación y de la revisión puede ser un factor importante: el regulador pudo haber tomado una decisión atendiendo al momento, a la información o evidencia disponible, a las condiciones del mercado existentes o esperadas. La revisión judicial es ex post y las circunstancias del contexto son distintas. ¿Las alternativas a contrastar deben ser aquellas que tomó en consideración la autoridad (ceteris paribus) o aquellas que el juez puede representarse?

La sentencia de la cual proviene el precedente es interesante. Para decidir revisa acuciosamente la información científica sobre las consecuencias para la salud del consumo de la marihuana y la forma de regularse en derecho comparado, y concluye que existen otras formas menos gravosas para posibilitar el consumo. El análisis de la necesidad se realiza a partir de la información disponible que el juez tiene para valorarla. Tratándose de normas sometidas al procedimiento de mejora regulatoria, se requiere analizar las posibles alternativas y la expresión de las razones por las cuales se elige alguna de ellas. Si la autoridad tomó en consideración la mejor información disponible para su decisión, la revisión judicial tiene un estándar de mayor dificultad para ser vencido.

La elección entre ellas no es cuestión sencilla. Las teorías de la decisión estratégica muestran que la efectividad en la consecución de los fines debe estar abierta a las segundas opciones. Se puede ganar sacrificando la mejor opción.<sup>54</sup> En la idea de Alexy, la optimización debe atender a “las circunstancias fácticas y jurídicas”,<sup>55</sup> lo cual posibilitaría consideraciones estratégicas.

#### CUARTA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO DE LA MEDIDA LEGISLATIVA

Para que resulten constitucionales las intervenciones que se realicen a algún derecho fundamental, éstas deben superar un test de proporcionalidad en

sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, lograr en algún grado la consecución de su fin y no limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Así, una vez que se han llevado a cabo las primeras tres gradas del escrutinio, corresponde realizar finalmente un examen de proporcionalidad en sentido estricto. Esta grada del test consiste en efectuar un balance o ponderación entre dos principios que compiten en un caso concreto. Dicho análisis requiere comparar el grado de intervención en el derecho fundamental que supone la medida legislativa examinada, frente al grado de realización del fin perseguido por ésta. En otras palabras, en esta fase del escrutinio es preciso realizar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen, frente a los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados. De este modo, la medida impugnada sólo será constitucional si el nivel de realización del fin constitucional que persigue el legislador es mayor al nivel de intervención en el derecho fundamental. En caso contrario, la medida será desproporcionada y, como consecuencia, inconstitucional. En este contexto, resulta evidente que una intervención en un derecho que prohíba totalmente la realización de la conducta amparada por ese derecho será más intensa que una intervención que se concrete a prohibir o a regular en ciertas condiciones el ejercicio de tal derecho. Así, cabe destacar que desde un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, sólo estaría justificado que se limitara severamente el contenido prima facie de un derecho fundamental si también fueran muy graves los daños asociados a su ejercicio.<sup>56</sup>

La cuarta etapa corresponde a la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. Requiere la explicitación de los valores o principios que compiten, ambos igualmente válidos, para medir el grado de intervención y de realización del fin. Se trata de un análisis de costo / beneficio. En el caso que dio origen al precedente se estimó que la prohibición absoluta del consumo de marihuana no es proporcional al fin perseguido.

Alexy expresa la “ley de la ponderación” en los siguientes términos: “Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.<sup>57</sup>

El test de proporcionalidad ordena y expresa los aspectos revisados de una decisión y las razones que el juez considera en cada uno de ellos. La sentencia es el espacio del arbitrio judicial y el test expone las razones. Es un vigoroso método que muestra los alcances de la decisión judicial y también sus fronteras, sus límites y la probabilidad de errores.

En el caso de la mariguana, la sentencia es una pieza argumental que cuestiona constitucionalmente las bases de la política prohibicionista del consumo de la mariguana; pero, por otra parte, al ordenar a la Cofepris otorgar las autorizaciones para producir, transportar y procesar mariguana a los quejosos para su uso personal, se sustituye a la autoridad legislativa en el establecimiento de reglas para el caso y en la decisión de otorgar tal autorización. Desde la perspectiva regulatoria, la autorización sería un acto administrativo innecesario si consumirla es menos dañino que el alcohol o el tabaco, como lo dice la sentencia (si se aplicara el test de proporcionalidad a la sentencia como medida regulatoria podría resultar desproporcionada). Por otra parte, al sustituir a la Cofepris en la decisión de otorgar la autorización, impide analizar los grados de riesgo que tendría cada una de las personas beneficiadas.<sup>58</sup>

En todo caso, lo que muestran las aplicaciones del método es que según sea su intensidad, la revisión judicial se acerca a la política.

## *Las categorías sospechosas y la regulación*

La adopción del concepto de categorías sospechosas por los tribunales mexicanos muestra la influencia del método de revisión proveniente de los tribunales estadounidenses. La relevancia del concepto y su funcionalidad en el grado del escrutinio tienen su origen en las decisiones judiciales propiciadas por los litigios por los derechos civiles y la discriminación. Si alguna ley o actuación llevara a sospechar alguna discriminación, los tribunales realizarían una revisión más rigurosa. En contrapartida, se requeriría una justificación o motivación reforzada en el acto de autoridad.

**IGUALDAD. CUANDO UNA LEY CONTENGA UNA DISTINCIÓN BASADA EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UN ESCRUTINIO ESTRICTO A LA LUZ DE AQUEL PRINCIPIO**

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que cuando una ley contiene una distinción basada en una categoría sospechosa, es decir, en alguno de los criterios enunciados en el último párrafo del artículo 1º constitucional (el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas), el juzgador debe realizar un escrutinio estricto de la medida para examinar su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad, puesto que estas distinciones están afectadas de una presunción de inconstitucionalidad. Si bien la Constitución no prohíbe que el legislador utilice categorías sospechosas, el principio de igualdad

garantiza que sólo se empleen cuando exista una justificación muy robusta para ello.<sup>59</sup>

Si bien el método de revisión proviene de cuestiones relacionadas con discriminación y de la lucha por los derechos civiles, en los Estados Unidos se ha aplicado en regulación económica. Matthews y Stone hacen el recuento de diversas resoluciones de la Corte Suprema norteamericana en las que, al revisar la legislación de comercio de diversos estados de la Unión, detectan medidas proteccionistas a las que aplican un escrutinio estricto (entre ellas *Pike v. Bruce Church, Inc.*).<sup>60</sup> No sería extraño que, de manera similar, también haya sido argumentado y aplicado en casos de regulación por nuestros tribunales.

Los métodos de decisión jurisdiccional resuelven conflictos en los cuales la controversia está entre la intervención pública y los derechos, pero tal intervención pública puede proteger derechos fundamentales de terceros.

Un ejemplo de la aplicación de tal test a un caso de regulación social es el impuesto a las bebidas carbonatadas establecido como fin extrafiscal atendiendo a la epidemia de obesidad.

**ALIMENTOS NO BÁSICOS CON UNA DENSIDAD CALÓRICA DE  
275 KILOCALORÍAS O MAYOR POR CADA 100 GRAMOS. EL  
ARTÍCULO 2º, FRACCIÓN I, INCISO J), DE LA LEY DEL IMPUESTO  
ESPECIAL SOBRE PRODUCCIÓN Y SERVICIOS, QUE ESTABLECE  
LA TASA CON LA QUE SE GRAVAN, SUPERA EL TEST DE  
PROPORCIONALIDAD**

El test de proporcionalidad se conforma de tres criterios, relativos a que la distinción legislativa: a) persiga una finalidad objetiva y constitucionalmente válida; b) resulte adecuada o racional (idoneidad), y c) sea proporcional. Por otra parte, la medida prevista en el artículo 2º,

fracción I, inciso J), de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios consiste en gravar con tasa de 8% el valor de la enajenación o importación de alimentos no básicos con una densidad calórica de 275 kilocalorías o mayor por cada 100 gramos. Ahora, se cumple con el inciso a), porque la finalidad del impuesto es constitucionalmente válida y objetiva, al ser su objetivo inmediato combatir el sobrepeso y la obesidad, mientras que el fin mediato consiste en que el Estado garantice a toda persona el derecho a una alimentación nutritiva, suficiente y de calidad, en aras de salvaguardar el derecho a la protección de la salud de la población conforme al numeral 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. También se actualiza el inciso b), pues la medida resulta ser el medio idóneo, apto y adecuado para cumplir con la finalidad aludida, porque en aras de combatir la obesidad y el sobrepeso se consideró desincentivar el consumo de ese tipo de alimentos, para lo cual se tomaron como parámetro las kilocalorías en un rango de 275 o mayor, con lo cual se busca evitar las distintas enfermedades asociadas o derivadas del consumo de dichos alimentos, pero sobre todo prevenir su consumo excesivo. Por lo que se refiere a la necesidad de la medida impositiva impugnada, también se satisface en razón de que, atento a la finalidad mediata que se busca con su establecimiento, el Estado debe agotar los instrumentos a su alcance para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud de la población. Finalmente, el requisito del inciso c) se cumple, ya que existe correspondencia proporcional mínima entre el medio elegido y el fin buscado, atendiendo a las ventajas y desventajas que produce la medida implementada; dentro de las ventajas se advierte que permite inhibir o desincentivar el consumo de los alimentos no básicos aludidos y con ello disminuir, cuando no evitar, enfermedades crónicas no transmisibles, en aras de la protección del derecho a la salud; mientras que las desventajas inciden sobre los hábitos alimenticios de la población o en el incremento en los precios de los alimentos no básicos enlistados. De ahí que la norma en cuestión se considere constitucional al superar el test de proporcionalidad.<sup>61</sup>

El precedente anterior muestra una regulación que, desde la perspectiva económica, enfrenta un fallo de mercado y, desde la regulación social, enfrenta un problema de salud pública (epidemia de obesidad y sobrepeso).

La libertad de empresa, de comercio y los derechos de propiedad tienen limitación en los derechos de la población expresados como una cuestión de interés general.<sup>62</sup>

Las decisiones de los tribunales no solamente definen los roles y los alcances de las autoridades. También demarcan los ámbitos de actuación de los agentes económicos. En la definición de los agentes económicos, la transformación de los organismos descentralizados en empresas productivas del Estado muestra las perplejidades en el razonamiento jurisdiccional, pero por esa vía se tiene el riesgo de mutar el sentido constitucional de su creación. La posible consideración de éstas como autoridad para efectos del amparo alteraría la igualdad en el mercado respecto de sus competidores agentes privados. El siguiente precedente muestra este problema:

COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. EL AJUSTE,  
REQUERIMIENTO DE PAGO Y CORTE DEL SERVICIO DE ENERGÍA  
ELÉCTRICA, DERIVADO DE LA PRÁCTICA DE UNA  
VERIFICACIÓN EFECTUADA POR DICHA EMPRESA PRODUCTIVA  
DEL ESTADO, SON ACTOS DE PARTICULAR EQUIVALENTES A  
LOS DE AUTORIDAD PARA LOS EFECTOS DE LA PROCEDENCIA  
DEL JUICIO DE AMPARO

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el recurso de queja 54/2014, consideró que la Comisión Federal de Electricidad (como auxiliar del Estado en la prestación del servicio público de energía eléctrica), cuando determina una diferencia facturable por consumo de energía eléctrica con motivo de una visita de verificación, emite actos unilaterales por los cuales crea, modifica o extingue, por sí o ante sí, situaciones que inciden en la esfera legal del usuario, con lo que se ubica en la hipótesis del artículo 5º, fracción II, de la Ley de Amparo para considerarla como particular que realiza actos equivalentes a los de autoridad para los efectos de la procedencia del juicio constitucional, desplegados en ejecución de atribuciones legales, ya que la relación que entabló con el usuario del servicio denota características de supra a

subordinación, como son imperatividad, coercitividad y unilateralidad. Así, dicho criterio es aplicable tratándose del ajuste, requerimiento de pago y corte de ese servicio, derivado de la práctica de una verificación efectuada por dicha empresa productiva del Estado, no obstante que el Alto Tribunal se hubiere basado en ordenamientos actualmente abrogados, como lo son la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, el Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Electricidad y el Reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, porque las disposiciones constitucionales que sirvieron de base para resolver el aludido recurso de queja ya estaban en vigor en ese momento y el sistema normativo secundario vigente participa de la misma naturaleza de aquéllos, pues la Comisión Federal de Electricidad tiene todavía la potestad de suspender el servicio motu proprio y establecer sanciones al consumidor final, que son características propias de un acto de autoridad, aunque provenga de un particular.<sup>63</sup>

Los precedentes citados muestran diversas técnicas de decisión que impactan en la validez y eficacia de las regulaciones, sean éstas económicas o sociales, como se apreció en la citada en último término.

La tradición de los tribunales mexicanos de expresar sus tesis aisladas o de jurisprudencia mediante enunciados abstractos limita la información que tienen los operadores jurídicos o los analistas para el stare decisis. Al prescindir de la descripción de hechos se imposibilita el contraste entre situaciones distintas para apreciar sus semejanzas y diferencias y, en su caso, establecer juicios sobre la aplicación de la misma razón jurídica.

La deferencia, la proporcionalidad, la ponderación y la razonabilidad empleadas en el control o revisión judicial de la regulación no solamente tienen una función en la validez o invalidez jurídica de los actos de autoridad, sino también en la construcción de significados, conceptos y metalenguajes de la misma. Los tribunales son ya un escenario alternativo en el que se dirime el mercado.

No obstante, su empleo debe calibrar sus efectos y la magnitud de la decisión. En el amparo, al restringirse al quejoso sus efectos, se minimizan aunque pueden crear asimetrías entre los agentes económicos, por ejemplo;

en las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, al tener efectos generales se maximizan. La ponderación supone una valoración en principios y una jerarquización axiológica que puede ser movable, de suerte que en un determinado caso y circunstancia se puede decidir de una manera y, en otro, ser modificada la decisión.<sup>64</sup> Que una decisión basada en valores y circunstancias tenga efectos generales o que se afirme en una jurisprudencia hace rígida tal jerarquía e impediría o al menos dificultaría nuevas ponderaciones. El método judicial tiene en los efectos de la sentencia una condición normativa que lo puede anular.

## LOS TRIBUNALES COMO ACTORES DE LA REGULACIÓN

Recordando las palabras de Basú: los jueces también son jugadores sociales. La función institucional de imparcialidad y objetividad no excluye las formas de pensar, las ideologías, las opciones teóricas y las emociones de los jueces como seres humanos. El acceso a la justicia también lleva implícito el derecho a una decisión humana. Eso es parte de las estrategias, de las capacidades persuasivas de las partes y, con eso, de la legitimación social. La experiencia indica que los tribunales han sido actores relevantes en la regulación del mercado y en la regulación social. Al decidir conflictos precisan derechos, obligaciones, restricciones, orientaciones; o bien, roles institucionales del legislador, de la administración pública, de los órganos reguladores.

Las técnicas de solución, como la deferencia, las garantías institucionales, la distinción entre regulación, legislación y reglamento, impactan la delimitación de funciones del Estado, incluyendo la del Poder Judicial. La deferencia considera especializaciones funcionales y criterios de eficiencia útiles para establecer autorrestricción del tribunal. El concepto de garantía institucional delimita funciones aun cuando los propios órganos no activen las acciones. Se construye un derecho a que decida la autoridad competente.

El test de proporcionalidad y sus subprincipios hacen que la decisión regulatoria eleve sus estándares de justificación. La necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto incentivan que la decisión regulatoria sea tomada basándose en evidencia. En esto hay una coincidencia funcional con la mejora regulatoria. De esta suerte, aquellas decisiones que hayan pasado por el procedimiento de mejora regulatoria contarán con análisis de costo / beneficio que soportan la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto requeridas judicialmente.

No obstante, la decisión regulatoria y la decisión jurisdiccional presentan diferencias sustanciales. Juzgar y administrar son dos funciones

constitucionalmente distintas y, por tanto, sus propósitos, finalidades y métodos de decisión son distintos. Administrar o regular supone decisiones de política pública y de discrecionalidad técnica. La legitimación democrática o bien el conocimiento experto proveen a los órganos competentes una especialización funcional de la que carecen los tribunales. Las técnicas de decisión, si bien pueden presentar algunas coincidencias terminológicas, obedecen a funciones distintas. La administración y la regulación tienen funciones de garantía de bienes públicos, derechos individuales o sociales en los que las instituciones son garantes primarios. Enfrentan problemas ex ante. La jurisdicción trata conflictos declarados ex post. Su función es la revisión jurídica previa de decisiones judiciales o administrativas.<sup>65</sup>

También debe alertarse sobre la diferencia en la decisión que toma un regulador y un tribunal.

*a) Los reguladores enfrentan problemas públicos, los tribunales enfrentan casos privados definidos por la litis planteada, la pretensión procesal, el interés reclamado y la información disponible. Los reguladores tienen su horizonte en el interés general, los tribunales en los intereses en disputa.*

*b) El contexto para obtener información para decidir es distinto: un regulador tiene un amplio contexto de obtención de información, la proveniente de sus órganos técnicos, la que presentan los interesados en las consultas públicas, la información que provenga de bancos de información, etc. Tiene un contexto abierto de recepción de información; el tribunal recibe información para decidir de las partes, de los amicus curia, de las pruebas para mejor proveer, siempre y cuando tengan que ver con la litis (hay un contexto cerrado de obtención de información).*

*c) Los reguladores deciden reuniendo una pluralidad de saberes; los jueces deciden a partir del conocimiento jurídico.*

*d) Los reguladores consideran los recursos (escasos) con los que pueden financiar sus decisiones; los jueces no tienen un límite en los costos presupuestales derivados de sus sentencias.*

*e) Los jueces tienen un número acotado de tipos de decisión (p. ej., amparan, niegan el amparo o sobreseen) y usualmente son de suma cero; los reguladores pueden tomar tales decisiones, pero también decisiones de compensación o de ganar ganar.*

*f) En regulación, las decisiones pueden ser revisadas ex post , evaluándolas y modificando sus efectos si no son los esperados; la decisión judicial firme no tiene un seguimiento posterior en cuanto a su corrección.*

De esta suerte, aun cuando pudiese existir una coincidencia en los métodos de proporcionalidad o ponderación, existen diferencias constitucionales, funcionales y metodológicas relevantes.

Uno de los desafíos en las técnicas de decisión judicial es considerar la acción de gobierno acertada. En tal ruta, para el caso estadounidense, Edley señala que los tribunales constituyen un foro alternativo para la toma de decisiones y, consecuentemente, su desafío está en tomar decisiones de gobierno acertadas. Pero eso es un tema que excede este trabajo.<sup>66</sup>

## CONCLUSIONES

### *Estado regulador y Estado garante*

El análisis de la ordenación constitucional de la economía, como se aprecia, es complejo. Si bien el concepto de Constitución económica es útil para agrupar y demarcar temáticamente un ámbito del ordenamiento, es insuficiente para explicar lo constitucional en su integridad. Para esto se requiere la apreciación de lo complejo, porque el objeto es complejo. La Constitución se integra por una sucesión de reformas en diversos tiempos, coyunturas y propósitos. Se hace a diversas mentes, orientaciones, manos y tiempos. Los cometidos de la regulación y de las funciones garantes del Estado tienen relación directa con los cuestionamientos directos a la democracia: sus fallas en dar resultados y, por tanto, en su legitimidad.

En la apreciación de la complejidad desde el derecho —como el que aquí se presenta— puede tener el mérito de la especialidad, pero la escasez del conocimiento propio de otros saberes. La ordenación de la economía requiere el saber económico, como el tratamiento de los derechos humanos requiere el conocimiento de lo humano; la regulación, por ejemplo, antes que derecho es un saber sistematizado sobre los fallos de mercado y sus métodos de tratamiento; como las teorías jurídicas sobre los derechos humanos, supone una idea del sujeto antropológico, de su comportamiento y de sus decisiones individuales o de la acción colectiva. Por otra parte, tratándose de la organización pública, el derecho tiende a presentarla como conjuntos de competencia, estructuras jerarquizadas, relaciones institucionales juridificadas; pero es menos solvente para enfrentar problemas de diseño, procesos decisionales y desempeño. El derecho se ocupa más de estructuras formales y menos de cuestiones funcionales. Las teorías de la política pública, de la gestión administrativa, de la organización, son saberes relevantes para precisar de mejor modo los problemas públicos, las alternativas de solución y los medios para ser más

eficaces. Así las cosas, el conocimiento jurídico tiene que ser modesto para conocer, como expresión básica de inteligencia, sus alcances y sus límites.

También conviene procurar establecer puentes con otros saberes y perfilar problemas y soluciones que requieren el concurso de diversas disciplinas. En esto el derecho es una herramienta y una instancia de acción social que, al posibilitar el encuentro de saberes especializados, también puede propiciar inteligencia social.

Regulación y calidad institucional son los medios que componen las herramientas de los modelos de Estado regulador y Estado garante. Idoneidad de la intervención pública y efectividad en los resultados. De ahí la pertinencia de asociar ambos términos, pues destacan diversos aspectos de la función pública.

De esta suerte, considerar al Estado en sus funciones de regulación y garante implica no solamente tener presente sus funciones, organización, orden normativo, materias reguladas; es también reflexionar sobre cómo pensamos tales cuestiones; es decir, las metodologías para apreciar cuestiones normativas en atención a las finalidades a lograr.

## SOBRE CÓMO PENSAR LA REGULACIÓN Y LA EFECTIVIDAD DEL ESTADO

Las reformas constitucionales están marcadas por una racionalidad instrumental, que es a la vez la racionalidad de la política pública y de la regulación. La racionalidad instrumental procura conseguir resultados para alcanzar los fines. En el terreno del derecho, las técnicas de interpretación definen los sentidos normativos y, por tanto, la orientación de las decisiones. Los criterios de racionalidad y de razonabilidad propician una oferta de las ideas para la decisión jurídica.

La consideración de las consecuencias y de los impactos en el desempeño económico y en el bienestar de la población requiere tomar en cuenta las normas de fin, como las que la Constitución prevé para el desarrollo económico; tienen su horizonte en el buen desempeño de las instituciones. La racionalidad instrumental se orienta en la aplicación de normas atendiendo a los beneficios sociales esperados. La política pública, por otra parte, se plantea en su horizonte la solución de problemas públicos; la regulación lo tiene en conseguir un mayor beneficio a los menores costos. Hay en común una relación de medio / fin.

Los criterios de racionalidad instrumental en el abordaje de la interpretación constitucional posibilitan un terreno fértil para apreciar la funcionalidad del entramado institucional para la regulación. No se trata, por ejemplo, de aplicar una sanción que provenga de un ejercicio de adecuación de la conducta a una norma, sino de valorar la conducta por su desempeño (si produce ganancias en eficiencia); o bien en apreciar la competencia de los reguladores como un catálogo de potestades, sino como mandatos para cumplir funciones de las cuales se pueden derivar potestades implícitas, razonables y no arbitrarias. Lo anterior implica discutir la expresión que tiene el principio de legalidad frente a la regulación. La Suprema Corte ha planteado tal problema al decidir cuestiones como la competencia del IFT,

las sanciones administrativas y los alcances de las atribuciones regulatorias en contraste con la ley y el reglamento administrativo.

## LA CALIDAD REGULATORIA

Como creador de normas generales, el Estado garante tiene que dar resultados. La calidad de las normas no se agota en la buena técnica legislativa o en la corrección formal de su validez constitucional o de legalidad (según sea el caso); debe ser, además, efectiva. La mejora regulatoria provee una metodología que puede contribuir a tal finalidad. Tiene que transitar de apreciar la validez formal de las normas a la funcionalidad de las mismas.

El riesgo activa una faceta que requiere una mayor sofisticación en la función regulatoria. Si bien su tratamiento ha estado presente en áreas como la intermediación financiera, el medio ambiente y la salud, la forma en que lo hace la reforma energética es particularmente destacado. Se crea un nuevo órgano especializado (la ASEA) y se le dota de facultades para regular, supervisar y emitir diversos actos administrativos cuyo propósito es prevenir y gestionar el riesgo, proteger el medio ambiente y proveer a la seguridad industrial. La regulación por riesgo es una forma metodológicamente diversa a la regulación del mercado. Atiende a la probabilidad del daño y a fijar estándares de riesgos permisibles, razonables. Los dilemas están en la ecuación entre la conservación, la precaución, por una parte, y la inversión y la innovación por la otra.<sup>1</sup> En la constelación de los principios, el precautorio está presente en contextos de incertidumbre o desconocimiento por ausencia de información que permita cuantificar.

## LA CORRECCIÓN FUNCIONAL

Actuación administrativa y administración como el garante primario y la corrección funcional como poder judicial y revisión, distintas metodologías y funciones. La organización administrativa de la regulación tiene su horizonte en la garantía de sus mandatos. Hay un mandato de desempeño.

La bibliografía consultada para esta obra resalta la calidad institucional en el desarrollo (Trebilcock y Mota Prado, Acemoglu y Robinson, Piketty, entre los principales). Ante este desafío, las formas organizativas: autonomías constitucionales, legales, o de gestión centralizada, son instrumentales.

A las formas organizativas y a su relación entre los poderes del Estado subyace una razón de eficiencia institucional: un órgano público es más eficiente si su competencia, dotación de recursos humanos, procedimentales y materiales lo colocan en mejor posición que otro para gestionar un determinado asunto. Las posiciones y funciones institucionales de los órganos públicos son distintas y sus probabilidades de acierto o error también son diversas. Si un tribunal decide sustituir a la administración puede maximizar su probabilidad de error.

La convergencia entre organización y regulación plantea retos analíticos relevantes para el conocimiento, pero a la vez para una teoría que puede tener utilidad en la solución de los problemas de política pública, de regulación o de conflicto jurídico. La reflexión en nuestro país sigue siendo insuficiente.

## LOS DERECHOS, LA REGULACIÓN Y EL ESTADO GARANTE

La regulación tiene funciones diversificadas frente a los derechos: los crea, los garantiza, los orienta, los restringe, los limita. La regulación y la intervención pública no necesariamente son el villano frente a los derechos; se ocupan de una faceta no siempre visible de ellos: el interés general. En análisis de la acción colectiva muestra que el interés individual o privado puede afectar los intereses de otros y los bienes públicos (tragedia de los comunes), que la suma de los intereses de todos puede afectar los propios derechos. De esta suerte, la buena acción pública y la buena regulación tienen como resultado la mejoría en las condiciones de vida de todos (que ningún agente económico pague impuestos podría ser el mejor escenario de “garantía” de los derechos de propiedad, podría pensar alguien, pero realmente sería la peor pesadilla para la garantía de la propiedad).

En relación con los derechos, la regulación tiene diversas implicaciones de coincidencia o de tensión en las cuales el quid está en los límites de los derechos y de las intervenciones públicas. Tales tensiones no solamente se dan entre libertades económicas e intervenciones regulatorias; sucede entre las libertades económicas y los derechos de los consumidores o bien con los derechos sociales y colectivos. En este terreno, las técnicas regulatorias y los test de proporcionalidad y razonabilidad son instrumentos que permiten racionalizar las decisiones.

Por su necesidad de funcionalizar relaciones jurídicas y centros de imputación de derechos y obligaciones o competencias, el lenguaje jurídico se auxilia de ficciones jurídicas. La de persona jurídica o agente económico es parte de ese catálogo de ficciones necesarias para realizar las actividades y los intereses humanos. El derecho mercantil tiene en esto los derechos de autoría de sujetos cuya capacidad para abatir costos, aislar riesgos, operar globalmente, es la más exitosa para la maximización de los beneficios. La empresa está ligada a tal racionalidad. Al tener un encuentro con los discursos de derechos humanos, las coordenadas cambian y las narrativas se

adecuan: los sesgos antiautoritarios del discurso y las teorías de los derechos humanos son aprovechados por las empresas “humanizando” su naturaleza y sus derechos. Por la vía de la narrativa (una capacidad muy humana), se mitifica a la empresa “humanizándola” y, a la vez, se aliena a los derechos de los seres humanos. Se fetichiza a la empresa mercantil ocultando su mero carácter instrumental del muy humano propósito de lucro.

## EL CONTROL JUDICIAL Y EL BUEN GOBIERNO

La revisión judicial controla regulaciones y participa de sus garantías. Su función inmediata es el control de la constitucionalidad y la legalidad; y mediata es el control de las regulaciones y de la calidad institucional. Los criterios y métodos con los cuales se lleva a cabo el control son instrumentos relevantes para evaluar la calidad del propio control (deferencia, test de proporcionalidad, razonabilidad).

Para el control es relevante considerar que la función constitucional de juzgar y administrar es distinta y que, por tanto, sus métodos de decisión también son diversos. El anterior es un desafío para el análisis y para la función pública activa ante el creciente y relevante papel de los tribunales en la definición de los conflictos en última instancia. El buen desempeño institucional requiere la reflexión y el conocimiento de la corrección funcional. Los órganos del Estado tienen alcances, capacidades institucionales y limitaciones, además de los formales propios de su competencia, determinados por sus procedimientos, la información o evidencia con la que cuentan, el capital humano y los recursos económicos y materiales. La inteligencia institucional reside en conocer sus capacidades y minimizar la probabilidad de errores. En el extremo opuesto, el derecho a la buena administración depende de eso.

## BIBLIOGRAFÍA

Acemoglu, Daron, y James A. Robinson, *Why Nations Fail. The Origins of Power, Prosperity, and Poverty*, Crown Publishing, Nueva York, 2012.

Ackerman, Bruce, *Del realismo al constructivismo jurídico*, trad. de J. G. López G., Ariel, Madrid, 1998.

———, *La nueva división de poderes*, trad. de José Manuel Salazar, FCE, México, 2007.

Aguilar, José Antonio (comp.), *El derecho de propiedad y la Constitución mexicana de 1917*, FCE / CIDE, México, 2017.

Alexy, Robert, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, trad. de María Cecilia Añaños, vol. 5, núm. 8, 2000, pp. 21-42.

———, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, trad. de Pablo Larrañaga, Fontamara, México, 2004.

———, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

Allen, Carleton Kemp, *Law in the Making*, Oxford University Press, Nueva York, 1927.

Álvarez, Clara Luz, *Telecomunicaciones en la Constitución*, Universidad Panamericana, México, 2017.

———, *Telecomunicaciones y radiodifusión en México*, manuscrito inédito, UNAM, México, 2017, pp. 135-153.

Arellano, David, “El enfoque organizacional en la política y la gestión pública. Entendiendo las organizaciones gubernamentales”, en Mauricio Merino Huerta et al., Problemas, decisiones y soluciones. Enfoques de política pública, FCE /CIDE, México, 2010, pp. 61-92.

Ariño Ortiz, Gaspar, y Juan Carlos Cassagne, “Estudio preliminar sobre las técnicas de habilitación en el marco de una nueva concepción sobre el servicio público”, en La regulación económica: teoría y práctica de la regulación para la competencia: hacia un nuevo concepto de servicio público, Abaco, Buenos Aires, 1996.

Baldwin, R., M. Cave y M. Lodge, Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice, 2ª ed., Oxford University Press, Nueva York, 2013.

Ballinas, Cristopher, Luchas políticas en el diseño de organismos autónomos, CEEY, México, 2017.

Bardach, Eugene, Los ocho pasos para el análisis de las políticas públicas. Un manual para la práctica, trad. de David García-Junco, CIDE / Miguel Ángel Porrúa, México, 2004.

Barragán, Julia, Estrategias y derecho, ITAM / Miguel Ángel Porrúa, México, 2009.

Basu, Kaushik, Más allá de la mano invisible. Fundamentos para una nueva economía, trad. Roberto Reyes, FCE, México, 2013.

Betancor, Andrés, Mejorar la regulación. Una guía de razones y medios, Fundación Rafael del Pino / Marcial Pons, Madrid, 2009.

———, Regulación: Mito y Derecho, Civitas, Madrid, 2010.

Bolaños, Bernardo, “La estructura de las expectativas jurídicas”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, Trotta, Madrid, 2009, pp. 293-318.

Bonilla Maldonado, Daniel (coord.), Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia, Cambridge

University Press, Nueva York, 2013. [Versión en español: Constitucionalismo del sur global, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2015.]

Boulín, Ignacio, Decisiones razonables. El uso del principio de razonabilidad en la decisión administrativa, Marcial Pons, Madrid, 2014.

Burgoa Orihuela, Ignacio, Las garantías individuales, 41ª ed., Porrúa, México, 2015.

Calleja, Aleida, “Audiencias, en juego algo más que los derechos”, La Silla Rota. Consultado el 19 de diciembre de 2017 en [lasillarota.com/opinion/columnas/audiencias-en-juego-algo-mas-que-los-derechos/138602](http://lasillarota.com/opinion/columnas/audiencias-en-juego-algo-mas-que-los-derechos/138602).

Calvo Soler, Raúl, Uso de normas jurídicas y toma de decisiones, Gedisa, Barcelona, 2003.

Cámara de Diputados, “Reforma en materia de Derechos humanos”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 11 de junio de 2011. Consultado en [www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/PDFs/proceso%20legislativo%20derechos%20humanos.pdf](http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/PDFs/proceso%20legislativo%20derechos%20humanos.pdf).

Cárdenas, Enrique, El largo curso de la economía mexicana. De 1780 a nuestros días, FCE / El Colegio de México, México, 2015.

Cárdenas Gracia, Jaime, “Las características jurídicas del neoliberalismo”, Cuestiones Constitucionales, vol. 32 (enero-junio), 2015, pp. 3-44.

Carrillo Flores, Antonio, La defensa jurídica de los particulares frente a la administración en México, Tribunal Fiscal de la Federación, México, 2000.

Casas, Ignacio, y Fernando Toller, Los derechos humanos de las personas jurídicas. Titularidad de derechos y legitimación en el sistema interamericano, Porrúa, México, 2015.

Castro y Bravo, Federico, La persona jurídica, Civitas, Madrid, 1991.

CIDE, “Diálogos por la Justicia Cotidiana. Diagnósticos conjuntos y soluciones”, Gob.mx, México, 2015. Consultado el 19 de diciembre de 2017 en [www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/79028/Di\\_logos\\_Justicia\\_Cotidiana.pdf](http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/79028/Di_logos_Justicia_Cotidiana.pdf).

Coase, Ronald, “La naturaleza de la empresa”, en Andrés Roemer (comp.), Derecho y economía: una revisión de la literatura, FCE, México, 2000.

Cofemer, “Qué es la regulación”, Cofemer, México, 6 de septiembre de 2016. Consultado el 17 de enero de 2018 en [www.gob.mx/cofemer/acciones-y-programas/que-es-la-regulacion](http://www.gob.mx/cofemer/acciones-y-programas/que-es-la-regulacion).

Coneval, “Anexo estadístico de pobreza en México 2010-2014”, Coneval, México, 2014. Consultado el 23 de marzo de 2017 en [www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/AE\\_pobreza\\_2014.aspx](http://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/AE_pobreza_2014.aspx).

CIDH, “Opinión Consultiva Oc-22/16 de 26 de febrero de 2016 solicitada por la República de Panamá”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2016. Consultada en [www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_22\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf).

Cortés Campos, Josefina, “Decisiones judiciales y regulación para la competencia”, en Sergio López Ayllón y Adriana García García (coords.), Perspectivas comparadas de la justicia administrativa, CIDE, México, 2017.

Cossío Barragán, José Ramón, La naturaleza jurídica de Petróleos Mexicanos como empresa productiva del Estado, Tirant lo Blanch, México, 2016.

Cossío Díaz, José Ramón, “El artículo 27: entre la civilización y la revolución”, en Emilio Rabasa, El derecho de propiedad y la Constitución mexicana de 1917, José Antonio Aguilar (coord.), FCE / CIDE, México, 2017.

Cossío Díaz, José Ramón, y José Ramón Cossío Barragán, “El nuevo sistema energético en la constitución mexicana”, en Tony Payán, Stephen

Zamora y José Ramón Cossío Díaz (coords.), Estado de Derecho y reforma energética en México, Tirant lo Blanch, México, 2016.

Culebro, Jorge, “Reforma administrativa y nuevas formas de organización. El diseño e implementación de organismos reguladores de mercado”, en Jorge Culebro (coord.), Nuevas fronteras de la regulación. Transformación y diseño institucional, Juan Pablos / UAM-C, México, 2009.

Dixit, Avinash, y Barry J. Nalebuff, El arte de la estrategia. La teoría de juegos, guía del éxito en sus negocios y en su vida diaria, trad. de Ma. Esther Rabasco y Luis Toharia, Antoni Bosch, Barcelona, 2010.

DOF, “Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones aprueba diferir la entrada en vigor de los Lineamientos Generales sobre Defensa de las Audiencias”, Diario Oficial de la Federación, México, 8 de febrero de 2017.

———, “Decreto de Declaratoria de Zona Económica Especial de Puerto Chiapas”, Diario Oficial de la Federación, México, 29 de septiembre de 2017.

———, “Decreto por el que se establecen las acciones que deberán llevarse a cabo por la Administración Pública Federal para concretar la transición a la Televisión Digital Terrestre”, Diario Oficial de la Federación, México, 2 de septiembre de 2010.

———, “Decreto por el que se reforman los párrafos primero y último del artículo 25, así como el párrafo primero y tercero del apartado A del artículo 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Diario Oficial de la Federación, México, 5 de junio de 2013.

———, “Ley de la Industria Eléctrica”, Diario Oficial de la Federación, México, 11 de agosto de 2014.

DOF, “Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética”, Diario Oficial de la Federación, México, 11 de noviembre de 2014.

———, “Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión”, Diario Oficial de la Federación, México, 14 de julio de 2014.

Dussauge, Mauricio, “Organismos constitucionales autónomos y reforma administrativa en México”, en María del Carmen Pardo y Guillermo M. Cejudo (coords.), Trayectorias de reformas administrativas en México: legados y conexiones, Colmex, México, 2016.

Dworkin, Ronald M., Los derechos en serio, trad. de Marta Guasavino, Planeta, Barcelona, 1990.

———, Ética privada e igualitarismo político, trad. de Antoni Domènech, Paidós, Barcelona, 1993.

Edley, Christopher, Derecho administrativo. Reconocer el control judicial de la Administración Pública, trad. de Ángel Manuel Moreno, INAP, Madrid, 1994.

Elster, Jon, El cemento de la sociedad. Las paradojas del orden social, trad. de Alberto L. Bixio, Gedisa, Sevilla, 2006.

Esteve Pardo, José, El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia, Marcial Pons, Barcelona, 2009.

———, Lecciones de derecho administrativo, Marcial Pons, Madrid, 2013.

———, Estado garante. Idea y realidad, INAP, Madrid, 2013.

Estrada, Javier, “El modelo petrolero noruego y sus beneficios”, Analítica Energética, Ciudad de México, noviembre de 2006. Consultado el 20 de diciembre de 2017 en [analiticaenergetica.com/El\\_Modelo\\_Petrolero\\_Noruego.pdf](http://analiticaenergetica.com/El_Modelo_Petrolero_Noruego.pdf).

Faya, Alejandro, Fortalecer a los reguladores, Centro de Investigación para el Desarrollo / Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, México, 2010.

———, “Derechos humanos y tratados de inversión”, en Derechos humanos y tratados internacionales. Los tratados de inversión, Barra

Mexicana de Abogados, México, 2013.

Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 1. Teoría del derecho, trad. de Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2001.

———, *Democracia y garantismo*, trad. de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2010.

Ferandois, Arturo, *Derecho constitucional económico. Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2006.

Ferrara, Francesco, *Teoría de las personas jurídicas*, trad. de Eduardo Ovejero y Mauri, edición facsimilar editada por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2006.

Fierro Ferráez, Ana Elena, y Ximena Medellín Urquiaga, “De las garantías individuales a los derechos humanos: ¿existe un cambio de paradigma?”, en Fascículo 4, CNDH, México, 2015, pp. 25-77.

Font, José, *Constitución económica y derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987.

Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, Porrúa, México, 2001.

García de Enterría, Eduardo, y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1995.

García Sais, Fernando, *Jurisprudencia del consumidor*, Tirant lo Blanch / ITAM, México, 2012.

García Sarubbi, David, “Modelo de Estado regulador: su aparición en la jurisprudencia nacional”, en Luis María Aguilar Morales (coord.), *Dilemas de control constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales / Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2016.

Gallego Anabitarte, Alfredo, *Conceptos y principios fundamentales del derecho de organización*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

- Galgano, Francesco, Historia del derecho mercantil, Laia, Barcelona, 1981.
- Grimm, Dieter, Constitucionalismo y derechos fundamentales, trad. de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena, Trotta, Madrid, 2006.
- Grossi, Paolo, y M. Ángel López y López, Propiedad: otras perspectivas, Fontamara / Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2016.
- Grunstein, Miriam, “La coordinación de los reguladores del sector hidrocarburos: ¿es óptima para el Estado mexicano?” en Tony Payán et al. (eds.), Estado de derecho y reforma energética en México, Tirant lo Blanch, México, 2016, pp. 165-191.
- Guayo Castiella, Íñigo del, Regulación, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- Häberle, Peter, “Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado. Siete tesis de trabajo”, en César Landa (coord.), Constitución económica del Perú, Palestra, Lima, 2018.
- Harari, Yuval, De animales a dioses. Breve historia de la humanidad, trad. de Joandoménech Ros, Debate, México 2017.
- Hayek, Friedrich, Derecho, legislación y libertad, vol. II., trad. de Luis Reig, Unión Editorial, Caracas, 1988.
- Hernández Laos, Enrique, “Retos para la medición de la pobreza en México”, Comercio exterior, vol. 51 núm. 10, 2001, pp. 860-868.
- Hesse, Konrad, Escritos de derecho constitucional, trad. de Pedro Cruz Villalón, CEC, Madrid, 1992.
- Höffe, Otfried, Ciudadano económico, ciudadano del Estado, ciudadano del mundo. Ética política en la era de la globalización, trad. de Carlos Díaz Roca, Katz, Buenos Aires, 2007.
- Hunt, Lynn, La invención de los derechos, trad. de Jordi Beltrán, Tusquets, Barcelona, 2009.

IFT, “Lineamientos generales sobre los derechos de las audiencias”, IFT, 29 de noviembre de 2016. Consultado el 19 de abril de 2017 en [www.ift.org.mx/sites/default/files/industria/temasrelevantes/4746/documentos/lineamientosdchosaudienciasaccesible.pdf](http://www.ift.org.mx/sites/default/files/industria/temasrelevantes/4746/documentos/lineamientosdchosaudienciasaccesible.pdf).

———, “Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina al Grupo de interés económico del que forman parte América Móvil, S. A. B. de C. V., Teléfonos de México, S. A. B. de C. V., Teléfonos del Noroeste, S. A. de C. V., Radiomóvil DIPSA, S. A. B. de C. V., Grupo Carso, S. A. B. de C. V., y Grupo Financiero Inbursa, S. A. B. de C. V., como agente económico preponderante en el sector de telecomunicaciones y se le impone las medidas necesarias para evitar que se afecte la competencia y la libre concurrencia”, Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), 6 de marzo de 2014. Consultado en [www.ift.org.mx/industria/politica-regulatoria/preponderancia-telecom/resolucion-pleno-ift-determina-grupo-1](http://www.ift.org.mx/industria/politica-regulatoria/preponderancia-telecom/resolucion-pleno-ift-determina-grupo-1).

———, “Versión pública del acuerdo P/IFT/EXT/060314/77”, IFT, 6 de marzo de 2014. Consultado el 14 de marzo de 2014 en [http://www.ift.org.mx/sites/default/files/p\\_ift\\_ext\\_060314\\_77.pdf](http://www.ift.org.mx/sites/default/files/p_ift_ext_060314_77.pdf).

Ignatieff, Michael, *Los derechos humanos como política e idolatría*, trad. de Francisco Beltrán, Paidós, Barcelona. 2003.

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, UNAM, México, 1981.

Khaneman, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, trad. de Joaquín Chamorro, De Bolsillo, Madrid, 2013.

Larrañaga, Pablo, “Interés general y regulación económica”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 27, 2007, pp. 73-109.

———, “Constitucionalismo económico y argumentación”, *La Judicatura*, vol. 2, 2001, pp. 158-165.

López Ayllón, Sergio, Adriana García y Andrea Marván, “Especialización judicial y deferencia”, en Adriana García García y Sergio López Ayllón

(coords.), *Perspectivas comparadas de la justicia administrativa*, CIDE, México, 2017.

Loughlin, Martin, y Colin Scott, “The Regulatory State”, en Patrick Dunleavy et al. (coords.), *Developments in British Politics 5*, MacMillan Press, Londres, 1997.

McAuley, Ian, et al., *Políticas Públicas de consumo. Tendencias internacionales*, Profeco, México, 2008.

Méndez, Laura, y José Salazar, “The Future of Antitrust Class Action in Mexico”, Centre for Interdisciplinary Mexican-British Research (CIMBRE), 2013. Consultado en [gallery.mailchimp.com/83d96841dc330fd54f8ee3fe1/files/Class\\_actions\\_LMR.pdf](http://gallery.mailchimp.com/83d96841dc330fd54f8ee3fe1/files/Class_actions_LMR.pdf).

Méndez, Laura, Carlos Mena y José Roldán Xopa, *El derecho de la competencia en México*, Porrúa, México, 2015.

Mitnick, Barry, *Economía política de la regulación*, trad. de Adriana Sandoval, FCE, 1989.

Moreno Brid, Juan Carlos y Jaime Ros Bosch, “Mexico’s Market Reforms in Historical Perspective”, *CEPAL Review*, vol. 84, 2004, pp. 35-36.

Moreso, José Juan, *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

Morineau, Oscar, *Los derechos reales y el subsuelo en México*, FCE / UNAM, México, 1997.

Nehme Zalaquett, Nicol, “Constitución económica en contextos evolutivos. El rol de los operadores del derecho. Nuevas voces, nuevos ámbitos (Discurso inaugural del seminario: La nueva Constitución económica)”, en Miriam Lorena Henríquez Viñas y María Pía Silva Gallinato (coords.), *La Constitución económica*, W. Green, Santiago de Chile, 2015.

North, Douglas, Instituciones, cambio institucional y desempeño económico, trad. de Agustín Bárcena, FCE, México, 1993.

Nussbaum, Marta, Emociones políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?, Paidós, Barcelona, 2014.

———, Crear capacidades, trad. de Albino Santos, Paidós, México, 2012.

OCDE, Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en México, OCDE, París, 2012.

———, Revisiones de la OCDE sobre Reforma Regulatoria. México hacia una perspectiva de gobierno entero para la mejora regulatoria. Informe de las principales conclusiones, OCDE, París, 2013.

OCDE y Secretaría de Economía, La resolución de asuntos de competencia por órganos de jurisdicción especializada y general. Balance de experiencias internacionales, OCDE, París, 2016.

Ostrom, Elinor, El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva, trad. de Leticia Merino, FCE, México, 2011.

“Pacto por México”, Pacto por México. Consultado el 25 de abril de 2017 en [pactopormexico.org/PACTO-POR-MEXICO-25.pdf](http://pactopormexico.org/PACTO-POR-MEXICO-25.pdf).

Parejo Alfonso, Luciano José, Estado y derecho en proceso de cambios. Las nuevas funciones de regulación y garantía del Estado social de soberanía limitada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

———, “Presentación”, en Estudios sobre la vigilancia y la supervisión como tareas de la administración en sectores de referencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

———, Administrar y juzgar. Dos funciones constitucionalmente distintas y complementarias, Tecnos, Madrid, 1993.

Parkin, Michael, Microeconomía, trad. de Francisco Reyes Guerrero, Addison Wesley Iberoamericana, Buenos Aires, 1995, p. 24.

Piketty, Thomas, *El capital en el siglo XXI*, trad. de Eliane Cazenave, colab. de Guillermina Cuevas, FCE, México, 2014.

Posner, Richard, *El análisis económico del derecho*, trad. de Eduardo L. Suárez, FCE, México, 1998.

———, *La crisis de la democracia capitalista*, trad. de Cristina Campos Prieto, Marcial Pons, Madrid, 2012.

Presidencia de la República, “Los 5 acuerdos”, Pacto por México. Consultado el 25 de abril de 2017 en [pactopormexico.org/acuerdos/#sociedad-de-derechos](http://pactopormexico.org/acuerdos/#sociedad-de-derechos).

Ramírez, Juan, y Eszter Wirth, “Empresas públicas, fondos soberanos y enfermedad holandesa. El caso de Noruega”, *Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento*, vol. 6, núm. 2, 2017, pp. 180-200.

Redacción Animal Político, “PRD abandona el pacto por México”, *Animal Político*, 28 de noviembre de 2013. Consultado el 10 de enero de 2018 en [www.animalpolitico.com/2013/11/prd-abandona-el-pacto-por-mexico](http://www.animalpolitico.com/2013/11/prd-abandona-el-pacto-por-mexico).

Reybrouck, David van, *Contra las elecciones. Cómo salvar la democracia*, trad. de Marta Mabres, Taurus, México, 2017.

Rittner, F., *Wirtschaftsrecht mit Wettbewerbs-und Kartellrecht*, Müller Juristischer Verlag, Heidelberg y Karlsruhe, 1979.

Rodríguez de Santiago, José María, *Metodología del derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

Rodota, Stefano, *La propiedad. El terrible derecho*, trad. de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1986.

Rodrik, Dani, y Arvind Subramanian, “The Primacy of Institutions. And What this Does and Does not Mean”, *Finance and Development*, vol. 40, núm. 2, 2003, pp. 31-34.

Roldán Xopa, José, *Constitución y mercado*, Porrúa, México, 2004.

———, Derecho administrativo, Oxford University Press, México, 2008.

———, “La Licitación 21. Intereses, jueces y estrategias en la ‘justicia cautelar’”, en Licitación 21. Lecciones de política pública en telecomunicaciones, CIDE, México, 2014.

———, “La Procuraduría Federal del Consumidor y la regulación. Una regulación compleja” en Cinco reguladores, CIDAC / SAID, México, 2013, pp. 147-166.

———, “El razonamiento judicial en la fiesta de la mariguana”, El juego de la Suprema Corte, 2015. Consultado el 19 de enero de 2018 en [eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=5066](http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=5066).

———, “De la desconcentración administrativa a la autonomía constitucional. Los órganos reguladores en su nuevo escenario” en María del Carmen Pardo y Guillermo Cejudo (coords.), Trayectorias de reformas administrativas en México: legados y conexiones, Colmex, México, 2016.

Sánchez Gil, Rubén, “Estudio preliminar” en Matthias Klatt y Moritz Meister, La proporcionalidad como principio universal, UNAM, México, 2017.

SCT, “Publica la SCT en el Diario Oficial el Programa de la transición a la TDT”, Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT), México, 13 de mayo de 2014. Consultado el 16 de agosto de 2017 en [www.sct.gob.mx/despliega-noticias/article/publica-la-sct-en-el-diario-oficial-el-programa-de-la-transicion-a-la-tdt](http://www.sct.gob.mx/despliega-noticias/article/publica-la-sct-en-el-diario-oficial-el-programa-de-la-transicion-a-la-tdt).

———, “Programa de la transición a la Televisión Digital Terrestre”, SCT. Disponible en [sct.gob.mx/fileadmin/TDT/Presentacion\\_TDT.pdf](http://sct.gob.mx/fileadmin/TDT/Presentacion_TDT.pdf).

Sen, Amartya, La idea de justicia, Paidós, Madrid, 2010.

Senado de la República, “Dictamen de las comisiones unidas de Puntos Constitucionales, de Comunicaciones y Transportes; de Radio, Televisión y Cinematografía y de Estudios Legislativos, con la opinión de las comisiones de Gobernación y de Justicia, respecto de la Minuta con Proyecto de

decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6°, 7°, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Telecomunicaciones”, Senado de la República, México, 16 de abril de 2013. Consultado en [infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/1/2013-04-18-1/assets/documentos/DICTAMEN\\_TELECOMUNICACIONES.pdf](http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/1/2013-04-18-1/assets/documentos/DICTAMEN_TELECOMUNICACIONES.pdf) .

———, “Dictamen de las comisiones unidas de Puntos Constitucionales; de Energía, y Estudios Legislativos, primera, con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Energía, México”, Senado de la República, México, 7 de diciembre de 2013. Consultado en [www.senado.gob.mx/comisiones/estudios\\_legislativos1/docs/relevantes/RCME\\_3-1.pdf](http://www.senado.gob.mx/comisiones/estudios_legislativos1/docs/relevantes/RCME_3-1.pdf).

———, “Dictamen de las comisiones de Puntos Constitucionales, Justicia y Estudios Legislativos Segunda sobre la iniciativa en materia de mecanismos alternativos de solución de disputas, mejora regulatoria, justicia cívica e itinerante y registro civil”, Senado de la República, México, 2013. Consultado el 16 de agosto de 2017 en [www.senado.gob.mx/comisiones/puntos\\_constitucionales/docs/Temas/MASCMRJIRC\\_Dictamen\\_061216.pdf](http://www.senado.gob.mx/comisiones/puntos_constitucionales/docs/Temas/MASCMRJIRC_Dictamen_061216.pdf).

Shapiro, Sidney, y Joseph Tomain, *Regulatory Law and Policy: Cases and Materials*, Lexis Publishing, Nueva York, 1998.

Snipeliski Nischli, Ron, “Comentario al párrafo séptimo del artículo 27 constitucional”, en José Ramón Cossío (coord), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 3 vols., Tirant lo Blanch, México, 2017, pp. 555-559.

Sunstein, Cass, *A Constitution of Many Minds*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 2009.

Stiglitz, Joseph E., *La economía del sector público*, trad. de Ma. Esther Rabasco y Luis Toharia, 3ª ed., Antoni Bosch Editor, Barcelona, 2000.

———, *Globalization and Its Discontents*, W. W. Norton Company, Nueva York / Londres, 2002.

———, “Crony Capitalism American Style”, Project Syndicate, 11 de febrero de 2002. Consultado el 12 de noviembre de 2017 en [www.project-syndicate.org/commentary/crony-capitalism-american-style?barrier=accessreg](http://www.project-syndicate.org/commentary/crony-capitalism-american-style?barrier=accessreg).

Soler Calvo, Raúl, *Uso de normas jurídicas y toma de decisiones*, Gedisa, Barcelona, 2003.

Stigler, George, “El análisis económico de las políticas públicas: una súplica a los académicos”, en Andrés Roemer (coord.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, trad. de Eduardo Camero, FCE, México, 2000.

Stone Sweey, Alec, y Jud Matthews, *Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global*, trad. de Alberto Supelano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Consulta tradicional. Ejecutorias”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, noviembre de 2015, p. 382.

Thaler, Richard, y Cass Sunstein, *Nudges. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, Yale University Press, New Haven, 2008.

Thatcher, Mark, “Regulation after Delegation. Independent Regulatory Agencies in Europe”, *Journal of European Public Policy*, vol. 9, núm. 6, 2002, pp. 954-972.

Trebilcock, Michael, y Mariana Mota Prado, *Derecho y desarrollo. Cómo las instituciones pueden contribuir al desarrollo social y económico*, Siglo XXI Editores, México, 2017.

Tron Petit, Jean Claude, y Fernando Ojeda Maldonado, “¿Son las personas jurídicas titulares de derechos humanos?”, sitio personal de Jean Claude Tron Petit, México, 23 de febrero de 2012. Consultado el 1 de octubre de

2017 en [jeanclaude.tronp.com/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=381](http://jeanclaude.tronp.com/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=381).

Tushnet, Mark, ¿Por qué la Constitución importa?, trad. de Alberto Supelano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.

Vallarta, Ignacio, “Las personas morales, ¿gozan de los derechos del hombre establecidos en la constitución federal mexicana?”, Revista de Legislación y Jurisprudencia, núm. XXIV, 1903.

Vanberg, Viktor, “Mercados y regulación. El contraste entre el liberalismo de libre mercado y liberalismo constitucional”, trad. de Pablo de Larrañaga, Isonomía, vol. 17, 2002, pp. 79-116.

Vela, Ciriano, Principio de legalidad e intervención económica, Atelier Administrativo, Barcelona, 2002.

Weber, Max, La política como vocación, trad. de Francisco Rubio Llorente, Alianza, Madrid, 2009.

Zúñiga, Guillermo, “Consideraciones relativas al desarrollo institucional del sector eléctrico”, en Octavio Avendaño (coord.), Perspectivas jurídicas de las reformas estructurales en México, Universidad Anáhuac, México, 2017.

---

<sup>1</sup> [Carleton Kemp Allen, Law in the Making, Oxford University Press, Nueva York, 1927.](#)

---

<sup>1</sup> [Joseph E. Stiglitz, “Crony Capitalism American Style”, Project Syndicate, 11 de febrero de 2002. Consultado en www.project-syndicate.org/commentary/crony-capitalism-american-style.](#)

<sup>2</sup> [Antonio Carrillo Flores, La defensa jurídica de los particulares frente a la administración en México, Tribunal Fiscal de la Federación, México, 2000, pp. 165-169.](#)

<sup>3</sup> [Robert Alexy, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, vol. 5, núm. 8, 2000, pp. 21-42.](#)

<sup>4</sup> [Luciano José Parejo Alfonso, Estado y derecho en proceso de cambios. Las nuevas funciones de regulación y garantía del Estado social de soberanía limitada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 26-49.](#)

<sup>5</sup> [David van Reybrouck, Contra las elecciones. Cómo salvar la democracia, Taurus, México, 2017, pp. 21-28.](#)

---

<sup>1</sup> Las reformas en materia de competencia y telecomunicaciones y radiodifusión fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013.

<sup>2</sup> Las reformas en materia de energía fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2013.

<sup>3</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011.

<sup>4</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011.

<sup>5</sup> Me ocupo del análisis de dicho proceso en José Roldán Xopa, *Constitución y mercado*, Porrúa, México, 2004. Enrique Cárdenas, en su obra *El largo curso de la economía mexicana. De 1780 a nuestros días*, FCE / El Colegio de México, México, 2015, p. 664, describe detalladamente este proceso; en su opinión, las reformas constitucionales buscaron clarificar el ámbito de la acción estatal y las reglas del juego en la economía.

<sup>6</sup> La idea del constructivismo jurídico está asociada a técnicas intervencionistas del Estado en la economía. Si bien la academia estadounidense lo asoció con una tendencia legislativa (cf. Bruce Ackerman, *Del realismo al constructivismo jurídico*, Ariel, Madrid, 1998, pp. 105-141), la función constitucional tiene un alto componente de constructivismo jurisprudencial.

<sup>7</sup> Mark Tushnet, en su obra *¿Por qué la Constitución importa?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pp. 11-28, refiere que si se responde a tal pregunta con la afirmación “porque protege nuestros derechos” no se dice nada, lo relevante es explicar cómo la Corte determina los derechos considerando las influencias políticas.

<sup>8</sup> Una reflexión valiosa al respecto se encuentra en Daniel Bonilla Maldonado (coord.), *Constitucionalismo del Sur Global*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2015, pp. 13-54. La obra analiza la relevancia e influencia que tiene el norte en la práctica constitucional y en la academia del sur, así como la influencia de las decisiones de los tribunales anglosajones y europeos o internacionales en las decisiones y la discusión y, por otra parte,

el papel secundario de las decisiones y la literatura nacional. De esta suerte, la producción académica o las ediciones tienen el privilegio del “pozo de producción” por el que la creación de conocimiento se da en el norte y se reproduce en el sur; todo el conocimiento del norte merece mayor respeto o mayor valor (denominación de origen); y que en el norte existe mayor capacidad para influir en la agenda, las políticas y las decisiones (operador efectivo).

<sup>9</sup> F. Rittner, *Wirtschaftsrecht mit Wettbewerbs-und Kartellrecht*, Müller Juristischer Verlag, Heidelberg y Karlsruhe, 1979, pp. 24-25, cit. en José Font, *Constitución económica y derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 132.

<sup>10</sup> Nicole Nehme Zalaquett, “Constitución económica en contextos evolutivos. El rol de los operadores del derecho. Nuevas voces, nuevos ámbitos (Discurso inaugural del seminario: La nueva Constitución económica)”, en Miriam Lorena Henríquez Viñas y María Pía Silva Gallinato (coords.), *La Constitución económica*, W. Green, Santiago de Chile, 2015, pp. 9-51.

<sup>11</sup> Arturo Fermandois, *Derecho constitucional económico. Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2006, pp. 76 y ss.

<sup>12</sup> Pablo Larrañaga, “Constitucionalismo económico y argumentación”, *La Judicatura*, núm. 2, 2011, p. 161.

<sup>13</sup> José Font, op. cit., p. 132.

<sup>14</sup> La economía del bienestar es el término de la economía normativa que se ocupa de cómo gestionar la economía orientada a la eficiencia, esto es, a mejorar el bienestar de las personas. Cf. Joseph E. Stiglitz, *La economía del sector público*, Antoni Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 69. La economía del bienestar describe la relación entre mercados competitivos y la eficiencia; para que haya eficiencia debe haber mercados competitivos. Entre otras condiciones, las asignaciones eficientes pueden alcanzarse por medio de un mecanismo de mercado descentralizado, dice este autor.

<sup>15</sup> Friedrich Hayek, *Derecho, legislación y libertad*, vol. II, Unión Editorial, Caracas, 1988, p. 20.

<sup>16</sup> Idem.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>18</sup> Referido por Otfried Höffe, *Ciudadano económico, ciudadano del Estado, ciudadano del mundo. Ética política en la era de la globalización*, Katz, Buenos Aires, 2007, p. 38.

<sup>19</sup> Idem.

<sup>20</sup> Sobre las diversas ideas de desarrollo puede consultarse a Michael Trebilcock y Mariana Mota Prado, *Derecho y desarrollo. Cómo las instituciones pueden contribuir al desarrollo social y económico*, Siglo XXI Editores, México, 2017, pp. 21-35.

<sup>21</sup> Cf. Friedrich Hayek, *op. cit.*, pp. 67-117.

<sup>22</sup> Ronald M. Dworkin, *Ética privada e igualitarismo político*, Paidós, Barcelona, 1993, p. 68.

<sup>23</sup> Pablo Larrañaga, “Interés general y regulación económica”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 27, 2007, pp. 85-90.

<sup>24</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1995, p. 446.

<sup>25</sup> Reforma al artículo 28 constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013.

<sup>26</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2013.

<sup>27</sup> Por vinculación negativa se entiende que los particulares pueden hacer todo aquello que no está prohibido.

<sup>28</sup> [Mark Tushnet, op. cit., p. 20.](#)

<sup>29</sup> [Cass Sunstein, A Constitution of Many Minds, Princeton University Press, Nueva Jersey, 2009.](#)

<sup>30</sup> [Jaime Cárdenas Gracia, en su artículo “Las características jurídicas del neoliberalismo”, Cuestiones Constitucionales, núm. 32 \(enero-junio\), 2015, pp. 37-44, ha profundizado en las contradicciones de sentido entre el constitucionalismo social y las reformas estructurales.](#)

<sup>31</sup> [Enrique Cárdenas, op. cit., p. 794, refiere que en el sector financiero seis instituciones concentraban, en 2010, 83% de los activos totales. En sólo tres de 12 actividades el índice es superior a los 2 400 puntos, lo que indica alta concentración.](#)

<sup>32</sup> [La debilidad institucional ha sido señalada en estudios generales y en específicos. Entre los primeros: Daron Acemoglu y James A. Robinson, Why Nations Fail. The Origins of Power, Prosperity, and Poverty, Crown Publishing, Nueva York, 2012, en particular los capítulos 1 y 12; entre los segundos, en el sector de telecomunicaciones, véase el análisis de Enrique Cárdenas, op. cit., p. 798.](#)

<sup>33</sup> [De acuerdo con las mediciones del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social \(Coneval\), para el 2014, 55.3 millones de personas se encontraban en situación de pobreza \(Coneval, “Anexo estadístico de pobreza en México 2010-2014”, Coneval, México, 2014. Consultado el 23 de marzo de 2017 en \[www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/AE\\\_pobreza\\\_2014.aspx\]\(http://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/AE\_pobreza\_2014.aspx\). En la relación de pobreza y mercado, la restricción presupuestal limita las capacidades de consumo restringiendo la demanda, la cual propicia las relaciones clientelares y la formación de grupos de interés que manipulan la comercialización de productos, señalan Juan Carlos Moreno Brid y Jaime Ros Bosch, “Mexico’s Market Reforms in Historical Perspective”, CEPAL Review, núm. 84, 2004, p. 56. La pobreza limita el fortalecimiento del mercado interno e impide la igualdad de oportunidades, véase Enrique Hernández Laos, “Retos para la medición de la pobreza en México”, Comercio Exterior, vol. 51, núm. 10, 2001, p. 861.](#)

<sup>34</sup> [Thomas Piketty, El capital en el siglo XXI, FCE, México, 2014, p. 544.](#)

<sup>35</sup> [Jon Elster, El cemento de la sociedad. Las paradojas del orden social, Gedisa, Sevilla, 2006, p. 14.](#)

<sup>36</sup> [Ibidem, p. 285.](#)

<sup>37</sup> [Ibidem, p. 24.](#)

<sup>38</sup> [Robert Alexy, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, vol. 5, núm. 8, 2000, p. 38.](#)

<sup>39</sup> [Richard Thaler, premio Nobel de Economía en el 2017, y Marta Nussbaum son dos de los autores más relevantes que atienden a las emociones y no sólo a la racionalidad en la explicación económica y política. Del primero véase Richard Thaler y Cass Sunstein, Nudges. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness, Yale University Press, New Haven, 2008. De la segunda, Marta Nussbaum, Emociones políticas. Por qué el amor es importante para la justicia, Paidós, Barcelona, 2014.](#)

<sup>40</sup> [Jon Elster, op. cit., p. 26.](#)

<sup>41</sup> [Ibidem, p. 28.](#)

<sup>42</sup> [Ibidem, p. 31.](#)

<sup>43</sup> [José Juan Moreso, en su obra La Constitución: modelo para armar, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 328, subraya la existencia de valores constitucionales diversos a los derechos y cómo las teorías sobre derechos fundamentales los han soslayado.](#)

<sup>44</sup> [Cf. Eugene Bardach, Los ocho pasos para el análisis de las políticas públicas. Un manual para la práctica, CIDE / Miguel Ángel Porrúa, México, 2004, pp. 9-16.](#)

<sup>45</sup> Raúl Calvo Soler, en su obra *Uso de normas jurídicas y toma de decisiones*, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 63, 241 y 243, desarrolla una valiosa propuesta metodológica que relaciona el uso de las normas jurídicas y la toma de decisiones. Por racionalidad instrumental entiende la relación entre “las acciones alternativas con la ordenación de ciertos estados de cosas como consecuencia de dichas acciones”; por racionalidad por comparación se ordenan las preferencias a partir de un metacriterio; por racionalidad agregativa en la cual la superación de una pluralidad de alternativas depende de una regla y no de un criterio o de una preferencia decidida autónomamente.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>47</sup> Cf. Julia Barragán, *Estrategias y derecho*, ITAM / Miguel Ángel Porrúa, México, 2009, pp. 15-29.

---

<sup>1</sup> El Pacto lo firmaron el 2 de diciembre de 2012, además del titular del Ejecutivo, Jesús Zambrano, presidente nacional del PRD, María Cristina Díaz, presidenta del Comité Ejecutivo Nacional del PRI, y Gustavo Madero, presidente nacional del PAN. Los acuerdos fueron consultados en Presidencia de la República, “Los 5 acuerdos”, Pacto por México. Consultado en [pactopormexico.org/acuerdos/#sociedad-de-derechos](http://pactopormexico.org/acuerdos/#sociedad-de-derechos).

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> El 28 de noviembre de 2013, Jesús Zambrano anunció la separación. Redacción Animal Político, “PRD abandona el pacto por México”, Animal Político, 28 de noviembre de 2013. Consultado en [www.animalpolitico.com/2013/11/prd-abandona-el-pacto-por-mexico](http://www.animalpolitico.com/2013/11/prd-abandona-el-pacto-por-mexico).

<sup>4</sup> Datos expuestos por Cantú en la presentación de su iniciativa. Véase “Decreto por el que se reforman los párrafos primero y último del artículo 25, así como el párrafo primero y tercero del apartado A del artículo 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Diario Oficial de la Federación, México, 5 de junio de 2013. Consultado en [www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/cpeum/CPEUM\\_207\\_DOF\\_05jun13.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/cpeum/CPEUM_207_DOF_05jun13.pdf).

<sup>5</sup> Puede verse al respecto “Decreto de Declaratoria de Zona Económica Especial de Puerto Chiapas”, Diario Oficial de la Federación, México, 29 de septiembre de 2017.

<sup>6</sup> Los decretos se publicaron en el Diario Oficial de la Federación de esa fecha.

<sup>7</sup> Cf. Senado de la República, “Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Comunicaciones y Transportes; de Radio, Televisión y Cinematografía y de Estudios Legislativos, con la opinión de las Comisiones de Gobernación y de Justicia, respecto de la Minuta con Proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6º, 7º, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Telecomunicaciones”, Senado de la República, México, 16 de abril de 2013.

[Consultado en infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/1/2013-04-18-1/assets/documentos/DICTAMEN\\_TELECOMUNICACIONES.pdf.](http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/1/2013-04-18-1/assets/documentos/DICTAMEN_TELECOMUNICACIONES.pdf)

<sup>8</sup> [Ibidem, p. 76.](#)

<sup>9</sup> [La Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión lo define como: “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”, “Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión”, Diario Oficial de la Federación, México, 14 de julio de 2014, artículo 3º, fracción XXI.](#)

<sup>10</sup> [Senado de la República, “Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Comunicaciones y Transportes...”, op. cit., p. 20.](#)

<sup>11</sup> [Un extraordinario estudio sobre tal tema es el de Óscar Morineau, Los derechos reales y el subsuelo en México, FCE / UNAM, México, 1997.](#)

<sup>12</sup> [Tal previsión se ubicó en el artículo 28, párrafo décimo quinto. Se establecen 30 días para la respuesta y en caso de silencio se podrá proseguir el trámite.](#)

<sup>13</sup> [Tesis de jurisprudencia T.-J.68-2007, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, t. 26, novena época, diciembre de 2007, p. 972.](#)

Concesiones y permisos de radiodifusión y telecomunicaciones. El Estado tiene la posibilidad de cambiar o rescatar las bandas de frecuencia asignadas, entre otros supuestos, para la aplicación de nuevas tecnologías: “Si en virtud del avance tecnológico el Estado considera necesario reorganizar el espectro radioeléctrico a fin de hacer más eficiente su uso, está en posibilidad jurídica de reasignar o reubicar las bandas de frecuencia asignadas e, incluso, rescatarlas o recuperarlas, al corresponderle, en todo momento, su dominio directo en términos del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

<sup>14</sup> [Octavo transitorio de la reforma constitucional.](#)

<sup>15</sup> Senado de la República, “Dictamen de las comisiones unidas de Puntos Constitucionales; de Comunicaciones y Transportes...”, op. cit., p. 254.

<sup>16</sup> El GEAM abarca servicios de telefonía fija, móvil, televisión restringida, datos e internet móvil, datos fijos, radiolocalización de personas, radiocomunicación de flotillas. Véase “Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina al grupo de interés económico del que forman parte América Móvil, S. A. B. de C. V., Teléfonos de México, S. A. B. de C. V., Teléfonos del Noroeste, S. A. de C. V., Radiomóvil Dipsa, S. A. B. de C. V., Grupo Carso, S. A. B. de C. V., y Grupo Financiero Inbursa, S. A. B. de C. V., como agente económico preponderante en el sector de telecomunicaciones y se le impone las medidas necesarias para evitar que se afecte la competencia y la libre concurrencia”, Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), 6 de marzo de 2014. Consultado en [www.ift.org.mx/industria/politica-regulatoria/preponderancia-telecom/resolucion-pleno-ift-determina-grupo-1](http://www.ift.org.mx/industria/politica-regulatoria/preponderancia-telecom/resolucion-pleno-ift-determina-grupo-1).

<sup>17</sup> Ibidem, p. 1504.

<sup>18</sup> Aun cuando existe polémica sobre si la Constitución establecía esta posibilidad. Al respecto, véanse Clara Luz Álvarez, Telecomunicaciones en la Constitución, Universidad Panamericana, México, 2017, p. 61; resolución del IFT del 14 de marzo de 2014. El grupo lo forman: Grupo Televisa S. A. B., Canales de Televisión Populares, S. A. de C. V., Radio Televisión, S. A. de C. V., Radiotelevisora de México Norte S. A. de C. V., T. V. de los Mochis, S. A. de C. V., Teleimagen del Noroeste, S. A. de C. V., Televimex, S. A. de C. V., Televisión de Puebla, S. A. de C. V., Televisora de Mexicali, S. A. de C. V., Televisora de Navojoa, S. A., Televisora de Occidente, S. A. de C. V., Televisora Peninsular, S. A. de C. V., Mario Enrique Mayans Concha, Televisión La Paz, S. A., Televisión de la Frontera. S. A., Pedro Luis Fitzmaurice Meneses, Telemisión, S. A. de C. V., Comunicación del Sureste, S. A. de C. V., José de Jesús Partida Villanueva, Hilda Graciela Rivera Flores, Roberto Casimiro González Treviño, N Diezdurango, S. A. de C. V., Televisora de Durango, S. A. de C. V., Corporación Tapatía de Televisión, S. A. de C. V., Televisión de Michoacán, S. A. de C. V., José Humberto y Loucille, Martínez Morales,

Canal 13 de Michoacán, S. A. de C. V., Televisora XHBO, S. A. de C. V., N Ocho, S. A. de C. V., Televisora Potosina, S. A. de C. V., N de Culiacán, S. A. de C. V., Televisión del Pacífico, S. A. de C. V., Tele-Emisoras del Sureste, S. A. de C. V., Televisión De Tabasco, S. A. y Ramona Esparza González.

<sup>19</sup> Idem.

<sup>20</sup> Senado de la República, “Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Comunicaciones y Transportes...”, op. cit., p. 270.

<sup>21</sup> Décimo sexto transitorio.

<sup>22</sup> “Decreto por el que se establecen las acciones que deberán llevarse a cabo por la Administración Pública Federal para concretar la transición a la televisión digital terrestre”, Diario Oficial de la Federación, México, 2 de septiembre de 2010, p. 18.

<sup>23</sup> Tesis: 1ª CCXXXVIII/2011 (9ª), Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, libro II, t. 1, décima época, noviembre de 2011, p. 272. Suspensión en Controversia Constitucional. Procede otorgarla contra el decreto por el que se establecen las acciones que deberán llevarse a cabo por la Administración Pública Federal para concretar la transición a la televisión digital terrestre, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de septiembre de 2010. La suspensión se otorgó al considerar que el decreto no constituye una norma de carácter general, por lo que contra él no opera la prohibición legal de conceder la suspensión. En efecto, el hecho de que el decreto sea una individualización de las normas que prevén la rectoría económica en materia de telecomunicaciones, la administración eficiente de los bienes del dominio de la nación y de los recursos económicos, así como la función social de la radio y la televisión, no implica que su suspensión ponga en peligro las instituciones del orden jurídico mexicano, pues no se trastocan ni quedan en suspenso las facultades conforme a las cuales el Ejecutivo federal y la administración pública federal ejercen la rectoría económica, administran recursos económicos y vigilan la función social de la radio y la televisión.

<sup>24</sup> El resultado del concurso se dio a conocer el 17 de noviembre de 2016 y tuvo como ganador a Altán Redes, empresa formada por Multitel, los fondos de inversión Morgan Stanley, Caisse de Dépôt du Québec, International Finance Corporation, así como Axtel y Megacable, estos dos últimos con acciones sin derecho a voto.

<sup>25</sup> La facultad del Estado para decidir el aprovechamiento eficiente del espectro radioeléctrico es uno de los mandatos que se alinean a la finalidad de obtener el mejor valor de los bienes públicos.

<sup>26</sup> Párrafo tercero del artículo 6º constitucional.

<sup>27</sup> El gobierno federal, por medio de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, estableció el Programa de Transición a la Televisión Digital Terrestre publicado en el Diario Oficial de la Federación del 2014, por medio del cual se dieron a los beneficiados 13.8 millones de pantallas digitales. Véanse SCT, “Programa de la transición a la Televisión Digital Terrestre”, SCT. Consultado en [sct.gob.mx/fileadmin/TDT/Presentacion\\_TDT.pdf](http://sct.gob.mx/fileadmin/TDT/Presentacion_TDT.pdf), y “Publica la SCT en el Diario Oficial el Programa de la transición a la TDT”, SCT, México, 13 de mayo de 2014. Consultado en [www.sct.gob.mx/despliega-noticias/article/publica-la-sct-en-el-diario-oficial-el-programa-de-la-transicion-a-la-tdt](http://www.sct.gob.mx/despliega-noticias/article/publica-la-sct-en-el-diario-oficial-el-programa-de-la-transicion-a-la-tdt).

<sup>28</sup> Artículo décimo cuarto transitorio.

<sup>29</sup> La ley referida estableció los derechos de las audiencias en el capítulo VI, que comprende los artículos 256 a 260. Los derechos enunciados son la pluralidad informativa y de expresión, la diferenciación de la información, de la publicidad y de la opinión, los horarios para menores y el interés superior de la niñez, derecho de réplica, calidad de audio y video, la prohibición de la discriminación, el respeto a los derechos humanos, la igualdad de género, así como de lo demás que dispongan las leyes.

<sup>30</sup> Los lineamientos fueron emitidos el 29 de noviembre de 2016: “Lineamientos generales sobre los derechos de las audiencias”, IFT, 29 de noviembre de 2016. Consultado en

[www.ift.org.mx/sites/default/files/industria/temasrelevantes/4746/documentos/lineamientosdchosaudienciasaccesible.pdf](http://www.ift.org.mx/sites/default/files/industria/temasrelevantes/4746/documentos/lineamientosdchosaudienciasaccesible.pdf).

<sup>31</sup> Las controversias fueron presentadas el 31 de enero de 2017.

<sup>32</sup> “Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones aprueba diferir la entrada en vigor de los Lineamientos Generales sobre Defensa de las Audiencias”, Diario Oficial de la Federación, México, 8 de febrero de 2017, p. 108. Se aprobó por mayoría, con los votos en contra de las comisionadas Labardini Inzunza y Estavillo Flores, y del comisionado Cuevas Teja.

<sup>33</sup> Véase al respecto a Aleida Calleja, “Audiencias en juego, algo más que los derechos”, La Silla Rota. Consultado en [lasillarota.com/opinion/columnas/audiencias-en-juego-algo-mas-que-los-derechos/138602](http://lasillarota.com/opinion/columnas/audiencias-en-juego-algo-mas-que-los-derechos/138602). Al respecto también puede consultarse Clara Luz Álvarez, Telecomunicaciones y radiodifusión en México, manuscrito inédito, UNAM, México, 2017, pp. 135-153.

<sup>34</sup> Mexicano por nacimiento, mayor de 35 años, reconocida reputación, título profesional, desempeño previo notable en las áreas profesionales, en el servicio público o académico de manera destacada, no haber sido secretario de Estado, procurador, congresista, ejecutivo local o haber desempeñado alguna función en las empresas que pudieran ser sujetas a la competencia de los órganos al menos desde tres años antes.

<sup>35</sup> En caso de que no sea ratificado el aspirante propuesto, se repetirá el procedimiento hasta quedar el último en la lista, que será designado directamente por el Ejecutivo (penúltimo párrafo del artículo 28).

<sup>36</sup> Décimo séptimo transitorio.

<sup>37</sup> Senado de la República “Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Comunicaciones y Transportes...”, op. cit., p. 82.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>39</sup> Artículo décimo cuarto transitorio, último párrafo.

[40 Artículo décimo sexto transitorio.](#)

[41 Senado de la República “Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Comunicaciones y Transportes...”](#), *op. cit.*, p. 62.

[42 Ibidem](#), p. 10.

[43 La problemática encontrada en las suspensiones en procedimientos de licitación de espectro la analizo en José Roldan Xopa, “La Licitación 21. Intereses, jueces y estrategias en la ‘justicia cautelar’ ”, en Licitación 21. Lecciones de política pública en telecomunicaciones, CIDE, México, 2014, pp. 115-130. No obstante, como excepción a la limitación del amparo durante el procedimiento administrativo, los tribunales federales determinaron que el amparo procedía para tutelar el secreto de las comunicaciones cliente / abogado. Época: décima época, registro: 2013561, instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, tipo de tesis: aislada, fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 38, t. IV, enero de 2017, materia\(s\): constitucional, administrativa, tesis: I.1o.A.E.193 A \(10ª\), p. 2 475.](#)

Comunicaciones entre un abogado y su cliente con motivo de un procedimiento seguido por las autoridades de Competencia Económica. No deben tomarse en cuenta las obtenidas como resultado de las funciones de verificación, salvo que existan indicios que puedan implicar al profesionista como copartícipe de un ilícito.

De los artículos 16, párrafo décimo segundo y 20, apartado B, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como 90 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a diversos ordenamientos jurídicos que regulan procedimientos administrativos de responsabilidad, se advierte como una medida de tutela de los derechos fundamentales a la intimidad, a la privacidad de las comunicaciones y de defensa, la secrecía profesional de la información y los documentos correspondientes a las comunicaciones cursadas entre un abogado independiente y su cliente con motivo de su defensa en un procedimiento seguido por las autoridades de competencia económica y, por tanto, aquéllos deben considerarse confidenciales, en términos de los artículos 116 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información

Pública y 18 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental abrogada, lo que da lugar a que se considere que tanto el profesionista como el gobernado que lo contrata tienen el derecho de que las comunicaciones generadas en esas condiciones no sean tomadas en cuenta por las autoridades, aunque dicha información haya sido obtenida como resultado del ejercicio de las funciones de verificación del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley Federal de Competencia Económica, en la inteligencia de que el privilegio de confidencialidad mencionado no opera cuando existan indicios que puedan implicar al abogado, ya no como defensor, sino como copartícipe de un ilícito.

Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con Residencia en la Ciudad de México y Jurisdicción en Toda la República.

Queja 41/2016. SAI Consultores, S. C., 10 de noviembre de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Patricio González-Loyola Pérez. Secretario: Carlos Luis Guillén Núñez.

Esta tesis se publicó el viernes 27 de enero de 2017 a las 10:28 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

[44 Citado en el dictamen del Senado de la República: “Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Comunicaciones y Transportes...”, op. cit., p. 131.](#)

[45 Artículos 94, párrafo sexto y décimo segundo transitorio. El Acuerdo general 22/2013, publicado el 9 de agosto de 2013, crea con sede en la Ciudad de México dos juzgados y dos tribunales colegiados especializados en competencia económica y telecomunicaciones.](#)

[46 OCDE y Secretaría de Economía, La resolución de asuntos de competencia por órganos de jurisdicción especializada y general. Balance de experiencias internacionales, OCDE, París, 2016, pp. 61-81.](#)

[47 “Pacto por México”, Pacto por México. Consultado el 25 de abril de 2017 en \[pactopormexico.org/PACTO-POR-MEXICO-25.pdf\]\(http://pactopormexico.org/PACTO-POR-MEXICO-25.pdf\), compromisos del 54 al 60.](#)

[48 El 28 de noviembre de 2013 Jesús Zambrano anunció la separación \(Redacción Animal Político, op. cit.\).](#)

[49 Cf. “Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Energía, y Estudios Legislativos, Primera, con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Energía, México”, Senado de la República, México, 7 de diciembre de 2013. Consultado en \[www.senado.gob.mx/comisiones/estudios\\\_legislativos1/docs/relevantes/RC\\\_ME\\\_3-1.pdf\]\(http://www.senado.gob.mx/comisiones/estudios\_legislativos1/docs/relevantes/RC\_ME\_3-1.pdf\), p. 168.](#)

[50 Párrafo quinto del artículo 27. El texto vigente proviene de la reforma constitucional publicada en el “Decreto que reforma los párrafos cuarto, quinto, sexto y séptimo, fracción I del artículo 27 y los artículos 42 y 48 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Diario Oficial de la Federación, CCXXXVIII, núm. 16, 20 de enero de 1960, p. 1.](#)

[51 Ron Snipeliski Nischli, “Comentario al párrafo séptimo del artículo 27 constitucional”, en José Ramón Cossío \(coord.\), Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada, Tirant lo Blanch, México, 2017, p. 555.](#)

[52 La asignación es considerada por Cossío Díaz y Cossío Barragán como un acto administrativo. Véase José Ramón Cossío Díaz y José Ramón Cossío Barragán, “El nuevo sistema energético en la constitución mexicana”, en Tony Payán, Stephen Zamora y José Ramón Cossío Díaz, \(coords.\), Estado de Derecho y reforma energética en México, Tirant lo Blanch, México, 2016, p. 73; véase también José Ramón Cossío Barragán, La naturaleza jurídica de Petróleos Mexicanos como empresa productiva del Estado, Tirant lo Blanch, México, 2016, p. 72.](#)

[53 Artículo cuarto transitorio de la reforma constitucional.](#)

[54 Segundo párrafo del artículo cuarto transitorio.](#)

<sup>55</sup> La solicitud se deberá presentar dentro de los 90 días naturales siguientes a la entrada en vigor del decreto de reforma constitucional. La Secretaría de Energía revisará la solicitud, con la asistencia técnica de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, y emitirá la resolución correspondiente dentro del plazo de 180 días naturales posteriores a la fecha de la solicitud de Pemex, señala el artículo sexto transitorio.

<sup>56</sup> Artículo sexto transitorio.

<sup>57</sup> Inciso b del sexto transitorio.

<sup>58</sup> Artículo sexto transitorio.

<sup>59</sup> Artículo noveno transitorio.

<sup>60</sup> Artículo octavo transitorio.

<sup>61</sup> Artículo décimo noveno transitorio.

<sup>62</sup> Las modalidades de contraprestación podrán ser: a) en efectivo, para los contratos de servicios; b) con un porcentaje de la utilidad, para los contratos de utilidad compartida; c) con un porcentaje de la producción obtenida, para los contratos de producción compartida; d) con la transmisión onerosa de los hidrocarburos una vez que hayan sido extraídos del subsuelo, para los contratos de licencia, o e) cualquier combinación de los anteriores.

<sup>63</sup> La diferencia de trato se presenta al inicio de la vigencia de la reforma con la llamada Ronda Cero. En 90 días, Pemex deberá solicitar a la Secretaría de Energía la adjudicación de las áreas de exploración y los campos que estén en producción, que esté en capacidad de operar, para lo cual deberá acreditar que cuenta con las capacidades técnicas, financieras y de ejecución. La respuesta deberá darse en 180 días. Artículo sexto transitorio.

<sup>64</sup> José Ramón Cossío Barragán, op. cit., pp. 57-102.

<sup>65</sup> Párrafo quinto del artículo 25 constitucional.

<sup>66</sup> El artículo tercero transitorio estableció que la transformación se haría en los dos años siguientes a la reforma.

<sup>67</sup> El artículo décimo cuarto transitorio desarrolla la función del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, el cual se constituyó durante 2014 y comenzó sus operaciones en 2015.

<sup>68</sup> Para lo anterior se consideran los rubros siguientes: derecho ordinario sobre hidrocarburos, derecho sobre hidrocarburos para el Fondo de Estabilización, derecho extraordinario sobre exportación de petróleo crudo, derecho para la investigación científica y tecnológica en materia de energía, derecho para la fiscalización petrolera, derecho sobre extracción de hidrocarburos, derecho para regular y supervisar la exploración y explotación de hidrocarburos, derecho especial sobre hidrocarburos y derecho adicional sobre hidrocarburos.

<sup>69</sup> a) Hasta por un monto equivalente a 10% del incremento observado el año anterior en el saldo del ahorro a largo plazo, al Fondo para el sistema de pensión universal conforme a lo que señale su ley; b) hasta por un monto equivalente a 10% del incremento observado el año anterior en el saldo del ahorro a largo plazo, para financiar proyectos de inversión en ciencia, tecnología e innovación, y en energías renovables; c) hasta por un monto equivalente a 30% del incremento observado el año anterior en el saldo del ahorro a largo plazo, en fondear un vehículo de inversión especializado en proyectos petroleros, sectorizado en la secretaría del ramo en materia de energía y, en su caso, en inversiones en infraestructura para el desarrollo nacional, y d) hasta por un monto equivalente a 10% del incremento observado el año anterior en el saldo del ahorro a largo plazo; en becas para la formación de capital humano en universidades y posgrados; en proyectos de mejora a la conectividad; así como para el desarrollo regional de la industria. Con excepción del programa de becas, no podrán emplearse recursos para gasto corriente. La asignación de recursos que corresponda a los incisos a), b), c) y d) anteriores no deberá tener como consecuencia que el saldo destinado a ahorro a largo plazo se reduzca por debajo de 3% del PIB del año anterior. Sujeto a lo anterior y con la aprobación de las dos terceras partes de los miembros presentes, la Cámara de Diputados podrá

modificar los límites y los posibles destinos mencionados en los incisos a), b), c) y d).

<sup>70</sup> Décimo quinto transitorio.

<sup>71</sup> Décimo quinto transitorio, inciso c).

<sup>72</sup> Las anteriores son las referencias constitucionales sobre tal dependencia. Las leyes que desarrollan las reformas contienen con detalle las facultades de tal Secretaría. La Ley de Hidrocarburos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de noviembre de 2015 establece entre otras facultades emitir lineamientos técnicos para las licitaciones, acreditar la solvencia económica y técnica de los contratantes y revocar asignaciones.

<sup>73</sup> Artículo décimo transitorio.

<sup>74</sup> Artículo décimo noveno transitorio: la Cámara de Diputados realizará las acciones necesarias para proveer de recursos presupuestales a la ASEA, con el fin de que ésta pueda llevar a cabo su cometido. El presupuesto aprobado deberá cubrir los capítulos de servicios personales, materiales y suministros, así como de servicios generales, necesarios para cumplir con sus funciones.

<sup>75</sup> Sexto párrafo del artículo 27.

<sup>76</sup> Guillermo Zúñiga, “Consideraciones relativas al desarrollo institucional del sector eléctrico”, en Octavio Avendaño (coord.), Perspectivas jurídicas de las reformas estructurales en México, Universidad Anáhuac, México, 2017.

<sup>77</sup> Senado de la República, “Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Energía, y Estudios Legislativos, Primera, con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Energía”, 2013. Consultado en [http://www.senado.gob.mx/comisiones/estudios\\_legislativos1/docs/relevantes/RCME\\_3-1.pdf](http://www.senado.gob.mx/comisiones/estudios_legislativos1/docs/relevantes/RCME_3-1.pdf).

<sup>78</sup> Guillermo Zúñiga, *op. cit.*, p. 279.

<sup>79</sup> “Ley de la Industria Eléctrica”, Diario Oficial de la Federación, México, 11 de agosto de 2014, p. 44.

<sup>80</sup> Transporte de alto voltaje eléctrico de las plantas generadoras a centros de distribución. Guillermo Zúñiga, op. cit., p. 289.

<sup>81</sup> Transporte desde el centro de distribución al consumidor final.

<sup>82</sup> Artículo 27, párrafo sexto, de la Constitución.

<sup>83</sup> El 27 constitucional distinguía a la energía eléctrica como servicio público de las actividades de autoconsumo, importación, exportación y pequeña producción, excluidas de tal definición.

<sup>84</sup> Artículo 4º de la Ley de la Industria Eléctrica.

<sup>85</sup> Artículo 20 de la Ley de la Industria Eléctrica.

<sup>86</sup> Se crean nueve empresas subsidiarias de la CFE: seis de generación, una de transmisión, una de distribución y otra de servicio básico, además de una empresa filial para suministro calificado.

<sup>87</sup> Párrafo octavo del artículo 28.

<sup>88</sup> Éste es un caso de asimetría entre Pemex y los demás operadores privados. Se restringe la capacidad de contratación, paternalismo / desconfianza. Último párrafo del artículo sexto transitorio.

<sup>89</sup> Senado de la República, “Dictamen de las Comisiones de Puntos Constitucionales, Justicia y Estudios Legislativos, Segunda sobre la iniciativa en materia de mecanismos alternativos de solución de disputas, mejora regulatoria, justicia cívica e itinerante y registro civil”, México, 2013. Consultado en [www.senado.gob.mx/comisiones/puntos\\_constitucionales/docs/Temas/MAS\\_CMJRCIRC\\_Dictamen\\_061216.pdf](http://www.senado.gob.mx/comisiones/puntos_constitucionales/docs/Temas/MAS_CMJRCIRC_Dictamen_061216.pdf).

<sup>90</sup> CIDE, “Diálogos por la Justicia Cotidiana. Diagnósticos conjuntos y soluciones”, Gob.mx, México, 2015. Consultado en

[www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/79028/Di\\_logos\\_Justicia\\_Cotidiana.pdf](http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/79028/Di_logos_Justicia_Cotidiana.pdf)

---

<sup>1</sup> Barry Mitnick, Economía política de la regulación, trad. de Adriana Sandoval, FCE, México, 1989, p. 13.

<sup>2</sup> La regulación social ocurre en aquellos casos en los que se aprecia insuficiente información a los consumidores, o fines redistributivos o de protección de intereses generales. La administrativa se refiere a mejoramiento de procedimientos y decisiones administrativas. Véase Íñigo del Guayo Castiella, Regulación, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 26.

<sup>3</sup> “[...] es la que organiza el funcionamiento de la propia administración pública para proveer servicios y bienes públicos.” Véase Cofemer, “Qué es la regulación”, Cofemer, México, 6 de septiembre de 2016. Consultado en [www.gob.mx/cofemer/acciones-y-programas/que-es-la-regulacion](http://www.gob.mx/cofemer/acciones-y-programas/que-es-la-regulacion).

<sup>4</sup> Los bienes comunes y su posible escenario trágico son explicados por la ausencia de derechos de propiedad que hace que todos abusen de ellos y se extingan. Las posibles acciones públicas para evitarlo son tratadas por Elinor Ostrom, El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva, FCE, 2011.

<sup>5</sup> Tomado de Sidney Shapiro y Joseph Tomain, Regulatory Law and Policy: Cases and Materials, Lexis Publishing, Nueva York, 1998, p. 21.

<sup>6</sup> Algo similar sucede en Europa, cuya tradición jurídica pertenece a la misma familia que la mexicana. Véase José Esteve Pardo, El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia, Marcial Pons, Barcelona, 2009, p. 51.

<sup>7</sup> Andrés Betancor, Mejorar la regulación. Una guía de razones y medios, Fundación Rafael del Pino / Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 91.

<sup>8</sup> Richard Posner, La crisis de la democracia capitalista, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 9-190. En este libro Posner expresa enfáticamente su crítica a la idea de la autorregulación del mercado y la necesidad de regresar a Keynes, esto es, apreciar la relevancia del Estado en la vigilancia de los mercados.

<sup>9</sup> [R. M. Cave Baldwin y M. Lodge, \*Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice\*, 2ª ed., Oxford University Press, Nueva York, 2013, p. 2.](#)

<sup>10</sup> [Andrés Betancor, \*Regulación: Mito y Derecho\*, Civitas, Madrid, 2010, p. 36.](#)

<sup>11</sup> [Estado regulador. Parámetro constitucional para determinar la validez de sus sanciones. Época: décima época, registro: 2007408, instancia: primera sala, tipo de tesis: aislada, fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 10, t. I, septiembre de 2014, materia\(s\): constitucional tesis: 1ª CCCXVII/2014 \(10ª\), p. 574. Amparo directo en revisión 3508/2013. Centennial, S. A. de C. V., 30 de abril de 2014. Cinco votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. José Ramón Cossío Díaz y Jorge Mario Pardo Rebolledo manifestaron apartarse de las consideraciones relativas al tema contenido en la presente tesis. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: David García Sarubbi.](#)

<sup>12</sup> [Martin Loughlin y Colin Scott, “The Regulatory State”, en Patrick Dunleavy et al. \(coords.\), \*Developments in British Politics\*, 5, MacMillan Press, Londres, 1997, citado en Guillermo Zúñiga, “Consideraciones relativas al desarrollo institucional del Estado regulador dentro de la reforma del sector eléctrico en México”, en Octavio Avendaño \(coord.\), \*Perspectivas jurídicas de las reformas estructurales en México\*, Universidad Anáhuac, México, 2017, p. 282.](#)

<sup>13</sup> [Mark Thatcher, “Regulation after Delegation. Independent Regulatory Agencies in Europe”, \*Journal of European Public Policy\*, vol. 9, núm. 6, 2002, pp. 954-972, cit. en Guillermo Zúñiga, op. cit., p. 282.](#)

<sup>14</sup> [Michael Parkin, \*Microeconomía\*, Addison Wesley Iberoamericana, Madrid, 1995, p. 24.](#)

<sup>15</sup> [El premio Nobel de Economía en 2017 Richard Thaler y Cass Sunstein son coautores de \*Nudges. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness\*, Yale University Press, New Haven, 2008, pp. 103-123. Por otra](#)

parte, Daniel Khaneman, también merecedor del Nobel, es autor de Pensar rápido, pensar despacio, De Bolsillo, Madrid, 2013.

<sup>16</sup> Idem.

<sup>17</sup> Esta tesis se publicó el viernes 12 de septiembre de 2014 a las 10:15 horas en el Semanario Judicial de la Federación, décima época, registro: 2007410, instancia: primera sala, tipo de tesis: aislada, fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 10, t. I, septiembre de 2014, materia(s): constitucional, tesis: 1ª CCCXVIII/2014 (10ª) p. 588 Principio de legalidad. Modulación aplicable a la vertiente sancionatoria del modelo del estado regulador. Amparo directo en revisión 3508/2013. Centennial, S. A. de C. V., 30 de abril de 2014. Cinco votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. José Ramón Cossío Díaz y Jorge Mario Pardo Rebolledo manifestaron apartarse de las consideraciones relativas al tema contenido en la presente tesis. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: David García Sarubbi.

---

<sup>1</sup> Dieter Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006, p. 30. Expone, por ejemplo, cómo la libertad se convierte en un fin en sí mismo, independientemente de su fin, a diferencia del viejo régimen en el que las libertades se consideraban privilegios.

<sup>2</sup> Peter Häberle, “Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado, Siete tesis de trabajo”, en César Landa (coord.), *Constitución económica del Perú*, Palestra, Lima, 2018.

<sup>3</sup> Max Weber, *La política como vocación*, Alianza, Madrid, 2009, pp. 83-84.

<sup>4</sup> Douglas North, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, FCE, México, 1993, p. 54.

<sup>5</sup> Dieter Grimm, op. cit., pp. 101-104.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 105.

<sup>7</sup> Víctor Vanberg, “Mercados y regulación. El contraste entre el liberalismo de libre mercado y liberalismo constitucional”, *Isonomía*, núm. 17, 2002, pp. 79-116.

<sup>8</sup> George Stigler, “El análisis económico de las políticas públicas: una súplica a los académicos”, en Andrés Roemer (coord.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, FCE, México, 2000, p. 600.

<sup>9</sup> Richard Posner, *La crisis de la democracia capitalista*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 37-43.

<sup>10</sup> Ronald M. Dworkin, *Ética privada e igualitarismo político*, Paidós, Barcelona, 1993, p. 397.

<sup>11</sup> Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 1. *Teoría del derecho*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 684-700.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 686.

<sup>13</sup> El término alude a “empujoncitos” o pequeñas ayudas que pueden darse a las personas para que se comporten o decidan de manera que mejoren el bienestar social. La obra de Richard Thaler y Cass Sunstein, *Nudges. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, Yale University Press, New Haven, 2008, es ilustrativa al respecto.

<sup>14</sup> El texto de Rabasa, escrito originalmente en 1917, es un hallazgo del profesor José Antonio Aguilar, en *El derecho de propiedad y la Constitución mexicana de 1917*, FCE / CIDE, México, 2017, pp. 147-195.

<sup>15</sup> Ibidem, pp. 35-81.

<sup>16</sup> Me he ocupado previamente de este tema en José Roldán Xopa, *Constitución y mercado*, Porrúa, México, 2004.

<sup>17</sup> El perfeccionamiento del acto y el procedimiento administrativo son las cuestiones que Antonio Carrillo Flores (*La defensa jurídica de los particulares frente a la administración en México*, Tribunal Fiscal de la Federación, México, 2000), precisa como problemáticas para la eficacia de la acción gubernamental.

<sup>18</sup> Stefano Rodota, *La propiedad. El terrible derecho*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 145-165.

<sup>19</sup> Una reflexión interesante sobre el valor económico de la propiedad se encuentra en Paolo Grossi y M. Ángel López y López, *Propiedad: otras perspectivas*, Fontamara / Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2016, p. 32.

<sup>20</sup> En eso el modelo noruego en el aprovechamiento de su petróleo es un ejemplo de alternativa a la tragedia de los bienes públicos. Su producto per cápita es el quinto más rico del mundo y equivale a 69 000 euros al 2012.

<sup>21</sup> Javier Estrada, “El modelo petrolero noruego y sus beneficios”, *Analítica Energética*, Ciudad de México, noviembre de 2006. Consultado en [analiticaenergetica.com/El\\_Modelo\\_Petrolero\\_Noruego.pdf](http://analiticaenergetica.com/El_Modelo_Petrolero_Noruego.pdf); Juan Ramírez y Eszter Wirth, “Empresas públicas, fondos soberanos y enfermedad

holandesa. El caso de Noruega”, Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento, vol. 6, núm. 2, 2017, pp. 180-200.

<sup>22</sup> Artículo 15 de la Ley de Hidrocarburos.

<sup>23</sup> Artículo 36 de la Ley de Hidrocarburos.

<sup>24</sup> Artículo 48 de la Ley de Hidrocarburos.

<sup>25</sup> Luciano José Parejo Alfonso, “Presentación”, en Estudios sobre la vigilancia y la supervisión como tareas de la administración en sectores de referencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 12.

<sup>26</sup> La competencia de los reguladores para establecer medidas asimétricas ha sido validada por los tribunales. Época: décima época, registro: 2015479, instancia: segunda sala, tipo de tesis: aislada, fuente: Semanario Judicial de la Federación, publicación: viernes 10 de noviembre de 2017, 10:21 horas, materia(s): constitucional, tesis: 2ª CLXIV/2017 (10ª) Instituto Federal de Telecomunicaciones. Tiene competencia exclusiva para establecer regulación asimétrica tratándose de las tarifas de interconexión aplicables al agente económico preponderante.

<sup>27</sup> La información que dé un agente económico preponderante es relevante para prevenir riesgos a la competencia. Época: décima época, registro: 2015804, instancia: tribunales colegiados de circuito, tipo de tesis: aislada, fuente: Semanario Judicial de la Federación, publicación: viernes 1º de diciembre de 2017, 10:13 horas, materia(s): (Común) tipo de tesis: I.2o.A.E.56 A (10ª).

“Informe trimestral de cumplimiento de las medidas impuestas en una resolución de preponderancia formulado por el Instituto Federal de Telecomunicaciones. Los concesionarios del sector, distintos de los integrantes del agente económico preponderante, tienen interés legítimo para promover amparo indirecto en su contra.”

<sup>28</sup> “Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética”, Diario Oficial de la Federación, México, 11 de noviembre de 2014, p. 102.

<sup>29</sup> Por riesgo entiende: “la probabilidad de ocurrencia de un evento indeseable medido en términos de sus consecuencias en las personas, instalaciones, medio ambiente o la comunidad” (fracción IX del artículo 3º de su ley).

<sup>30</sup> Artículo 5º de su ley.

<sup>31</sup> José Esteve Pardo, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Barcelona, 2009; Luciano José Parejo Alfonso, *Estado y derecho en proceso de cambios. Las nuevas funciones de regulación y garantía del Estado social de soberanía limitada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 158-207.

<sup>32</sup> Artículo 28, párrafos diecisiete, octavo y noveno transitorios, respectivamente.

<sup>33</sup> Aprovecho una primera reflexión sobre el tema elaborada para el libro en conjunto con Laura Méndez, Carlos Mena y José Roldán Xopa, *El derecho de la competencia en México*, Porrúa, México, 2015, pp. 213-240.

<sup>34</sup> En la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la Corte les reconoce titularidad de Derechos Humanos solamente a las colectividades indígenas y a los sindicatos. Cf. “Opinión Consultiva OC-22/16 del 26 de febrero de 2016 solicitada por la República de Panamá”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2016, p. 46. Consultado en [www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_22\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf).

<sup>35</sup> Ignacio Burgoa Orihuela, *Las garantías individuales*, Porrúa, México, 2015, p. 156. Al referir tal discusión señala como uno de sus protagonistas a Ignacio Vallarta, quien escribió a propósito “Las personas morales, ¿gozan de los derechos del hombre establecidos en la constitución federal mexicana?”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, núm. XXIV, 1903, p. 48.

<sup>36</sup> Sobre las razones e implicaciones del tránsito de las garantías individuales a los derechos humanos puede verse Ana Elena Fierro Ferráez y Ximena Medellín Urquiaga, “De las garantías individuales a los derechos

humanos: ¿existe un cambio de paradigma?”, en Fascículo 4, CNDH, México, 2015, pp. 25-77.

<sup>37</sup> Luigi Ferrajoli, Democracia y garantismo, Trotta, Madrid, 2010, pp. 293-302. La afirmación de Ferrajoli no tiene como soporte solamente la situación de hecho, sino la diferencia analítica de los derechos que ejercen las empresas. El derecho de propiedad y los derechos de empresa son, para este autor, derechos / poder, a diferencia de los derechos / libertad. Los derechos / poder necesarios para la economía de mercado deben, como cualquier poder, estar sujetos al derecho. Sobre esta idea, Ferrajoli afirma la necesidad de un constitucionalismo para el derecho privado.

<sup>38</sup> “Tesis: P./J.1/2015 (10ª)”, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, libro 16, t. I, décima época, 16 de marzo de 2015, p. 117.

<sup>39</sup> “Tesis VII.2º.A.2 K”, Semanario Judicial de la Federación, libro 18, t. III, décima época, SCJN, marzo de 2013, p. 1994.

<sup>40</sup> “Tesis VI.3º.A.J/5(10ª) TCC”, Semanario Judicial de la Federación, libro 23, t. III, agosto de 2013, p. 1 408. Es una tesis de jurisprudencia que se encuentra en contradicción en pleno de Colegiado 3/2013.

<sup>41</sup> Contradicción de tesis 56/2001 resuelta por el pleno. La resolución no constituye jurisprudencia al no resolver el fondo.

<sup>42</sup> Jean Claude Tron Petit y Fernando Ojeda Maldonado, “¿Son las personas jurídicas titulares de derechos humanos?”, sitio personal de Jean Claude Tron Petit, México, 23 de febrero de 2012, p. 7. Consultado en [jeanclaude.tronp.com/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=381](http://jeanclaude.tronp.com/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=381).

<sup>43</sup> Cámara de Diputados, “Reforma en materia de Derechos humanos”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 11 de junio de 2011, p. 653. Consultado en [www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/PDFs/proceso%20legislativo%20derechos%20humanos.pdf](http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/PDFs/proceso%20legislativo%20derechos%20humanos.pdf); cit. en Jean Claude Tron Petit y Fernando Ojeda Maldonado, op. cit., p. 8.

<sup>44</sup> El ejemplo no es solamente hipotético, se presenta en la sentencia condenatoria de la acción colectiva presentada por la Procuraduría Federal del Consumidor contra la empresa \*\*\*\*\* por la comercialización del modelo de calzado \*\*\*\*\* por publicidad engañosa, al no acreditarse que su uso beneficia la firmeza de las pantorrillas (en 11%) y los glúteos (en 28%) comparado con otros zapatos. Cf. Amparo en revisión 2244/2014, resuelto el 11 de marzo de 2015 por la Primera Sala. [Los asteriscos empleados se encuentran en la referencia.]

<sup>45</sup> Robert Alexy, Teoría del discurso y derechos constitucionales, Fontamara, México, 2004, p. 47.

<sup>46</sup> Lynn Hunt, La invención de los derechos, Tusquets, Barcelona, 2009, pp. 20-43.

<sup>47</sup> “Las expectativas —dice Bernardo Bolaños— son estados de conciencia que se refieren al futuro.” Cf. “La estructura de las expectativas jurídicas”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, Trotta, Madrid, 2009, p. 294.

<sup>48</sup> Lynn Hunt, op. cit., p. 26.

<sup>49</sup> Robert Alexy, op. cit., pp. 59-60.

<sup>50</sup> El anterior es un sentido distinto de la autonomía orgánica de las personas jurídicas de derecho privado o de derecho público. Esta última es una autonomía jurídica que delimita capacidades de decisión y de imputación de obligaciones.

<sup>51</sup> Michael Ignatieff, Los derechos humanos como política e idolatría, Paidós, Barcelona, 2003, pp. 170 y ss; Amartya Sen, La idea de justicia, Paidós, Madrid, 2010; Marta Nussbaum, Crear capacidades, Paidós, México, 2012.

<sup>52</sup> Yuval Harari, De animales a dioses. Breve historia de la humanidad, Debate, México, 2017, p. 44.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 45.

<sup>54</sup> Francesco Galgano, *Historia del derecho mercantil*, Laia, Barcelona, 1981, p. 76.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>56</sup> Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 684 y 685.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 684.

<sup>58</sup> El texto de Francisco Ferrara, *Teoría de las personas jurídicas*, data de 1915; se empleó la traducción al español de Eduardo Ovejero y Mauri, editada por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2006.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>60</sup> En la misma idea Bring afirma que el patrimonio consiste en tener o pertenecer, en una relación jurídica invisible entre bienes y personas; la relación puede existir entre fines y bienes. El patrimonio (sin sujeto) consiste en un fin; hay un patrimonio impersonal a favor de un fin. *Ibidem*, p. 143.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 170.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 180.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 223.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 227.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 240.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 277.

<sup>67</sup> Ronald Coase, “La naturaleza de la empresa”, en Andrés Roemer (comp.), *Derecho y economía: una revisión de la literatura*, FCE, México, 2000, pp. 558-572.

[68 Ibidem, p. 561.](#)

[69 Hans Kelsen, Teoría pura del derecho, UNAM, México, 1981, pp. 184-197.](#)

[70 Este problema es analizado por Alejandro Faya, “Derechos humanos y tratados de inversión”, en Derechos humanos y tratados internacionales. Los tratados de inversión, Barra Mexicana de Abogados, México, 2013, pp. 70-102.](#)

[71 Ignacio Casas y Fernando Toller, Los derechos humanos de las personas jurídicas. Titularidad de derechos y legitimación en el sistema interamericano, Porrúa, México, 2015, pp. 328-332.](#)

[72 Para este apartado me baso en José Roldán Xopa, “La Procuraduría Federal del Consumidor y la regulación. Una regulación compleja”, en Cinco reguladores, CIDAC / SAID, México, 2013, pp. 147-166.](#)

[73 Publicada el 22 de diciembre de 1975 y que entraría en vigor el 5 de febrero del año siguiente.](#)

[74 Publicada en el Diario Oficial de la Federación de 24 de diciembre de 1992. A su vez es reformada en 1993, 1994, 1996, 1998, 2000, 2004 \(la de mayor impacto\), 2006, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017.](#)

[75 Fernando García Sais, Jurisprudencia del consumidor, Tirant lo Blanch /ITAM, México, 2012, p. 25, expone su participación, junto con otros académicos entonces del ITAM \(Alberto Benítez y la mía\) y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM \(Eduardo Ferrer\), así como de Antonio Gidi, del magistrado Jean Claude Tron y de Mariana Benítez, en las propuestas de reforma constitucional y legal.](#)

[76 Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 6 y el 10 de junio de 2011.](#)

[77 En Latinoamérica se tiene este diseño en Perú \(Instituto de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual\). Véase](#)

[www.indecopi.gob.pe/0/home\\_proteccion\\_consumidor.aspx?PFL=8](http://www.indecopi.gob.pe/0/home_proteccion_consumidor.aspx?PFL=8); o en Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio: [www.sic.gov.co/es/web/guest/inicio](http://www.sic.gov.co/es/web/guest/inicio).

<sup>78</sup> Un extraordinario texto que sistematiza desde su origen hasta 2012 la jurisprudencia emitida por los tribunales federales es el de Fernando García Sais, op. cit.

<sup>79</sup> El análisis de las instituciones tiene el mérito de destacar la importancia del buen desempeño de las instituciones como condición de eficacia de la regulación y del desempeño económico. La literatura analiza el desarrollo en deficiencias institucionales: “instituciones extractivas”, para citar el texto de moda: Why Nations Fail, de Daron Acemoglu y James A. Robinson, Crown Publishing, Nueva York, 2012. En sentido similar, Dani Rodrik y Arvind Subramanian destacan la relevancia del rule of law para generar, regular, estabilizar y legitimizar el mercado. Cf. Dani Rodrik y Arvind Subramanian, “The Primacy of Institutions. And What this Does and Does not Mean”, Finance and Development, vol. 40, núm. 2, 2003, pp. 31-34.

<sup>80</sup> Douglas North, op. cit., p. 21.

<sup>81</sup> Richard Thaler y Cass Sunstein, op. cit., pp. 15-19.

<sup>82</sup> Ian McAuley et al., Políticas públicas de consumo. Tendencias internacionales, Profeco, México, 2008, p. 13-23.

---

<sup>1</sup> Los precedentes establecidos por la Corte sobre la imposibilidad de revisar por cualquier vía (amparo, acción y controversias constitucionales) la constitucionalidad de las reformas constitucionales funciona como una garantía para la estabilización de los acuerdos políticos.

<sup>2</sup> Christopher Ballinas, Luchas políticas en el diseño de organismos autónomos, CEEY, México, 2017, pp. 109-140.

<sup>3</sup> Destaca especialmente la OCDE (Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en México, OCDE, París, 2012, pp. 50-54). El documento destaca la necesidad de dotar a la antigua Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel) de mayor autonomía, facultades similares a las de Cofeco, independencia presupuestaria, la eliminación de la doble ventanilla, entonces existente con la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, entre las principales cuestiones por remontar. El segundo estudio es OCDE, Revisiones de la OCDE sobre Reforma Regulatoria. México hacia una perspectiva de gobierno entero para la mejora regulatoria. Informe de las principales conclusiones, OCDE, París, 2013, p. 67. El estudio indica que en México los órganos reguladores tienen un grado de independencia más bajo que la media de la OCDE en la toma de decisiones y autonomía presupuestaria.

<sup>4</sup> Esta relación entre organizaciones, gestión y política es examinada por Jorge Culebro, “Reforma administrativa y nuevas formas de organización. El diseño e implementación de organismos reguladores de mercado”, en Jorge Culebro (coord.), Nuevas fronteras de la regulación. Transformación y diseño institucional, Juan Pablos / UAM-C, México, 2009, pp. 17-46.

<sup>5</sup> La regulación suele plantearse académicamente como una relación entre metas y métodos. Ante la necesidad de resolver los fallos de mercado (condiciones de competencia, restricciones a la entrada o salida, externalidades, asimetrías de información, bienes públicos), se establecen como métodos controles de entrada y salida, controles de precios, establecimiento de estándares, impuestos, etc. Al respecto, véase Sidney Shapiro y Joseph Tomain, Regulatory Law and Policy: Cases and Materials, Lexis Publishing, Nueva York, 1998, p. 21.

<sup>6</sup> Mauricio Dussauge, “Organismos constitucionales autónomos y reforma administrativa en México”, en María del Carmen Pardo y Guillermo M. Cejudo (coords.), Trayectorias de reformas administrativas en México: legados y conexiones, El Colegio de México, México, 2016, p. 500.

<sup>7</sup> Particularmente en la Comisión Federal de Telecomunicaciones resalta en su historia la designación de comisionados a dos senadores del Partido Revolucionario Institucional (PRI) y del Partido Acción Nacional (PAN).

<sup>8</sup> Las reglas de contacto de los comisionados con los representantes de los regulados fue una cuestión sensible a juicio de las comisiones dictaminadoras en el Congreso para preservar confianza. Véase: “Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Comunicaciones y Transportes; de Radio, Televisión y Cinematografía y de Estudios Legislativos, con la opinión de las comisiones de Gobernación y de Justicia, respecto de la minuta con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6º, 7º, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Telecomunicaciones”, Senado de la República, México, 16 de abril de 2013. Consultado en [infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/1/2013-04-18-1/assets/documentos/DICTAMEN\\_TELECOMUNICACIONES.pdf](http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/1/2013-04-18-1/assets/documentos/DICTAMEN_TELECOMUNICACIONES.pdf), p. 342.

<sup>9</sup> Véase Gaspar Ariño Ortiz y Juan Carlos Cassagne, “Estudio preliminar sobre las técnicas de habilitación en el marco de una nueva concepción sobre el servicio público”, en La regulación económica: teoría y práctica de la regulación para la competencia: hacia un nuevo concepto de servicio público, Abaco, Buenos Aires, 1996, p. 25.

<sup>10</sup> Konrad Hesse, Escritos de derecho constitucional, CEC, Madrid, 1992, p. 45.

<sup>11</sup> Bruce Ackerman, La nueva división de poderes, FCE, México, 2007, p. 77.

<sup>12</sup> Daron Acemoglu y James A. Robinson, Why Nations Fail. The Origins of Power, Prosperity, and Poverty, Crown Publishing, Nueva York, 2012, cap. 14.

<sup>13</sup> Michael J. Trebilcock y Mariana Mota Prado, Derecho y desarrollo. Cómo las instituciones pueden contribuir al desarrollo social y económico, Siglo XXI Editores, México, 2017, p. 55.

<sup>14</sup> El estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones (OCDE, op. cit., p. 60) destaca como un problema la revisión judicial y la suspensión. En la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética (LORCME) se establece una regulación análoga a la de competencia y telecomunicaciones, pues señala la improcedencia de la suspensión (artículo 27). Tal disposición ha sido declarada inconstitucional al limitar los derechos de los quejosos. Amparo en revisión 271/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte.

<sup>15</sup> Cf. Sidney Shapiro y Joseph Tomain, op. cit., p. 53.

<sup>16</sup> Sobre los decisores jurídicos como operadores puede consultarse a Kaushik Basu, Más allá de la mano invisible. Fundamentos para una nueva economía, FCE, México, 2013, pp. 82-105.

<sup>17</sup> “Dictamen de las comisiones unidas de Puntos Constitucionales; de Comunicaciones y Transportes...”, op. cit., p. 340.

<sup>18</sup> A diferencia de los otros órganos reguladores, en los casos de la CNH y de la CRE no se establece qué órgano es el facultado para remover a los comisionados. Debe considerarse que las figuras de remoción y destitución son jurídicamente distintas, aunque las causas puedan coincidir. En el caso de destitución sería aplicable la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

<sup>19</sup> Cf. David Arellano, “El enfoque organizacional en la política y la gestión pública. Entendiendo las organizaciones gubernamentales”, en Mauricio Merino Huerta et al., Problemas, decisiones y soluciones. Enfoques de política pública, FCE / CIDE, México, 2010, p. 68.

<sup>20</sup> Mauricio Dussauge, op. cit., pp. 482-484, destaca este tipo de análisis y encuentra su mérito en evitar explicarlos solamente a partir de sus características técnico-jurídicas, lo cual resulta insuficiente.

<sup>21</sup> Una primera aproximación al tema la desarrollé en José Roldán Xopa, “De la desconcentración administrativa a la autonomía constitucional. Los órganos reguladores en su nuevo escenario”, en María del Carmen Pardo y Guillermo Cejudo (coords.), Trayectorias de reformas administrativas en México: legados y conexiones, El Colegio de México, México, 2016, pp. 465-468.

<sup>22</sup> Párrafo séptimo del artículo 28 constitucional.

<sup>23</sup> Esta coordinación es problemática al configurarse un conflicto de interés, pues el secretario de Energía preside el órgano de administración de un agente económico. Cf. Miriam Grunstein, “La coordinación de los reguladores del sector hidrocarburos: ¿es óptima para el Estado mexicano?”, en Tony Payán et al. (eds.), Estado de derecho y reforma energética en México, Tirant lo Blanch, México, 2016, pp. 165-191.

<sup>24</sup> Guillermo Zúñiga, op. cit., p. 305.

<sup>25</sup> Artículos 6° y 7° de la LORCME.

<sup>26</sup> Artículos 29 a 31.

<sup>27</sup> Artículo 23, fracción X.

<sup>28</sup> Artículo 33, fracción VI de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF).

<sup>29</sup> Artículo 20 de la LORCME. Los subsecretarios de la Secretaría de Energía integran el Consejo y actualmente son tres. Artículo 2° del reglamento interior de la Secretaría de Energía publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1° de octubre de 2014.

<sup>30</sup> Artículo 32 de la Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y Protección al Ambiente del sector Hidrocarburos.

<sup>31</sup> El dictamen del Senado de la República señala: “Finalmente, se considera imprescindible establecer un mecanismo de control adicional, por el que los titulares de los órganos deberán presentar anualmente un programa de

trabajo y trimestralmente un informe de actividades a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Unión” (“Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Comunicaciones y Transportes...”, op. cit., p. 343).

<sup>32</sup> José Roldán Xopa, “De la desconcentración...”, op. cit., pp. 458-459.

<sup>33</sup> Cf. “Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Comunicaciones y Transportes...”, op. cit., p. 224.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 225.

<sup>35</sup> El texto de la sentencia se encuentra disponible en Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Consulta tradicional. Ejecutorias”, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, noviembre de 2015, p. 382.

<sup>36</sup> Tesis: P./J. 48/2015 (10ª), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, libro 25, t. I, diciembre de 2015, p. 34. materia(s): constitucional.

Controversia constitucional 117/2014. Congreso de la Unión por conducto de la Cámara de Senadores. 7 de mayo de 2015. Unanimidad de 11 votos de los ministros Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, en contra de las consideraciones del apartado XII, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, por razones distintas, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Juan N. Silva Meza, Eduardo Medina Mora I., Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Alberto Pérez Dayán y Luis María Aguilar Morales. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: David García Sarubbi.

Nota: Esta tesis jurisprudencial se refiere a las razones aprobadas por nueve votos, contenidas en la sentencia dictada en la controversia constitucional 117/2014, publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 27 de noviembre de 2015 a las 11:15 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, libro 24, t. I, p. 382 y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 30 de noviembre de 2015.

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

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

<sup>37</sup> [David García Sarubbi, “Modelo de Estado regulador: su aparición en la jurisprudencia nacional”, en Luis María Aguilar Morales \(coord.\), Dilemas de control constitucional, Centro de Estudios Constitucionales / SCJN, México, 2016, p. 67.](#)

<sup>38</sup> [Trato esta cuestión en José Roldán Xopa, Derecho administrativo, Oxford University Press, México, 2008, pp. 93-98.](#)

<sup>39</sup> [OCDE y Secretaría de Economía, La resolución de asuntos de competencia por órganos de jurisdicción especializada y general. Balance de experiencias internacionales, OCDE, París, 2016.](#)

<sup>40</sup> [Sergio López Ayllón, Adriana García y Andrea Marván, “Especialización judicial y deferencia”, en Adriana García García y Sergio López Ayllón \(coords.\), Perspectivas comparadas de la justicia administrativa, CIDE, México, 2017, p. 341. Las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad y los juicios se acompañan también del cabildeo y la presión que los poderes políticos o económicos ejercen en los integrantes de los tribunales que conocen de los mismos o a sus instancias de control.](#)

<sup>41</sup> [Josefina Cortés Campos, “Decisiones judiciales y regulación para la competencia”, en Sergio López Ayllón y Adriana García García \(coords.\), Perspectivas comparadas de la justicia administrativa, CIDE, México, 2017, p. 318.](#)

<sup>42</sup> [Véanse al respecto Rubén Sánchez Gil, “Estudio preliminar”, en Matthias Klatt y Moritz Meister, La proporcionalidad como principio universal, UNAM, México, 2017; así como Alec Stone Sweeey y Jud Matthews,](#)

Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 54-65.

<sup>43</sup> Tesis: 1ª CCCXVII/2014 (10ª), primera sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, libro 10, t. I, septiembre de 2014, p. 574, materia(s): constitucional, amparo directo en revisión 3508/2013. Centennial, S. A. de C. V., 30 de abril de 2014. Cinco votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. José Ramón Cossío Díaz y Jorge Mario Pardo Rebolledo manifestaron apartarse de las consideraciones relativas al tema contenido en la presente tesis. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: David García Sarubbi.

Esta tesis se publicó el viernes 12 de septiembre de 2014 a las 10:15 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

<sup>44</sup> Época: décima época, registro: 2013664, instancia: tribunales colegiados de circuito, tipo de tesis: aislada, fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 39, t. III, febrero de 2017, materia(s): constitucional, administrativa, tesis: I.2o.A.E.47 A (10ª), p. 2 327, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y jurisdicción en toda la República.

Amparo en revisión 165/2015. Teléfonos de México, S. A. B. de C. V., 26 de agosto de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Adriana Leticia Campuzano Gallegos. Secretario: Arturo Mora Ruiz.

Amparo en revisión 164/2015. Teléfonos del Noroeste, S. A. de C. V., 23 de septiembre de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Iturbe Rivas. Secretaria: Laura Zárate Muñoz.

Esta tesis se publicó el viernes 10 de febrero de 2017 a las 10:12 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

<sup>45</sup> Tesis: 1ª CCCXIX/2014 (10ª). Amparo directo en revisión 3508/2013, primera sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima

época, libro 10, t. I, septiembre de 2014, p. 592, materia(s): constitucional. Centennial, S. A. de C. V., 30 de abril de 2014. Cinco votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. José Ramón Cossío Díaz y Jorge Mario Pardo Rebolledo manifestaron apartarse de las consideraciones relativas al tema contenido en la presente tesis. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: David García Sarubbi.

Esta tesis se publicó el viernes 12 de septiembre de 2014 a las 10:15 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

<sup>46</sup> Tesis: 1ª CCLXIII/2016 (10ª), primera sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, libro 36, t. II, noviembre de 2016, p. 915, materia(s): constitucional, amparo en revisión 237/2014. Josefina Ricaño Bandala y otros. 4 de noviembre de 2015. Mayoría de cuatro votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín.

Esta tesis se publicó el viernes 25 de noviembre de 2016 a las 10:36 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

<sup>47</sup> Robert Alexy, op. cit., pp. 523-546.

<sup>48</sup> Tesis: 1ª CCLXV/2016 (10ª), primera sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, libro 36, t. II, noviembre de 2016, p. 902, materia(s): constitucional, amparo en revisión 237/2014. Josefina Ricaño Bandala y otros. 4 de noviembre de 2015. Mayoría de cuatro votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín.

Esta tesis se publicó el viernes 25 de noviembre de 2016 a las 10:36 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

[49 Me ocupo de este caso en José Roldán Xopa, “El razonamiento judicial en la fiesta de la mariguana”, El juego de la Suprema Corte, 2015. Consultado en \[eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=5066\]\(http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=5066\).](#)

[50 Ruben Gil Sánchez, op. cit., p. XXIII.](#)

[51 Tesis: 1ª CCLXVIII/2016 \(10ª\), primera sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, libro 36, t. II, noviembre de 2016, p. 911, materia\(s\): constitucional, amparo en revisión 237/2014. Josefina Ricaño Bandala y otros. 4 de noviembre de 2015. Mayoría de cuatro votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente, en el que se aparta de las consideraciones contenidas en la presente tesis. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín.](#)

Esta tesis se publicó el viernes 25 de noviembre de 2016 a las 10:36 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

[52 Tesis: 1ª CCLXX/2016 \(10ª\), primera sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, libro 36, t. II, noviembre de 2016, p. 914, materia\(s\): constitucional, amparo en revisión 237/2014. Josefina Ricaño Bandala y otros. 4 de noviembre de 2015. Mayoría de cuatro votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente, en el que se aparta de las consideraciones contenidas en la presente tesis. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín.](#)

Esta tesis se publicó el viernes 25 de noviembre de 2016 a las 10:36 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

<sup>53</sup> Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 526.

<sup>54</sup> Avinash Dixit y Barry J. Nalebuff, El arte de la estrategia. La teoría de juegos, guía del éxito en sus negocios y en su vida diaria, Antoni Bosch, Barcelona, 2010, pp. 26-28 y 133-170. Los autores muestran que en el pensamiento estratégico aquello que en apariencia resulta la mejor opción no siempre lo es. La teoría del equilibrio de Nash muestra que en juegos en los que hay decisiones simultáneas no necesariamente es la mejor solución aquella en la que los jugadores quieren salirse con la suya; todos pueden terminar perdiendo. La posibilidad de cooperación puede dar resultados en los cuales todos ganen algo, aunque no sea su primera opción, pero no pierdan todo. En contextos donde hay intereses contrapuestos o mercados competidos la regulación puede propiciar tales formas de cooperación.

<sup>55</sup> Robert Alexy, Teoría del discurso..., op. cit., p. 524.

<sup>56</sup> Tesis: 1ª CCLXXII/2016 (10ª), Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, libro 36, t. II, noviembre de 2016, p. 894, materia(s): constitucional, amparo en revisión 237/2014. Josefina Ricaño Bandala y otros. 4 de noviembre de 2015. Mayoría de cuatro votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente, en el que se aparta de las consideraciones contenidas en la presente tesis. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín.

Esta tesis se publicó el viernes 25 de noviembre de 2016 a las 10:36 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

<sup>57</sup> Robert Alexy, Teoría del discurso, op. cit., pp. 138-139. Es interesante la similitud que Alexy aprecia de tal ley con las curvas de indiferencia empleadas en economía. “Una curva de indiferencia es un medio para representar la relación de sustitución de bienes. Puede suponerse que está tanto a favor de la libertad de prensa como de la seguridad exterior y que

está dispuesto a aceptar, en aras de un cierto aumento de la seguridad exterior, una cierta reducción de la libertad de prensa.”

<sup>58</sup> La sentencia pudo resolver que, al tratarse de una libertad no sujeta a paternalismos estatales, no requería autorización administrativa. Al conservarla y ordenar su expedición, impidió la natural actividad administrativa de valorar su otorgamiento atendiendo a los grados de riesgo (función propia de una autoridad especialista en riesgos sanitarios). El otorgamiento de una autorización administrativa en estos casos supone que la autoridad asume una responsabilidad en la valoración de los riesgos que, en este caso, por los efectos de la sentencia, no se realiza. Aun en el escenario de libertad de consumo, la mariguana tiene riesgos que impactan de diversa manera según las condiciones del consumidor; la valoración de los riesgos es propia del regulador.

<sup>59</sup> Tesis: 1ª / J. 66/2015 (10ª), Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, libro 23, t. II, octubre de 2015, p. 1 462, materia(s): constitucional, amparo en revisión 581/2012. 5 de diciembre de 2012. Unanimidad de cuatro votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien formuló voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Amparo en revisión 457/2012. 5 de diciembre de 2012. Unanimidad de cuatro votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien formuló voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Mireya Meléndez Almaraz.

Amparo en revisión 567/2012. 5 de diciembre de 2012. Unanimidad de cuatro votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien formuló voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Alejandro García Núñez.

Amparo en revisión 152/2013. 23 de abril de 2014. Mayoría de cuatro votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: Karla I. Quintana Osuna y David García Sarubbi.

Amparo en revisión 615/2013. 4 de junio de 2014. Unanimidad de cuatro votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quien formuló voto concurrente. Ausente y ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo; en su ausencia hizo suyo el asunto Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez.

Tesis de jurisprudencia 66/2015 (10ª). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de 7 de octubre de 2015.

Esta tesis se publicó el viernes 30 de octubre de 2015 a las 11:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del martes 3 de noviembre de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

[60 Alec Stone y Jud Matthews, op. cit., pp. 219-242.](#)

[61 Tesis: 2ª XCI/2017 \(10ª\), Segunda Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, libro 43, t. II, junio de 2017, p. 1 422, materia\(s\): constitucional, amparo en revisión 441/2015. Smart y Final del Noroeste, S. A. de C. V. y otra, 5 de octubre de 2016. Cinco votos de los ministros Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán; votó en contra de consideraciones Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Javier Laynez Potisek. Secretario: Jorge Jiménez Jiménez. Amparo en revisión 845/2015. Tiendas Aurrerá, S. de R. L. de C. V., 5 de octubre de 2016. Cinco votos de los ministros Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán; votó en contra de consideraciones Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Javier Laynez Potisek. Secretario: Jorge Jiménez Jiménez.](#)

Amparo en revisión 876/2015. Desarrollo Comercial Abarrotero, S. A. de C. V., y otras, 25 de enero de 2017. Cinco votos de los ministros Alberto Pérez Dayán, Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Eduardo Medina Mora I.; votó en contra de consideraciones Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Javier Laynez Potisek. Secretario: Jorge Jiménez Jiménez.

Esta tesis se publicó el viernes 9 de junio de 2017 a las 10:15 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

[62 En un caso diverso \(amparo en revisión 104/2016\), la Corte determinó, en cambio, que es inconstitucional la restricción a la venta de refrescos en las universidades. A su juicio, los universitarios se encuentran en aptitud de decidir sin necesidad de tutela estatal, a diferencia de los menores de edad.](#)

[63 Tesis: XIV.T.A.6 A \(10ª\), tribunales colegiados de circuito, Semanario Judicial de la Federación, décima época, 17 de noviembre de 2017, materia\(s\): \(común\), tribunal colegiado en materias de trabajo y administrativa del décimo cuarto circuito. Queja 93/2016. 30 de agosto de 2017. Unanimidad de votos. Ponente: Paulino López Millán, con voto concurrente de la magistrada Raquel Flores García. Secretaria: Mayra Icela Greene Negroe. Esta tesis se publicó el viernes 17 de noviembre de 2017 a las 10:28 horas en el Semanario Judicial de la Federación.](#)

[64 José Juan Moreso, La Constitución: modelo para armar, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 268-284, analiza el problema, señalando que las valoraciones axiológicas son pautas prima facie y son derrotables si las circunstancias cambian. Identifica lo anterior como un particularismo que presenta inconvenientes en la estabilidad de la interpretación constitucional dada la movilidad valorativa.](#)

[65 Existe una amplia bibliografía que aborda estos temas: en materia de discrecionalidad, por ejemplo, de Luciano Parejo Alfonso, Administrar y juzgar. Dos funciones constitucionalmente distintas y complementarias, Tecnos, Madrid, 1993. De más reciente factura, los libros de José María Rodríguez de Santiago, Metodología del derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa, Marcial Pons, Madrid, 2016, y el de Ignacio Boulín, Decisiones razonables.](#)

El uso del principio de razonabilidad en la decisión administrativa, Marcial Pons, Madrid, 2014.

<sup>66</sup> Christopher Edley, Derecho administrativo. Reconocer el control judicial de la administración pública, INAP, Madrid, 1994, pp. 273-306.

---

<sup>1</sup> Luciano José Parejo Alfonso, Estado y derecho en proceso de cambios. Las nuevas funciones de regulación y garantía del Estado social de soberanía limitada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 157-208.

La Constitución se ha labrado por reformas a través de múltiples tiempos, mentes, orientaciones, propósitos y manos. En tanto el tiempo avanza y el contexto cambia, las variaciones seguirán generando modificaciones; tal es el origen de las reformas estructurales de 2013 (competitividad económica, telecomunicaciones, acceso a la información y energía) y la reforma en derechos humanos de 2011. Esta obra constituye un análisis de dichas transformaciones y cómo éstas impactan en la economía del país.

Para lograrlo, Roldán Xopa parte del ideal de un Estado regulador que no sólo vele por la intervención pública y la calidad institucional, sino que, conceptualizado además como un Estado garante, cumpla de manera eficaz con los objetivos que sus normas proponen para dotar a la sociedad de los bienes públicos necesarios con el fin de dar respuesta a los actuales desafíos y demandas de los mexicanos.

