

TERCERA SECCION

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION

(Viene de la Segunda Sección)

Por otra parte, este órgano jurisdiccional al fallar el amparo en revisión 159/2003, en sesión de 30 de marzo de 2004, examinó el concepto de concesión y los casos en que procede su otorgamiento. Las consideraciones de esta sentencia, en la parte que interesa, son las siguientes:

“... Ahora bien, la gestión por particulares, sea de manera individual o como sociedades, de los servicios públicos, así como la explotación, uso o aprovechamiento de los bienes de dominio público, supone normalmente la existencia previa de una concesión, figura jurídica típica del derecho administrativo, cuya naturaleza es definida por la doctrina como:

“La concesión administrativa es el acto por medio del cual se concede a un particular el manejo y explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del Estado. (Gabino Fraga, Derecho Administrativo, Edit, Porrúa, pág. 242).

De lo anterior, se desprende que puede existir por un lado la concesión para la prestación de un servicio público y la relativa a la explotación de bienes del dominio público por otro, o bien, la concesión mixta, que implica ambas actividades.

Respecto a la naturaleza jurídica de esta figura, la doctrina sostiene que si bien es cierto que mediante la concesión se crea un derecho a favor del particular concesionario que antes no tenía, a diferencia de la autorización que permite el ejercicio de un derecho preexistente, no es factible concebirla como un simple acto contractual, sino que se trata de un acto administrativo mixto, en el cual coexisten elementos reglamentarios y contractuales.

La cláusula o elemento reglamentario, es en donde se fijan las normas a que ha de sujetarse la organización y funcionamiento del servicio y el Estado puede modificar éstas en cualquier instante, de acuerdo con las necesidades que requiera la prestación del servicio sin que sea necesario el consentimiento del concesionario, (horarios, modalidades de la prestación del servicio, derechos de los usuarios etc.).

Por su parte, el elemento contractual, tiene como propósito proteger los intereses legítimos del concesionario, creando a su favor una situación jurídica individual que no puede ser modificada unilateralmente por el Estado. Este elemento se constituye por las cláusulas que conceden ventajas económicas que representan para el concesionario la garantía de sus inversiones y con ello la posibilidad de mantener el equilibrio financiero de la empresa.

Al respecto hay autores que sostienen que es indudable que en la concesión existe un situación reglamentaria-contractual, correspondiendo a la primera las normas que determinan la prestación del servicio y que el Estado puede modificar atendiendo al fin de utilidad pública que en esencia lleva consigo la concesión; y el elemento contractual, aun cuando no se consigne o exprese en la concesión, lo constituye, además del aspecto pecuniario del concesionario, el implícito derecho a que obtenga el restablecimiento del equilibrio financiero de su inversión o empresa, llegando incluso a la indemnización para el caso de que la Administración modifique unilateralmente la organización y funcionamiento de la explotación, potestad ésta que el Estado no podrá renunciar como titular del servicio o bien público. De esta suerte, a través del elemento contractual el concesionario tiene la garantía de la protección de sus intereses y respaldo de su inversión, con la obligación del concedente de restablecer el equilibrio financiero, en el caso de la modificación de la explotación, condición ésta necesaria para que no existan perjuicios tales que pueden incidir en el quebranto de la economía privada de los particulares concesionarios, sirve de honesta equivalencia entre lo que otorga y lo que se pide al concesionario, entre los provechos y las cargas.

Así pues, se concluye que toda concesión como acto jurídico administrativo mixto, se encuentra sujeta a las modificaciones del orden jurídico que regulan el servicio público que debe prestarse o el bien público por explotar, al mismo tiempo que garantiza los intereses legítimos de los concesionarios, por lo que las modificaciones legales no podrán establecer cargas que afecten desproporcionada o injustificadamente su esfera jurídica y patrimonio...”

De las anteriores consideraciones podemos advertir que este Tribunal Pleno determinó:

1) La concesión administrativa es el acto mediante el que el Estado concede a un particular la prestación de un servicio público o la explotación de un bien del dominio público, pudiendo ser mixta cuando implica ambas actividades.

2) La concesión constituye un acto administrativo mixto, en el cual coexisten elementos reglamentarios y contractuales.

3) El elemento reglamentario atiende a las normas a que ha de sujetarse la organización y funcionamiento del servicio o la explotación o aprovechamiento de los bienes, mismas que el Estado puede modificar sin el consentimiento del concesionario.

4) El elemento contractual protege los intereses legítimos del concesionario, creando a su favor una situación jurídica individual que no puede ser modificada unilateralmente por el Estado; atiende básicamente a las ventajas económicas que representen para el concesionario la garantía de sus inversiones y la posibilidad de mantener el equilibrio financiero.

5) Así, toda concesión, como acto jurídico administrativo mixto, se encuentra sujeta a las modificaciones del orden jurídico que regulan el servicio público que debe prestarse o el bien público por explotar, al mismo tiempo que garantiza los intereses legítimos de los concesionarios.

Las anteriores determinaciones dieron lugar a la tesis P.XXXIV/2004, que aparece publicada en la página 10 del tomo XX, agosto de 2004, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca, bajo el siguiente rubro: **“CONCESIONES. SE RIGEN POR LAS LEYES VINCULADAS CON SU OBJETO.”**

Se entiende entonces que las concesiones podrán otorgarse respecto a un servicio público o sobre un bien del dominio público, y que será mixta si involucra a ambos. Para la resolución de la presente acción es relevante el análisis del segundo supuesto, es decir, de la concesión sobre un bien del dominio público de la Federación, en virtud de que los servicios de telecomunicación y/o radiodifusión no son considerados en las leyes especiales que los regulan como un servicio público, según se advierte de los artículos 4 de la Ley Federal de Radio y Televisión y 5 de la Ley Federal de Telecomunicaciones que, respectivamente, disponen:

“Artículo 4o.- La radio y la televisión constituyen una actividad de interés público, por lo tanto el Estado deberá protegerla y vigilarla para el debido cumplimiento de su función social.”

“Artículo 5.- Las vías generales de comunicación materia de esta Ley y los servicios que en ellas se presten son de jurisdicción federal.”

Para los efectos de esta Ley se considera de interés público la instalación, operación, y mantenimiento de cableado subterráneo y aéreo y equipo destinado al servicio de las redes públicas de telecomunicaciones, debiéndose cumplir las disposiciones estatales y municipales en materia de desarrollo urbano y protección ecológica aplicables.”

Se desprende de los artículos transcritos, que los servicios de radio y televisión se consideran como una actividad de interés público y, en general, se alude a las telecomunicaciones como un servicio de interés público, mas no así como un servicio público.

Corroborar lo anterior, la opinión que en este sentido expresa el tratadista Jorge Fernández Ruiz en el artículo denominado **“Régimen jurídico de concesiones de radio y televisión”**, publicado en la Serie Estudios Jurídicos número 30, “Responsabilidad Social, autorregulación y legislación en Radio y Televisión”, Armando, Alfonso Jiménez (coordinador) del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, en el que señala:

“...Para el orden jurídico mexicano, las actividades de la radio y la televisión no están consideradas como servicio público, por lo que conforme a la doctrina conforman un servicio público impropio o virtual, habida cuenta que satisfacen necesidades de carácter general: de información y esparcimiento, en el caso de radioescuchas y televidentes; de difusión de anuncios y mensajes comerciales, en el caso de los anunciantes...”

Consecuentemente, este Tribunal Pleno se concretará al análisis relativo a la concesión por el uso, aprovechamiento o explotación de un bien del dominio público de la Federación, al ser ésta la hipótesis del caso, como se precisa en el artículo 100 del Reglamento de Telecomunicaciones, que dispone:

“Artículo 100.- Corresponde al Gobierno Federal por conducto de la Secretaría, las funciones de gestión y control del espectro de frecuencias radioeléctricas y en general del medio en que se propagan las ondas electromagnéticas, que es un recurso natural limitado que forma parte de los bienes de dominio directo de la Nación; tales funciones las ejercerá de conformidad con la Ley, este Reglamento y a lo establecido en los convenios y acuerdos Internacionales que suscribe el Gobierno Federal.”

Por su parte, los artículos 1, fracciones I y II, 2, fracciones I y II, 4, párrafos primero y segundo, 6, fracciones I y II, 7, fracción I, 8, 9, párrafo primero, 13, 16 y 17 de la Ley General de Bienes Nacionales disponen:

“Artículo 1.- La presente Ley es de orden público e interés general y tiene por objeto establecer:

I.- Los bienes que constituyen el patrimonio de la Nación;

II.- El régimen de dominio público de los bienes de la Federación y de los inmuebles de los organismos descentralizados de carácter federal;

(...)”

“Artículo 3.- Son bienes nacionales:

I.- Los señalados en los artículos 27, párrafos cuarto, quinto y octavo; 42, fracción IV, y 132 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

II.- Los bienes de uso común a que se refiere el artículo 7 de esta Ley;

(...)”

“Artículo 4.- Los bienes nacionales estarán sujetos al régimen de dominio público o a la regulación específica que señalen las leyes respectivas.

Esta Ley se aplicará a todos los bienes nacionales, excepto a los bienes regulados por leyes específicas. Respecto a estos últimos, se aplicará la presente Ley en lo no previsto por dichos ordenamientos y sólo en aquello que no se oponga a éstos.

...”

“Artículo 6.- Están sujetos al régimen de dominio público de la Federación:

I.- Los bienes señalados en los artículos 27, párrafos cuarto, quinto y octavo; 42, fracción IV, y 132 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

II.- Los bienes de uso común a que se refiere el artículo 7 de esta Ley;

(...)”

“Artículo 7.- Son bienes de uso común:

I.- El espacio aéreo situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el derecho internacional;

(...)”

“Artículo 8.- Todos los habitantes de la República pueden usar los bienes de uso común, sin más restricciones que las establecidas por las leyes y reglamentos administrativos.

Para aprovechamientos especiales sobre los bienes de uso común, se requiere concesión, autorización o permiso otorgados con las condiciones y requisitos que establezcan las leyes.”

“Artículo 9.- Los bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación estarán exclusivamente bajo la jurisdicción de los poderes federales, en los términos prescritos por esta Ley, excepto aquellos inmuebles que la Federación haya adquirido con posterioridad al 1o. de mayo de 1917 y que se ubiquen en el territorio de algún Estado, en cuyo caso se requerirá el consentimiento de la legislatura local respectiva.

...”

“Artículo 13.- Los bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación son inalienables, imprescriptibles e inembargables y no estarán sujetos a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional, o alguna otra por parte de terceros.”

“Artículo 16.- Las concesiones, permisos y autorizaciones sobre bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación no crean derechos reales; otorgan simplemente frente a la administración y sin perjuicio de terceros, el derecho a realizar los usos, aprovechamientos o explotaciones, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes y el título de la concesión, el permiso o la autorización correspondiente.”

“Artículo 17.- Las concesiones sobre bienes de dominio directo de la Nación cuyo otorgamiento autoriza el párrafo sexto del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se regirán por lo dispuesto en las leyes reglamentarias respectivas.

El Ejecutivo Federal podrá negar la concesión en los siguientes casos:

I.- Si el solicitante no cumple con los requisitos establecidos en dichas leyes;

II.- Si se crea con la concesión un acaparamiento contrario al interés social;

III.- Si se decide emprender, a través de la Federación o de las entidades, una explotación directa de los recursos de que se trate;

IV.- Si los bienes de que se trate están programados para la creación de reservas nacionales;

V.- Cuando se afecte la seguridad nacional, o

VI.- Si existe algún motivo fundado de interés público.”

De los preceptos transcritos podemos deducir que:

1) El espacio aéreo constituye un bien nacional de uso común y, como tal, está sujeto al régimen de dominio público de la Federación y regulado por sus leyes específicas, aplicándose en lo no previsto en éstas, la Ley General de Bienes Nacionales, siempre que no se oponga a lo dispuesto en ellas.

2) Todos los habitantes de la República Mexicana pueden hacer uso del espacio aéreo, con las restricciones establecidas en las leyes y reglamentos administrativos aplicables, pero para su aprovechamiento especial se requiere concesión, autorización o permiso otorgados conforme a las condiciones y requisitos legalmente establecidos.

3) El espacio aéreo está sujeto a la jurisdicción de los Poderes Federales y es inalienable, imprescriptible e inembargable.

4) Las concesiones, permisos y autorizaciones sobre el espacio aéreo no crean derechos reales, pues sólo otorgan frente a la administración y sin perjuicio de terceros, el derecho a su uso, aprovechamiento o explotación conforme a las leyes y al título correspondiente.

5) El Ejecutivo Federal, a través de la dependencia competente, podrá negar la concesión relativa, entre otros supuestos, cuando no se cumplan los requisitos legales para su obtención; cuando con ella se cree un acaparamiento contrario al interés social; cuando el Estado decida la explotación directa del bien; cuando se afecte la seguridad nacional; y cuando exista motivo fundado de interés público.

El espectro radioeléctrico es parte del espacio aéreo situado sobre el territorio nacional.

En efecto, el artículo 27 constitucional establece el dominio directo de la Nación sobre el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el Derecho internacional; por su parte, la Sección Primera, Apartado 1-5, del Reglamento de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, que tiene el carácter de tratado internacional, define a las ondas radioeléctricas u ondas hertzianas como las ondas electromagnéticas, cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de los 3,000 (tres mil) gigahertz y que se propagan por el espacio sin guía artificial; finalmente, el artículo 3, fracción II, de la Ley Federal de Telecomunicaciones define al espectro radioeléctrico como el espacio que permite la propagación sin guía artificial de ondas electromagnéticas cuyas bandas de frecuencia se fijan convencionalmente por debajo de los 3,000 gigahertz.

Así, si se relaciona el concepto de ondas radioeléctricas definido por el derecho internacional con el del espectro radioeléctrico que define la Ley Federal de Telecomunicaciones, cabe concluir que este último forma parte del espacio situado sobre el territorio nacional a que se refiere el artículo 27 constitucional.

Ahora bien, las leyes especiales que regulan los servicios de radiodifusión (radio y televisión abierta) y de telecomunicaciones que se prestan a través del espacio aéreo son la Ley Federal de Telecomunicaciones y la Ley Federal de Radio y Televisión, que fueron objeto de reforma mediante el decreto impugnado, concretamente:

1) Se adicionaron los artículos 3, con las fracciones XV y XVI, 9-A, 9-B, 9-C, 9-D y 9-E, y se reformaron los artículos 13, 64 y 65 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, en los cuales se precisa lo que debe entenderse por servicio de radiodifusión y servicio de radio y televisión, consignándose la regulación del servicio de radiodifusión por la Ley Federal de Radio y Televisión, dejándose a la regulación de la Ley Federal de Telecomunicaciones los servicios de telecomunicaciones que se presten a través de bandas de frecuencias atribuidas a los servicios de radiodifusión; se establece la naturaleza, integración y atribuciones de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, así como que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes llevará el registro de telecomunicaciones, que incluye el servicio de radiodifusión, regulándose lo que debe ser materia de registro y la forma de consulta por el público en general. En los artículos transitorios del Decreto de reformas a esta Ley se regula lo relativo a la primera designación de los comisionados y del Presidente de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, de la duración de su cargo, así como la obligación del Ejecutivo Federal de expedir el Reglamento Interior de dicha Comisión en un plazo no mayor de 90 días naturales.

2) Asimismo, se adicionaron los artículos 7-A, 17-A a 17-J, 21-A, 28-A, 72-A y 79-A y se reformaron los artículos 2, 3, 9, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26 y 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión que establecen lo que se entiende por servicio de radiodifusión, lo que comprende la industria de la radio y televisión, que el uso, aprovechamiento o explotación de las bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico para prestar el servicio referido sólo puede hacerse por concesión o permiso que otorga el Ejecutivo Federal en los términos de la propia ley, mismos que se regulan en los propios preceptos adicionados; las leyes que serán supletoriamente aplicables a la materia; las facultades de la Comisión Federal de Telecomunicaciones en la materia; el derecho de los concesionarios de bandas de frecuencia de radiodifusión (radio y televisión abiertas) para, mediante autorización de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, prestar servicios de telecomunicaciones adicionales a los de radiodifusión; la posibilidad de incrementar el porcentaje de tiempo de publicidad en el caso que se prevé; y las reglas para el cumplimiento de la función social de la radiodifusión en la difusión de la propaganda electoral.

En este contexto, atendiendo a las definiciones que se dan en las fracciones XIV, XV y XVI del artículo 3 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, en relación con la del artículo 2 de la Ley Federal de Radio y Televisión, así como a lo dispuesto en el artículo 13 de la primera Ley señalada, cabe concluir que mientras el objeto propio de regulación de la última de las leyes mencionadas es la radio y televisión abiertas (servicio de radiodifusión), la primera de dichas leyes regula el audio y televisión cerradas y los demás servicios de telecomunicación aun cuando se presten a través de bandas de frecuencias atribuidas a los servicios de radiodifusión. Dichos artículos establecen:

Ley Federal de Telecomunicaciones:

“Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

XIV. Telecomunicaciones: toda emisión, transmisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, voz, sonidos o información de cualquier naturaleza que se efectúa a través de hilos, radioelectricidad, medios ópticos, físicos, u otros sistemas electromagnéticos;

XV. Servicio de radiodifusión: servicio de telecomunicaciones definido por el artículo 2 de la Ley Federal de Radio y Televisión, y

XVI. Servicio de radio y televisión: el servicio de audio o de audio y video asociado que se presta a través de redes públicas de telecomunicaciones, así como el servicio de radiodifusión.”

“Artículo 13.- El servicio de radiodifusión, incluyendo el otorgamiento, prórroga, terminación de concesiones, permisos y asignaciones, para usar, aprovechar y explotar bandas de frecuencias atribuidas a tal servicio, se sujetará a lo dispuesto por la Ley Federal de Radio y Televisión.

Los servicios de telecomunicaciones que se presten a través de las bandas de frecuencias atribuidas a los servicios de radiodifusión se regirán por lo dispuesto en la presente Ley.”

Ley Federal de Radio y Televisión:

“Artículo 2o.- La presente Ley es de orden público y tiene por objeto regular el servicio de radiodifusión.

El servicio de radiodifusión es aquél que se presta mediante la propagación de ondas electromagnéticas de señales de audio o de audio y video asociado, haciendo uso, aprovechamiento o explotación de las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico atribuido por el Estado precisamente a tal servicio; con el que la población puede recibir de manera directa y gratuita las señales de su emisor utilizando los dispositivos idóneos para ello.

El uso, aprovechamiento o explotación de las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para prestar el servicio de radiodifusión sólo podrá hacerse previos concesión o permiso que el Ejecutivo Federal otorgue en los términos de la presente ley.

Para los efectos de la presente ley, se entiende por radio y televisión al servicio de radiodifusión.”

Conforme a lo anterior, atendiendo a los precepto legales que fueron objeto de reforma o adición en el Decreto controvertido, se precisa que el régimen de las concesiones reguladas en la Ley Federal de Telecomunicaciones no fue modificado y que sólo lo fue el régimen de las concesiones y permisos relativos a los servicios de radiodifusión (radio y televisión abiertas) regulado en la Ley Federal de Radio y Televisión, así como la forma en que los concesionarios de estos últimos servicios pueden, mediante una simple autorización, obtener concesiones para prestar adicionalmente servicios de telecomunicaciones diversos a los de radiodifusión.

En consecuencia, el estudio que se realice de las concesiones que regula la Ley Federal de Telecomunicaciones, que no fueron reformadas en el Decreto, sólo se hará para analizar la constitucionalidad de las que sí fueron modificadas, a saber las concesiones y permisos de radiodifusión, en tanto se plantea la contravención a la Constitución Federal por el diverso trato que el legislador da a los concesionarios y permissionarios en esta materia, en relación con los demás servicios de telecomunicaciones y la posibilidad que se les da para acceder a la prestación de los demás servicios de telecomunicaciones, sin sujetarlos a licitación pública, sino mediante la presentación de una simple solicitud de autorización.

El artículo 11 de la Ley Federal de Telecomunicaciones dispone:

“Se requiere concesión de la Secretaría para:

I. Usar, aprovechar o explotar una banda de frecuencias en el territorio nacional, salvo el espectro de uso libre y el de uso oficial;

II. Instalar, operar o explotar redes públicas de telecomunicaciones;

III. Ocupar posiciones orbitales geoestacionarias y órbitas satelitales asignadas al país, y explotar sus respectivas bandas de frecuencias, y

IV. Explotar los derechos de emisión y recepción de señales de bandas de frecuencias asociadas a sistemas satelitales extranjeros que cubran y puedan prestar servicios en el territorio nacional.”

Del precepto transcrito, se advierte que la Ley Federal de Telecomunicaciones regula diversas concesiones y permisos, a saber: para usar, aprovechar o explotar bandas de frecuencia en el territorio nacional, con excepción del espectro de uso libre y el de uso oficial; para instalar, operar o explotar redes públicas de telecomunicaciones; para ocupar posiciones orbitales geoestacionarias y órbitas satelitales y explotar sus respectivas bandas de frecuencias; y para explotar los derechos de emisión y recepción de señales de bandas de frecuencias asociadas a sistemas satelitales extranjeros que cubran y puedan prestar servicios en el país.

Ahora bien, resulta conveniente delimitar, por un lado, el objeto propio del primer tipo de concesiones referidas, es decir la de bandas de frecuencias, al ser la que interesa para la presente acción, porque son sobre tales bandas de frecuencias en las que el artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión, cuya constitucionalidad se controvierte, autoriza a los concesionarios de radiodifusión (radio y televisión abiertas) para prestar, mediante simple autorización, servicios adicionales de telecomunicación y, por otra parte, acotar el objeto de las concesiones y permisos regulados en la Ley Federal de Radio y Televisión.

Los artículos 1, 3, fracciones I, II, IV, XIV, XV y XVI, 10, 14, 18, fracción II, y 20 de la Ley Federal de Telecomunicaciones disponen:

“Artículo 1.- La presente Ley es de orden público y tiene por objeto regular el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, de las redes de telecomunicaciones, y de la comunicación vía satélite.”

“Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

I. Banda de frecuencias: porción del espectro radioeléctrico que contiene un conjunto de frecuencias determinadas;

II. Espectro radioeléctrico: el espacio que permite la propagación sin guía artificial de ondas electromagnéticas cuyas bandas de frecuencias se fijan convencionalmente por debajo de los 3,000 gigahertz;

(...)

IV. Frecuencia: número de ciclos que por segundo efectúa una onda del espectro radioeléctrico;

(...)

XIV. Telecomunicaciones: toda emisión, transmisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, voz, sonidos o información de cualquier naturaleza que se efectúa a través de hilos, radioelectricidad, medios ópticos, físicos, u otros sistemas electromagnéticos;

XV. Servicio de radiodifusión: servicio de telecomunicaciones definido por el artículo 2 de la Ley Federal de Radio y Televisión, y

XVI. Servicio de radio y televisión: el servicio de audio o de audio y video asociado que se presta a través de redes públicas de telecomunicaciones, así como el servicio de telecomunicación.”

“Artículo 10.- El uso de las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico se clasificará de acuerdo con lo siguiente:

I. Espectro de uso libre: son aquellas bandas de frecuencias que pueden ser utilizadas por el público en general sin necesidad de concesión, permiso o registro;

II. Espectro para usos determinados: son aquellas bandas de frecuencias otorgadas mediante concesión y que pueden ser utilizadas para los servicios que autorice la Secretaría en el título correspondiente;

III. Espectro para uso oficial: son aquellas bandas de frecuencias destinadas para el uso exclusivo de la administración pública federal, gobiernos estatales y municipales, otorgadas mediante asignación directa;

IV. Espectro para usos experimentales: son aquellas bandas de frecuencias que podrá otorgar la Secretaría, mediante concesión directa e intransferible, para comprobar la viabilidad técnica y económica de tecnologías en desarrollo tanto en el país como en el extranjero, para fines científicos o para pruebas temporales de equipo, y

V. Espectro reservado: son aquellas bandas de frecuencias no asignadas ni concesionadas por la Secretaría.”

“Artículo 14.- Las concesiones sobre bandas de frecuencias del espectro para usos determinados se otorgarán mediante licitación pública. El Gobierno Federal tendrá derecho a recibir una contraprestación económica por el otorgamiento de la concesión correspondiente.”

“Artículo 18.- El título de concesión contendrá como mínimo lo siguiente:

(...)

II. Las bandas de frecuencias objeto de concesión, sus modalidades de uso y zona geográfica en que pueden ser utilizadas;

(...)”

“Artículo 20.- Para obtener concesión sobre bandas de frecuencias para usos experimentales se deberán reunir, en lo conducente, los requisitos a que se refiere el artículo 24 de esta Ley.”

De las disposiciones transcritas se advierte que, sólo las bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico para usos determinados y para usos experimentales requieren de concesión, es decir, es el uso específico que se asocia a la banda de frecuencia lo que determinará la necesidad de obtener la concesión para su explotación o aprovechamiento.

Por su parte, la Ley Federal de Radio y Televisión, en sus artículos 1, 2, 3 y 13 disponen:

“Artículo 1o.- Corresponde a la Nación el dominio directo de su espacio territorial y, en consecuencia, del medio en que se propagan las ondas electromagnéticas. Dicho dominio es inalienable e imprescriptible.”

“Artículo 2o.- La presente Ley es de orden público y tiene por objeto regular el servicio de radiodifusión.

El servicio de radiodifusión es aquél que se presta mediante la propagación de ondas electromagnéticas de señales de audio o de audio y vídeo asociado, haciendo uso, aprovechamiento o explotación de las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico atribuido por el Estado precisamente a tal servicio; con el que la población puede recibir de manera directa y gratuita las señales de su emisor utilizando los dispositivos idóneos para ello.

El uso, aprovechamiento o explotación de las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para prestar el servicio de radiodifusión sólo podrá hacerse previos concesión o permiso que el Ejecutivo Federal otorgue en los términos de la presente ley.

Para los efectos de la presente ley, se entiende por radio y televisión al servicio de radiodifusión.”

“Artículo 3o.- La industria de la radio y la televisión comprende el aprovechamiento de las ondas electromagnéticas, mediante la instalación, funcionamiento y operación de estaciones radiodifusoras por los sistemas de modulación, amplitud o frecuencia, televisión, facsímile o cualquier otro procedimiento técnico posible, dentro de las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico atribuidas a tal servicio.”

“Artículo 13.- Al otorgar las concesiones o permisos a que se refiere esta ley, el Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes determinará la naturaleza y propósito de las estaciones de radio y televisión, las cuales podrán ser: comerciales, oficiales, culturales, de experimentación, escuelas radiofónicas o de cualquier otra índole.

Las estaciones comerciales requerirán concesión. Las estaciones oficiales, culturales, de experimentación, escuelas radiofónicas o las que establezcan las entidades y organismos públicos para el cumplimiento de sus fines y servicios, sólo requerirán permiso.”

Al igual que la Ley Federal de Telecomunicaciones, en la Ley Federal de Radio y Televisión se establece que es el uso que se da a la banda de frecuencias para servicios de radiodifusión lo que origina la necesidad de obtener la concesión o el permiso, según se trate de estaciones comerciales, o de estaciones oficiales, culturales, de experimentación, de escuelas radiofónicas o de las entidades y organismos públicos para el cumplimiento de sus fines y servicios.

Así, el objeto propio de concesión o permiso no lo constituye, aisladamente considerado, el espacio radioeléctrico correspondiente a la frecuencia o frecuencias asignadas al servicio de telecomunicación que se va a prestar, sino que, tal frecuencia o frecuencias son atribuidas, en todos los casos, para un uso o varios usos determinados y específicos, lo que permite concluir que existe una relación indisoluble entre la concesión otorgada y el uso del bien concesionado. Dicho de otra manera, la concesión se otorga sobre la banda de frecuencia que corresponda al servicio que se desea prestar, asignándose un canal o canales de frecuencia o frecuencias que, por tanto, se encuentran vinculados al servicio de telecomunicaciones que se prestará, sea radio, televisión, telefonía, etcétera, e incluso con la modalidad correspondiente del servicio relativo, como lo es una estación de televisión comercial, cultural y demás.

Al respecto, los artículos 101 y 102 del Reglamento de Telecomunicaciones disponen:

“Artículo 101.- El espectro radioeléctrico se subdivide en nueve bandas de frecuencia, de acuerdo con el Reglamento de Radiocomunicaciones anexo al Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

Banda No.	Subdivisión de Frecuencias	Rango de Frecuencia
4	VLF (Frecuencia muy Baja)	3 a 30 kHz.
5	LF (Frecuencia Baja)	30 a 300 kHz.
6	MF (Frecuencia Media)	300 a 3000 kHz.
7	HF (Frecuencia Alta)	3 a 30 MHz.
8	VHF (Frecuencia muy Alta)	30 a 300 MHz.
9	UHF (Ultra Alta Frecuencia)	300 a 3000 MHz.
10	SHF (Super Alta Frecuencia)	3 a 30 GHz.
11	EHF (Frecuencia Extremadamente Alta)	30 a 300 GHz.
12		300 a 3000 GHz.”

“Artículo 102.- La Secretaría establecerá y publicará, en el Diario Oficial de la Federación, el Cuadro de Atribución Nacional de Frecuencias, para la utilización del espectro radioeléctrico sobre la base de las prioridades nacionales, en donde se indicarán los tipos de servicios de telecomunicación que se puedan operar y su categoría en cada una de las bandas de frecuencia, indicando de ser el caso la categoría de los servicios de radiocomunicación en las que tales bandas quedarán compartidas, tomando en cuenta el Reglamento de Radiocomunicaciones anexo al Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

Las condiciones para compartir frecuencias entre los usuarios y servicios de radiodifusión y radiocomunicación serán fijadas por la Secretaría.”

Como se advierte de los preceptos reglamentarios transcritos, el espectro radioeléctrico, fijado convencionalmente por debajo de los 3,000 gigahertz, se subdivide en nueve bandas de frecuencia, a las que se les asignan usos específicos, de acuerdo con las prioridades nacionales, mismas que están determinadas en el Cuadro de Atribución Nacional de Frecuencias, publicado en el Diario Oficial de la Federación el once de enero de mil novecientos noventa y nueve, tal y como se desprende de la parte conducente del mismo:

“CUADRO NACIONAL DE ATRIBUCION DE FRECUENCIAS

MANEJO DEL CUADRO

1. Generalidades

El presente documento constituye el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias de México (que en lo sucesivo se denominará como "el Cuadro"), el cual muestra la forma en que se utiliza el espectro radioeléctrico en México para proporcionar una gran variedad de servicios de radiocomunicaciones, todos ellos de importancia para el país.

El Cuadro está dividido en dos grandes columnas, que corresponden a la parte INTERNACIONAL y NACIONAL respectivamente, de la atribución de bandas de frecuencias desde los 9 kHz hasta los 275 GHz. La parte INTERNACIONAL refleja la atribución mundial, tal como lo señala el Reglamento de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), y tiene el propósito de indicar, banda por banda, la compatibilidad de servicios nacionales de radiocomunicaciones de nuestro país en el marco internacional.

El Cuadro incorpora los resultados de las Conferencias Mundiales de Radiocomunicaciones de 1995 (CMR-95) y de 1997 (CMR-97), así como los cambios de uso del espectro radioeléctrico surgidos en nuestro país a partir de la publicación del "Cuadro de Atribución Nacional de Frecuencias de México 1993". También se han incorporado referencias a Recomendaciones del Comité Consultivo Permanente III: Radiocomunicaciones de CITELE y a documentos suscritos entre México y otros países.

El presente Cuadro reemplaza totalmente a su similar del año 1993.

...

4. Modalidades de Servicios de Radiocomunicaciones.

Para una banda de frecuencias atribuida a un servicio de radiocomunicaciones en particular, puede existir una diversidad de aplicaciones específicas para fines de telecomunicación. Algunas de estas aplicaciones o modalidades de servicio, son factibles de explotarse comercialmente.

...

- *RADIODIFUSION (Sonora en amplitud modulada AM, sonora en frecuencia modulada FM, de televisión en VHF y en UHF, etc.).*

...

5. Regiones Geográficas de la UIT

Con el fin de planificar, atribuir y asignar las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, de manera tal que todos los países puedan compartir este recurso limitado en forma adecuada, la UIT ha dividido al mundo en tres Regiones. Con base en esa división, la parte internacional del "Cuadro" consta de tres columnas, denominadas: Región 1, Región 2 y Región 3, respectivamente. Dichas regiones se refieren a distintas zonas geográficas,

...

6. Interpretación del formato adoptado en el Cuadro.

Cada una de las cuatro primeras columnas de este Cuadro: Región 1, Región 2, Región 3 y México, está conformada por casillas; cada una contiene la banda de frecuencia, los servicios atribuidos, y las notas al pie de página que afectan el uso de la banda. La figura siguiente indica y describe cada uno de los componentes de las casillas.

...

7. Categoría de los servicios y de las atribuciones

Servicios primarios y secundarios.

(1) Cuando, en una casilla del Cuadro, una banda de frecuencias se atribuye a varios servicios, ya sea en todo el mundo ya en una Región, estos servicios se enumeran en el siguiente orden:

a) servicios cuyo nombre está impreso en el Cuadro en «mayúsculas» (ejemplo: FIJO); éstos se denominan servicios «primarios»;

b) servicios cuyo nombre está impreso en el Cuadro en «caracteres normales» (ejemplo: Móvil); éstos se denominan servicios «secundarios».

...

8. Información importante aplicable al Cuadro.

El espectro radioeléctrico se subdivide en nueve bandas de frecuencias, que se designan por números enteros, en orden creciente, de cuerdo a la siguiente tabla:

...

Con el propósito de reglamentar y normalizar los servicios de radiocomunicación en el ámbito nacional, la COFETEL considera los acuerdos internacionales así como las modalidades propias que resultan de satisfacer las necesidades internas de uso del espectro radioeléctrico en nuestro país; por tanto, la COFETEL toma en consideración las disposiciones establecidas en el Reglamento de Radiocomunicaciones Simplificado de la UIT en el cual aparece el Cuadro Internacional de atribución de bandas de frecuencias comprendidas entre 9 kHz y 275 GHz.

Cabe señalar que la COFETEL, a fin de salvaguardar los intereses de México, participa activamente en las Conferencias Mundiales y Regionales de la UIT, ya que se trata de reuniones de negociación internacional de las cuales se derivan las

modificaciones, supresiones o adiciones que afectarán al Cuadro de Atribución Internacional citado y por lo tanto, tienen un impacto directo sobre el presente Cuadro.

Como podrá notarse, en la parte Internacional del Cuadro se observa que la atribución específica de servicios a una banda llega actualmente a la frecuencia de 275 GHz y que la atribución práctica u operativa en México se sitúa en la frecuencia de 38 GHz.

EL CUADRO

kHz

9 – 90

ATRIBUCION A LOS SERVICIOS				
INTERNACIONAL			MEXICO	
Región 1	Región 2	Región 3		Notas
Inferior a 9 (no atribuida) S5.53 S5.54			Inferior a 9 (no atribuida) S5.53 S5.54	MEX1 MEX2
9 – 14 RADIONAVEGACION			9 – 14 RADIONAVEGACION	
14 – 19.95 FIJO MOVIL MARITIMO S5.57 S5.55 S5.56			14 – 19.95 FIJO MOVIL MARITIMO S5.57 S5.56	MEX3 MEX4

(...)"

En este sentido, resulta claro que las concesiones se otorgan para usar, aprovechar o explotar la banda de frecuencia que corresponda, atribuida específicamente al servicio que se va a prestar, concretamente en la frecuencia o frecuencias asignadas al concesionario para ello (cuando son varias frecuencias también se denomina banda de frecuencias). Es decir, la concesión se encuentra, en todos los casos, sujeta a un uso específico y determinado, además de suponer la adjudicación de una zona geográfica de cobertura.

Resulta conveniente citar, para efectos aclaratorios, las definiciones que el Reglamento de Telecomunicaciones da en su artículo 2, fracción VIII, así como lo dispuesto en su último párrafo, en torno a la regulación internacional a la que se remite para la definición de términos no contemplados en dicho Reglamento, y que son las siguientes:

“Espectro Radioeléctrico: Medio o espacio por donde se propagan las ondas radioeléctricas;

Cuadro de Atribución de Frecuencias: Cuadro donde se inscriben las bandas de frecuencias atribuidas a diferentes servicios de radiocomunicación terrenal o por satélite o para servicios de radioastronomía, señalando la categoría atribuida a los diferentes servicios así como las condiciones específicas y restricciones en el uso de algunas frecuencias por determinados servicios de radiocomunicación;

Atribución de una Banda de Frecuencias: Inscripción en el Cuadro de Atribución de Frecuencias, de una banda de frecuencias determinada, para que sea utilizada por uno o varios servicios de radiocomunicación terrenal o por satélite o por el servicio de radioastronomía en condiciones especificadas;

Asignación de una Frecuencia o de un Canal Radioeléctrico: Autorización que otorga la Secretaría para que una estación radioeléctrica utilice una frecuencia o un canal radioeléctrico determinado en condiciones especificadas;

Potencia Autorizada: Potencia máxima permitida para que se opere una estación radioeléctrica, la cual se especifica por la Secretaría en la autorización de la estación;

Ancho de Banda Autorizado: El máximo ancho de banda de frecuencias permitido por la Secretaría para ser usado por una estación. Este debe ser el ancho de banda necesario u ocupado, el que resulte mayor;

Ancho de banda Ocupado por una Emisión: Ancho de la banda de frecuencias, tal que, por debajo de su frecuencia límite inferior y por encima de su frecuencia límite superior, se emitan potencias medias iguales cada una a un porcentaje especificado B/2 de la potencia media total de una emisión dada.

En ausencia de especificaciones para la clase de emisión considerada se tomará un valor B/2 igual a 0.5%;

Ancho de Banda Necesario para una Emisión: Para una cierta clase de emisión, el ancho de la banda de frecuencia que es apenas suficiente para garantizar la transmisión de información a la velocidad y con la calidad requeridas bajo condiciones específicas;

Interferencia: Efecto de una energía no deseada debida a una o varias emisiones, radiaciones, inducciones o sus combinaciones sobre la recepción de un sistema de radiocomunicación, que se manifiesta como degradación de la calidad, falseamiento o pérdida de la información que se podría obtener en ausencia de esta energía no deseada;

Interferencia Admisible: Interferencia observada o prevista que satisface los criterios cuantitativos de interferencia y de compartición que figuran en las normas técnicas establecidas por la Secretaría, o en el Reglamento de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, o en recomendaciones del Comité Consultivo Internacional de Radiocomunicaciones o en acuerdos y convenios internacionales firmados por México;

Interferencia Perjudicial: Interferencia que compromete el funcionamiento de un servicio de radionavegación o de otros servicios de seguridad o que degrada gravemente, interrumpe repetidamente o impide el funcionamiento de un Servicio de radiocomunicación explotado de acuerdo con el presente Reglamento; y

...

Los términos y definiciones que no estén contenidos en el presente artículo y que la Secretaría aplique deberán entenderse conforme estén definidos en el Convenio Internacional de Telecomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), por sus reglamentos vigentes y por las definiciones que en su caso emitan los Comités Consultivos Internacionales Telefónico y Telegráfico y de Radiocomunicaciones (CCITT y CCIR).”

Refuerza la relación indisoluble de la frecuencia concesionada con el uso específico que se le da, lo establecido en los artículos 18, fracción II, y 38, fracción IV, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y 21, fracción II, y 31, fracción II, de la Ley Federal de Radio y Televisión, que disponen respectivamente:

“Artículo 18.- El título de concesión contendrá como mínimo lo siguiente:

(...)

II. Las bandas de frecuencias objeto de concesión, sus modalidades de uso y zona geográfica en que pueden ser utilizadas;

(...)”

“Artículo 38.- Las concesiones y permisos se podrán revocar por cualquiera de las causas siguientes:

(...)

IV. No cumplir con las obligaciones o condiciones establecidos en los títulos de concesión y en los permisos;

(...)”

“Artículo 21.- Las concesiones y permisos contendrán, cuando menos, lo siguiente:

...

I. El canal asignado;...”

“Artículo 31.- Son causa de revocación de las concesiones:

(...)

II. Cambiar la o las frecuencias asignadas, sin la autorización de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes; (...)

Por otra parte, se considera oportuno destacar que la Ley Federal de Radio y Televisión no maneja los conceptos de concesión y permiso con las diferencias propias que en la doctrina suele atribuírseles, pues en la ley citada se utilizan uno y otro concepto según el uso de las estaciones de radio y televisión, no obstante que unas y otras aprovechan un bien del dominio público como lo es el espacio radioeléctrico para un uso determinado, pues en el artículo 13, segundo párrafo, se establece que las estaciones comerciales requerirán concesión, mientras que las estaciones oficiales, culturales, de experimentación, escuelas radiofónicas o las que establezcan las entidades y organismos públicos para el cumplimiento de sus fines y servicios requerirán permiso

Así, mientras que la doctrina suele denominar concesión al acto por el cual se concede a un particular el derecho a prestar un servicio público o explotar y aprovechar un bien del dominio público de la Federación, es decir que mediante la concesión se crea un derecho a favor del particular concesionario que antes no tenía, la autorización o permiso permite el ejercicio de un derecho preexistente del particular en virtud de que no corresponde al Estado la facultad de realizar tal actividad, lo anterior fue señalado por este Tribunal Pleno al fallar en sesión de treinta de marzo de dos mil cuatro el amparo en revisión 159/2003, cuyas consideraciones relativas fueron transcritas con anterioridad, resultando, en este aspecto, también aplicable lo expresado por el tratadista Jorge Fernández Uribe en su artículo "Marco normativo de la radio y la televisión" (obra citada), en el que expresa:

"...Diferencia entre concesión administrativa y permiso.--- La doctrina establece como diferencia entre la concesión y el permiso o autorización, el que la primera confiere un nuevo derecho al concesionario, por ejemplo, prestar un servicio público atribuido al Estado o aprovechar un bien del dominio público -el derecho a usar privativamente las ondas electromagnéticas se obtiene en virtud de concesión administrativa-, a diferencia del permiso, que no otorga un nuevo derecho al permisionario, pues se concreta a retirar una traba que impedía a éste ejercer un derecho.---En nuestra legislación se suelen manejar con descuido ambos conceptos; por ejemplo, la Ley Federal de Radio y Televisión establece en su artículo 13 que las estaciones de radio y televisión comerciales requieren concesión, en tanto que las carentes de tal carácter requieren permiso, pese a que unas y otras aprovechan un bien del dominio público..."

Finalmente, debe indicarse que al otorgar concesiones, tanto en materia de telecomunicaciones como de radiodifusión, el Estado tendrá siempre la posibilidad de cambiar o rescatar las bandas de frecuencias concesionadas, entre otros supuestos, por la introducción de nuevas tecnologías, como expresamente se señala en los artículos 23 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, 9, último párrafo, de la Ley Federal de Radio y Televisión y 107 del Reglamento de Telecomunicaciones, así como en el artículo 19 de la Ley General de Bienes Nacionales, supletoriamente aplicable en lo no dispuesto expresamente en las anteriores leyes, sus reglamentos y tratados internacionales, que disponen respectivamente:

"Artículo 23.- La Secretaría podrá cambiar o rescatar una frecuencia o una banda de frecuencias concesionadas, en los siguientes casos:

I. Cuando lo exija el interés público;

II. Por razones de seguridad nacional;

III. Para la introducción de nuevas tecnologías;

IV. Para solucionar problemas de interferencia perjudicial, y

V. Para dar cumplimiento a los tratados internacionales suscritos por el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos.

Para estos efectos, la Secretaría podrá otorgar directamente al concesionario nuevas bandas de frecuencias mediante las cuales se puedan ofrecer los servicios originalmente prestados."

"Artículo 9.- A la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, por conducto de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, corresponde:

...

La resolución sobre el rescate de frecuencias queda reservada al Secretario de Comunicaciones y Transportes."

“Artículo 107.- La Secretaría podrá cancelar o cuando sea factible cambiar una frecuencia autorizada, en los siguientes casos:

I.- Cuando lo exija el interés público para la prestación de servicios prioritarios o estratégicos;

II.- Para solucionar problemas de interferencia perjudicial;

III.- Para la aplicación de nuevas tecnologías; y

IV.- En cumplimiento de acuerdos internacionales.”

“Artículo 19.- Las dependencias administradoras de inmuebles y los organismos descentralizados podrán rescatar las concesiones que otorguen sobre bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación, mediante indemnización, por causas de utilidad, de interés público o de seguridad nacional.

La declaratoria de rescate hará que los bienes materia de la concesión vuelvan, de pleno derecho, desde la fecha de la declaratoria, a la posesión, control y administración del concesionario y que ingresen a su patrimonio los bienes, equipos e instalaciones destinados directamente a los fines de la concesión. Podrá autorizarse al concesionario a retirar y a disponer de los bienes, equipo e instalaciones de su propiedad afectos a la concesión, cuando los mismos no fueren útiles al concesionario y puedan ser aprovechados por el concesionario; pero, en este caso, su valor no se incluirá en el monto de la indemnización.

En la declaratoria de rescate se establecerán las bases generales que servirán para fijar el monto de la indemnización que haya de cubrirse al concesionario, tomando en cuenta la inversión efectuada y debidamente comprobada, así como la depreciación de los bienes, equipos e instalaciones destinados directamente a los fines de la concesión, pero en ningún caso podrá tomarse como base para fijarlo, el valor de los bienes concesionados.

Si el afectado estuviese conforme con el monto de la indemnización, la cantidad que se señale por este concepto tendrá carácter definitivo. Si no estuviere conforme, el importe de la indemnización se determinará por la autoridad judicial, a petición del interesado, quien deberá formularla dentro del plazo de quince días hábiles contados a partir de la fecha en que se le notifique la resolución que determine el monto de la indemnización.”

De igual manera, los artículos 9, fracción V, y 24, fracción VII, del Reglamento Interno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, establecen:

“Artículo 9o.- Corresponden al Pleno las siguientes atribuciones:

(...)

V.- Proponer a la Secretaría el cambio o rescate de una frecuencia o bandas de frecuencias;

(...)”

“Artículo 24.- Para el despacho de los asuntos de su competencia, la Unidad de Servicios a la Industria tendrá adscritas a su cargo las Direcciones Generales de Redes, Espectro y Servicios “A”, y de Redes, Espectro y Servicios “B”; así como a la Dirección General Adjunta del Registro de Telecomunicaciones. Al Jefe de Unidad de Servicios a la Industria le corresponden originalmente las atribuciones conferidas a las direcciones que se establecen en los apartados A) y B) de este artículo.

A) Corresponden a las Direcciones Generales de Redes, Espectro y Servicios “A” y “B”, las siguientes atribuciones:

(...)

VII.- Preparar opiniones sobre el cambio o rescate de una frecuencia o bandas de frecuencias, para consideración del Pleno;

(...)”

Como consecuencia de lo anterior, si en virtud del avance tecnológico consistente en la transformación del sistema analógico al digital, el Estado considerara necesario reorganizar el espectro radioeléctrico a fin de hacer más eficiente su uso, al ser éste un bien escaso, estaría en posibilidad jurídica de reasignar o reubicar las bandas de frecuencia e, incluso recuperarlas, al corresponder a éste, en todo momento, su dominio directo.

Lo anterior se encuentra señalado expresamente en el Acuerdo por el que se adopta el estándar tecnológico de televisión digital terrestre y se establece la política para la transición a la televisión digital terrestre en México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el dos de julio de dos mil cuatro que, en la parte conducente se transcribe:

“CONSIDERANDO

...

Que por virtud del Acuerdo publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de octubre de 2000, mediante el cual se establecen obligaciones para los concesionarios y permisionarios de radio y televisión relacionadas con las tecnologías digitales para la radiodifusión, y de los refrendos que se han otorgado a partir de esa fecha, los títulos de Concesión y Permiso vigentes incluyen una Condición en la que se establece que los mismos están obligados a implantar la o las tecnologías que así resuelva la Secretaría y, al efecto, deberán observar y llevar a cabo todas las acciones en los plazos, términos y condiciones que le señale la propia Secretaría, a fin de garantizar la eficiencia técnica de las transmisiones;

Que en el mencionado Acuerdo Secretarial del 3 de octubre de 2000, se establece que será necesario transmitir simultáneamente señales analógicas y digitales para garantizar a la sociedad, la continuidad del servicio de televisión, por lo que la Secretaría deberá determinar el plazo durante el cual deberán realizarse las transmisiones simultáneas; asimismo, en dicho Acuerdo se señala que, en caso de que las tecnologías de transmisión digital adoptadas, involucren la utilización de otra frecuencia, la propia Secretaría señalará, a su juicio y cuando así lo estime conveniente, la frecuencia que será reintegrada al término de las transmisiones simultáneas, y establecerá el plazo para tales efectos;

Que la cobertura de la televisión en México es del 96.5%, a partir de 741 estaciones de canales analógicos, 462 concesionadas y 279 permisionadas, así como 2,816 autorizaciones de equipos complementarios de zona de sombra, de los cuales el 89.7% obedece a razones de cobertura social;

Que con la televisión digital terrestre se tiene el potencial de favorecer la optimización del espectro radioeléctrico, que la calidad de las señales se vea mejorada hasta lograr niveles de Alta Definición con alta confiabilidad en la recepción de señales y que se fortalezca el desarrollo de la convergencia en beneficio de la sociedad;

Que para aprovechar el potencial de la televisión digital terrestre y dada las características y especificaciones técnicas de los estándares de televisión digital terrestre, es indispensable la asignación de un canal adicional para llevar a cabo las transmisiones simultáneas con señales analógicas y digitales, en virtud de que, conforme a estudios realizados de los tres estándares de televisión digital disponibles en el mundo, las transmisiones digitales no se pueden realizar en el mismo canal por el que actualmente se transmiten las señales de televisión analógicas;

...

Que la transición a la televisión digital terrestre, por los costos que implica para concesionarios, permisionados, productores, anunciantes y el público televidente en general, es un proceso de largo plazo en el que resulta esencial contar con lineamientos claros para su desarrollo y en el que deben ser tomados en cuenta para la elaboración de un Calendario de transición los siguientes elementos:

a) Debe existir flexibilidad y gradualidad en el proceso para la instalación de las estaciones de televisión digital terrestre, iniciando con presencia en las actuales coberturas analógicas para posteriormente, replicarlas;

b) *Es conveniente establecer periodos de desarrollo revisables dentro de este proceso, considerando que se trata de una nueva tecnología y que los montos de inversión requeridos deberán realizarse de acuerdo con la evolución del propio proceso.*

c) *Que deben establecerse metas mínimas con base en la densidad poblacional.*

...

Que en consecuencia con lo anterior, el Comité emitió recomendación, a fin de que se adoptara el estándar de televisión digital terrestre y se estableciera la Política de Transición a la Televisión Digital Terrestre, he tenido a bien expedir el siguiente:

ACUERDO

PRIMERO.- *Se adopta el estándar A/53 de ATSC, para la transmisión digital terrestre de radiodifusión de televisión, en adelante la Televisión Digital Terrestre (la TDT) que utilizarán los concesionarios y permisionarios de estaciones de televisión, para iniciar la transición a la televisión digital terrestre, en los términos y condiciones que al efecto establezca la Secretaría.*

SEGUNDO.- *Se establece la Política de Transición a la Televisión Digital Terrestre, en adelante la "Política", conforme a lo siguiente:*

a) *A fin de que el proceso brinde certidumbre jurídica a todas las partes que en él intervengan, se establecerán líneas de acción de corto, mediano y largo plazo, así como condiciones objetivas para dar seguimiento al proceso, para así evaluar el desarrollo del mismo y, en su caso, reorientar las líneas de acción antes señaladas.*

b) *La Política contiene las metas, requisitos, condiciones y obligaciones para los concesionarios y permisionarios de televisión, en relación con el proceso de transición tecnológica de la TDT.*

c) *La Política, podrá revisarse y, en su caso, ajustarse a la evolución del proceso de transición tecnológica de la TDT, y corresponderá al Comité evaluar en forma continua los avances del proceso y elaborar un reporte anual del mismo, con la o las recomendaciones que, en su caso, correspondan.*

d) *La presente Política contiene los siguientes elementos:*

1. Objetivos.

...

2. Modelo de la TDT.

Para garantizar la continuidad del servicio de televisión analógica y el desarrollo del proceso de transición a la TDT, resulta necesario utilizar temporalmente un canal adicional por cada canal analógico, en el que se transmita digitalmente, en forma simultánea, la misma programación que se difunda en el canal analógico.

...

3. Canales adicionales para la transición a la TDT.

Para llevar a cabo el proceso de transición a la TDT, es necesario que los concesionarios y permisionarios cuenten con la asignación temporal de un canal adicional para realizar transmisiones digitales simultáneas de la programación transmitida por cada canal analógico, en las bandas de frecuencias que le corresponden a la televisión, conforme al Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, así como para impulsar la convergencia tecnológica.

...

6. Adecuaciones necesarias a las Concesiones y Permisos.

Tomando en cuenta que la transición a la TDT es un proceso de largo plazo y requiere del uso temporal de un canal adicional digital al canal analógico con que actualmente se ofrece el servicio, es necesario que los concesionarios y permisionarios cuenten con las condiciones de seguridad jurídica y técnica necesarias para llevar a cabo la transición a la TDT.

..."

Del texto transcrito podemos deducir lo siguiente:

1. Por Acuerdo publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de octubre de 2000, se estableció:

a) La obligación a cargo de los concesionarios y permisionarios que operen canales o frecuencias para estaciones de radiodifusión, en los términos de la Ley Federal de Radio y Televisión, de implementar las tecnologías digitales en los plazos, términos y condiciones que señalara la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, a fin de garantizar la eficiencia técnica de las transmisiones.

b) Que para el logro de la transición a la tecnología digital resulta necesario transmitir simultáneamente señales analógicas y digitales a fin de garantizar la continuidad del servicio de televisión.

c) La Secretaría de Comunicaciones y Transportes tiene la facultad para señalar, a su juicio y cuando lo estime conveniente, la frecuencia que deberá reintegrarse al término de las transmisiones simultáneas, en los casos en que la implementación de las tecnología digitales involucren la utilización de otra frecuencia.

2. La cobertura de la televisión en México es del 96.5%, a partir de 741 estaciones de canales analógicos, 462 concesionadas y 279 permisionadas, así como 2,816 autorizaciones de equipos complementarios de zona de sombra, de los cuales el 89.7% obedece a razones de cobertura social.

3. La televisión digital terrestre favorece la optimización del espectro radioeléctrico, mejora la calidad de las señales hasta niveles de alta definición y favorece el desarrollo de la convergencia en beneficio de la sociedad.

4. Dado que la transición a la televisión digital terrestre es un proceso largo que requiere el uso temporal de un canal adicional para realizar las transmisiones simultáneas con señales analógicas y digitales, los concesionarios y permisionarios deberán contar con las condiciones de seguridad jurídica y técnica necesarias.

5. Por lo anterior, se adopta un estándar para la transmisión digital terrestre de radiodifusión de televisión y se establece la política de transición, que destaca el ajuste de las condiciones de las concesiones y permisos de quienes manifiesten su compromiso con la transición a la televisión digital terrestre, a fin de establecer la obligación de implantar la o las tecnologías que determine la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, realizando las acciones en los plazos, términos y condiciones que le señale la propia Secretaría, a fin de garantizar la eficiencia técnica de las transmisiones.

Asimismo, en el Anexo III al referido Acuerdo, que contiene el modelo del título de refrendo de concesión para continuar usando comercialmente un canal de televisión, para los concesionarios que hayan optado por solicitar el refrendo de su concesión ajustándose a la Política para la Transición a la Televisión Digital Terrestre contenida en el Acuerdo, se establecen, entre otras condiciones:

“PRIMERA. Marco jurídico. Los servicios materia de la Concesión constituyen una actividad de interés público, y tienen la función social de contribuir al fortalecimiento de la integración nacional y el mejoramiento de las formas de convivencia humana, de conformidad con el artículo 5o. de la Ley.

La Concesión deberá sujetarse a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; los Tratados Internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República en materia de radiodifusión; las leyes Federal de Radio y Televisión, de Vías Generales de Comunicación...

SEGUNDA. Objeto. Este Título tiene por objeto refrendar la concesión para usar comercialmente el canal de televisión cuyas características básicas se describen a continuación:

<i>Canal asignado:</i>	<i>X (X) (XXX-XXX MHz)</i>
<i>Distintivo:</i>	<i>XXX-TV</i>
<i>Ubicación del equipo transmisor:</i>	<i>XXXXX, XX.</i>
<i>Población principal a servir:</i>	<i>XXXX, XX. y poblaciones contenidas dentro de la zona de cobertura.</i>
<i>Potencia radiada aparente:</i>	<i>Video XXX.0 kW</i>
	<i>Audio XX.0 kW</i>
<i>Sistema radiador:</i>	<i>XD (XDireccional)</i>

Centro de la zona de cobertura	LN XX°XX' XX''
(Coordenadas geográficas):	LW XX°XX' XX''
Descripción de la zona de cobertura:	Aquella delimitada por XX sectores circulares cuyo origen es el centro de la zona de cobertura, conforme se especifica enseguida:
	1) Un radio de XX km con una abertura de XXX° a partir de los XX° en dirección del giro de las manecillas del reloj, considerando el Norte geográfico como origen, calculado con base en las curvas de predicción F(50,50) y una intensidad de campo de XX dBu, y
	2) Un radio de XX km con una abertura de XX° a partir de los XXX° en dirección del giro de las manecillas del reloj, considerando el Norte geográfico como origen, calculado con base en las curvas de predicción F(50,50) y una intensidad de campo de XX dBu.
Horario de funcionamiento:	Las 24 horas

La Concesión y el presente Título no otorgan al Concesionario derechos reales sobre el uso del canal asignado, por lo que en los casos a que se refieren los artículos 28, 50 y 51 y demás aplicables de la Ley, la Secretaría podrá suprimir, restringir o modificar el uso de dicho canal o cambiar las características de operación asignadas.

TERCERA. Cobertura social. Con objeto de satisfacer las necesidades de cobertura social de los servicios de televisión, el Concesionario está obligado a cubrir en forma eficiente aquellas poblaciones rurales o de bajos recursos económicos que se encuentren localizadas dentro de su zona de cobertura, incluidas aquellas que por su ubicación geográfica no reciben la señal, para lo cual, de conformidad a lo establecido en las disposiciones legales aplicables en la materia, debe instalar y operar equipos complementarios de zona de sombra, previa autorización o requerimiento de la Secretaría. Dichas estaciones...

CUARTA. Nuevas tecnologías. El Concesionario está obligado a implantar la tecnología de la Televisión Digital Terrestre (en adelante la TDT) utilizando el estándar A/53 de ATSC de conformidad con el Acuerdo Secretarial por virtud del cual se adopta el estándar y lo establecido en la Política, publicados en el Diario Oficial de la Federación el (FECHA). Al efecto, deberá observar y llevar a cabo todas las acciones en los plazos, términos y condiciones señalados en el presente Título, a fin de garantizar la eficiencia técnica de las transmisiones.

...

El concesionario contará con un canal adicional para realizar transmisiones digitales simultáneas de su (por cada) canal analógico conforme al Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, así como para impulsar la convergencia tecnológica, de conformidad con lo establecido en la Política:

...

En virtud de que será necesario transmitir simultáneamente señales analógicas y digitales para garantizar la continuidad del servicio al público, la Secretaría determinará el plazo durante el cual deberán realizarse las transmisiones

simultáneas. Una vez que la Secretaría, de conformidad con la Política, determine, en su momento, que no es necesario continuar con las transmisiones analógicas por estar garantizado el servicio gratuito a la población, se señalará al Concesionario, el canal que será reintegrado al término de las transmisiones simultáneas, y establecerá el plazo para tales efectos.

Para lo anterior, la Secretaría tomará en cuenta, tanto la optimización del espectro radioeléctrico, como la propuesta que, en su caso, presente el concesionario sobre el canal a reintegrar.

Para prestar servicios de telecomunicaciones en el canal adicional para las transmisiones de la TDT, cuando sea factible y sin que esto implique la interrupción total o parcial de la TDT, ni impida permanentemente la transmisión de programas de alta definición, el Concesionario podrá solicitar a la SCT la prestación de los mismos, solicitud que se resolverá sujetándose a la Ley Federal de Telecomunicaciones, y a las disposiciones legales y reglamentarias que sean aplicables. El Gobierno Federal podrá establecer una contraprestación económica y, en tal caso, el Concesionario estará obligado a cubrir la misma a favor del Gobierno Federal, en los términos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas vigentes al momento en que se otorgue, en su caso, el título de concesión respectivo.

...

DECIMA CUARTA. Información. El Concesionario se obliga a proporcionar a la Secretaría y a la Secretaría de Gobernación, en los tiempos que señala la Ley y las disposiciones legales aplicables, todos los datos, informes y documentos que éstas le requieran en el ámbito de su competencia.

Para acreditar el uso del canal de televisión asignado y el debido cumplimiento a la obligación social que se deriva del artículo 5o. de la Ley, el Concesionario presentará ante la Secretaría, a más tardar el día 30 de junio de cada año, ...”

Debe hacerse notar que, en el Anexo IV se contiene el modelo de refrendo de permisionarios que hayan optado por ajustarse a la Política para la Transición a la Televisión Digital Terrestre contenida en el Acuerdo en el que también se establecen las condiciones anteriormente transcritas del modelo relativo a concesiones, pero con las adecuaciones propias a la naturaleza del permiso que implica el uso no comercial de las estaciones.

Como se advierte, de los Anexos del Acuerdo por el que se adopta el estándar tecnológico de televisión digital terrestre y se establece la política para la transición a la televisión digital terrestre en México, relativos a los modelos de concesión y de permiso, en ellos se reitera, por una parte, que el aprovechamiento o explotación del espectro eléctrico materia de los mismos se encuentra referido a una frecuencia o frecuencias determinadas (las que correspondan al canal o canales asignados) y que están relacionados con un uso específico y determinado, en el caso de ellos, al de televisión, así como a la modalidad correspondiente, a saber, comercial, o de los usos concretos por el que se haya otorgado el permiso, sea cultural, de experimentación, escuelas radiofónicas o las que establezcan las entidades y organismos públicos para el cumplimiento de sus fines y servicios.

Igualmente se prevé que la concesión o permiso no conceden derechos reales sobre el uso del canal asignado, por lo que en los casos en que legalmente así se establece podrá el Estado suprimir, restringir o modificar su uso y cambiar las características de operación; que al término de las transmisiones analógicas y digitales simultáneas, deberá ser reintegrado el canal adicional (canal espejo), que se otorgó para la transición del sistema; así como que los servicios que prestan los concesionarios o permisionarios constituyen una actividad de interés público y tienen la función social de contribuir al fortalecimiento de la integración nacional y el mejoramiento de las formas de convivencia humana, imponiéndose la obligación de prestar estos servicios en aquellas poblaciones rurales o de bajos recursos económicos que se encuentren localizadas dentro de su zona de cobertura, incluidas aquéllas que por su ubicación geográfica no reciben la señal, para lo cual, deberán instalarse y operarse equipos complementarios de zona de sombra, previa autorización o requerimiento de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

II. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL REGULADORIO DEL SERVICIO DE RADIODIFUSION.

Establecido el marco constitucional y legal del régimen de concesiones para bandas de frecuencias en un sentido amplio, este órgano jurisdiccional procede a analizar el marco constitucional relacionado específicamente con el servicio de radio y televisión.

Para lo cual conviene transcribir, aunque respecto de algunos preceptos resulte un tanto repetitivo, los artículos 1, 2, 3, 6, 25, 26, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que, en las partes conducentes, disponen:

“Artículo 1o.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

...

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, 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.”

“Artículo 2o.- La Nación Mexicana es única e indivisible.

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas. Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

...

B. La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de:

...

VI. Extender la red de comunicaciones que permita la integración de las comunidades, mediante la construcción y ampliación de vías de comunicación y telecomunicación. Establecer condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen.

...

Sin perjuicio de los derechos aquí establecidos a favor de los indígenas, sus comunidades y pueblos, toda comunidad equiparable a aquéllos tendrá en lo conducente los mismos derechos tal y como lo establezca la ley.”

“Artículo 3o.- Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado - Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios- impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación preescolar, primaria y la secundaria conforman la educación básica obligatoria.

La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

I.- ...

II.- El criterio que orientará a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios.

Además:

a).- Será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo;

b).- Será nacional, en cuanto -sin hostilidades ni exclusivismos- atenderá a la comprensión de nuestros problemas, al aprovechamiento de nuestros recursos, a la defensa de nuestra independencia política, al aseguramiento de nuestra independencia económica y a la continuidad y acrecentamiento de nuestra cultura, y

c).- Contribuirá a la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos;

...”

“Artículo 60.- La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado.”

“Artículo 25.- Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan.

Asimismo podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo.

Bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.

La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.

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, en los términos que establece esta Constitución.”

“Artículo 26.- El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la Nación.

Los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución determinarán los objetivos de la planeación. La planeación será democrática. Mediante la participación de los diversos sectores sociales recogerá las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al plan y los programas de desarrollo. Habrá un plan nacional de desarrollo al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la Administración Pública Federal.

La ley facultará al Ejecutivo para que establezca los procedimientos de participación y consulta popular en el sistema nacional de planeación democrática, y los criterios para la formulación, instrumentación, control y evaluación del plan y los programas de desarrollo. Asimismo determinará los órganos responsables del proceso de planeación y las bases para que el Ejecutivo Federal coordine mediante convenios con los gobiernos de las entidades federativas e induzca y concierte con los particulares las acciones a realizar para su elaboración y ejecución.

En el sistema de planeación democrática, el Congreso de la Unión tendrá la intervención que señale la ley.”

“Artículo 27...

Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales... y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional.

En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes.

...”

“Artículo 28.- En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre competencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.

El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado.

...

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

La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.

Se podrán otorgar subsidios a actividades prioritarias, cuando sean generales, de carácter temporal y no afecten sustancialmente las finanzas de la Nación. El Estado vigilará su aplicación y evaluará los resultados de ésta."

En los preceptos constitucionales citados, se establecen los siguientes derechos públicos subjetivos fundamentales:

1. El principio de igualdad de los hombres ante la ley, que no puede ser absoluto dadas las diferencias propias que caracterizan la individualidad del ser humano, por lo que, como ha quedado asentado a lo largo de la presente ejecutoria, su debida conceptualización actualiza el principio aristotélico de dar trato igual a los iguales y desigual a los desiguales, con el deber de aminorar las diferencias sociales y económicas. La igualdad ante la ley se concibe también como el principio de no discriminación, es decir, la imposibilidad jurídica de que la ley realice distinciones entre personas concediéndoles diferentes derechos o privilegios, o bien que otorgue trato desigual por razón de sexo, raza, religión, origen social, etcétera.

Sobre este tema, esta Suprema Corte ha establecido diversos criterios jurisprudenciales, mismos que se reproducen a continuación:

"IGUALDAD. DELIMITACION CONCEPTUAL DE ESTE PRINCIPIO. El derecho fundamental a la igualdad instituido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no pretende generar una igualdad matemática y ciega ante las diferentes situaciones que surgen en la realidad, sino que se refiere a una igualdad de trato ante la ley. Si bien el emisor de la norma puede prever situaciones fácticas que requieren un trato diferente, éste debe sustentarse en criterios razonables y objetivos que lo justifiquen, sin dejarlo al capricho o voluntad del legislador. Además, la igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad intrínseca, ya que es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones, y siempre es resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de "términos de comparación", los cuales, así como las características que los distinguen, dependen de la determinación por el sujeto que efectúa dicha comparación, según el punto de vista del escrutinio de igualdad. Así, la determinación del punto desde el cual se establece cuándo una diferencia es relevante será libre mas no arbitraria, y sólo a partir de ella tendrá sentido cualquier juicio de igualdad." (Novena Epoca; Instancia: Primera Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; tomo XXII, noviembre de 200; Tesis: 1a. CXXXVIII/2005; página: 40).

"IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley (en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia), sino también en la ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional

de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al Juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado.” (Novena Epoca; Instancia: Primera Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; tomo XX, diciembre de 2004; Tesis: 1a. CXXXII/2004; página: 362).

“IGUALDAD. LIMITES A ESTE PRINCIPIO. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todos los hombres son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor. Así, el principio de igualdad se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación, y si bien es cierto que el verdadero sentido de la igualdad es colocar a los particulares en condiciones de poder acceder a derechos reconocidos constitucionalmente, lo que implica eliminar situaciones de desigualdad manifiesta, ello no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, ya que si la propia Constitución protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, está aceptando implícitamente la existencia de desigualdades materiales y económicas; es decir, el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado. En estas condiciones, el valor superior que persigue este principio consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica.” (Novena Epoca; Instancia: Primera Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; tomo XX, octubre de 2004; Tesis: 1a./J. 81/2004; página: 99).

2. Por su parte, el artículo 2o., apartado B, de la Constitución Federal establece también una garantía de igualdad a favor de los pueblos indígenas, en la medida en que impone a la Federación, los Estados y los Municipios, la obligación de promover la igualdad de oportunidades de éstos, así como la de eliminar cualquier práctica discriminatoria, debiendo, entre otras cosas y en lo que a la presente acción interesa, establecer las condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen.

3. El derecho a la educación que, entendido como una garantía de libertad, implica que los gobernados tendrán el derecho a recibir ésta, con la obligación correlativa del Estado de impartir gratuitamente la que se considera como básica, la que será además laica y sin restricción a la libertad de quienes la imparten, que únicamente estarán sujetos a proporcionarla conforme a las bases previstas en el propio artículo 3o. constitucional a saber, siguiendo un criterio democrático y nacional que contribuya a la mejor convivencia humana. En esta función social educativa concurrirán la Federación, entidades federativas y Municipios.

4. La libertad de expresión y el derecho a la información consagrados en el artículo 6o. constitucional.

La libertad de expresión fue definida por este Tribunal Pleno como la garantía individual "consistente en el derecho de todo individuo de exteriorizar sus ideas por cualquier medio, no sólo verbal o escrito, sino por todo aquel que la ciencia y la tecnología proporcionan, con la única limitante de que quien emita su opinión no provoque situaciones antijurídicas como el ataque a la moral, a los derechos de terceros, cometa un delito o perturbe el orden público." (Semana Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Epoca, tomo XI, junio de 2000, página 29, tesis P. LXXXVII/2000).

El derecho a la información constituye, en realidad, un complemento a la libertad de expresión al ser necesario que las personas se encuentren bien informadas para poder expresarse y opinar correctamente. Este Tribunal Pleno al fallar el amparo en revisión 3137/98, en sesión de dos de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, analizó los alcances y límites de este derecho, manifestando, en la parte considerativa de la ejecutoria citada, lo siguiente:

"El primero de esos argumentos se advierte identificado con la alegada violación al artículo 6o. de la Constitución General de la República, que establece:... (se transcribe).

El precepto fundamental transcrito consagra lo que se entiende como libertad de expresión, es decir, garantiza a todo individuo que se encuentre en territorio nacional la posibilidad de expresar libremente su pensamiento; y el llamado derecho a la información que, como complemento del primero, le da al individuo el derecho de recibir una información objetiva y oportuna.

A diferencia de la libertad de expresión que constituyó uno de los puntos esenciales de la ideología liberal del siglo XVIII, que quedó plasmada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, emitida en Francia en mil setecientos ochenta y nueve; el derecho a la información se registra históricamente por los tratadistas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, surgida en la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año de mil novecientos cuarenta y ocho.

El artículo 19 de esta Declaración establece que "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión."

Este derecho se recogió posteriormente en el artículo 10 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que se celebró en el año de mil novecientos cincuenta y, por otra parte, en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos que se efectuó en el año de mil novecientos sesenta y nueve, en donde se establece que el derecho a la libertad de pensamiento y expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Después, el artículo 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de mil novecientos sesenta y seis, retomó casi literalmente la Declaración de mil novecientos cuarenta y ocho, separando el derecho de no ser molestado a causa de las opiniones e introduciendo las modificaciones que se adoptaron en la Convención Americana de Derechos Humanos celebrada en el año de mil novecientos sesenta y nueve.

En México el llamado derecho a la información se estableció en la Constitución General de la República, al adicionarse su artículo 6o., por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del seis de diciembre de mil novecientos setenta y siete, que tuvo su origen en la iniciativa del Presidente de la República del cinco de octubre del mismo año, relativa a reformas y adiciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 6o., 41, 51, 52, 53, 54, 55, 60, 61, 65, 70, 73, 74, 76, 93, 97 y 115.

Esa iniciativa se califica como "el primer paso de la Reforma Política" y comprende cuestiones relativas a partidos políticos, procesos electorales, integración y facultades de las cámaras, etc. En lo referente al derecho a la información, la iniciativa expresa:... (se transcribe).

El dictamen de las Comisiones Unidas de Estudios Legislativos y Primera de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados expresa, en lo conducente:... (se transcribe).

A este texto, la iniciativa agrega:... (se transcribe).

Como garantía constitucional que es el derecho a la información, es patente que su titular es todo aquel sujeto que se encuentra en la situación de gobernado, atendiendo al artículo 1o. de la Constitución, en consecuencia, la totalidad del derecho debe considerarse atribuida a cualquier persona jurídica, física o moral, en la medida que las personas jurídicas son reconocidas por la ley.

Correlativamente, el sujeto pasivo u obligado por tal derecho lo es el Estado, que está constreñido a garantizar que se permita o proporcione dicha información, sin más limitante que la propia Constitución y las que se establezcan en las leyes.

En este contexto, una de las obligaciones correlativas de ese derecho es la obligación de informar, en este aspecto, la garantía debe traducirse en la obligación que corre a cargo de las entidades físicas, morales, privadas, oficiales o de cualquier otra índole, pues atendiendo al principio que donde la ley no distingue no se debe distinguir, no se debe hacer gravitar ese derecho exclusivamente sobre los órganos de comunicación masiva.

Para percatarse del alcance de este derecho, es inicialmente necesario determinar qué se entiende por información.

Según su concepción gramatical derivada del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (vigésima edición, tomo II - H-Z, Editorial Espasa Calpe), los vocablos información e informar tiene las siguientes connotaciones:

"INFORMACION. (Del lat. Informatio, -onis) 1. Acción y, efecto de informar o informarse. 2. Oficina donde se informa sobre alguna cosa. 3. Averiguación jurídica y legal de un hecho o delito. 4. Pruebas que se hacen de la calidad y circunstancias necesarias en un sujeto para un empleo u honor. 5. Educación, instrucción. 6. Comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada. 7. Conocimientos así comunicados o adquiridos."

"INFORMAR. (Del lat. Informare) 1. Enterar, dar noticia de una cosa. 2. Formar, perfeccionar a uno por medio de la instrucción y buena crianza. 3. Dar forma substancial a una cosa. 4. Dictaminar un cuerpo consultivo, un funcionario o cualquier persona perita, en asunto de su respectiva competencia. 5. Hablar en estrados los fiscales y los abogados."

Esas diversas acepciones de la palabra información, relacionadas con los antecedentes legislativos a que se hizo alusión, determinan que la connotación a que se refiere el artículo 6o. constitucional es la que significa acción y efecto de informar e informarse, es decir, ser enterado de cualquier cosa.

De esta guisa resulta que el derecho a la información se compone de una facultad o atribución doble; el derecho a dar información y el derecho de recibir información.

El derecho citado en primer lugar, comprende las facultades de difundir e investigar lo que viene a ser la fórmula de la libertad de expresión contenida en la primera parte del artículo 6o. constitucional

La facultad de recibir información o noticia es lo que integra el segundo de esos derechos.

Por tanto, el derecho adicionado en el artículo 6o. constitucional, obliga al Estado no solamente a informar sino a asegurar que todo individuo sea enterado de algún suceso, es decir, a ser informado.

Es importante significar que la información que comprende el derecho es toda aquélla que incorporada a un mensaje tenga un carácter público y sea de interés general, es decir, todos aquellos datos, hechos, noticias, opiniones e ideas que puedan ser difundidos, recibidos, investigados, acopiados, almacenados, procesados o sistematizados por cualquier medio, instrumento o sistema.

A lo anterior debe agregarse que la información que se solicite debe ser razonable, lógica y causar, en los casos que las leyes lo establezcan, el pago de los derechos correspondientes a cargo del solicitante.

No puede soslayarse que el Estado, como sujeto informativo que genera información, que tiene el carácter de pública, y supone, por lo tanto, el interés de los miembros de la sociedad por conocerla, se encuentra obligado a comunicar a los gobernados sus actividades y éstos tienen el derecho correlativo de tener acceso libre y oportuno a esa información, con las limitantes que para fines prácticos se pueden agrupar en tres tipos: limitaciones en razón del interés nacional e internacional, limitaciones por intereses sociales y limitaciones para protección de la persona.

Tales limitaciones o excepciones al derecho a la información de suyo implican que no se trata de un derecho absoluto, y por tanto, debe entenderse que la finalidad de éstas es la de evitar que este derecho entre en conflicto con otro tipo de derechos.

Dentro del primer tipo de limitantes al derecho a la información que se refieren a la seguridad nacional, se encuentran aquellas normas que por un lado, limitan el acceso a la información en esa materia, por razón de que su conocimiento público puede generar daños a los intereses generales del país, y por otro lado, aquéllas que sancionan la inobservancia de esa reserva.

El sustento de estas excepciones se localiza en los preceptos constitucionales que otorgan obligaciones y atribuciones al Estado para mantener el orden público y la seguridad nacional, como aparece en los siguientes artículos cuya materia se enuncia: artículo 29, en relación con la suspensión de garantías individuales en casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en peligro o conflicto; artículo 73, fracciones XII a XV y XXI, en lo tocante a las facultades del Congreso de la Unión para declarar la guerra, organizar reglamentariamente la Guardia Nacional y establecer los delitos y faltas contra la Federación, así como las sanciones correspondientes; artículo 76, fracciones II a IV, en lo atinente a la potestad del Senado para ratificar el nombramiento del Procurador General de la República y demás miembros policíacos y de seguridad nacional, y autorizar al Jefe del Ejecutivo Federal para disponer en ciertos casos de la Guardia Nacional; artículo 89, fracciones IV a VIII, en lo concerniente a las facultades del Presidente de la República para nombrar a los miembros policíacos y de seguridad nacional, así como para declarar la guerra en nombre del país; y artículo 118, fracción III, de la Carta Fundamental, en lo relativo a la obligación de las entidades federativas de dar cuenta al Presidente de la República en casos de invasión o de cualquier acto que ponga en peligro o conflicto a la sociedad.

Por cuanto se refiere al segundo tipo de limitantes, que se encuentran referidas a intereses sociales, se tienen aquellas normas que tienden a proteger la averiguación de los delitos, la salud pública y la moral pública, siendo los aspectos relevantes de esta última la obscenidad y la pornografía, que encuentran sustento constitucional en los artículos 7o. (libertad de escribir y publicar escrito sobre cualquier materia), 21 (averiguación y persecución de los delitos), 73, fracción XVI, base cuarta, (facultad del Congreso de la Unión para dictar leyes sobre la salubridad general de la República),

89, fracción I (facultad del Presidente de la República para reglamentar leyes expedidas por el Congreso en las materias indicadas), 115, fracción II (facultad de los ayuntamientos para expedir bandos de policía y buen gobierno y demás disposiciones generales en las materias enunciadas), y 117, fracción IX (facultad de las entidades federativas para expedir leyes encaminadas a combatir el alcoholismo).

Por último, se encuentran aquellas excepciones al derecho a la información que tienden a la protección de la persona, esto es, que protegen el derecho a la vida o privacidad de los gobernados, que si bien no están citadas expresamente en el texto constitucional, se desprenden de diversos preceptos que consagran derechos de naturaleza individual, como son los siguientes:... (se transcriben parcialmente los artículos 5o., 7o., 10, 14, 16 y 24 constitucionales).

Son las citadas excepciones o limitantes del derecho a la información, las que incluso dan origen a la figura jurídica del “secreto de información” que algunos tratadistas denominan también como “reserva de información”; o bien como “secreto burocrático”, ya se trate de burocracia pública o privada, y según lo hasta aquí considerado su soporte constitucional será el artículo 6o., parte final, de la Constitución Federal, interpretado en sentido contrario, y demás disposiciones constitucionales a que se ha hecho mención, según la materia que dé motivo a la limitante al derecho a la información.

De las reflexiones expuestas se concluye que el derecho a la información no es absoluto, es decir, que no puede ser garantizado indiscriminadamente, en todos los casos, sino que el respeto de su ejercicio encuentra limitantes que lo regulan y a su vez garantizan atendiendo a la materia a que se refiera.

Sobre tales premisas resulta claro que no toda la información que generan los entes públicos puede ser materia de difusión general, en la medida en que involucre a alguna de las materias indicadas, debiéndose restringir a sus receptores, especificados por la legitimación que les es exigida para poder acceder a la información deseada.

Asimismo, la ley que regule el acceso a cierta información, no debe ser el simple camino procesal de acceso a la información que garantice la libertad e igualdad en su recepción, sino también, el instrumento protector de aquellas materias y en particular de los intereses de terceros, constituyéndose así, por razones lógicas, en una directa y quizá la más intensa limitante posible del ámbito del derecho a recibir información.”

Las consideraciones transcritas dieron lugar al criterio que aparece publicado en la página 74, del tomo XI, abril de 2000, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca, cuyo rubro a continuación se transcribe: **“DERECHO A LA INFORMACION. SU EJERCICIO SE ENCUENTRA LIMITADO TANTO POR LOS INTERESES NACIONALES Y DE LA SOCIEDAD, COMO POR LOS DERECHOS DE TERCEROS.”**

5. A su vez, el artículo 25 constitucional, si bien no consagra un derecho individual a favor de los gobernados que pudiera ser exigible a través del juicio de amparo, sí establece el concepto de rectoría económica del Estado, atribuyéndole a éste la responsabilidad de conducir e implementar el desarrollo nacional, mediante la actuación que regule e impulse el proceso económico y a la vez atienda los procesos sociales derivados del mismo, para propiciar un crecimiento sostenido, equilibrado e integral.

La rectoría económica, en este sentido, se entiende como la facultad de planear, conducir, coordinar y orientar la actividad económica nacional, así como la regulación y fomento de las actividades que demanda el interés general en el marco de libertades que otorga la Constitución. Debiendo destacarse que el ordenamiento constitucional establece la obligación estatal de apoyar e impulsar, bajo criterios de equidad social y productividad, a los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público, así como al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente, condiciones todas ellas que se encuentran íntimamente vinculadas con los principios de un desarrollo sustentable.

Sobre el particular resultan aplicables los siguientes criterios:

“RECTORIA ECONOMICA DEL ESTADO EN EL DESARROLLO NACIONAL. EL ARTICULO 25 DE LA CONSTITUCION FEDERAL, NO OTORGA A LOS GOBERNADOS GARANTIA INDIVIDUAL ALGUNA PARA EXIGIR, A TRAVES DEL JUICIO DE AMPARO, QUE LAS AUTORIDADES ADOPTEN CIERTAS MEDIDAS, A FIN DE CUMPLIR CON LOS PRINCIPIOS RELATIVOS A AQUELLA. El artículo 25 de la Constitución Política

de los Estados Unidos Mexicanos establece esencialmente los principios de la rectoría económica del Estado para garantizar el crecimiento económico del país, lo que se logrará mediante la realización de acciones estatales a través de las cuales se aliente a determinados sectores productivos, se concedan subsidios, se otorguen facilidades a empresas de nueva creación, se concedan estímulos para importación y exportación de productos y materias primas y se sienten las bases de la orientación estatal por medio de un plan nacional; sin embargo, el citado dispositivo constitucional, no concede garantía individual alguna que autorice a los particulares a exigir, en la vía del juicio de amparo, que las autoridades adopten ciertas medidas para que se cumpla con tales encomiendas constitucionales, pues el pretendido propósito de esta disposición se dirige a proteger la economía nacional mediante acciones estatales fundadas en una declaración de principios que se contiene en el propio precepto de la Ley Fundamental.” (Tesis aislada; Novena Epoca; Instancia: Segunda Sala; fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; tomo XVI, noviembre de 2002; Tesis: 2a. CXLV/2002; página: 454).

“RECTORIA ECONOMICA DEL ESTADO EN EL DESARROLLO NACIONAL. LOS ARTICULOS 25 Y 28 CONSTITUCIONALES QUE ESTABLECEN LOS PRINCIPIOS RELATIVOS, NO OTORGAN DERECHOS A LOS GOBERNADOS, TUTELABLES A TRAVES DEL JUICIO DE AMPARO, PARA OBLIGAR A LAS AUTORIDADES A ADOPTAR DETERMINADAS MEDIDAS. Los artículos 25 y 28 de la Carta Magna establecen, en esencia, la rectoría económica del Estado para garantizar el crecimiento económico del país, que se cumple, en los términos previstos en los propios preceptos constitucionales, mediante diversas acciones en que el Estado alienta la producción, concede subsidios, otorga facilidades a empresas de nueva creación, estimula la exportación de sus productos, concede facilidades para la importación de materias primas y prohíbe los monopolios, esto es, todo acto que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción industrial o comercial y, en general, todo lo que constituye una ventaja exclusiva e indebida en favor de una o varias personas, con perjuicio del pueblo en general o de una clase social; pero en este señalado aspecto de dirección estatal no conceden garantía individual alguna que autorice a los particulares a exigir, en vía de amparo, que para cumplir con tales encomiendas constitucionales, el Estado deba adoptar ciertas medidas y seguir determinadas direcciones, como establecer singulares requisitos de calidad para la elaboración y envasado de productos, con el pretendido propósito de proteger la economía nacional, pretensión que carece de sustento constitucional.”

(Tesis aislada; Novena Epoca; Instancia: Pleno; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; tomo XII, agosto de 2000; Tesis: P. CXIV/2000; página: 149).

6. En el artículo 26 constitucional, se establece, como instrumento fundamental del sistema político, la planeación, que tendrá como objetivos imprimir solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía, para lograr la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación, dicha planeación deberá ser democrática, pues en ella participan diversos sectores sociales que reflejan las aspiraciones y demandas de la sociedad para su incorporación al plan nacional de desarrollo.

7. Por su parte, el artículo 27 constitucional establece que corresponde a la Nación el dominio directo, entre otros bienes, del espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el derecho internacional; que la comunicación vía satélite es un área prioritaria para el desarrollo nacional en la que el Estado debe ejercer su rectoría, protegiendo la seguridad y la soberanía nacionales y cuidando, al otorgar concesiones o permisos, que se mantenga el dominio de las respectivas vías de comunicación. Que el dominio que ejerce la Nación sobre el espacio situado sobre el territorio nacional es inalienable e imprescriptible y su explotación, uso o aprovechamiento por los particulares no podrá realizarse sino mediante concesiones otorgadas por el Ejecutivo Federal conforme a las reglas y condiciones que establezcan las leyes; que el Estado podrá concesionar, en casos de interés general y sujetándose en todo momento a las leyes respectivas, la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes del dominio de la Federación, fijando las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes y eviten fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

8. El artículo 28 constitucional, por una parte, establece la prohibición general de la existencia de monopolios, prácticas monopólicas, estancos, exenciones de impuestos y las prohibiciones que se establezcan a título de protección a la industria, con las excepciones que el propio precepto establece en

torno a áreas estratégicas, cuyas funciones ejerce el Estado de manera exclusiva; y, por otra, reitera la obligación del Estado, como rector del desarrollo económico nacional, de regular el fenómeno económico protegiendo el interés social y el de los consumidores en general. Asimismo, se impone la obligación a cargo del Congreso de la Unión de dictar leyes que fijen las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, evitando fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

Una vez establecido el marco constitucional que rige en materia de concesiones respecto al espectro radioeléctrico y sus diversos usos, se estima que, específicamente, la prestación de servicios de radiodifusión se halla sujeta a éste, en dos vertientes, a saber:

a) Por un lado, en el ejercicio de la actividad que desempeñan los concesionarios y permissionarios en la materia, mediante el condicionamiento de la programación y de la labor de los comunicadores que en ellos intervienen, misma que deberá ajustarse al respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales anteriormente enunciados puesto que, en su calidad de medios masivos de comunicación, ejercen una influencia decisiva en todos los aspectos de la vida del país.

En efecto, los medios de comunicación cumplen una función social de relevancia trascendental para la nación porque constituyen el instrumento a través del cual se hacen efectivos los derechos fundamentales de los gobernados. Suponen, además, una herramienta fundamental de transmisión masiva de educación y cultura, que coadyuva a la integración de la población, proporciona a ésta información, esparcimiento y entretenimiento, influye en sus valores, en su democratización, en la politización, en la ideología de respeto al hombre sin discriminación alguna, etcétera.

Es por eso que una correcta regulación y supervisión de la radio y la televisión resultan imprescindibles para lograr el equilibrio o conciliación entre la satisfacción de las necesidades de la población que por conducto de estos medios se realiza, y la vigilancia que el Estado debe ejercer para que efectivamente se cumplan los valores que se desea fomentar y que han quedado plasmados en nuestra Constitución, por supuesto, sin detrimento de la libertad de expresión, sino únicamente sujetándola a los límites que el interés general demanda, al respeto al honor de las personas y de las instituciones.

El Estado, deberá asegurar, entonces, que los servicios de radiodifusión respeten la función pública que les está encomendada como medios de comunicación de gran influencia social, garantizando el acceso a diversas corrientes de opinión, capaces de fomentar la cultura nacional, la integración de los grupos indígenas al desarrollo nacional, la imparcialidad, generalidad y veracidad de la información que es transmitida en señal abierta a prácticamente toda la población.

La importancia de la función social que desarrollan tanto la radio como la televisión en el derecho fundamental a la información se advierte claramente en la siguiente tesis:

“RADIODIFUSORAS. LIBERTAD DE EXPRESION. En cuanto a que la Secretaría de Comunicaciones es la única autoridad que cuenta con conocimientos suficientes para determinar si es o no de interés social que funcione determinado número de radiodifusoras, debe decirse que es una pretensión insostenible de las responsables, pues en primer lugar dejaría al margen del análisis de la constitucionalidad de sus decisiones en ese aspecto, lo que sería violatorio del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal; y, en segundo lugar, dejaría al arbitrio de los gobernantes el uso de uno de los medios más importantes para la difusión de ideas, lo que sería dejar a su arbitrio o aun a su capricho o interés la libertad de expresión, lo que sería claramente violatorio del artículo 6o. constitucional, pues si el Estado tiene la obligación de proteger el derecho a la información, implícito ya en todo sistema democrático en que el voto de los ciudadanos debe ser un voto informado y no un voto a ciegas, ese derecho implica la obligación de no entorpecer el uso de los medios de difusión masiva de ideas, y prohíbe que el Estado se erija en guardián tutelar de la cantidad o calidad de medios de difusión que en su propio criterio estima que deben existir en el país, como si paternalmente pudiese controlar la cantidad y calidad de la difusión de las ideas.” (Séptima Época, Apéndice 2000, Tomo III, Administrativa, página 493)

Asimismo, en relación con la relevancia de la información veraz, debe tenerse presente la tesis de este Tribunal Pleno identificada con el número LXXXIX/96, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo III, junio de 1996, página 513, que señala:

“GARANTIAS INDIVIDUALES (DERECHO A LA INFORMACION). VIOLACION GRAVE PREVISTA EN EL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTICULO 97 CONSTITUCIONAL. LA CONFIGURA EL INTENTO DE LOGRAR LA IMPUNIDAD DE LAS AUTORIDADES QUE

ACTUAN DENTRO DE UNA CULTURA DEL ENGAÑO, DE LA MAQUINACION Y DEL OCULTAMIENTO, POR INFRINGIR EL ARTICULO 6o. TAMBIEN CONSTITUCIONAL. El artículo 6o. constitucional, in fine, establece que "el derecho a la información será garantizado por el Estado". Del análisis de los diversos elementos que concurrieron en su creación se deduce que esa garantía se encuentra estrechamente vinculada con el respeto de la verdad. Tal derecho es, por tanto, básico para el mejoramiento de una conciencia ciudadana que contribuirá a que ésta sea más enterada, lo cual es esencial para el progreso de nuestra sociedad. Si las autoridades públicas, elegidas o designadas para servir y defender a la sociedad, asumen ante ésta actitudes que permitan atribuirles conductas faltas de ética, al entregar a la comunidad una información manipulada, incompleta, condicionada a intereses de grupos o personas, que le vede la posibilidad de conocer la verdad para poder participar libremente en la formación de la voluntad general, incurren en violación grave a las garantías individuales en términos del artículo 97 constitucional, segundo párrafo, pues su proceder conlleva a considerar que existe en ellas la propensión de incorporar a nuestra vida política, lo que podríamos llamar la cultura del engaño, de la maquinación y de la ocultación, en lugar de enfrentar la verdad y tomar acciones rápidas y eficaces para llegar a ésta y hacerla del conocimiento de los gobernados."

b) Por otra parte, la segunda vertiente a la que se ha hecho mención, supone que deberá procurarse que el acceso a la adquisición, operación y administración de los servicios de radiodifusión, mediante concesiones o permisos, se otorgue de manera transitoria y pluralmente a fin de evitar la concentración de este servicio de interés público, en grupos de poder.

Es decir, el Estado, como rector de la economía nacional y garante de la libertad de expresión y del derecho a la información, deberá evitar el acaparamiento de los medios masivos de comunicación, lo que resulta de vital relevancia si se considera la función social que la radio y la televisión llevan a cabo y su poder de influencia sobre la población.

En este aspecto, se considera conveniente transcribir la opinión manifestada al respecto por el tratadista Jorge Fernández Ruiz, en el artículo citado con anterioridad:

"Hoy en día, las empresas de radio y televisión distribuyen y comercializan información -en ocasiones también des información-, entretenimiento y publicidad; de igual manera construyen y destruyen imágenes de personas e instituciones, y lo mismo promueven cultura y fomentan valores morales, que -con mayor frecuencia y entusiasmo- difunden violencia, prostitución, drogadicción, desintegración familiar y social, en aras de su majestad el rating.--- Toda empresa transmisora de radio o televisión se erige, de hecho y de derecho, en un ente privilegiado por usufructuar de manera exclusiva un bien dominial, o sea, un bien escaso y público a cuyo disfrute todos tenemos el mismo derecho... Se impone por tanto la revisión y actualización integral y cuidadosa del régimen jurídico de la radio y la televisión en sus diversas modalidades, en especial de su régimen de concesiones, para garantizar que el poder mediático no desplace ni sustituya al poder político y, en cambio, siempre quede subordinado al derecho, al interés público y al servicio de la sociedad; un régimen que concilie la libertad de expresión de las empresas de radio y televisión, con los derechos, el prestigio y el honor de las personas y de las instituciones públicas y privadas, así como con la seguridad nacional.--- Se requiere de un régimen de concesiones que asegure la efectiva pluralidad de los concesionarios a nivel nacional, regional y local, para evitar la concentración oligopólica de estos medios usufructuarios de bienes del dominio público; un régimen que determine la transitoriedad de las concesiones y, en su caso, la posibilidad de su prórroga, vigilando la equidad e imparcialidad en el otorgamiento de las mismas y la reversión de los bienes afectos a ellas al momento de su extinción, cuando ello proceda en justicia, así como la difusión equitativa de las distintas corrientes de opinión, habida cuenta que se trata de la explotación de bienes del dominio público que, pese a la expansión que propicia la nueva tecnología, siguen siendo escasos.--- Un régimen que respete los derechos subjetivos de los concesionarios, de los radioescuchas, de los televidentes y de los anunciantes, y garantice la seguridad nacional y el interés público. Un régimen que asegure el uso de los bienes dominiales que usufructúan la radio y la televisión en beneficio efectivo de la cultura, la educación del pueblo, del orden público, de la tranquilidad y la paz públicas..."

En este mismo sentido, debe precisarse que también integran el marco regulatorio de los servicios de radio y televisión, los tratados internacionales que México ha celebrado en la materia, principalmente, la Constitución y el Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, adoptados en Niza, Francia, el treinta de junio de mil novecientos ochenta y nueve, publicada el tres de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, así como los Reglamentos Administrativos anexos al mismo, que son el Reglamento de Telecomunicaciones y el Reglamento de Radiocomunicaciones.

En el artículo 4 de la Constitución de la Unión Internacional de Comunicaciones se dispone:

“Artículo 4.

Instrumentos de la Unión

29 1. Los instrumentos de la Unión son:

- ***la presente Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones,***
- ***el Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, y***
- ***los Reglamentos Administrativos.***

30 2. La presente Constitución, cuyas disposiciones se complementan con las del Convenio, es el instrumento fundamental de la Unión.

31 3. Las disposiciones de la presente Constitución y del Convenio se complementan, además, con las de los Reglamentos Administrativos siguientes, que regulan el uso de las telecomunicaciones y tendrán carácter vinculante para todos los Miembros:

- ***Reglamento de las Telecomunicaciones Internacionales,***
- ***Reglamento de Radiocomunicaciones.***

32 4. En caso de divergencia entre una disposición de la presente Constitución y una disposición del Convenio o de los Reglamentos Administrativos, prevalecerá la primera. En caso de divergencia entre una disposición del Convenio y una disposición de un Reglamento Administrativo, prevalecerá el Convenio.”

Así, en materia de radiocomunicaciones que, conforme a la definición dada en el propio instrumento internacional, debe entenderse como “toda telecomunicación transmitida por ondas radioeléctricas” y dentro de la cual se comprende el servicio de radiodifusión definido como “servicio de radiocomunicación cuyas emisiones se destinan a ser recibidas directamente por el público en general”, el cual abarca “emisiones sonoras, de televisión o de otro género”, se estableció que se efectuarían Conferencias Mundiales de Radiocomunicaciones, normalmente cada dos años, en las que podría revisarse parcialmente o, en casos excepcionales, totalmente el Reglamento de Radiocomunicaciones, advirtiéndose que el último decreto promulgatorio relativo a las actas finales de una de esas Conferencias es el publicado en el Diario Oficial de la Federación de diez de julio de dos mil seis y corresponden a la Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones (CMR-2003) de la Unión Internacional de Comunicaciones (UIT), adoptadas en Ginebra, Suiza, el 4 de julio de dos mil tres.

En el Reglamento de Radiocomunicaciones citado se contiene, entre otras cuestiones, el Cuadro Internacional de Atribución de Frecuencias (CIAF), con base en el cual se elaboró en México el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias (CNAF), que quedó parcialmente transcrito en párrafos precedentes.

Ahora bien, debe recordarse que la Ley Federal de Radio y Televisión es el ordenamiento que regula específicamente el servicio de radiodifusión (radio y televisión abiertas), mientras que los demás servicios de telecomunicaciones, incluyendo la televisión cerrada, se encuentran regidos por la Ley Federal de Telecomunicaciones.

Concretamente, en los artículos 4 y 5 de la Ley Federal de Radio y Televisión se alude a la función social que estos medios cumplen y se establece que el servicio que prestan constituye una actividad de interés público, como se advierte de la transcripción de dichos preceptos:

“Artículo 4o.- La radio y la televisión constituyen una actividad de interés público, por lo tanto el Estado deberá protegerla y vigilarla para el debido cumplimiento de su función social.”

“Artículo 5o.- La radio y la televisión, tienen la función social de contribuir al fortalecimiento de la integración nacional y el mejoramiento de las formas de convivencia humana. Al efecto, a través de sus transmisiones, procurarán:

- I.- Afirmar el respeto a los principios de la moral social, la dignidad humana y los vínculos familiares;***
- II.- Evitar influencias nocivas o perturbadoras al desarrollo armónico de la niñez y la juventud;***
- III.- Contribuir a elevar el nivel cultural del pueblo y a conservar las características nacionales, las costumbres del país y sus tradiciones, la propiedad del idioma y a exaltar los valores de la nacionalidad mexicana.***
- IV.- Fortalecer las convicciones democráticas, la unidad nacional y la amistad y cooperación internacionales.”***

Queda así de manifiesto que en esta ley se regulan tanto aspectos relacionados con la programación y contenido de lo transmitido por este medio, como con el otorgamiento de concesiones y permisos.

En relación con el primer aspecto mencionado, deben destacarse, entre otros, los numerales 6, 59, 59 bis, 60, 62, 63, 77 y 79-A cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 60.- En relación con el artículo anterior, el Ejecutivo Federal por conducto de las Secretarías y Departamentos de Estado, los Gobiernos de los Estados, los Ayuntamientos y los organismos públicos, promoverán la transmisión de programas de divulgación con fines de orientación social, cultural y cívica.”

“Artículo 59.- Las estaciones de radio y televisión deberán efectuar transmisiones gratuitas diarias, con duración hasta de 30 minutos continuos o discontinuos, dedicados a difundir temas educativos, culturales y de orientación social. El Ejecutivo Federal señalará la dependencia que deba proporcionar el material para el uso de dicho tiempo y las emisiones serán coordinadas por el Consejo Nacional de Radio y Televisión.”

“Artículo 59 Bis.- La Programación General dirigida a la población infantil que transmitan las estaciones de Radio y Televisión deberá:

- I.- Propiciar el desarrollo armónico de la niñez.***
- II.- Estimular la creatividad, la integración familiar y la solidaridad humana.***
- III.- Procurar la comprensión de los valores nacionales y el conocimiento de la comunidad internacional.***
- IV.- Promover el interés científico, artístico y social de los niños.***
- V.- Proporcionar diversión y coadyuvar el proceso formativo en la infancia.***

Los programas infantiles que se transmiten en vivo, las series radiofónicas, las telenovelas o teleteatros grabados, las películas o series para niños filmadas, los programas de caricaturas, producidos, grabados o filmados en el país o en el extranjero deberán sujetarse a lo dispuesto en las fracciones anteriores.

La Programación dirigida a los niños se difundirá en los horarios previstos en el reglamento de esta Ley.”

“Artículo 60.- Los concesionarios de estaciones radiodifusoras comerciales y los permisionarios de estaciones culturales y de experimentación, están obligados a transmitir gratuitamente y de preferencia:

- I.- Los boletines de cualquier autoridad que se relacionen con la seguridad o defensa del territorio nacional, la conservación del orden público, o con medidas encaminadas a prever o remediar cualquier calamidad pública;***
- II.- Los mensajes o cualquier aviso relacionado con embarcaciones o aeronaves en peligro, que soliciten auxilio.”***

“Artículo 62.- Todas las estaciones de radio y televisión en el país, estarán obligadas a encadenarse cuando se trate de transmitir informaciones de trascendencia para la nación, a juicio de la Secretaría de Gobernación.”

“Artículo 63.- Quedan prohibidas todas las transmisiones que causen la corrupción del lenguaje y las contrarias a las buenas costumbres, ya sea mediante expresiones maliciosas, palabras o imágenes procaces, frases y escenas de doble sentido,

apología de la violencia o del crimen; se prohíbe, también, todo aquello que sea denigrante u ofensivo para el culto cívico de los héroes y para las creencias religiosas, o discriminatorio de las razas; queda asimismo prohibido el empleo de recursos de baja comicidad y sonidos ofensivos.”

“Artículo 64.- No se podrán transmitir:

I.- Noticias, mensajes o propaganda de cualquier clase, que sean contrarios a la seguridad del Estado o el orden público;

II.- Asuntos que a juicio de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes impliquen competencia a la Red Nacional, salvo convenio del concesionario o permisionario, con la citada Secretaría.”

“Artículo 77.- Las transmisiones de radio y televisión, como medio de orientación para la población del país, incluirán en su programación diaria información sobre acontecimientos de carácter político, social, cultural, deportivo y otros asuntos de interés general nacionales o internacionales.”

“Artículo 79-A.- En cumplimiento de la función social de la radiodifusión a que se refiere el artículo 5 de esta ley, en la difusión de propaganda electoral, los concesionarios observarán las siguientes disposiciones:

I. Tratándose de elecciones federales, deberán informar al Instituto Federal Electoral sobre la propaganda que hubiese sido contratada por los partidos políticos o por los candidatos a cualquier puesto de elección, así como los ingresos derivados de dicha contratación, conforme a la metodología y formatos que al efecto emita ese Instituto en el Reglamento de Fiscalización respectivo;

II. Atenderán los requerimientos de información en la materia que les formule el Instituto Federal Electoral;

III. Tratándose de concesionarios, éstos ofrecerán tarifas equivalentes a la publicidad comercial, y

IV. El Instituto Federal Electoral, durante los procesos electorales federales, será la instancia encargada de pagar la publicidad electoral de los partidos políticos con cargo a sus prerrogativas, y dictará las medidas necesarias para ello.”

Por lo que hace al otorgamiento de concesiones y permisos, la ley prevé el régimen en que se obtienen éstos y bajo qué reglas, régimen que será analizado con posterioridad al estudiar los conceptos de invalidez planteados por la parte actora, destacándose únicamente, por ahora, que el artículo 7 de la Ley Federal de Radio y Televisión establece la obligación del Estado de otorgar facilidades para la operación de estaciones difusoras que sean susceptibles de ser captadas en el extranjero para divulgar la cultura mexicana y fomentar las relaciones comerciales del país y el turismo, lo que pone en evidencia la importancia de este medio masivo de comunicación no sólo a nivel nacional sino también internacional. El precepto aludido dispone:

“Artículo 7o.- El Estado otorgará facilidades para su operación a las estaciones difusoras que, por su potencia, frecuencia o ubicación, sean susceptibles de ser captadas en el extranjero, para divulgar las manifestaciones de la cultura mexicana, fomentar las relaciones comerciales del país, intensificar la propaganda turística y transmitir informaciones sobre los acontecimientos de la vida nacional.”

Finalmente, se advierte que en el Reglamento de la Ley Federal de Radio y Televisión, en Materia de Concesiones, Permisos y Contenido de las Transmisiones de Radio y Televisión, se regulan también, entre otros aspectos, contenidos programáticos de radio y televisión abierta.

De igual manera, por lo que se refiere al audio y televisión cerrados, el Reglamento del Servicio de Televisión y Audio Restringidos, establece el interés público de la función que desarrollan estos medios de comunicación, a los que les será aplicable lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Federal de Radio y Televisión, anteriormente transcrito, por lo que se establecen regulaciones en cuanto a su programación. Los artículos 1 y 23 del Reglamento aludido, disponen textualmente:

“Artículo 1. Las disposiciones del presente ordenamiento son de interés público y tienen por objeto regular el servicio de televisión y audio restringidos.”

“Artículo 23. La programación que se difunda a través de las redes, en el marco de la libertad de expresión y recepción de ideas e información, deberá contribuir a la integración familiar, al desarrollo armónico de la niñez, al mejoramiento de los

sistemas educativos, a la difusión de nuestros valores artísticos, históricos y culturales, al desarrollo sustentable, y a la propalación de las ideas que afirmen nuestra unidad nacional; para tales efectos, será también aplicable lo dispuesto por el artículo 5o. de la Ley Federal de Radio y Televisión.”

Lo hasta aquí considerado, deja en claro que en el procedimiento para el otorgamiento de concesiones y permisos en materia de radio y televisión deben tomarse en cuenta, además del equilibrio económico y el desarrollo de la competencia en el sector, la función social que los medios deben desarrollar, esto es, la determinación respecto a la asignación de bandas de frecuencia atribuidas a la radiodifusión no puede sustentarse exclusiva, ni predominantemente, en aspectos económicos, pues si bien debe atenderse a la susceptibilidad de explotación del bien y a las condiciones del mercado de que se trata, el criterio rector del Estado en este tema no puede desconocer el interés público de la actividad, ni puede tampoco suponer una renuncia a su función reguladora para lograr que, efectivamente, se cumpla el fin social que se persigue y que tiene un impacto educativo, social y cultural sobre la población muy significativo.

DECIMO QUINTO.- Inconstitucionalidad del requisito de la solicitud de opinión favorable a la Comisión Federal de Competencia para el otorgamiento de concesiones en materia de radiodifusión; de la excepción de someterse al procedimiento de licitación en el caso de refrendo; del sistema de licitación por subasta pública para decidir sobre el otorgamiento de esas concesiones; del plazo de duración de las concesiones; y de la autorización a los concesionarios de radiodifusión para la prestación de servicios adicionales en materia de telecomunicaciones.

Una vez formuladas las consideraciones respecto al marco constitucional y jurídico del régimen para el otorgamiento de concesiones para el uso, aprovechamiento o explotación del espectro radioeléctrico, en su calidad de bien del dominio público, este Organismo Colegiado procede a examinar en forma conjunta, dada su estrecha vinculación, los conceptos de invalidez séptimo, décimo segundo, décimo quinto, décimo séptimo, décimo octavo y vigésimo, en los que se argumenta, en esencia:

a) En el séptimo concepto de invalidez:

Que el Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión, es violatorio de los artículos 1o. y 28 de la Constitución Federal, en tanto contraviene los principios de igualdad y libre competencia.

Para acreditar lo anterior, la parte actora estima conveniente hacer referencia a los antecedentes legislativos sobre el tema, partiendo del hecho de que el espectro radioeléctrico y las posiciones orbitales del país son bienes del dominio público de la Nación, al mismo tiempo que el mencionado espectro, las redes de telecomunicaciones y los sistemas de comunicación vía satélite son vía generales de comunicación, cuyo funcionamiento es de orden e interés público, correspondiendo al Estado su rectoría para proteger la seguridad y soberanía nacional.

A partir de mil novecientos noventa y cinco, fecha en que se expidió la Ley Federal de Telecomunicaciones, los particulares podrán solicitar un título de concesión para prestar servicios de telecomunicaciones.

Por su parte, continúa la actora, la Ley Federal de Radio y Televisión al regular también el régimen del espectro radioeléctrico tenía un conflicto normativo en la materia con la Ley Federal de Telecomunicaciones, motivo por el cual en esta última se estableció un régimen de excepción por lo que hace a dicho espectro destinado específicamente a la radiodifusión. Esto es, de no haberse excluido el régimen de la radio y televisión de la Ley Federal de Telecomunicaciones, se entendería que este servicio es una forma más de éstas.

Asimismo, la Ley Federal de Telecomunicaciones estableció la necesidad de crear un órgano desconcentrado para promover el desarrollo eficiente de las mismas, creándose la Comisión Federal de Telecomunicaciones, sin que la Ley Federal de Radio y Televisión previera un órgano similar o equivalente.

Igualmente, señala la minoría parlamentaria actora, en mil novecientos noventa y cinco no existía todavía la tecnología que permitiera la radiodifusión digital para su explotación comercial, lo cual posiblemente influyó para que no se asimilara la radiodifusión al régimen jurídico de las telecomunicaciones. Sin embargo, diez años después, ante el avance de las tecnologías en el procesamiento digital de señales así como de las técnicas de mitigación de interferencias que permiten la atribución de otros servicios de telecomunicaciones a través del espectro atribuido en exclusividad a la radiodifusión, y viceversa, es necesaria la revisión de los regímenes legales respectivos.

En este contexto, y contrariamente al propósito manifestado en la exposición de motivos de la reforma legal que se impugna, la reforma en sí misma en lugar de crear un marco regulatorio con reglas uniformes, apegado a estándares internacionales, mantiene vigente y amplía el régimen de excepción y de protección para la actividad específica de radiodifusión.

Esto es, lejos de promover la convergencia tecnológica, la reforma genera un régimen legal especial de telecomunicaciones para radiodifusión contrario al régimen legal general de telecomunicaciones, en la medida en que la inclusión de definiciones de servicios específicos (servicio de “radiodifusión” y servicio de “radio y televisión”) rompe el principio de neutralidad tecnológica y regulación equitativa para servicios iguales, lo cual implica un claro retroceso al régimen de convergencia y competencia de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

Lo anterior supone que también los contenidos de la radio y televisión abierta deberían ser regulados de manera uniforme sin importar la vía de telecomunicaciones por la cual se transmite, circunstancia que no está prevista en la Ley Federal de Radio y Televisión, poniéndose en riesgo la función social y rectoría del Estado en esta materia.

Por otro lado, la radiodifusión abierta, aun definiéndose como servicio de telecomunicaciones, continuará rigiéndose por la Ley Federal de Radio y Televisión, mientras que el resto de servicios de telecomunicación lo hará conforme a la Ley Federal de Telecomunicaciones, lo cual refleja que la reforma mantiene la regulación por separado de materias que, gracias al avance técnico, se prestan a través del mismo medio.

En este mismo sentido, conforme a la reforma, un concesionario de red pública de telecomunicaciones podría solicitar, en términos de la Ley Federal de Telecomunicaciones, autorización para prestar servicios de “radio y televisión” a través de su red, como servicio adicional a los señalados en su título, sin que se le impongan obligaciones específicas en esa materia conforme a la Ley Federal de Radio y Televisión, con lo cual podría eventualmente realizar la transmisión de la señal para radio y televisión sin atender los lineamientos de contenido que marca dicho ordenamiento, simple y sencillamente porque transmite a través de una red y no del espectro.

Bajo otra óptica, también debe destacarse que los títulos de concesión de telecomunicaciones vigentes hoy en día, otorgados de conformidad con la Ley Federal de Telecomunicaciones, establecen que las empresas telefónicas no podrán explotar directa o indirectamente ninguna concesión de servicios de televisión al público, con lo cual no parece factible la autorización para prestar servicios adicionales de “radio y televisión” a todos los concesionarios de servicios de telecomunicaciones por igual, máxime si se considera, además, que los títulos de concesión otorgados antes de que entrara en vigor la Ley citada correspondían al servicio de telefonía prestado con tecnología diferente a la actual.

Es decir, la reforma impugnada posibilita que los concesionarios en materia de telecomunicaciones que tienen títulos en términos asimétricos pudiesen argumentar que no existe ya prohibición para prestar el servicio de televisión, en tanto el servicio de radio y televisión está ya considerado por la propia Ley de Telecomunicaciones que los regula y porque a pesar de lo establecido en el título, al haberse modificado la ley, debe otorgárseles el mismo trato que al resto de los concesionarios de telecomunicaciones sin necesidad de modificar la concesión en sí misma, permitiéndoles solicitar autorización para la prestación de servicios adicionales de radio y televisión (radiodifusión).

Así, la reforma a la Ley Federal de Telecomunicaciones, promueve la adopción de un concepto de “radio y televisión”, que debe entenderse distinto al de “radiodifusión” establecido por la Ley Federal de Radio y Televisión, lo cual significa que se mantiene una regulación específica y diversa respecto de los concesionarios de telecomunicaciones que deseen prestar este tipo de servicio a través de las redes de telecomunicaciones, quienes tendrán que obtener capacidad arrendada de espectro concesionado a una radiodifusora en términos de la Ley Federal de Radio y Televisión o, en su caso, tendrán que obtener un título de concesión para el uso de frecuencias atribuidas a radiodifusión en términos de esta última ley.

Lo anterior pone de manifiesto que se origina otro tipo de asimetría de derechos y una ventaja competitiva a favor de los concesionarios de telecomunicaciones, siempre que éstos puedan iniciar la prestación de servicios de radio y televisión abierta mediante el arrendamiento de capacidad de un concesionario de radiodifusión, sin necesidad de verse obligado a concursar por frecuencias en igualdad de circunstancias con nuevos participantes en el mercado, lo que provoca el fracaso del propósito de la reforma que establece procedimientos de licitación pública en materia de radiodifusión.

Igualmente, la reforma obstaculiza la determinación de los mercados relevantes convergentes al mantener diferenciados los marcos legales de “radio y televisión” en la Ley Federal de Telecomunicaciones y “radiodifusión” en la Ley Federal de Radio y Televisión.

Esta diferenciación sienta las bases para que los concesionarios en uno y otro sector argumenten la existencia de dos mercados distintos, obstaculizando con ello la labor del órgano regulador de competencia económica (Comisión Federal de Competencia), pues no podrá definir los mercados relevantes en un entorno de convergencia tecnológica.

Antes de la reforma que ahora se impugna, la Ley Federal de Radio y Televisión, no contemplaba la autorización de “servicios adicionales de telecomunicaciones” a los de radiodifusión, en tanto este ordenamiento se limita a regular un solo servicio que es el de transmisión abierta de señales de audio o audio y video asociados. Sin embargo, por virtud de la multicitada reforma, y conforme al artículo 28 de la ley en cita, las radiodifusoras podrán ser autorizadas para prestar servicios de telecomunicaciones a través del espectro que les fuera concesionado para radiodifusión o a través de nuevas bandas de frecuencia que en ese mismo acto se les asignen, así como mediante una nueva red de telecomunicaciones cuya concesión se les otorgue.

En otras palabras, las radiodifusoras serán autorizadas, en términos especiales, a diferencia de las concesionarias en materia de telecomunicaciones, para prestar servicios de telecomunicaciones a través del espectro que se les concesionara exclusivamente para radiodifusión.

Por otra parte, la reforma fija materias y objetivos legislativos divergentes que deben ser ejecutados por un mismo regulador poniendo en riesgo su viabilidad. Esto es, se generan problemas de discriminación entre prestadores de servicios al regularse de manera diversa, considerando que la Ley Federal de Telecomunicaciones y la Ley Federal de Radio y Televisión se basan en distintos modelos de desarrollo según los cuales el Estado ha ejercido su rectoría sobre el espectro radioeléctrico de manera diferente.

La Ley Federal de Telecomunicaciones de mil novecientos noventa y cinco, tiene como objeto regular vías generales de comunicación, promoviendo el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones en un ambiente de competencia, mientras que la Ley Federal de Radio y Televisión tiene por objeto regular los contenidos del servicio de transmisión abierta de información por radio y televisión y proteger y vigilar el debido cumplimiento de la función social de la radio y televisión por tratarse de un servicio de interés público, motivo por el cual el Estado procedía a la asignación discrecional de bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico en materia de radiodifusión para otorgar concesiones y permisos.

Esto se traduce en que la Ley Federal de Radio y Televisión mantiene un esquema para el otorgamiento de las concesiones que no corresponde al modelo de sana competencia que se plasma en la Ley Federal de Telecomunicaciones, obstaculizando con ello la labor de la Comisión Federal de Telecomunicaciones que está obligada a actuar bajo criterios de competencia, eficiencia, seguridad jurídica y acceso no discriminatorio a los servicios, mientras que la Ley de Radio y Televisión propone otros lineamientos que no necesariamente corresponde a éstos, tal como es el caso con el concepto de competitividad, que no puede equipararse al de competencia.

Los estándares internacionales para la convergencia tecnológica recomiendan que la vía general de comunicación se regule de manera separada a los contenidos que se transmiten por la misma y que el desarrollo de ésta se de a través de prestadores de servicios y tecnologías en un ambiente de competencia, es por ello que el servicio de radiodifusión puede ser regulado como una vía general de comunicación utilizado para la telecomunicación, sin menoscabo de la regulación de contenidos.

Sin embargo, cuando se expidió la Ley Federal de Radio y Televisión en mil novecientos sesenta no se preveía que el espectro atribuido para el uso de radiodifusión, en el futuro, podría ser utilizado para prestar otros servicios de telecomunicaciones y que ello implicara diferenciar entre el espectro como vía general de comunicación y el contenido de lo transmitido por ésta.

Al mantenerse el esquema original de concesiones en materia de radiodifusión, se genera un obstáculo para:

- Dar un trato igual a las vías generales de comunicación que se pueden utilizar para prestar servicios de telecomunicaciones.
- Actualizar los supuestos jurídicos de regulación contenidos en un ambiente de convergencia, y
- Continuar un desarrollo de telecomunicaciones basado en la libre competencia.

Lo anterior demuestra, a decir de la parte actora, que la reforma no representa avance alguno en materia de convergencia e incluso complica el escenario jurídico para que ésta se desarrolle adecuadamente en un futuro, pues el Estado está menoscabando sus facultades de supervisión y de control para conseguir que se cumplan los fines sociales de la radio y televisión abierta, cualquiera que sea su modalidad de transmisión.

Es así que, el problema fundamental de la reforma es que hace dos cosas contradictorias simultáneamente, por un lado permite que los concesionarios, tanto de telecomunicaciones como de radio y televisión, presten servicios que antes se prestaban por cada medio de manera exclusiva, pero al mismo tiempo mantiene dos regímenes jurídicos diferenciados para regular los medios que, materialmente, constituyen un solo mercado de servicios.

Esta última distinción provoca:

- Que el órgano regulador no pueda garantizar la implementación de la prohibición para la realización de prácticas monopólicas al no poder determinar los mercados relevantes.
- Obliga a dar un trato discriminatorio a los concesionarios, pues los objetivos que marcan las leyes de telecomunicaciones y la de radio y televisión son diversos.
- Genera derechos y obligaciones asimétricas para los concesionarios, según sea la ley que rijan su actividad.

En este contexto, el artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión, al dar un trato preferencial a los radiodifusores, permite un acto discriminatorio prohibido por el artículo 1o. constitucional y establece una barrera de entrada para los interesados en obtener frecuencias para prestar servicios de telecomunicaciones.

Ello es así, en la medida en que el órgano regulador estará obligado a asignar bandas de frecuencia de radiodifusión en un título regido por la Ley Federal de Telecomunicaciones o, en su caso, asignar directamente espectro para uso de telecomunicaciones a los radiodifusores que simplemente lo soliciten sin necesidad de licitación, otorgando así a los concesionarios de radiodifusión una clara ventaja indebida, dado que al mismo tiempo dicho órgano regulador está obligado a licitar públicamente las bandas de frecuencia que queden disponibles para usos de telecomunicaciones a aquellos interesados que no cuenten con concesiones de espectro.

El trato preferencial y discriminatorio así descrito, también contraviene lo dispuesto por el artículo 28 constitucional, en tanto representa para los concesionarios en materia de radiodifusión una ventaja competitiva de entrada al mercado de las telecomunicaciones en perjuicio de los particulares y de los propios concesionarios en esta materia, que estarán sujetos al procedimiento de licitación previstos por la Ley Federal de Telecomunicaciones para obtener los derechos de uso y aprovechamiento del espectro para telecomunicaciones, impidiendo la concurrencia y libre competencia, fomentándose la concentración en los servicios de telecomunicaciones.

Asimismo, el artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión, en violación al artículo 1o. de la Constitución Federal, excluye a los permisionarios de radiodifusión de la posibilidad de que presten servicios de telecomunicaciones en las mismas condiciones que se les permite a los concesionarios, a pesar de que los permisionarios en esta materia están más ligados a los fines sociales, de educación a distancia, salud, etcétera, y cuando, además, en la práctica se ha obligado a éstos a reconvertir sus equipos de transmisión a la nueva tecnología.

Por otro lado, por el uso, aprovechamiento y explotación de bandas de frecuencia (bienes del dominio público), otorgadas por medio de una concesión, el Estado tiene derecho a recibir una contraprestación. No obstante lo cual, en términos del artículo 28 que se impugna, se establece que será potestativo para el Estado el cobro de dicha contraprestación, haciéndose notar que los concesionarios de servicios de telecomunicación que no obtengan su concesión a partir de una de radiodifusión y mediante una mera autorización, sí están obligados a pagar una contraprestación.

En este mismo sentido, los concesionarios en materia de radiodifusión cuyos títulos deriven de una licitación, en términos de la reforma a la ley, son los únicos que tendrán que haber pagado una contraprestación por éstos, mientras que a los concesionarios que tengan títulos anteriores a esta reforma, al no haber licitado los mismos, se les conservarán sus privilegios otorgados discrecionalmente, pudiendo solicitar la prestación de servicios adicionales en materia de telecomunicaciones y así obtener el canje del título por uno más amplio.

En este contexto, resulta claro que la reforma asegura un trato discriminatorio a favor de los radiodifusores preexistentes en perjuicio de cualquier nuevo competidor, violando los artículos 1o. y 28 constitucionales.

En resumidas cuentas, la parte actora concluye que la reforma impugnada violenta el principio de igualdad al dar un trato desigual y discriminatorio a los concesionarios y particulares que deseen obtener concesiones en materia tanto de radiodifusión como de telecomunicaciones sin que exista una justificación objetiva y razonable para ello.

b) En el décimo segundo concepto de invalidez se argumenta:

Que el artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión, es violatorio de los artículos 25, 27 y 28 constitucionales en tanto el otorgamiento de un título de concesión para usar, aprovechar o explotar una banda de frecuencia (que debe entenderse como una fracción del espectro electromagnético), no supone el dominio, propiedad ni posesión indefinida de éstas.

Es decir, en términos del artículo 28 constitucional, las leyes deben fijar las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia en la prestación de los servicios públicos y la utilización social de los bienes del dominio público de la Nación, no obstante lo cual, el artículo impugnado, al prever que basta la presentación de una solicitud formulada por los concesionarios en materia de radio y televisión, para obtener una autorización para prestar servicios adicionales en materia de telecomunicaciones, está privando al Estado de su potestad soberana para otorgar o negar la concesión en esta última materia (telecomunicaciones), es decir sin que se exija al solicitante que cumpla con los requisitos que establece la Ley Federal de Telecomunicaciones (artículos 16 ó 24) para obtener la concesión respectiva.

Dicho de otro modo, según la parte actora, se está despojando al Estado de su rectoría sobre el espacio radioeléctrico, al otorgarle al concesionario de radio y televisión la propiedad de facto de la banda de frecuencia que tiene concesionada, sin importar la existencia del Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, el Reglamento de Radiocomunicación de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, ni los protocolos y tratados bilaterales y multilaterales firmados por México.

En el entendido de que el citado Reglamento de Radiocomunicación de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, resulta vinculatorio para el Estado Mexicano y en éste se establece que el uso de bandas de frecuencia a título primario y secundario, es decir, la posibilidad de atribuir otros usos compatibles al espectro hoy determinado para radiodifusión, requiere de procesos protocolarios, correspondiendo a los Estados la decisión sobre los cambios en los usos y no a los concesionarios, motivo por el cual resulta indebido que mediante una mera solicitud, sea el concesionario de radio y televisión el que determine el nuevo uso que se va a dar a la banda de frecuencia concesionada originalmente.

Esto es, mediante el mecanismo previsto en el precepto que se estima contrario a la Constitución, se hace nugatorio el derecho del Estado mexicano para establecer las modalidades de uso primario y secundario del espectro radioeléctrico, impidiendo hacer un uso más eficiente del mismo.

En este contexto, debe tomarse en cuenta que una misma banda de frecuencia puede tener un uso primario y uno secundario, Los primeros son protegidos contra las interferencias provocadas por los servicios que operan a título secundario, lo cual permite la convivencia entre distintos servicios proporcionados a través de la misma banda de frecuencia bajo determinadas condiciones tecnológicas y de operación, logrando un uso eficiente y armónico del recurso y permitiendo la convivencia de sistemas en zonas fronterizas evitando problemas de interferencia. Esta atribución de bandas de frecuencia para servicios a título primario o secundario, está hecha por el Reglamento de Radiocomunicación de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

Bajo este esquema, es el Estado mexicano el que debe mantener la potestad para licitar las bandas de frecuencia, que hoy por hoy están atribuidas a la radiodifusión, a título primario para ese fin y a título secundario como banda de uso libre que permita su utilización sin necesidad de concesión, permiso o registro. O bien, en un momento dado, gracias a la evolución tecnológica, rescatar o cambiar bandas de frecuencia actualmente atribuidas a la radio y televisión.

En resumen, se está privando al Estado de la rectoría para planear una eficiente y eficaz administración del espectro radioeléctrico a corto, mediano y largo plazo, al permitirse que, a pesar de constituir un bien del dominio público escaso, su uso sea determinado mediante las peticiones formuladas por los concesionarios.

c) En el décimo quinto concepto de invalidez se alega:

Que el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión, es violatorio del artículo 133 constitucional, por contravenir lo dispuesto por la Constitución Federal y los tratados internacionales que el Estado mexicano ha celebrado.

Así, se violenta la Convención Americana de Derechos Humanos en lo que se refiere al derecho de libertad de expresión, que supone que no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de frecuencias radioeléctricas o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

Igualmente, se vulnera el derecho a la igualdad frente a la ley, previsto por la citada Convención y los artículos 1o. y 6o. de la Constitución Federal, en la medida en que la radiodifusión debe ser el soporte tecnológico para el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a la información y, precisamente, a través de los medios de comunicación electrónica, de manera masiva y gratuita, la sociedad se mantiene informada y delibera los asuntos centrales de la vida pública y democrática, permitiéndose la difusión de opiniones e ideas, de manera tal que, hoy en día, la libertad de prensa y el derecho a la información se encuentra íntimamente vinculados con la regulación de la actividad de radiodifusión.

Es por ello que se estima que la reforma a la Ley Federal de Radio y Televisión no garantiza la igualdad jurídica entre concesionarios y permisionarios, sino que legitima su desigualdad. Vulnera también los principios de seguridad jurídica e igualdad al no encontrarse previstos por ley los derechos de los concesionarios y permisionarios en relación con las atribuciones de las autoridades competentes para otorgar los permisos y concesiones para la prestación del servicio de radiodifusión e, igualmente, violenta el derecho a la información y la libertad de expresión al establecer requisitos y procedimientos desproporcionados e inequitativos para los sujetos que pretendan operar estaciones culturales, educativas, de investigación y oficiales.

Ahora bien, de conformidad con el principio 12 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, "...Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos."

No obstante lo cual, la reforma que se impugna en esta vía, en clara contravención a estos principios y garantías, atenta contra el principio fundamental de la radiodifusión como servicio público, reduciendo la actividad radiodifusora a criterios esencialmente económicos.

Esto es, la radiodifusión debe entenderse como un componente fundamental de la sociedad de la información, en este contexto, la optimización del uso del espectro radioeléctrico puede y debe abrir opciones democratizadoras debido al uso de nuevas tecnologías (digitalización). Este proceso no debe entenderse como un mero proceso tecnológico, sino que debe implicar el establecimiento de políticas sobre aspectos fundamentales de esta nueva sociedad de la información, tales como la recuperación y repartición del espectro radioeléctrico, la reglamentación de nuevos servicios de telecomunicaciones y una política de servicios masivos de educación, cultura e información que fortalezcan el desarrollo de las capacidades de la población marginada y más excluida del desarrollo.

El avance tecnológico debe ser considerado como una ventana de oportunidad para los planes de desarrollo de cualquier Estado, sin embargo, conforme a la reforma aprobada, el tema de la convergencia digital se maneja con unas cuantas reglas de acceso a frecuencias para la ampliación de servicios a los mismos operadores de radiodifusión, sin que pasen por un proceso de licitación, vulnerando el derecho de igualdad.

Por otro lado, en materia de concesiones, la reforma prevé el otorgamiento de las de radio y televisión mediante licitaciones a través de subasta pública, bajo el argumento de que ello supone el fin del poder discrecional del Poder Ejecutivo en esta materia.

Este argumento, sin embargo, lejos de cumplir con el propósito buscado, únicamente transforma el criterio discrecional anterior, en un criterio claramente antidemocrático traducido en poder económico. Es decir, quien tenga más recursos para instalar y operar servicios de radiodifusión, será quien tenga más posibilidades de ganar la licitación para tales efectos.

Lo anterior no sólo desvirtúa la esencia del servicio de radiodifusión, sino que violenta los principios constitucionales y de los tratados internacionales que persiguen asegurar el acceso a la prestación de servicios de radiodifusión en condiciones equitativas y justas, máxime que tratándose del espectro atribuido a la radiodifusión, el servicio prestado tiene como condición esencial su gratuidad.

En estas condiciones, si a través de los servicios de radiodifusión se ejercen, entre otros derechos, el de la libertad de expresión y el de la información, las condiciones para acceder a la prestación de éstos, incide directamente en el ejercicio mismo de los derechos, de tal suerte que limitar el acceso a la prestación del servicio, es limitar indirectamente el ejercicio de los derechos que se ejercen por este medio.

Es por ello que la imposición de criterios eminentemente económicos para la obtención de concesiones en materia de radiodifusión, resulta violatoria de principios y garantías constitucionales, pues no es posible aceptar que el criterio económico determine el otorgamiento de la concesión para la prestación del servicio de radiodifusión, cuando lo que está en juego es la operación de un bien de la Nación a través del cual se presta un servicio de interés público.

d) En el décimo séptimo concepto de invalidez se esgrime:

Que el artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión es violatorio de los artículos 1o. y 28 de la Constitución Federal, en la medida en que, por una parte, establece un término fijo para la concesión de 20 años y, por otra, no prevé requisito alguno para que las concesiones otorgadas sean refrendadas una vez concluido el plazo por el cual fueron expedidas.

Esto es, la Ley Federal de Telecomunicaciones, para renovar el plazo de una concesión de red pública de telecomunicaciones o para el uso, aprovechamiento y explotación de bandas de frecuencia, requiere, conforme a sus artículos 19 y 27, que el concesionario hubiere cumplido con las condiciones previstas en la propia concesión, que lo solicite antes de que inicie la última quinta parte del plazo de ésta y que acepte las nuevas condiciones que establezca la autoridad competente.

En cambio, el artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión se limita a establecer que el concesionario tendrá preferencia sobre terceros y que no estará sujeto al procedimiento de licitación, estableciendo así un régimen discriminatorio violatorio del artículo 1o. de la Constitución y contradiciendo el propósito de la reforma que era establecer un régimen de convergencia, pues no se exige al concesionario de radio y televisión que cumpla con sus obligaciones ni tiene que cumplir con nuevas condiciones si es necesario.

Por si fuera poco, se le da preferencia sobre terceros, con lo cual los concesionarios obtienen privilegios sobre un recurso escaso, pues se les está concediendo, de facto, la propiedad sobre el espectro radioeléctrico, impidiéndose a la autoridad realizar una valuación del desempeño del concesionario.

Lo anterior, además, impide que el Estado asegure la eficacia en la prestación de los servicios públicos y la utilización social de los bienes concesionados.

e) En el décimo octavo concepto de invalidez se sostiene:

Que el artículo 17-E de la Ley Federal de Radio y Televisión es violatorio del artículo 28 constitucional al establecer, en su fracción V, como requisito para participar en las licitaciones públicas para una concesión de radiodifusión, la mera "solicitud de opinión favorable presentada a la Comisión Federal de Competencia."

Esto es, el requisito que se exige pretende lograr un control para evitar los monopolios y las prácticas desleales de competencia, pero en realidad este control es sólo aparente, puesto que no se requiere la opinión favorable de la Comisión Federal de Competencia, sino basta acreditar que se solicitó ésta, con lo cual, evidentemente el requisito de la ley constituye una mera simulación del mandato contenido en el artículo 28 constitucional.

f) En el vigésimo concepto de invalidez se argumenta:

Que el artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión es violatorio de los artículos 1o., 27, 28 y 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En efecto, en términos del artículo 27 constitucional, el espectro radioeléctrico es un bien del dominio público de la Nación y las bandas de frecuencia son una porción de éste. Es así que el uso, aprovechamiento y explotación de éstas mediante una concesión, supone el derecho, para el Estado, de recibir una contraprestación económica en términos de lo dispuesto, a su vez, por el artículo 134 constitucional, que prevé que debe asegurarse al Estado las mejores condiciones para la enajenación, arrendamiento y adquisición de bienes.

De hecho, constituye una práctica reconocida internacionalmente que los concesionarios que son autorizados para prestar servicios auxiliares (*ancillary services*), deben pagar un porcentaje de los ingresos que recibe por la prestación de éstos.

En el caso, sin embargo, el artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión permite que quede a discreción de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes el pago de una contraprestación por la autorización para prestar servicios de telecomunicaciones adicionales a los de radiodifusión.

Esto es, se otorga un privilegio exclusivo a favor de quien ya tiene una concesión de radiodifusión al excluirlo de los procesos de licitación en materia de telecomunicaciones, dentro de los cuales, no hay posibilidad de ser exentado del pago de la contraprestación correspondiente.

En otras palabras, la discrecionalidad que prevé el precepto impugnado constituye una ventaja exclusiva e indebida que es discriminatoria y resta certeza jurídica a los concesionarios amén de que priva al Estado del pago de una contraprestación por el uso, aprovechamiento y explotación de un bien del dominio público de la Nación.

Los conceptos de invalidez anteriormente resumidos, suplidos en su deficiencia, con fundamento en el artículo 71 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 constitucional, resultan sustancialmente fundados en atención a las siguientes consideraciones.

En primer término, resulta pertinente conocer tanto el régimen jurídico establecido en la Ley Federal de Telecomunicaciones para la obtención de una concesión sobre bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para usos determinados, régimen que, como ya se ha expuesto, no fue objeto de modificación

alguna en el Decreto controvertido, como el régimen jurídico previsto en la Ley Federal de Radio y Televisión en relación con las concesiones sobre las bandas de frecuencias atribuidas por el Estado al servicio de radiodifusión, que sí fue motivo de reformas y adiciones en el Decreto referido.

Los artículos 14 a 21 y 23 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, ubicados en el Capítulo III 'DE LAS CONCESIONES Y PERMISOS', Sección II 'DE LAS CONCESIONES SOBRE EL ESPECTRO RADIOELECTRICO', disponen:

“Artículo 14.- Las concesiones sobre bandas de frecuencias del espectro para usos determinados se otorgarán mediante licitación pública. El Gobierno Federal tendrá derecho a recibir una contraprestación económica por el otorgamiento de la concesión correspondiente.”

“Artículo 15.- La Secretaría establecerá, y publicará periódicamente, un programa sobre las bandas de frecuencias del espectro para usos determinados, con sus correspondientes modalidades de uso y coberturas geográficas, que serán materia de licitación pública.

Los interesados podrán solicitar que se liciten bandas de frecuencias, modalidades de uso y coberturas geográficas distintas de las contempladas en el programa mencionado en el párrafo anterior. En estos casos, la Secretaría resolverá lo conducente en un plazo que no excederá de 60 días naturales.”

“Artículo 16.- Para llevar a cabo el procedimiento de licitación pública a que se refiere el artículo 14 de esta Ley, la Secretaría publicará en el Diario Oficial de la Federación y en un periódico de la entidad o entidades federativas cuya zona geográfica sea cubierta por las bandas de frecuencia objeto de concesión, convocatoria para que cualquier interesado obtenga las bases correspondientes.

Las bases de licitación pública incluirán como mínimo:

I. Los requisitos que deberán cumplir los interesados para participar en la licitación, entre los que se incluirán:

A. Los programas y compromisos de inversión, de cobertura y calidad de los servicios que se pretenden prestar;

B. El plan de negocios;

C. Las especificaciones técnicas de los proyectos,

y

D. Opinión favorable de la Comisión Federal de Competencia.

II. Las bandas de frecuencias objeto de concesión, sus modalidades de uso y zonas geográficas en que pueden ser utilizadas;

III. El período de vigencia de la concesión, y

IV. Los criterios para seleccionar al ganador.”

“Artículo 17.- Cuando las proposiciones presentadas en la licitación pública no aseguren las mejores condiciones para la prestación de los servicios, las contraprestaciones ofrecidas no sean satisfactorias a juicio de la Secretaría o no cumplan con los requisitos establecidos en las bases de la licitación, se declarará desierta la licitación y podrá expedirse una nueva convocatoria.”

“Artículo 18.- El título de concesión contendrá como mínimo lo siguiente:

I. El nombre y domicilio del concesionario;

II. Las bandas de frecuencias objeto de concesión, sus modalidades de uso y zona geográfica en que pueden ser utilizadas;

III. Los programas de inversión respectivos;

IV. Los servicios que podrá prestar el concesionario;

V. Las especificaciones técnicas del proyecto;

VI. El período de vigencia;

VII. Las contraprestaciones que, en su caso, deberán cubrirse por el otorgamiento de la concesión, y

VIII. Los demás derechos y obligaciones de los concesionarios.

Una vez otorgada la concesión, un extracto del título respectivo se publicará en el Diario Oficial de la Federación a costa del interesado.

Cuando la explotación de los servicios objeto de la concesión sobre el espectro radioeléctrico requiera de una concesión de red pública de telecomunicaciones, esta última se otorgará en el mismo acto administrativo.”

“Artículo 19.- Las concesiones sobre bandas de frecuencias se otorgarán por un plazo hasta de 20 años y podrán ser prorrogadas hasta por plazos iguales a los originalmente establecidos, a juicio de la Secretaría.

Para el otorgamiento de las prórrogas será necesario que el concesionario hubiere cumplido con las condiciones previstas en la concesión que se pretenda prorrogar; lo solicite antes de que inicie la última quinta parte del plazo de la concesión, y acepte las nuevas condiciones que establezca la propia Secretaría de acuerdo a la presente Ley y demás disposiciones aplicables. La Secretaría resolverá lo conducente en un plazo no mayor a 180 días naturales.”

“Artículo 20.- Para obtener concesión sobre bandas de frecuencias para usos experimentales se deberán reunir, en lo conducente, los requisitos a que se refiere el artículo 24 de esta Ley.”

“Artículo 21.- Las concesiones para el uso, aprovechamiento o explotación de bandas de frecuencia para uso experimental, se otorgarán por un plazo hasta de 2 años y deberán sujetarse, invariablemente, a las disposiciones reglamentarias respectivas.”

“Artículo 23.- La Secretaría podrá cambiar o rescatar una frecuencia o una banda de frecuencias concesionadas, en los siguientes casos:

I. Cuando lo exija el interés público;

II. Por razones de seguridad nacional;

III. Para la introducción de nuevas tecnologías;

IV. Para solucionar problemas de interferencia perjudicial, y

V. Para dar cumplimiento a los tratados internacionales suscritos por el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos.

Para estos efectos, la Secretaría podrá otorgar directamente al concesionario nuevas bandas de frecuencias mediante las cuales se puedan ofrecer los servicios originalmente prestados.”

De las normas de la Ley Federal de Telecomunicaciones transcritas podemos desprender lo siguiente:

a) Las concesiones sobre bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para usos determinados se otorgarán mediante licitación pública, teniendo el Gobierno Federal derecho a percibir una contraprestación por su otorgamiento.

b) La Secretaría de Comunicaciones y Transportes debe establecer y publicar periódicamente el programa sobre las bandas de frecuencias para usos determinados, con sus correspondientes modalidades de uso y coberturas geográficas, que serán objeto de licitación pública, pudiendo los interesados solicitar que se liciten bandas de frecuencias, modalidades de uso y coberturas distintas, sobre lo que deberá resolver la Secretaría mencionada en un plazo no mayor de sesenta días naturales.

c) El procedimiento de licitación se realizará de la siguiente manera:

- Se publicará la convocatoria en el Diario Oficial de la Federación y en un periódico de la entidad o entidades federativas cuya zona sea cubierta por las bandas de frecuencias objeto de concesión, para que los interesados adquieran las bases correspondientes, que deberán señalar: los requisitos que deben cumplir los interesados (programas y compromisos de inversión, cobertura y calidad de los servicios a prestar; el plan de negocios; las especificaciones técnicas de los proyectos y la opinión favorable de la Comisión Federal de Competencia); las bandas de frecuencias objeto de concesión, sus modalidades de uso y zonas geográficas en que se utilizarán; el periodo de vigencia de la concesión y los criterios para seleccionar al ganador.

- Cuando las proposiciones presentadas no aseguren las mejores condiciones para la prestación de los servicios, las contraprestaciones ofrecidas no sean satisfactorias o no se cumplan los requisitos establecidos en las bases de licitación, se declarará desierta la licitación y podrá expedirse nueva convocatoria.
- El título de concesión contendrá el nombre y domicilio del concesionario; las bandas de frecuencias concesionadas, sus modalidades de uso y zona geográfica en que se utilizarán; los programas de inversión; los servicios que podrá prestar el concesionario; las especificaciones técnicas del proyecto; el período de vigencia; las contraprestaciones que, en su caso, deberán cubrirse por el otorgamiento de la concesión, y los demás derechos y obligaciones de los concesionarios.
- El título de concesión deberá publicarse en el Diario Oficial de la Federación a costa del interesado.

d) Las concesiones se otorgarán por un plazo hasta de veinte años y podrán ser prorrogadas hasta por plazos iguales, siempre que el concesionario hubiere cumplido con las condiciones previstas en la concesión, lo solicite antes de que inicie la última quinta parte del plazo de la concesión y acepte las nuevas condiciones que establezcan las leyes y la autoridad competente.

e) Para la obtención de concesiones sobre bandas de frecuencias para usos experimentales se deberán reunir los requisitos previstos en el artículo 24 de la propia Ley Federal de Telecomunicaciones (referido a las concesiones para instalar, operar o explotar redes públicas de telecomunicaciones). Estas concesiones se otorgarán por un plazo de hasta dos años.

f) La autoridad competente podrá cambiar o rescatar una frecuencia o una banda de frecuencias concesionadas cuando lo exija el interés público; por razones de seguridad nacional; para la introducción de nuevas tecnologías; para solucionar problemas de interferencia perjudicial; y para dar cumplimiento a los tratados internacionales. En estos casos podrán otorgarse directamente al concesionario nuevas bandas de frecuencias.

Por su parte, la Ley Federal de Radio y Televisión, que si bien ha quedado transcrita en parte en considerandos anteriores, conviene tener presente, en sus artículos 13, 16, 17, 17-A a 17-J, 19 y 21, ubicados en el Capítulo Tercero 'CONCESIONES Y PERMISOS', del Título Tercero 'CONCESIONES, PERMISOS E INSTALACIONES', establece:

“Artículo 13.- Al otorgar las concesiones o permisos a que se refiere esta ley, el Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes determinará la naturaleza y propósito de las estaciones de radio y televisión, las cuales podrán ser: comerciales, oficiales, culturales, de experimentación, escuelas radiofónicas o de cualquier otra índole.

Las estaciones comerciales requerirán concesión. Las estaciones oficiales, culturales, de experimentación, escuelas radiofónicas o las que establezcan las entidades y organismos públicos para el cumplimiento de sus fines y servicios, sólo requerirán permiso.”

“Artículo 16.- El término de una concesión será de 20 años y podrá ser refrendada al mismo concesionario que tendrá preferencia sobre terceros. El refrendo de las concesiones, salvo en el caso de renuncia, no estará sujeto al procedimiento del artículo 17 de esta ley.”

“Artículo 17.- Las concesiones previstas en la presente ley se otorgarán mediante licitación pública. El Gobierno Federal tendrá derecho a recibir una contraprestación económica por el otorgamiento de la concesión correspondiente.”

“Artículo 17-A.- La Secretaría publicará en el Diario Oficial de la Federación el programa de concesionamiento de frecuencias de radiodifusión.

Para determinar la ubicación de las estaciones de radiodifusión y las demás características de las frecuencias que serán licitadas, la Secretaría considerará:

I. Los fines de la radio y televisión previstos por el artículo 5 de la presente ley;

II. Las condiciones del mercado del servicio de radiodifusión en la plaza o región de que se trate, y

III. Las solicitudes que, en su caso, le hayan sido presentadas previamente por los interesados.

Cualquier interesado podrá solicitar dentro de los 30 días naturales siguientes a la publicación del programa, que se liciten frecuencias y coberturas geográficas adicionales o distintas de las ahí contempladas. En estos casos, la Secretaría resolverá lo conducente en un plazo que no excederá de 30 días naturales.”

“Artículo 17-B.- La Comisión deberá publicar la convocatoria para la licitación de nuevas concesiones en el Diario Oficial de la Federación, poniendo a disposición de los interesados las bases de la licitación en un plazo máximo de 30 días naturales contados a partir de la citada publicación.”

“Artículo 17-C.- La convocatoria deberá contener:

I. Frecuencia a través de la cual se prestara el servicio objeto de la licitación, potencia y zona geográfica de cobertura;

II. Los requisitos y plazos que deberán cumplir los interesados en participar en la licitación; y

III. Formas de adquisición de las bases de licitación.”

“Artículo 17-D.- Las bases de licitación deberán contener:

I. Procedimiento y plazos;

II. Información y documentación que se requerirá de los solicitantes;

III. Montos y formas de las garantías y derechos que deberán cubrir los participantes;

IV. Especificaciones de los requisitos señalados en el artículo 17-E, y

V. Modelo del título que será otorgado.”

“Artículo 17-E.- Los requisitos que deberán llenar los interesados son:

I. Datos generales del solicitante y acreditamiento (sic) su nacionalidad mexicana;

II. Plan de negocios que deberá contener como mínimo, los siguientes apartados:

a) Descripción y especificaciones técnicas;

b) Programa de cobertura;

c) Programa de inversión;

d) Programa financiero, y

e) Programa de actualización y desarrollo tecnológico.

III. Proyecto de producción y programación;

IV. Constituir garantía para asegurar la continuación de los trámites hasta que la concesión sea otorgada o negada, y

V. Solicitud de opinión favorable presentada a la Comisión Federal de Competencia.”

“Artículo 17-F.- Dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de recepción, se prevendrá al solicitante de la información faltante o de aquella que no cumpla con los requisitos exigibles, quien tendrá un plazo de hasta 15 días hábiles, a partir de la prevención de la Comisión, para la entrega de la información requerida.

Si no se hace requerimiento alguno de información dentro del plazo señalado, no se podrá descalificar al solicitante argumentándose falta de información.”

“Artículo 17-G.- La Comisión valorará, para definir el otorgamiento de la concesión, la congruencia entre el Programa a que se refiere el artículo 17-A de esta ley y los fines expresados por el interesado para utilizar la frecuencia para prestar el servicio de radiodifusión, así como el resultado de la licitación a través de subasta pública.”

“Artículo 17-H.- Concluido el procedimiento de licitación, quedará sin efecto la garantía que se hubiera constituido para asegurar la continuidad del trámite de solicitud.”

“Artículo 17-I.- Dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la resolución que declare al ganador de la licitación, éste deberá acreditar el pago de la contraprestación a que se refiere el artículo 17 de esta Ley.”

“Artículo 17-J.- Una vez acreditado el pago a que se refiere el artículo anterior, la resolución que declare al ganador de la licitación deberá ser presentada al Secretario de Comunicaciones y Transportes para la emisión del título de concesión. A su vez, se deberá notificar a los participantes que no hubiesen sido seleccionados, con fundamento en la misma resolución.

El título de concesión será publicado, a costa del interesado, en el Diario Oficial de la Federación.”

“Artículo 19.- Cuando a juicio de la Secretaría las solicitudes presentadas no aseguren las mejores condiciones para la prestación de los servicios de radiodifusión, las contraprestaciones ofrecidas no sean satisfactorias o ninguna de las solicitudes cumpla con los requisitos exigidos en la convocatoria o las bases de licitación, declarará desierto el procedimiento concesionario a que se refiere el artículo 17-B, sin responsabilidad alguna para esa Dependencia.”

“Artículo 21.- Las concesiones y permisos contendrán, cuando menos, lo siguiente:

I. El nombre del concesionario o permisionario;

II. El canal asignado;

III. La ubicación del equipo transmisor;

IV. La potencia autorizada;

V. El sistema de radiación y sus especificaciones técnicas;

VI. El horario de funcionamiento;

VII. El nombre, clave o indicativo;

VIII. Término de su duración;

IX. Area de cobertura;

X. Las contraprestaciones que, en su caso, el concesionario se hubiere obligado a pagar como consecuencia de la licitación pública prevista en el artículo 17 de esta ley, así como las demás contraprestaciones que se hubieren previsto en las bases de la licitación del procedimiento concesionario;

XI. La garantía de cumplimiento de obligaciones, y

XII. Los demás derechos y obligaciones de los concesionarios o permisionarios.”

De las normas de la Ley Federal de Radio y Televisión transcritas se desprende lo siguiente:

a) Corresponde al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, determinar la naturaleza y propósito de las estaciones de radio y televisión, las cuales podrán ser: comerciales, oficiales, culturales, de experimentación, escuelas radiofónicas o de cualquier otra índole, precisándose que sólo las comerciales requerirán de concesión, mientras que las otras sólo de permiso.

b) Las concesiones materia de la Ley Federal de Radio y Televisión se otorgarán por veinte años y podrán refrendarse al mismo concesionario, el que tendrá preferencia sobre terceros, sin necesidad de sujetarse al procedimiento de licitación pública.

c) Las concesiones referidas se otorgarán mediante licitación pública, teniendo el Gobierno Federal derecho a recibir una contraprestación económica por su otorgamiento.

d) La Secretaría de Comunicaciones y Transportes debe publicar en el Diario Oficial de la Federación el programa de concesionamiento de frecuencias de radiodifusión, debiendo considerar para determinar la ubicación de las estaciones de radiodifusión y las demás características de las frecuencias a licitar, entre otras cuestiones, los fines de la radio y televisión y las condiciones del mercado en la plaza o región de que se trate, pudiendo el interesado solicitar que se liciten frecuencias y coberturas geográficas adicionales o distintas, sobre lo que debe resolver la Secretaría mencionada en un plazo que no exceda de treinta días naturales.

e) El procedimiento de licitación se realizará de la siguiente manera:

- La Comisión Federal de Telecomunicaciones publicará la convocatoria en el Diario Oficial de la Federación, poniendo a disposición de los interesados las bases de la licitación en un plazo máximo de treinta días naturales.

- La convocatoria deberá señalar, entre otras cuestiones, la frecuencia por la que se prestará el servicio, la potencia y zona geográfica de cobertura y los requisitos y plazos que deberán cumplir los interesados.
- Las bases de licitación deberán contener, entre otras cuestiones, el plan de negocios que establezca la descripción y especificaciones técnicas y los programas de cobertura, de inversión, financiero, de producción y programación; la garantía de la continuación del procedimiento hasta su conclusión; y la solicitud de opinión favorable de la Comisión Federal de Competencia.
- Se prevendrá al solicitante, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de recepción, sobre la información faltante o respecto de la que no cumpla los requisitos legales, para que en igual plazo se subsane lo relativo.
- La Comisión Federal de Telecomunicaciones deberá valorar, para definir el otorgamiento de la concesión, la congruencia entre el programa de concesionamiento de frecuencias de radiodifusión y los fines expresados para la utilización de la frecuencia en la prestación del servicio de radiodifusión, así como el resultado de la licitación a través de subasta pública.
- Concluido el procedimiento de licitación, quedará sin efectos la garantía otorgada; el ganador deberá acreditar el pago de la contraprestación a que tiene derecho el Estado; la resolución relativa deberá presentarse al Secretario de Comunicaciones y Transportes para que expida el título correspondiente, que deberá publicarse en el Diario Oficial de la Federación, a costa del interesado.
- Se declarará desierta la licitación y podrá expedirse nueva convocatoria cuando las solicitudes presentadas no aseguren las mejores condiciones para la prestación de los servicios; las contraprestaciones ofrecidas no sean satisfactorias o ninguna de las solicitudes cumpla con los requisitos exigidos en la convocatoria o las bases de licitación.

f) Las concesiones contendrán, entre otras cuestiones, el nombre del concesionario; el canal asignado; la ubicación del equipo transmisor; la potencia autorizada; el sistema de radiación y sus especificaciones técnicas; su duración; área de cobertura; y la garantía de cumplimiento de obligaciones del concesionario.

Por otro lado, debe tomarse en cuenta que los artículos 28 y 28-A de la Ley Federal de Radio y Televisión establecen el procedimiento mediante el cual, a través de una solicitud formulada a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, los concesionarios de bandas de frecuencias para la prestación del servicio de radiodifusión, podrán prestar servicios adicionales de telecomunicaciones a través de dichas bandas, obteniendo una nueva concesión en materia de telecomunicaciones. Los preceptos legales citados disponen:

“Artículo 28.- Los concesionarios que deseen prestar servicios de telecomunicaciones adicionales a los de radiodifusión a través de las bandas de frecuencias concesionadas deberán presentar solicitud a la Secretaría.

Para tal efecto, la Secretaría podrá requerir el pago de una contraprestación, cuyo monto se determinará tomando en cuenta la amplitud de la banda del espectro radioeléctrico en la que se prestarán los servicios de telecomunicaciones adicionales a los de radiodifusión, la cobertura geográfica que utilizará el concesionario para proveer el nuevo servicio y el pago que hayan realizado otros concesionarios en la obtención de bandas de frecuencias para usos similares, en los términos de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

En el mismo acto administrativo por el que la Secretaría autorice los servicios de telecomunicaciones, otorgará título de concesión para usar, aprovechar o explotar una banda de frecuencias en el territorio nacional, así como para instalar, operar o explotar redes públicas de telecomunicaciones, a que se refieren las fracciones I y II, respectivamente, del artículo 11 de la Ley Federal de Telecomunicaciones. Estos títulos sustituirán la concesión a que se refiere el artículo 21 de la presente Ley.

Los concesionarios a quienes se hubiese otorgado la autorización a que se refiere este artículo deberán observar lo siguiente:

I. Las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico y los servicios de telecomunicaciones que se presten en ellas, se regirán por las disposiciones aplicables en materia de telecomunicaciones;

II. El servicio de radiodifusión se regirá por las disposiciones de la presente ley, en lo que no se oponga a la Ley Federal de Telecomunicaciones.”

“Artículo 28-A.- La Secretaría emitirá disposiciones administrativas de carácter general para fines de lo previsto en el artículo 28 de esta ley atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:

I. El uso eficiente del espectro radioeléctrico y de la infraestructura existente;

II. La promoción de la competitividad, diversidad, calidad y mejores precios de los servicios, y

III. El impulso de la penetración y cobertura de servicios.

La Secretaría vigilará que no se afecten en forma alguna los servicios de radiodifusión, ni la implantación futura de la digitalización de los propios servicios.”

De los preceptos reproducidos se entiende que:

a) Los concesionarios de bandas de frecuencias atribuidas para la prestación del servicio de radiodifusión, que deseen prestar servicios de telecomunicaciones adicionales a través de dichas bandas, deberán presentar solicitud a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

b) La Secretaría mencionada podrá requerir el pago de una contraprestación, cuyo monto se determinará considerando la amplitud de la banda del espectro radioeléctrico en que se prestarán los servicios de telecomunicaciones adicionales a los de radiodifusión, la cobertura geográfica que utilizará el concesionario para proveer el nuevo servicio y el pago que hayan realizado otros concesionarios en la obtención de bandas de frecuencias para usos similares, en los términos de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

c) La Secretaría, en el mismo acto en que autorice los servicios adicionales referidos, otorgará título de concesión para usar, aprovechar o explotar una banda de frecuencias en el territorio nacional, así como para instalar, operar o explotar redes públicas de telecomunicaciones, a que se refieren las fracciones I y II, respectivamente, del artículo 11 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, el que sustituirá la concesión otorgada en los términos de la Ley Federal de Radio y Televisión.

d) Cuando se otorgue la autorización de que se trata, las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico y los servicios de telecomunicaciones que se presten en ellas, se regirán por las disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones, mientras que el servicio de radiodifusión se regirá por las normas de la Ley Federal de Radio y Televisión, en lo que no se opongan a aquélla.

e) La Secretaría emitirá disposiciones administrativas de carácter general relacionadas con las solicitudes de que se trata, atendiendo al uso eficiente del espectro radioeléctrico y de la infraestructura existente; a la promoción de la competitividad, diversidad, calidad y mejores precios de los servicios; y al impulso de la penetración y cobertura de servicios; además de vigilar que no se afecte los servicios de radiodifusión, ni la implantación futura de la digitalización de los propios servicios.

Ahora bien, este Tribunal Pleno estima que resultan inconstitucionales:

I) La fracción V del artículo 17-E de la Ley Federal de Radio y Televisión, sólo en cuanto establece como requisito para el otorgamiento de una concesión en materia de radiodifusión, la mera “solicitud de” opinión favorable “presentada” a la Comisión Federal de Competencia.

II) El artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión, al disponer que el refrendo de las concesiones, salvo en el caso de renuncia, no se sujetará al procedimiento de licitación.

III) El procedimiento de licitación pública previsto en la Ley Federal de Radio y Televisión, únicamente en cuanto se establece en el artículo 17-G que la Comisión Federal de Telecomunicaciones valorará, para definir el otorgamiento de la concesión, entre otras cuestiones, el resultado de la licitación a través de subasta pública.

IV) El artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión, en cuanto establece un término fijo para la concesión de veinte años.

V) El beneficio que el artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión otorga a los concesionarios de bandas de frecuencias atribuidas para la prestación del servicio de radiodifusión, que se traduce en que éstos, mediante una simple solicitud formulada a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, podrán ser autorizados para prestar servicios de telecomunicaciones adicionales a través de dichas bandas, es decir, sin que se les sujete al procedimiento de licitación pública contemplado para cualquier otra persona interesada en obtener una concesión en materia de servicios de telecomunicación y, además, sin que esté consagrado el derecho del Estado a obtener una contraprestación a cambio de la nueva concesión autorizada, puesto que el cobro de la misma se establece como una mera posibilidad.

I) INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 17-E, FRACCION V, DE LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISION.

De lo dispuesto por los artículos 17, 17-E, 17-F y 17-G de la Ley Federal de Radio y Televisión, transcritos con anterioridad, importa ahora destacar, lo siguiente:

- a) Las concesiones en la materia se otorgarán mediante licitación pública.
- b) Los interesados en obtener una concesión deberán llenar los siguientes requisitos:
 - Datos generales del solicitante y acreditamiento de su nacionalidad mexicana.
 - Plan de negocios que contenga: descripción y especificaciones técnicas; programas de cobertura, de inversión, financiero y de actualización y desarrollo tecnológico.
 - Proyecto de producción y programación.
 - Constitución de una garantía que asegure la continuación de los trámites.
 - Solicitud de opinión favorable presentada a la Comisión Federal de Competencia.

c) Dentro de los quince días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud, se prevendrá al interesado sobre la información faltante o respecto de la que no cumpla los requisitos legales, la que deberá ser completada dentro de un plazo igual contado a partir de la prevención, sin que la Comisión Federal de Telecomunicaciones pueda descalificar al solicitante argumentando falta de información cuando no lo haya prevenido.

d) Para definir el otorgamiento de la concesión, la Comisión valorará la congruencia entre el programa de concesionamiento de frecuencias y los fines expresados por el interesado para utilizar la frecuencia para prestar el servicio de radiodifusión, así como el resultado de la licitación a través de subasta pública.

Se sigue de lo anterior, que para el otorgamiento de la concesión se exige la exhibición de una mera solicitud de opinión favorable presentada ante la Comisión Federal de Competencia, además de los diversos requisitos a que se ha hecho mención, esto es, no prevé la ley como requisito para el otorgamiento de la concesión, la opinión favorable de la Comisión mencionada.

Lo anterior se traduce en violación al principio de libre concurrencia consagrado en el artículo 28 de la Constitución Federal, mismo que establece, en sus párrafos primero y antepenúltimo, lo siguiente:

“Artículo 28.- En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

(...)

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

Establece la norma suprema transcrita, que están prohibidos los monopolios y las prácticas monopólicas, así como que el Estado puede concesionar, en casos de interés general y sujetándose a lo que establezcan las leyes respectivas, la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio público de la Federación, con las excepciones que éstas prevengan, fijándose en dichas leyes las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, además de evitarse fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

Por otro lado, debe destacarse que la Comisión Federal de Competencia es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, al que se ha encargado la tarea de prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones, para lo cual se le ha facultado, entre otras cuestiones, para resolver sobre las condiciones de competencia, competencia efectiva, poder sustancial en el mercado relevante y demás aspectos relativos a los procesos de libre concurrencia a que hacen referencia las leyes, reglamentos y disposiciones administrativas, según se desprende de los artículos 23 y 24, fracción V, de la Ley Federal de Competencia Económica, que disponen:

“Artículo 23.- La Comisión Federal de Competencia es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, contará con autonomía técnica y operativa y tendrá a su cargo prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones, en los términos de esta ley, y gozará de autonomía para dictar sus resoluciones.”

“Artículo 24.- La Comisión tendrá las siguientes atribuciones:

(...)

V. Resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de competencia o libre concurrencia a que hacen referencia ésta u otras leyes, reglamentos o disposiciones administrativas;

(...)”

Consecuentemente, si la Ley Suprema prohíbe los monopolios y exige cuando se concesiona la explotación, uso o aprovechamiento de los bienes de dominio de la Federación, que se eviten fenómenos de concentración contrarios al interés público, así como que se establezcan las modalidades y condiciones que aseguren la utilización social de esos bienes, y si, por otra parte, la Comisión Federal de Competencia Económica es el órgano legalmente facultado para resolver al respecto, se concluye que el artículo 17-E, fracción V, de la Ley Federal de Radio y Televisión, viola el artículo 28 de la Constitución Federal, al establecer como requisito para el otorgamiento de la concesión, la mera solicitud de opinión favorable presentada ante la Comisión mencionada, y no así, esa opinión favorable, que garantiza el respeto al principio constitucional de libre concurrencia.

Efectivamente, la mera solicitud de opinión favorable presentada ante la Comisión Federal de Competencia, no garantiza que el otorgamiento de una concesión de radiodifusión no provocará fenómenos monopólicos y de concentración; para ello, es indispensable que esa Comisión dicte una opinión favorable en relación al interesado en la obtención de la concesión, misma que lógicamente tendrá que sustentarse en los estudios económicos, financieros y de mercados necesarios que aseguren la idoneidad del concesionario y que su participación en el mercado relativo no afectará la libre concurrencia ni provocará fenómenos de concentración contrarios al interés público.

Por lo razonado, procede declarar la invalidez de la fracción V del artículo 17-E de la Ley Federal de Radio y Televisión, en las porciones normativas que establecen: “Solicitud de” y “presentada a”.

II) INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 16 DE LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISION EN CUANTO ESTABLECE QUE EL REFRENDO DE LAS CONCESIONES, SALVO EN EL CASO DE RENUNCIA, NO SE SUJETARA AL PROCEDIMIENTO DE LICITACION.

El artículo 16 impugnado establece que la concesión podrá ser refrendada al concesionario, el que tendrá preferencia sobre terceros, así como que el refrendo, salvo en el caso de renuncia, no estará sujeto al procedimiento de licitación que prevé el artículo 17 de la propia Ley Federal de Radio y Televisión.

Dado que la norma combatida regula el refrendo de las concesiones en materia de radiodifusión, en principio, resulta pertinente destacar que desde el punto de vista semántico refrendar significa repetir o restaurar, de donde, trasladada esta acepción al tema de las concesiones, debe entenderse como reiterar el beneficio del otorgamiento de la misma concesión, es decir, no se trata de conceder o autorizar una concesión nueva, sino que se reitera la autorización o permiso para seguir usando, aprovechando y explotando la banda de frecuencia atribuida para el servicio de radio y televisión previamente concesionada.

La razón que llevó al legislador, originalmente, en la Ley Federal de Radio y Televisión, publicada en el Diario Oficial de diecinueve de enero de mil novecientos sesenta, según se advierte del procedimiento legislativo del que derivó, para establecer un plazo máximo de duración de las concesiones y la posibilidad de su refrendo, fue la de reservar para el Estado el derecho de comprobar el buen uso que de la concesión se hiciera antes de refrendarla a sus titulares, con preferencia sobre terceros y dejando a salvo los derechos de la nación para utilizar por sí misma el canal concesionado.

Así, dentro del término mismo de refrendar debe entenderse comprendido el derecho del Estado para comprobar o verificar el uso que se da a las concesiones otorgadas en la materia, antes de reiterar la autorización que aquéllas encierran.

Ahora bien, este Tribunal Pleno considera que el artículo 16 impugnado, en cuanto prevé la figura del refrendo, con preferencia del concesionario sobre terceros, no resulta inconstitucional.

La Constitución General de la República no establece que al término de una concesión deba desplazarse a su titular, por tanto, no prohíbe esta figura jurídica. El refrendo es característico de nuestro sistema jurídico; está presente en materias tales como aeropuertos, aviación, ferrocarriles, carreteras, aguas, servicios de telecomunicación como telefonía celular, radiocomunicación de flotillas, televisión por cable, y múltiples más.

El refrendo de las concesiones, en sí mismo, tampoco resulta pernicioso y, en cambio, puede producir beneficios importantes en tanto incentiva la inversión y el desarrollo tecnológico, además de propiciar la permanencia de fuentes de trabajo que mantienen un número importante de trabajadores y la estabilidad de los empleos.

Sin embargo, para que el refrendo de una concesión y la preferencia que se otorgue a su titular resulten apegados a la Ley Suprema, es menester que el titular de la concesión, al término de la misma, compita nuevamente, en igualdad de circunstancias, con otros interesados, pues sólo así se garantiza el respeto a los principios de igualdad, rectoría del Estado, planeación para imprimir dinamismo y crecimiento a la economía, dominio directo de la nación sobre ciertos bienes relevantes, entre ellos, el espacio situado sobre el territorio nacional y las vías generales de comunicación, prohibición de monopolios y concentraciones contrarias al interés público, utilización social de los bienes y administración eficiente, eficaz y honrada de los recursos del Estado, consagrados en los artículos 1, 25, 26, 27, 28 y 134 constitucionales.

Así, la preferencia para el concesionario con motivo del refrendo, sólo implica que se le prefiera cuando se presente un equilibrio total o una igualdad absoluta entre varios interesados en cuanto a su idoneidad y al cumplimiento de los requisitos exigidos para el otorgamiento de la concesión, lo que, por tratarse de facultades regladas, tendrá que fundarse y motivarse debidamente.

Por otro lado, este Tribunal Pleno estima que el artículo 16 que se examina es inconstitucional al establecer que el refrendo de las concesiones, salvo en el caso de renuncia, no estará sujeto al procedimiento de licitación, por las razones que se pasan a desarrollar.

Al fallarse en sesión de veintisiete de enero de dos mil cuatro, el amparo en revisión 652/2000, promovido por Radio Móvil Dipsa, Sociedad Anónima de Capital Variable, se sostuvo:

“Los elementos expuestos en los considerandos ‘noveno y décimo’ permiten arribar a las siguientes conclusiones:

Primera.- La comunicación vía satélite pasó de ser área estratégica a área o actividad prioritaria. De este modo, de corresponder al Estado su exclusividad en cuanto a su ejercicio o realización, merced a la reforma del párrafo cuarto del artículo 28 constitucional de dos de marzo de mil novecientos noventa y cinco, se dio participación al sector privado para establecer, operar y explotar la comunicación vía satélite mediante concesiones que otorgue el Gobierno Federal, bajo el entendido de que las posiciones orbitales y las frecuencias correspondientes quedarán bajo el dominio del Estado.

Segunda.- El párrafo décimo del artículo 28 de la Constitución Federal, adicionado en la reforma antes mencionada, precisa que en relación con las concesiones para el aprovechamiento de los bienes del dominio público de la Nación, como lo es el espacio radioeléctrico, las leyes fijarán las condiciones que aseguren la utilización social de los bienes y evitarán fenómenos de concentración, lo que resulta de especial relevancia, ya que ha sido el propio legislador de la Constitución el que dispuso que las concesiones relativas al aprovechamiento de los bienes del dominio público deben evitar concentraciones económicas que afecten la libre competencia.

Tercera.- La Ley Federal de Telecomunicaciones, reglamentaria de los párrafos cuarto y décimo del artículo 28 constitucional, vino a establecer como objeto de regulación el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, de las redes de telecomunicaciones y de la comunicación vía satélite, lo cual revela que dichas materias quedaron comprendidas como áreas prioritarias, si bien el artículo 2o. de dicha ley aclara que el Estado mantendrá el dominio sobre el referido espectro y las posiciones orbitales asignadas al país.

Esto último se entiende también a la luz de la Ley General de Bienes Nacionales, porque siendo el espectro radioeléctrico el espacio que permite la propagación sin guía artificial de ondas electromagnéticas, como lo indica el artículo 3o., fracción II de la Ley Federal de Telecomunicaciones, el artículo 2o., fracción II de la ley primeramente mencionada señala:... (transcribe).

El citado artículo 27 constitucional, en la parte final del párrafo cuarto estatuye... (transcribe).

Luego, siendo el espectro radioeléctrico 'espacio situado sobre el territorio nacional' y, por ende un bien de dominio público que además constituye un área prioritaria para el Estado, su uso, aprovechamiento y explotación debe otorgarse con sujeción a los principios dispuestos por el artículo 134, párrafos segundo y tercero, en relación con los artículos 28, párrafos cuarto y antepenúltimo, 25, 26 y 27 de la Constitución Federal.

Cuarta.- El artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege, como valor fundamental, el manejo de los recursos económicos de la Federación, los que, en principio, son aquellos ingresos públicos o medios financieros que se asignan vía presupuesto a las dependencias o entidades del sector público para ser erogados como gasto público federal en las contrataciones de obras públicas y servicios con ellas relacionados, o bien, en las adquisiciones, arrendamientos y servicios de los Gobiernos Federal y del Distrito Federal bajo los principios de eficiencia, eficacia, honradez y licitación pública y abierta, y que tienen la finalidad de asegurar al Estado las mejores condiciones posibles en todas sus contrataciones.

El referido precepto, sin embargo, también previene que las enajenaciones de todo tipo de bienes, concepto de suyo amplio, se adjudicarán a través de licitaciones públicas libres en las que se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado que, finalmente, será abierto en público con la intención de asegurar al Estado las mejores condiciones posibles que correspondan al caso.

Luego, entendidos los recursos económicos como bienes del dominio de la nación susceptibles de ser entregados a cambio de un precio, es decir, mediante su enajenación, de ello se sigue que el espectro radioeléctrico, a que se refiere el cuarto y antepenúltimo párrafos del artículo 28 constitucional, y que está regulado en la Ley Federal de Telecomunicaciones, por ser igualmente un bien del Estado que se otorga en concesión a cambio de una contraprestación económica, puede considerarse también como recurso económico en su amplia acepción.

De este modo, las reglas o principios que establece el artículo 134 constitucional respecto del género enajenaciones de todo tipo de bienes, son aplicables a las concesiones de vías generales de comunicación, como es el caso del espectro radioeléctrico, conjuntamente con las establecidas en los párrafos cuarto y antepenúltimo del artículo 28 constitucional y en su ley reglamentaria.

Lo anterior es así, en virtud de que siendo el espectro radioeléctrico un recurso económico del Estado, pues es valuable en dinero y se otorga mediante concesión a cambio de un precio cierto, por ende le resulta aplicable el amplio procedimiento del artículo 134 constitucional, en la medida que establece puntos fundamentales de la licitación, en relación con el artículo 28 y los otros numerales que conforman el capítulo económico de la Ley Fundamental.

Ello resulta de la armonización de dichos artículos, ya que la regla general de libre intervención en las licitaciones que dispone el artículo 134, tiene excepciones cuando no se garantice la satisfacción de todos los requisitos. Luego, relacionado tal precepto con la obligación plasmada en el artículo 28 de evitar fenómenos de concentración, es posible concluir que no toda licitación y adjudicación de recursos económicos del Estado debe hacerse en los términos de los dos primeros párrafos del artículo 134, pues hay casos excepcionales, como sucede con el espectro radioeléctrico, en que la seguridad y soberanía nacionales son de mayor trascendencia que el mero interés pecuniario de la Federación.

En tales condiciones, aun cuando es cierto que existe en el caso una garantía de libertad para intervenir en la licitación de la concesión del espectro radioeléctrico, lo cierto es que en este caso especial debe igual atenderse al artículo 28 constitucional que busca evitar los fenómenos de concentración económica. En otras palabras, aun cuando tiene razón la quejosa al aducir que tiene un derecho de intervenir con libertad en la licitación de una vía general de comunicación, como es el espectro radioeléctrico, lo cierto es también que no se trata de una libertad absoluta, sino de

un derecho que se reconoce a los gobernados de acuerdo a las limitaciones que establece el mencionado artículo 28 de la Carta Magna, más aun si se toma en cuenta que su penúltimo párrafo dispone que “las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público”.

Efectivamente, el artículo 134 constitucional sí regula la libertad de intervenir en licitaciones públicas como un derecho subjetivo público, pero no es absoluto, como pretende la parte quejosa, pues está acotado en los propios términos del párrafo tercero de dicho precepto, en relación además con los artículos 25, 26, 27 y 28 de la propia Constitución, es decir, con las disposiciones constitucionales que constituyen el capítulo económico, en atención con la actividad concreta de las telecomunicaciones, en particular, con el espectro radioeléctrico.

Quinta.- El uso, aprovechamiento y explotación de bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico sólo podrá otorgarse al sector privado mediante concesión, y el procedimiento de licitación correspondiente será el que previene el artículo 134 constitucional, en relación con el artículo 28, párrafos cuarto y antepenúltimo, también de la Carta Magna y la Ley Federal de Telecomunicaciones y, por lo que se refiere al proceso de sana competencia entre los prestadores del servicio y a su libre competencia, corresponderá a la normatividad de la Ley Federal de Competencia Económica y a su órgano competente, es decir, la Comisión Federal de Competencia, impedir los monopolios, el uso de prácticas monopólicas y todo aquello que restrinja el funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios ofrecidos a los usuarios mediante las vías de comunicación, es decir, de todo fenómeno de concentración, lo que hará, como en el caso, a través de la opinión favorable que se le pide, lo que es, de suyo, parte de su naturaleza como órgano administrativo desconcentrado, conforme lo establece el artículo 24 de la Ley de la materia, todo ello sin perjuicio de las atribuciones propias de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, según lo marca el artículo 7o. de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

Lo anterior es así, además, porque teniendo ahora el espectro radioeléctrico y sus bandas de frecuencia naturaleza de área o actividad prioritaria, quedan sujetas a las limitaciones y regulaciones que establece la Ley Federal de Competencia Económica, en términos del párrafo segundo de su artículo 4o., por lo que hace a la materia de competencia económica, monopolios y libre competencia.”

En la ejecutoria transcrita se determinó que dado que el espectro radio eléctrico es espacio situado sobre el territorio nacional y, por tanto, un bien de dominio público, que además constituye un área prioritaria para el Estado, su uso, explotación y aprovechamiento debe otorgarse con sujeción a los principios dispuestos por el artículo 134, párrafos segundo y tercero, en relación con los artículos 28, párrafos cuarto y antepenúltimo, 25, 26 y 27 de la Constitución Federal.

Que lo anterior es así, porque el artículo 134 citado protege, como valor fundamental, el manejo de los recursos económicos de la Federación, que si bien, en principio, son aquellos ingresos públicos o medios financieros que se asignan vía presupuesto para las contrataciones de obras públicas y servicios, o bien, para las adquisiciones, arrendamientos y servicios, bajo los principios de eficiencia, eficacia, honradez y licitación pública y abierta, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones, también comprende a las enajenaciones de todo tipo de bienes bajo los mismos principios y fines, por lo que, entendidos los recursos económicos como bienes del dominio de la nación susceptibles de ser entregados a cambio de un precio, se concluye que el espectro radioeléctrico, por ser un bien de esa naturaleza que se otorga en concesión a cambio de una contraprestación económica, debe considerarse también como recurso económico en su amplia acepción, al que son aplicables los principios contenidos en el artículo 134 de la Constitución respecto del género enajenaciones, conjuntamente con los establecidos en los artículos 25, 26, 27 y 28 constitucional, que conforman el capítulo económico de la Ley Fundamental.

Por último, se precisa en la ejecutoria de que se trata, que la regla general de libre intervención en las licitaciones que contiene el artículo 134, tiene excepciones cuando no se garantice la satisfacción de todos los requisitos, lo que relacionado con la obligación plasmada en el artículo 28 de evitar fenómenos de concentración, permite concluir que no toda licitación y adjudicación de recursos económicos del Estado debe hacerse en los términos de los dos primeros párrafos del primer numeral citado, pues hay casos excepcionales, como sucede con el espectro radioeléctrico, en que la seguridad y soberanía nacionales son de mayor trascendencia que el mero interés pecuniario de la Federación.

Se reitera el criterio ha que se ha hecho referencia, precisándose que en el caso, como se trata de concesiones en materia de radiodifusión, la que, como se destacó en el considerando precedente de esta resolución, constituye una actividad de interés público que cumple una función social de relevancia trascendental para la nación porque los medios de comunicación son un instrumento para hacer efectivos los derechos fundamentales de los gobernados, los principios contenidos en el artículo 134 constitucional no deben relacionarse solamente con los numerales relativos al capítulo económico de la Ley Suprema, sino también y preferentemente, con todos aquellos que consagran los referidos derechos fundamentales.

Ahora bien, con anterioridad se destacó que para que el refrendo de la concesión y la preferencia que se otorga al concesionario resulten apegados a la Ley Suprema, es menester que el titular de la concesión, al término de la misma, compita nuevamente, en igualdad de circunstancias, con otros interesados, ya que la preferencia de que aquél goza sólo implica que se le prefiera cuando se presente un equilibrio total o una igualdad absoluta entre varios interesados en cuanto a su idoneidad y al cumplimiento de los requisitos exigidos para el otorgamiento de la concesión, lo que, por tratarse de facultades regladas, tendrá que fundarse y motivarse debidamente.

No obstante lo anterior, la segunda parte del artículo 16 impugnado establece que el refrendo de las concesiones, salvo en el caso de renuncia, no estará sujeto al procedimiento de licitación, lo que resulta inconstitucional pues implica un privilegio para los concesionarios, que no tendrán que licitar para renovar el beneficio del título de concesión, relevándoseles de competir en igualdad de circunstancias con los demás interesados, sin que exista razón objetiva y razonable que lo justifique, lo que se traduce en contravención a la garantía de igualdad prevista en el artículo 1o. de la Carta Magna y, asimismo, a los principios fundamentales consagrados en los numerales 25, 26, 27, 28 y 134 de la misma.

Efectivamente, al no someterse a los concesionarios al procedimiento de licitación, se propicia, por un lado, que aquéllos, al no tener que competir en un plano de igualdad con otros interesados en la obtención de una concesión en materia de radiodifusión, no se preocupen por presentar planes y programas económicos, financieros y de desarrollo tecnológico competitivos, y por otro lado, se anula o dificulta el acceso de terceros interesados en la obtención de esas concesiones, con el consiguiente perjuicio a la libre competencia en un área prioritaria para el desarrollo nacional y propiciándose, además, fenómenos monopólicos y de concentración contrarios al interés público, a pesar de la prohibición expresa contenida en el artículo 28 constitucional.

Lo anterior se traduce en un impedimento para que el Estado ejerza plenamente su papel rector y planificador de la economía en el área prioritaria de que se trata, buscando ante todo el adecuado desarrollo nacional e, igualmente, dificulta el ejercicio del dominio que corresponde al Estado sobre el espectro radioeléctrico, ya que no estará en posibilidad de comprobar o verificar el uso que se ha dado a las concesiones otorgadas, ni de evaluar a través del procedimiento de licitación, la idoneidad de los interesados en obtener la concesión para usar, aprovechar y explotar la banda de frecuencia para prestar el servicio de radiodifusión, ni el cumplimiento de los requisitos previstos legalmente para que se otorgue la concesión, con lo cual tampoco podrá el Estado acatar su obligación de fijar las condiciones y modalidades que aseguren la eficacia en la prestación del servicio y la utilización social del bien.

De igual forma, al no someterse a licitación a los concesionarios interesados en que se les renueve el beneficio previamente otorgado para usar, explotar y aprovechar las bandas de frecuencias previamente concesionadas, no se asegura la economía, eficiencia, eficacia y honradez en la administración del espectro radioeléctrico, ni se aseguran al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

Lo anterior se refuerza si se considera que al relevarse a los concesionarios de someterse al procedimiento de licitación, se impide que el Estado reciba una contraprestación económica por refrendar la concesión.

En efecto, conforme a lo dispuesto por los artículos 17, 17-I y 17-J de la Ley Federal de Radio y Televisión, el Gobierno Federal tiene derecho a recibir una contraprestación económica por el otorgamiento de la concesión, que deberá cubrir el ganador dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la resolución relativa, a fin de que ésta se presente al Secretario de Comunicaciones y Transportes para la emisión del título correspondiente. Esta contraprestación se cubre por otorgarse la concesión para usar, aprovechar y explotar el bien del dominio de la nación, con independencia de los derechos que contempla la Ley Federal de Derechos por concepto del estudio de las solicitudes y documentación inherentes para la expedición del título correspondiente y por la expedición misma del título.

Por tanto, al no quedar sometido el titular de una concesión al procedimiento de licitación a fin de que se le renueve el beneficio en el uso, aprovechamiento o explotación del bien concesionado, no tendrá que cubrir la contraprestación económica prevista en el artículo 17 de la Ley Federal de Radio y Televisión y, en

consecuencia, no cubrirá al Estado cantidad alguna por el refrendo del título relativo, y sólo pagará los derechos previstos en la Ley Federal de Derechos, que no lo son por el anterior concepto sino por la expedición del título correspondiente y por la recepción y estudio de los documentos relativos.

Por otro lado, debe destacarse que el no sometimiento de los concesionarios al procedimiento de licitación a fin de obtener el refrendo de sus títulos, se traduce en el otorgamiento a la autoridad de un amplio margen de discrecionalidad para decidir al respecto, ya que la ley no prevé criterios o reglas que deba aplicar para decidir al respecto, lo que permite la actuación arbitraria de aquélla y deja en estado de indefensión a los interesados en el refrendo de sus concesiones, en contravención a las garantías de legalidad y seguridad jurídica consagradas en el artículo 16 constitucional.

Al respecto, resulta pertinente tener presente el criterio contenido en la tesis P. XXXIV/2004, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XX, Agosto de 2004, página 10, que establece:

“CONCESIONES. SE RIGEN POR LAS LEYES VINCULADAS CON SU OBJETO. El artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su décimo párrafo, establece que el Estado podrá concesionar la prestación de servicios públicos, así como la explotación, uso o aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, y que las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia en la prestación de dichos servicios y la utilización social de los bienes en uso o explotación. El Estado en su calidad de concesionante y los particulares como concesionarios, deberán sujetarse a las leyes que regulan el servicio público o los bienes concesionados, proporcionando el marco de los derechos, obligaciones, límites y alcances de las partes en una concesión; ello genera certidumbre para los gobernados respecto a las consecuencias de sus actos y acota las atribuciones de las autoridades correspondientes para impedir actuaciones arbitrarias, con lo que se respeta la garantía de seguridad jurídica consignada por los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal. No es óbice a lo anterior el hecho de que en el título de concesión se establezca que el concesionario quedará sujeto a todas las leyes y ordenamientos expedidos con posterioridad al otorgamiento de ésta, puesto que se entiende que sólo podrá estar sujeto a aquellas disposiciones u ordenamientos normativos que se vinculen con el objeto de la concesión explotada, atendiendo al régimen de concesión de servicios y bienes públicos previsto por el referido artículo 28 constitucional.”

Como se advierte de la tesis transcrita, en ella se establece que el Estado en su calidad de concesionante y los particulares como concesionarios, deben sujetarse a las leyes que regulan el servicio público o los bienes concesionados y que proporcionan el marco de los derechos, obligaciones, límites y alcances de las partes, lo que genera certidumbre para los gobernados y acota las atribuciones de las autoridades correspondientes para impedir actuaciones arbitrarias.

A la luz del referido criterio, se advierte que si el artículo 16 impugnado, no somete a los concesionarios al procedimiento de licitación para obtener el refrendo de los títulos respectivos, ni precisa criterios y reglas que normen el actuar de la autoridad al respecto, no se genera certidumbre a los concesionarios ni se acotan las atribuciones de la autoridad, violándose así las garantías de legalidad y seguridad jurídica.

Por último, debe destacarse, que la contravención de la segunda parte del artículo 16 que se examina a los postulados de los numerales 1, 25, 26, 27, 28 y 134 constitucionales en los términos puntualizados, se traduce también en una transgresión a la garantía de libre expresión y al derecho a la información, consagrados en el artículo 6 de la Ley Fundamental.

Efectivamente, con anterioridad se destacó que la radiodifusión constituye una actividad de interés público que cumple una función social de relevancia trascendental para la nación porque los medios de comunicación son un instrumento para hacer efectivos los derechos fundamentales de los gobernados. La radio y la televisión son medios masivos de comunicación que tienen importancia trascendental en la vida diaria de los individuos, por lo que el Estado, al regular el uso del bien público utilizado en esa actividad, debe garantizar la igualdad de oportunidades para su acceso y propiciar un pluralismo que asegure a la sociedad el respeto del derecho a la información y la libre manifestación de la ideas.

Por tanto, si la segunda parte del artículo 16 impugnado, propicia fenómenos de concentración tratándose de las concesiones en la materia de radiodifusión, en lugar de una libre y sana competencia que permita el acceso equitativo a los medios de comunicación para todos los interesados en explotar bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para prestar el servicio relativo, viola la garantías de libre expresión de las ideas y el derecho a la información.

III) INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 17-G DE LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISION.

Sobre el particular debe recordarse que de conformidad con lo razonado en el considerando precedente, quedó de manifiesto que la sujeción de la prestación de los servicios de radiodifusión al marco regulatorio constitucional y jurídico se da en dos vertientes: por un lado, en el ejercicio de la actividad que desempeñan, mediante el condicionamiento de su programación y de la labor de los comunicadores que en ellos intervienen de ajustarse a la satisfacción de los derechos fundamentales del ser humano, pues al constituir medios masivos de comunicación, cumplen una función social trascendental en la educación, la cultura y la integración de la población, además de proporcionar a ésta información, esparcimiento y entretenimiento, influir en sus valores, en su democratización, en la politización, en la ideología de respeto al hombre sin discriminación alguna, etcétera y, por otro lado, en la medida en que se garantice que la obtención, operación y administración de los servicios de que se trata, mediante concesiones y permisos, resulte transitoria y plural a fin de evitar su concentración en grupos de poder.

No obstante lo anterior, el artículo 17-G prevé que para definir el otorgamiento de la concesión respectiva, la Comisión Federal de Telecomunicaciones valorará la congruencia entre el programa a que se refiere el artículo 17-A, esto es, el programa de concesionamiento de frecuencias de radiodifusión que debe publicar la Secretaría de Comunicaciones y Transportes en el Diario Oficial de la Federación, y los fines expresados por los interesados para utilizar la frecuencia en la prestación del servicio de radiodifusión, así como el resultado de la licitación a través de subasta pública.

En principio, se advierte que la norma impugnada involucra dos figuras distintas, como son la licitación y la subasta pública, que dificultan el entendimiento de las reglas que debe aplicar la autoridad para definir el otorgamiento de la concesión.

Efectivamente, la licitación se entiende como el concurso que permitirá definir el otorgamiento de la concesión atendiendo a las propuestas presentadas; en este sentido, lo previsto en la norma impugnada respecto a la valoración de la congruencia entre el programa de concesionamiento de frecuencias de radiodifusión y los fines expresados por el interesado para utilizar la frecuencia para la prestación del servicio de radiodifusión, resulta congruente con lo dispuesto en el artículo 17, en el sentido de que las concesiones se otorgarán mediante licitación pública.

Sin embargo, la disposición impugnada señala que además de la congruencia entre el programa y los fines referidos, se valorará el resultado de la licitación a través de subasta pública, siendo que ésta se entiende como una puja en el que el vencedor será quien más dinero ofrezca.

Entonces, se ignora de qué forma se decidirá el procedimiento relativo, esto es, si el triunfador será el que presente las propuestas más congruentes entre el programa de concesionamiento de frecuencias de radiodifusión y los fines expresados para su utilización en el servicio respectivo, o bien, el que ofrezca una mayor cantidad de dinero al subastarse la concesión.

Asimismo, si se relaciona lo dispuesto por la segunda parte del artículo 17 de la propia ley impugnada, a saber, que el Gobierno Federal tendrá derecho a recibir una contraprestación económica por el otorgamiento de la concesión, con la prescripción relativa a considerar, para definir ese otorgamiento, el resultado de la licitación por subasta pública, podría pensarse que la cantidad que resulte de ésta constituye la contraprestación referida. Sin embargo, entonces no se entendería la naturaleza jurídica de la contraprestación, ya que si se considera como un derecho, resultaría que el pago respectivo lo es por permitirse el uso, aprovechamiento y explotación de un bien del dominio de la nación, supuesto en el cual no podría ser resultado de una subasta pública, y si se estimara que es un aprovechamiento, se advierte que el mismo no tiene justificación ni en la ley, ni el procedimiento legislativo del que derivó.

Ahora bien, este Tribunal Pleno estima que la disposición impugnada viola los principios establecidos por el artículo 134 constitucional, que como se determinó en el inciso precedente del presente considerando, son aplicables a las concesiones por el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico. El texto original del numeral citado establecía como regla para el otorgamiento de contratos para obras públicas, la subasta, en los términos siguientes:

“Artículo 134. Todos los contratos que el Gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas, serán adjudicados en subasta, mediante convocatoria, y para que se presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierto en junta pública.”

La disposición transcrita fue reformada por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, para sustituir el criterio de la subasta pública por el de la licitación pública, en los términos en que actualmente se encuentran establecidos.

Por tanto, la norma impugnada, al establecer que deberá atenderse para definir el otorgamiento de la concesión, al resultado de la licitación a través de subasta pública, transgrede los principios contenidos en la disposición suprema.

Cierto que esa disposición, en su antepenúltimo párrafo, señala que cuando las licitaciones no sean idóneas para asegurar las mejores condiciones para el Estado, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren esas condiciones.

Lo anterior supone que el Poder Reformador de la Constitución autoriza al legislador a establecer, en los supuestos que refiere, mayores requisitos para las licitaciones públicas que los previstos en el artículo 134 constitucional, pero sin violentar los principios básicos de la misma, como ocurre con la disposición impugnada al introducir la subasta pública, provocando, además, la violación de otras normas de la Ley Fundamental, como se determinará a continuación.

En efecto, al establecerse como uno de los elementos decisivos para otorgar o negar una concesión en materia de radiodifusión, el resultado de la licitación por medio de subasta pública, se está propiciando que el elemento determinante para el otorgamiento de la concesión sea meramente económico, ya que, por definición, en una subasta, será el aspirante con mayores recursos financieros el que resulte vencedor, lo que se traduce en violación al principio de igualdad consagrado en el artículo 1o. constitucional, así como a las prescripciones de los artículos 6o., 27 y 28 de la Ley Fundamental, que establecen el derecho a la libre expresión y a la información, a la utilización social de los bienes objeto de concesión, evitando fenómenos de concentración que contraríen el interés público, la prohibición de los monopolios, las prácticas que impidan la libre competencia o concurrencia y todo aquello que constituya una ventaja exclusiva a favor de una o varias personas determinadas en perjuicio del público en general.

Esto es, se viola el principio de igualdad en la medida en que el mecanismo de licitación por subasta pública beneficia al postor que esté en posibilidad de realizar la mejor oferta económica para la obtención de la concesión, de donde resulta evidente que, en todos los casos, tendrán ventaja los participantes que tengan mayores recursos económicos, con lo que lejos de contribuirse a aminorar las desigualdades sociales, se propician éstas, pues se está privilegiando a unos cuantos que están en condiciones óptimas para acceder a las concesiones licitadas.

En este sentido, al privilegiarse el elemento meramente económico para la obtención de una concesión para la prestación de servicios de radiodifusión, se demerita la trascendental función social que a través de la radio y televisión abierta debe llevarse a cabo. Es decir, los medios de comunicación masiva se han convertido en instrumentos claves para la satisfacción de derechos subjetivos fundamentales, concretamente de los derechos de libre expresión y de información, a través del ejercicio de los cuales debe contribuirse al fortalecimiento de la integración nacional y al mejoramiento de las formas de convivencia humana, fomentándose los valores de igualdad y no discriminación, ayudando a elevar el nivel de educación y cultura, así como a la democratización y politización de la población, al mejoramiento y cuidado de la salud, del medio ambiente, etcétera, función que se encuentra expresamente reconocida en el artículo 5o. de la propia Ley Federal de Radio y Televisión, anteriormente transcrito.

En efecto, como se destacó en el considerando precedente de la presente resolución, este Tribunal Pleno ha definido la libertad de expresión como el derecho de todo individuo de exteriorizar sus ideas por cualquier medio, sea verbal, escrito o cualquier otro que la ciencia y la tecnología proporcionan, con la única limitante de quien haga uso de ese derecho no provoque situaciones antijurídicas, como el ataque a la moral, a los derechos de terceros, cometa un delito o perturbe el orden público.

También se destacó que el derecho a la información es un complemento a la libertad de expresión al ser necesario que las personas se encuentren bien informadas para poder expresarse y opinar correctamente.

Por tanto, se violentan los derechos referidos cuando se beneficia al que mayor poder económico posee para ofrecer la mejor oferta en el procedimiento de licitación por subasta pública, ya que se privilegia ese poder por encima de la idoneidad de los posibles concesionarios para cumplir con la función social que corresponde al servicio de radiodifusión.

Asimismo, el que se privilegie el elemento económico para el otorgamiento de la concesión de bandas de frecuencias para la prestación de servicios de radiodifusión, favorece el acaparamiento de los medios de comunicación masiva en grupos económicamente poderosos, impidiendo la participación plural y el ingreso de nuevos agentes o entidades en el ramo, con lo cual evidentemente, el Estado está renunciando al ejercicio de sus facultades como garante del ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información, obstaculizando con ello, el desarrollo integral, plural, democrático de la sociedad mexicana.

Además, se contrarían también los principios económicos rectores establecidos en el artículo 28 constitucional que prohíbe la creación de monopolios y la realización de prácticas monopólicas, al impedirse la libre competencia o concurrencia en el sector de radiodifusión, generándose ventajas a favor de ciertas clases poderosas económicamente y en perjuicio del público en general, pues si el otorgamiento de concesiones en este ramo se hace depender preponderantemente del elemento económico, resulta lógico concluir que quienes cuenten con mayores recursos financieros resultarán vencedores de la licitación por subasta pública, pues sin desconocerse que en tales procedimientos deberá atenderse a la susceptibilidad de explotación del bien, el criterio rector predominante del Estado, conforme al marco constitucional y legal que rige en la materia, debe ser el del interés público de la actividad a desarrollar para que efectivamente se cumpla el fin social que se persigue.

Debe destacarse que las razones expresadas durante el procedimiento legislativo que culminó con el Decreto controvertido, y que llevaron a establecer el resultado del otorgamiento de las concesiones en materia de radiodifusión a través de la licitación pública, no justifican el que se privilegie el elemento económico sobre la función social de la radio y la televisión al sujetarse este procedimiento al resultado de la subasta pública.

Efectivamente, en la exposición de motivos nada se dijo en torno a la modalidad de subasta pública en la licitación para el otorgamiento de las concesiones de que se trata, ya que sólo se razonó al respecto lo siguiente:

“... Establece como regla general la licitación pública para el otorgamiento de nuevas concesiones de frecuencias atribuidas a la radiodifusión, lo que termina con la discrecionalidad...”

En los dictámenes de las Cámaras de Origen (Diputados) y Revisora (Senadores), sólo se razonó:

CAMARA DE ORIGEN:

“... Primero. La Iniciativa que nos ocupa se centra en cinco aspectos fundamentales para la consolidación de su propósito esencial, a saber:

...

b) Se establece un sistema por virtud del cual el otorgamiento de concesiones sólo será posible mediante licitación a través de subasta pública.

...

Segundo. Estas Dictaminadoras coinciden con los planteamientos expuestos en la Iniciativa, toda vez que su objetivo es contar con un marco jurídico en materia de medios electrónicos que no se vea rebasado por los avances tecnológicos que esos medios han experimentado y seguirán experimentando en el corto, mediano y largo plazo.

...

En el caso de la transición a la radio digital -que en breve iniciará el proceso correspondiente, a través de la adopción del estándar que el Gobierno Federal estime más adecuado para nuestro país- podemos afirmar que resultan igualmente válidas las consideraciones aplicables a la convergencia tecnológica de la televisión terrestre, pues en todo caso, la digitalización de la radio también implicará que, al margen de una mejor recepción de la señal radiodifundida, los concesionarios y permisionarios podrán prestar otros servicios, obligando a que se establezcan sinergias en el marco de la radiodifusión, es decir, de la prestación del servicio de radio y televisión de señal abierta, y las telecomunicaciones, dentro de las cuales se ubican los sistemas de televisión y audio restringidos, independientemente del título de concesión con el que cuenten para la prestación de dichos servicios y de la naturaleza de la señal difundida, ya sea por cable, por microondas o a través de satélite.

El incremento en la diversidad de servicios que habrá de materializarse una vez que las emisoras de radio y televisión de señal abierta concreten el proceso de convergencia tecnológica, mediante la digitalización de sus respectivas señales, exige el establecimiento de reglas uniformes en la prestación de los servicios adicionales o asociados que las emisoras estarán en posibilidad de prestar.

...

Tercero. Por lo que hace al procedimiento propuesto para el otorgamiento de concesiones, esta Dictaminadora estima que la licitación mediante subasta pública asegura y garantiza la transparencia en el ejercicio de las atribuciones del Ejecutivo Federal para permitir el uso, aprovechamiento y explotación de bienes del dominio público de la Nación, que hacen posible la prestación de los servicios de radio y televisión, restringidos y abiertos.

Los fines de transparencia que se logran a través del procedimiento de licitación pública, necesariamente conllevarán la terminación de facultades discrecionales del Ejecutivo Federal en el otorgamiento de los títulos de concesión correspondientes, propiciándose con ello una sana competencia entre todos los prestadores del servicio de radio y televisión, al tiempo que se evitará la concentración de servicios en unas cuantas manos, pues toda la información inherente a sus actividades será del dominio público.

Una de las principales críticas al marco jurídico vigente es su alto grado de discrecionalidad. Con la licitación se logra terminar con este mito, en el entendido de que la licitación pública -como un procedimiento administrativo, sujeto a un régimen de Derecho Público-, está encaminado a seleccionar de entre un conjunto de aspirantes que responden a una convocatoria, al solicitante que mejor asegure la utilización de un bien público de la Nación, bajo los principios de concurrencia, igualdad, competencia y transparencia.

La concurrencia de aspirantes resulta indispensable para que pueda darse la contienda esencial de toda licitación, que no puede existir si solamente se presenta un solo aspirante.

La competencia supone la concurrencia de aspirantes en pugna, es decir, de contendientes a convertirse en beneficiarios para la explotación de un bien del dominio público, lo cual implica la ausencia de acuerdos entre ellos para propiciar el triunfo de alguno en particular, o para quienquiera que gane obtenga una utilidad desmesurada.

La igualdad predica el tratamiento indiscriminado de todos los que contienden para convertirse en beneficiarios de la explotación de un bien del dominio público, y debe ser respaldada por la imparcialidad absoluta de la administración en el procedimiento de licitación respectivo.

La transparencia de la licitación hace que ésta se desarrolle bajo un procedimiento que permita conocer a todos los interesados; no sólo las condiciones y requisitos bajo los cuales se celebra, sino las causas, razones y motivos de las resoluciones recaídas en él, en todas y cada una de sus diferentes etapas, merced a una clara, suficiente y eficiente información ...”

CAMARA REVISORA:

“... Para acotar la discrecionalidad que impera en la actualidad en esta materia, se establece que la nuevas concesiones de radiodifusión serán entregadas mediante un proceso de concurso público (licitación) tal y como ya acontece en concesiones de espectro en materia de telecomunicaciones.

...

Lo anterior se considera pertinente en virtud de que se está utilizando para fines de lucro un bien del dominio público de la nación y el Estado debe recibir una contraprestación por ello, a su vez éste debe por mandato constitucional licitar los bienes que adquiera o permita a otros utilizar mediante la figura de la concesión, lo anterior en virtud de que es el único método que garantiza la transparencia y las mejores condiciones para el Estado...”

Como puede advertirse, en los Dictámenes transcritos se manifestó, en esencia, que la licitación mediante subasta pública para decidir el otorgamiento de las concesiones respecto de los servicios de radiodifusión, asegura y garantiza la transparencia en el ejercicio de las atribuciones que al respecto competen al Ejecutivo Federal, ya que se elimina la discrecionalidad que al respecto establecían las normas anteriores, propiciándose con ello una sana competencia entre todos los prestadores del servicio y evitándose su concentración en unas cuantas manos, pues toda la información inherente a sus actividades será del dominio público, además de que resultará triunfador quien mejor asegure la utilización del bien público de la nación, bajo los principios de concurrencia, igualdad, competencia y transparencia.

Esto es, en los dictámenes respectivos sólo se dieron razones para justificar que el otorgamiento de concesiones para prestar servicios de radiodifusión debía sujetarse a licitación pública, pero no así el que fuera criterio rector dentro de este procedimiento la subasta pública.

Así las cosas, sin desconocer que la licitación pública constituye un procedimiento que, efectivamente, elimina la discrecionalidad con la que el Ejecutivo Federal decidía respecto del otorgamiento de las concesiones en materia de radiodifusión, además de que propicia la transparencia, y que esas concesiones recaen sobre un bien del dominio público de la Federación destinado para un uso específico, este Tribunal Pleno considera que la modalidad de subasta pública en la licitación pública no propicia una sana competencia entre todos los prestadores del servicio, ni evita su concentración en unas cuantas manos, pues al privilegiarse el elemento económico para el otorgamiento de la concesión, se favorece indirectamente la creación de monopolios y prácticas monopólicas que impiden la libre competencia o concurrencia en el sector, ya que, lógicamente, quienes cuenten con mayores recursos financieros resultarán vencedores de la licitación por subasta pública, lo que propiciará el acaparamiento de los medios de comunicación en los grandes grupos de poder económico.

En este contexto, el hecho de que para el otorgamiento de la concesión, deba valorarse la congruencia entre el programa a que se refiere el artículo 17-A (concesionamiento de frecuencias de radiodifusión) y los fines expresados por el interesado para utilizar la frecuencia para la prestación del servicio, no es obstáculo para modificar la determinación de invalidez de la norma que se analiza, pues aunque con ello se impidiera o restringiera la participación de aquellos aspirantes cuyas ofertas en la licitación resultaran incongruentes con el programa y fines referidos, lo cierto es que una vez superada la valoración de estos requisitos y descartados los interesados que no superen ésta, el criterio económico será el que determine al vencedor, pues evidentemente quien haya pagado más en la subasta respectiva será el que obtenga la concesión.

Por último, debe hacerse notar que, para el otorgamiento de las concesiones sobre bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para usos determinados, la Ley Federal de Telecomunicaciones sólo establece el procedimiento de licitación pública, sin la modalidad de subasta, lo que refuerza lo considerado en torno a la infracción a lo dispuesto en los artículos 1o. y 28 constitucionales, ya que no existe justificación para el diferente tratamiento que se da a los concesionarios de radiodifusión respecto del establecido para los concesionarios en materia de telecomunicaciones, en tanto que ambos realizan una función de interés social, como claramente se advierte en los artículos 1 y 7 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, así como en los numerales 1 y 23 del Reglamento del Servicio de Televisión y Audio Restringidos que, respectivamente, disponen:

“Artículo 1.- La presente Ley es de orden público y tiene por objeto regular el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, de las redes de telecomunicaciones, y de la comunicación vía satélite.”

“Artículo 7.- La presente Ley tiene como objetivos promover un desarrollo eficiente de las telecomunicaciones; ejercer la rectoría del Estado en la materia, para garantizar la soberanía nacional; fomentar una sana competencia entre los diferentes prestadores de servicios de telecomunicaciones a fin de que éstos se presten con mejores precios, diversidad y calidad en beneficio de los usuarios, y promover una adecuada cobertura social.

Para el logro de estos objetivos, corresponde a la Secretaría, sin perjuicio de las que se confieran a otras dependencias del Ejecutivo Federal, el ejercicio de las atribuciones siguientes:

(...)

X. Promover el fortalecimiento de los valores culturales y de la identidad nacional;

XI. Promover la investigación y el desarrollo tecnológico en materia de telecomunicaciones, la capacitación y el empleo de mexicanos cuyas relaciones laborales se sujetarán a la legislación de la materia;

(...)”

“Artículo 1. Las disposiciones del presente ordenamiento son de interés público y tienen por objeto regular el servicio de televisión y audio restringidos.”

“Artículo 23. La programación que se difunda a través de las redes, en el marco de la libertad de expresión y recepción de ideas e información, deberá contribuir a la integración familiar, al desarrollo armónico de la niñez, al mejoramiento de los sistemas educativos, a la difusión de nuestros valores artísticos, históricos y culturales, al desarrollo sustentable, y a la propalación de las ideas que afirmen nuestra unidad nacional; para tales efectos, será también aplicable lo dispuesto por el artículo 5o. de la Ley Federal de Radio y Televisión.”

IV) INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 16 DE LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISION, EN CUANTO ESTABLECE UN TERMINO FIJO PARA LA CONCESION DE VEINTE AÑOS.

Este Tribunal Pleno considera, tal y como se adelantó, que igualmente el artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión, en la porción en la que se prevé que el término de una concesión otorgada para la prestación del servicio de radiodifusión, será por veinte años fijos, transgrede los artículos 10., 25, 27 y 28 constitucionales.

En efecto, tal y como se razonó en el considerando precedente de la presente ejecutoria, el artículo 25 constitucional establece el concepto de rectoría económica del Estado, atribuyéndole a éste la responsabilidad de realizar y conducir el desarrollo nacional, mediante la regulación e impulso del proceso económico que, a la vez, atienda los procesos sociales derivados del mismo para propiciar un crecimiento sostenido, equilibrado e integral, mientras que el artículo 27 del mismo ordenamiento establece que corresponde a la Nación el dominio directo del espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el derecho internacional; que la comunicación vía satélite es un área prioritaria para el desarrollo nacional en la que el Estado debe ejercer su rectoría, protegiendo la seguridad y la soberanía nacionales y cuidando, al otorgar concesiones o permisos, que el Estado mantenga el dominio de las respectivas vías de comunicación; que el dominio que ejerce la Nación sobre el espacio situado sobre el territorio nacional es inalienable e imprescriptible y su explotación, uso o aprovechamiento por los particulares no podrá realizarse sino mediante concesiones otorgadas por el Ejecutivo Federal conforme a las reglas y condiciones que establezcan las leyes; que el Estado puede concesionar, en casos de interés general y sujetándose a las leyes, la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes del dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan, las que, además, fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

En este mismo sentido, ha quedado expresado que la concesión constituye un acto administrativo mixto, sujeto a las modificaciones del orden jurídico que regulan el servicio público que debe prestarse o el bien público por explotar, al mismo tiempo que garantiza los intereses legítimos de los concesionarios, por lo que en ésta coexisten elementos reglamentarios y contractuales, refiriéndose los primeros a las normas que sujetarán la organización y funcionamiento del servicio o la explotación o aprovechamiento de los bienes, mismas que el Estado puede modificar sin el consentimiento del concesionario, mientras que los segundos crean a favor de éste una situación jurídica individual que no puede ser modificada unilateralmente por el Estado, a fin de garantizar la inversión del concesionario y mantener su equilibrio financiero.

En consecuencia, si a través del otorgamiento de la concesión para el uso de las bandas de frecuencias para prestar servicios de radiodifusión, nacen una serie de derechos a favor de los concesionarios, al establecerse que el término de aquélla será forzosamente de veinte años, se propician situaciones de derecho que dificultan que el Estado cumpla con su deber constitucional de actuar como rector de la economía en el sector de telecomunicaciones, así como con el de proteger el bien del dominio público concesionado, manteniendo el dominio de las respectivas vías de comunicación, ya que no pueden alterarse las características de la concesión sino mediante resolución administrativa o judicial, según se establece en el artículo 22 de la propia Ley Federal de Radio y Televisión, como se advierte de la transcripción de dicho precepto legal, que a la letra dice:

“Artículo 22.- No podrán alterarse las características de la concesión o permiso sino por resolución administrativa en los términos de esta ley o en cumplimiento de resoluciones judiciales.”

Así, debe existir una correlación entre el aprovechamiento y la utilización del bien del dominio público de que se trata, con la inversión que efectúa el concesionario, para que se dé a éste seguridad jurídica, pero sin que el Estado pierda injerencia en la administración, control y rectoría del bien.

El en caso, no existe correlación entre el plazo forzoso de veinte años y la inversión que realizan los concesionarios, lo que se traduce en una pérdida de rectoría del Estado respecto del espectro radioeléctrico, para optimizar su uso.

La inversión tecnológica que realizan los concesionarios no justifica el plazo forzoso de veinte años, en virtud de que en la actualidad la tecnología avanza rápidamente y es la que provoca, precisamente, el aprovechamiento cada vez más eficiente del espacio radioeléctrico, de suerte tal que mientras transcurre el plazo forzoso de duración de la concesión, el Estado perderá el control para verificar el mejor aprovechamiento de la tecnología y, por tanto, del bien concesionado.

De esta manera, la seguridad jurídica que debe garantizarse al concesionario y la inversión tecnológica que realice, no pueden justificar que el Estado pierda su rectoría sobre el bien del dominio público, respecto del cual tiene el deber constitucional de asegurar la eficacia en la prestación del servicio y la utilización social del mismo, propiciando siempre la libre y sana competencia.

La determinación forzosa de un plazo de veinte años como duración de la concesión, al no existir correlación entre la inversión tecnológica y el aprovechamiento del bien, dada la velocidad con que aquella avanza, se traduce en una barrera para la libre competencia, pues los terceros estarán en desventaja al no poder competir con los concesionarios como consecuencia del manejo de un plazo tan amplio.

Lo hasta aquí considerado se robustece si se considera que, en términos de lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, las concesiones sobre bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para usos determinados se otorgarán por un plazo “hasta” de veinte años, esto es, no se establece un término forzoso de duración por todos esos años, sino que se deja en libertad al Estado para decidir, en cada caso concreto, la duración de la concesión a otorgar, con la limitación de que no exceda del término establecido legalmente, permitiéndole así determinar dicho plazo conforme lo dicte el interés nacional, al tratarse de un bien de uso común escaso y sujeto al régimen de dominio público de la Federación.

Además, con el establecimiento de un plazo de duración fijo, se quebranta el principio de igualdad, en virtud del diferente tratamiento que se otorga a los concesionarios de servicios de radiodifusión en relación con los de servicios de telecomunicaciones.

Es decir, el hecho de que la materia de regulación específica de la Ley Federal de Radio y Televisión sea diferente a la de la Ley Federal de Telecomunicaciones, no justifica la diversa previsión respecto a la duración de las concesiones, esto es, que en un caso las concesiones se sujeten siempre al plazo inexorable de veinte años, mientras que en el otro se deje en libertad a la autoridad administrativa para determinar el plazo según las circunstancias propias, con la limitante de no exceder de veinte años, sobre todo si se considera, que en ambos casos se persigue una función de interés social, pues los servicios de radio y televisión que se prestan en uno y otro sector sólo se diferencian en que los de radiodifusión son recibidos en forma gratuita y directa por la población, mientras que la radio y televisión regulada por la Ley Federal de Telecomunicaciones es restringida y se cobra a los usuarios, además de comprender otros servicios como es telefonía, internet, etcétera, y, por otro lado, que la convergencia tecnológica justamente exige igualar y no diferenciar el trato dado a los distintos concesionarios.

En el entendido de que la vulneración al principio de igualdad consagrado en el artículo 1o. constitucional también se da entre los propios concesionarios de servicios de radiodifusión, pues el establecimiento del plazo fijo de veinte años no permite que la autoridad pueda evaluar la inversión realizada por el concesionario a fin de lograr un equilibrio entre los intereses del Estado y los de los concesionarios.

Así, conforme a lo razonado, debe concluirse que el artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión transgrede los principios fundamentales consagrados en los artículos 25 y 27 constitucionales, relacionados con la rectoría económica que corresponde al Estado ejercer sobre el sector de telecomunicaciones, así como respecto al otorgamiento de las concesiones para el uso, aprovechamiento o explotación de los bienes del dominio público de la Federación, además de infringir el principio de igualdad que contiene el artículo 1o. de la Ley Suprema, al otorgar un trato diferente a los concesionarios de radiodifusión respecto del establecido para los concesionarios en materia de telecomunicaciones, concretamente de bandas de frecuencia para usos determinados, sin que exista razón que lo justifique, y un trato igual a los concesionarios de radiodifusión entre sí con independencia de la inversión que realicen y los fines que persigan mediante el uso y explotación de la banda de frecuencia asignada.

Máxime que en el proceso legislativo no se explica la razón por la cual se estableció la duración de la concesión en un término fijo de veinte años para concesionarios de radiodifusión.

En efecto, en la exposición de motivos del Decreto impugnado se sugería un tratamiento igual en cuanto al término de las concesiones para servicios de radiodifusión al establecido por la Ley Federal de Telecomunicaciones, pues el texto del artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión propuesto establecía:

“Artículo 16.- El término de una concesión no podrá exceder de 20 años y podrá ser refrendada al mismo concesionario que tendrá preferencia sobre terceros. El refrendo de las concesiones, salvo en el caso de renuncia, no estará sujeto al procedimiento del artículo 17 siguiente.”

En el Dictamen de la Cámara de Origen, se señaló:

“... Sexto. Finalmente, estas Dictaminadoras han considerado necesario realizar algunas adecuaciones de forma al texto original de la Iniciativa, sólo por cuestiones de técnica legislativa, que de ninguna manera afectan o modifican el sentido de las propuestas...”

No obstante lo anterior, es decir que sólo se proponían adecuaciones de forma por razones de técnica legislativa al texto original, la redacción del artículo 16 que propuso fue del tenor siguiente:

“Artículo 16. El término de una concesión será de 20 años y podrá ser refrendada al mismo concesionario que tendrá preferencia sobre terceros. El refrendo de las concesiones, salvo en el caso de renuncia, no estará sujeto al procedimiento del artículo 17 de esta ley.”

Como puede advertirse, sin argumento alguno que justifique la modificación efectuada el texto de la iniciativa de reforma, en el Dictamen de la Cámara de Origen se varió sustancialmente la redacción del artículo 16 propuesto en la exposición de motivos, pues en esta última se sugería que el término de las concesiones no excediera de veinte años y en el Dictamen se estableció el término forzoso de veinte años para la duración de las concesiones, Dictamen que fue aprobado, en sus términos, por la Cámara de Diputados.

Por su parte, en el Dictamen de la Cámara Revisora no se dijo nada al respecto, pero posteriormente, sin discutir el tema y en votación económica, se rechazó la propuesta de una Senadora para una nueva redacción del artículo 16 en el que se establecía que las concesiones serían por un plazo “hasta” de veinte años.

Es así que procede declarar la invalidez del artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión, en la parte en que establece veinte años como plazo fijo de duración de una concesión de este tipo.

Para efectos meramente aclaratorios, se precisa que la anterior declaratoria de invalidez no provoca incertidumbre e inseguridad en cuanto a la existencia y duración de un término para las concesiones, pues si el artículo 16 alude a la figura del refrendo es porque las concesiones se otorgan, en todo caso, por un plazo determinado y, para establecer la duración de éste deberá atenderse, conforme al artículo de 7-A, fracción I, de la ley Federal de Radio y Televisión que establece que: “A falta de disposición expresa en esta Ley, en su Reglamento o en los Tratados Internacionales, se aplicarán: I. La Ley Federal de Telecomunicaciones;...”, a lo que dispone el artículo 19 de dicha ley, que a su vez establece: “Las concesiones sobre bandas de frecuencias se otorgarán por un plazo hasta de 20 años...”, aplicación supletoria con la cual se logra, además, una regla uniforme tanto para los concesionarios de bandas de frecuencias para usos determinados en materia de telecomunicaciones como para los concesionarios de servicios de radiodifusión.

IV) INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 28 DE LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISION.

A su vez, el artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión resulta también inconstitucional al establecer una diferenciación injustificada a favor de los concesionarios de bandas de frecuencias atribuidas para la prestación de servicios de radiodifusión, a los que privilegia permitiéndoles obtener concesiones en materia de telecomunicaciones sin someterlos al procedimiento de licitación pública a que se encuentra sujeto cualquier otro interesado y, además, por establecer como una mera posibilidad, el pago de una contraprestación a cambio de la nueva concesión otorgada bajo estas condiciones.

En efecto, la disposición impugnada es violatoria de los artículos 1o., 25, 27 y 28 constitucionales en virtud de que resulta contrario a los principios en éstos consagrados, referidos a la igualdad, la rectoría económica del Estado, la utilización social de los bienes del dominio público de la Federación materia de concesión, al mismo tiempo que propicia fenómenos de concentración que contrarían al interés público y la libre concurrencia en este segmento del mercado.

El principio de igualdad se vulnera porque se da a los concesionarios en materia de radiodifusión un trato privilegiado en relación con los permisionarios de servicios de radiodifusión, con los concesionarios de servicios de telecomunicaciones (bandas de frecuencias para usos determinados) y respecto de cualquier nuevo interesado en obtener una concesión para prestar tales servicios de telecomunicaciones, es decir los relativos a bandas de frecuencias para usos determinados, ya que la distinción en el trato no se apoya en una base objetiva y razonable que la justifique.

Esto es, los permisionarios en materia de radiodifusión, los concesionarios de servicios de telecomunicaciones de bandas de frecuencia a que se refiere la fracción I del artículo 11 de la Ley Federal de Telecomunicaciones (que incluye audio y televisión restringidos) y cualquier nuevo interesado en obtener una concesión para prestar estos últimos servicios tendrán, forzosamente, que sujetarse al procedimiento de licitación pública previsto en la Ley Federal de Telecomunicaciones, mientras que los concesionarios de servicios de radiodifusión (radio y televisión abiertos), podrán acceder a una concesión para servicios de telecomunicaciones mediante la presentación de una simple solicitud, sin sujetarse al procedimiento de licitación pública y sin que necesariamente deban cubrir al Estado una contraprestación por ella, dado que el pago de ésta se establece como una posibilidad que definirá la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

En este contexto, este Tribunal Pleno no advierte una razón objetiva que justifique el tratamiento privilegiado que el legislador otorga en el precepto en análisis a los concesionarios de servicios de radiodifusión, ni tampoco que ésta hubiera sido expresada en el proceso legislativo que dio origen a la norma impugnada. Efectivamente, en la exposición de motivos únicamente se señala, en relación con la reforma al artículo 28 controvertido, lo siguiente:

“...Prevé un procedimiento para autorizar servicios adicionales de telecomunicaciones a los concesionarios de bandas atribuidas a la radiodifusión, especificando que los nuevos servicios se sujetarán a la Ley Federal de Telecomunicaciones y que los concesionarios deberán sustituir el título correspondiente por el de bandas de frecuencias y el de red pública de telecomunicaciones previstos en el artículo 11 de la Ley Federal de Telecomunicaciones. Esta medida fomenta la transición a la convergencia plena de redes y servicios, de acuerdo con las tendencias internacionales, amén de resultar congruente con el principio de economía procesal en la administración pública...”

Por otra parte, en los dictámenes de las Cámaras de Origen y Revisora se señaló:

CAMARA DE ORIGEN:

“...Estas Dictaminadoras coinciden con los planteamientos expuestos en la Iniciativa, toda vez que su objetivo es contar con un marco jurídico en materia de medios electrónicos que no se vea rebasado por los avances tecnológicos que esos medios han experimentado y seguirán experimentando en el corto, mediano y largo plazo.

En este sentido, es importante destacar que el 2 de julio de 2004 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Acuerdo por el se adopta el estándar tecnológico de televisión digital terrestre y se establece la política para la transición a la televisión digital terrestre en México. En el párrafo quinto de la parte considerativa de dicho Acuerdo se señala "Que el Programa de Desarrollo del Sector Comunicaciones y Transportes 2001-2006, fija como objetivos el impulsar la modernidad de la infraestructura de la radio y la televisión para mejorar la calidad e incrementar la diversidad de servicios y, promover la introducción de las nuevas tecnologías digitales de radiodifusión y la incorporación de nuevos servicios, así como favorecer la convergencia con las telecomunicaciones.

En congruencia con esta consideración, en el artículo Segundo del Acuerdo de marras, concretamente en el numeral 1, inciso d), se precisa que uno de los objetivos de la Política de Transición a la Televisión Digital Terrestre es el de los Nuevos Servicios, que se llevará a cabo alentando la incorporación y el desarrollo de nuevos servicios digitales, tanto asociados como adicionales a la Televisión Digital Terrestre, sin que ello afecte la calidad del servicio principal.

En el caso de la transición a la radio digital -que en breve iniciará el proceso correspondiente, a través de la adopción del estándar que el Gobierno Federal estime más adecuado para nuestro país- podemos afirmar que resultan igualmente válidas las consideraciones aplicables a la convergencia tecnológica de la televisión terrestre, pues en todo caso, la digitalización de la radio también implicará que, al margen de una mejor recepción de la señal radiodifundida, los concesionarios y permisionarios podrán prestar otros servicios, obligando a que se establezcan sinergias en el marco de la radiodifusión, es decir, de la prestación del servicio de radio y televisión de señal abierta, y las telecomunicaciones, dentro de las cuales se ubican los sistemas de televisión y audio restringidos, independientemente del título de concesión con el que cuenten para la prestación de dichos servicios y de la naturaleza de la señal difundida, ya sea por cable, por microondas o a través de satélite.

El incremento en la diversidad de servicios que habrá de materializarse una vez que las emisoras de radio y televisión de señal abierta concreten el proceso de convergencia tecnológica, mediante la digitalización de sus respectivas señales, exige el establecimiento de reglas uniformes en la prestación de los servicios adicionales o asociados que las emisoras estarán en posibilidad de prestar.

Ahora bien, de acuerdo con el marco normativo vigente son autoridades diversas las facultadas para otorgar concesiones de radio y televisión, dependiendo de la señal de que se trate, es decir, abierta o restringida.

En el marco de la convergencia tecnológica y considerando los argumentos antes expuestos, no se justifica la existencia de autoridades distintas para los fines de referencia, pues en todo caso, los servicios que habrán de prestarse serán de naturaleza afín, por lo que deberán sujetarse a las mismas reglas de operación y funcionamiento.

De ahí que la concentración de facultades y atribuciones en esta materia que se propone para la Comisión Federal de Telecomunicaciones, garantice la aplicación de normas y criterios uniformes en el otorgamiento de concesiones para operar medios electrónicos de comunicación, pues dicho órgano será el único regulador en cuestiones técnicas de los servicios de radiodifusión y de telecomunicaciones.

Asimismo, se destaca que el planteamiento para establecer un órgano regulador de esta naturaleza atiende a las recomendaciones internacionales emitidas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones en su Convención Preparatoria del 2003, celebrada en Ginebra, dentro de las cuales se sugiere la existencia de un regulador común para todas las redes y servicios de telecomunicaciones.

En dichas recomendaciones se establece que los textos de Ley de las Telecomunicaciones deben regir todas las actividades de la materia, incluida la atribución de frecuencias; asimismo, recomienda que la Ley establecerá una clara distinción entre las instancias de reglamentación encargadas de la política sectorial y la reglamentación, y definirá con precisión sus respectivas misiones y atribuciones". De ahí que la Iniciativa en estudio hace lo propio, al dejar a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes la elaboración del Programa de concesionamiento de frecuencias de radiodifusión, y a la Comisión Federal de Telecomunicaciones la administración y operación del proceso de otorgamiento de concesiones de frecuencias."

CAMARA REVISORA:

"...7.- Convergencia.

Como ha ocurrido en todos los países que han introducido la digitalización a la radio y la televisión, en México también se hace necesario que de manera temporal se asignen frecuencias adicionales. Esta política se sigue en beneficio de la población ya que permite que el público gradualmente vaya adquiriendo los receptores de radio y televisión digitales, cuyo costo no necesariamente la economía de las familias puede erogar de manera inmediata. Se trata por ello de un proceso paulatino que debe ajustarse a lo que la economía de la población permite.

De esta forma, todos los gobiernos han autorizado el uso paralelo de frecuencia en forma estrictamente temporal, y sólo durante el tiempo en que la población lo necesite.

En consecuencia, una vez terminado el proceso de introducción de las tecnologías digitales (lo que implica que la población en inmensa mayoría disponga de receptores de radio y televisión), los concesionarios y permisionarios estarán obligados a devolver al Estado la frecuencia cuyo uso temporal les haya sido autorizada o bien la que les indique el propio Estado.

Lo anterior está establecido ya en los títulos de concesión de las empresas de radio y de televisión, y fue confirmado por la Política de Televisión Digital publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de Julio del 2004.

Los títulos de concesión modificados por virtud de la referida Política textualmente señalan:

"En virtud de que será necesario transmitir simultáneamente señales analógicas y digitales para garantizar la continuidad del servicio al público, la Secretaría determinará el plazo durante el cual deberán realizarse las transmisiones simultáneas. Una vez que la Secretaría, de conformidad con la Política, determine, en su momento, que no es necesario continuar con las transmisiones analógicas por estar garantizado el servicio gratuito a la población, se señalará al Concesionario, el canal que será reintegrado al término de las transmisiones simultáneas, y establecerá el plazo para tales efectos".

Por mandato de lo anterior es que resulta infundado que se argumente o se ponga en duda si la Nación recuperará el espectro que no sea necesario para la continuación de los servicios originales de radiodifusión. Lo que se está buscando es poner en ley para esta industria lo que la Comisión Federal de Competencia está haciendo mediante resoluciones permitiendo que los concesionarios de ciertos servicios puedan prestar otros que les sean tecnológicamente factibles, a fin de poder brindar mayores canales de acceso a los usuarios así como diversidad de servicios.

Los servicios adicionales que podrán prestar los concesionarios serán complementarios de los de la radiodifusión, razón por la cual la autoridad podrá requerir del pago de una contraprestación al momento de autorizar los mismos, valorando la amplitud de la banda que requieran, la cobertura geográfica que utilizará y el pago que otros hayan realizado a través de la licitación respectiva para prestar el servicio. Lo que ya establece en estos mismos términos, el artículo 6 transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones, así como la mayoría de los títulos de concesión que sobre el espectro radioeléctrico ha emitido la SCT desde 1995.

En cuanto al ancho de banda que es necesario para hacer transmisiones digitales, técnicamente es necesaria la totalidad del ancho de banda de 6 megahertz, por lo que resulta falso que pueda fraccionarse el espectro para reducir el ancho de banda para las transmisiones digitales, tal y como lo establece la Política de Televisión Digital mencionada:

"a) La capacidad para lograr transmisiones confiables de Alta Definición en canales de 6 Mhz, que es el mismo ancho de banda con el que actualmente se llevan a cabo las transmisiones analógicas de televisión;"

Es necesario que las estaciones de radiodifusión que actualmente operan en el territorio nacional, así como las que en el futuro se instalen, tengan acceso oportuno y expedito, de ser necesario, a bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, a través de las cuales se logre la introducción de nuevas tecnologías en materia de radiodifusión en los términos establecidos: I) En los títulos de concesión y permisos vigentes; II) En el Acuerdo mediante el cual se establecen obligaciones para los concesionarios y permisionarios de radio y televisión relacionadas con las tecnologías digitales para la radiodifusión, de fecha 3 de octubre de 2000; III) En el Acuerdo por el que se adopta el estándar tecnológico de televisión digital terrestre y se establece la política para la transición a la televisión digital terrestre en México, de fecha 2 de julio de 2004; y IV) En el artículo 23 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, de aplicación supletoria de esta Ley.

La aplicación supletoria de la Ley Federal de Telecomunicaciones cubre algunas lagunas que presentaba la Ley Federal de Radio y Televisión, y al mismo tiempo garantiza que tratándose de convergencia tecnológica, todos los prestadores de servicio sean tratados bajo el mismo régimen jurídico y puedan prestar al mismo tiempo diversos servicios de telecomunicaciones como la radiodifusión. Asimismo la aplicación supletoria de esta Ley, garantiza la evolución de las estaciones moduladas en amplitud (AM), permitiendo superar el rezago tecnológico que presentan estas estaciones, contemplando la posibilidad de cambiar frecuencias del espectro radioeléctrico, con vista en la actualización tecnológica de la infraestructura de radio y televisión con que cuenta nuestro país.

En este orden de ideas, sería recomendable que el C. Secretario de Comunicaciones y Transportes reflejara, en los títulos de concesión y permisos, lo concerniente a los avances tecnológicos que la radio y la televisión ya muestran a nivel internacional.

Por otro lado, el Dictamen aprobado por la Cámara de Diputados da entrada plenamente a la convergencia de las telecomunicaciones con la radiodifusión, lo cual evidentemente sería de gran beneficio para la población y de acuerdo con las principales recomendaciones internacionales..."

Como se advierte de las anteriores transcripciones, ni en la iniciativa de ley, ni en los dictámenes de las Cámaras de Origen y Revisora se expresó razón válida alguna que justifique el trato privilegiado que se otorga a los concesionarios de radio y televisión abiertas al permitirles acceder a concesiones de servicios de telecomunicación sin sujetarlos al procedimiento de licitación y sin que se les exija el pago de la contraprestación correspondiente, lo que, en términos de competencia económica y libre concurrencia,

constituye un claro trato discriminatorio que provoca, entre otras cosas, para los permisionarios de radiodifusión, concesionarios en telecomunicaciones y terceros interesados en una nueva concesión, una significativa barrera a la entrada a este mercado, de carácter tanto regulatorio como económico, que evidentemente obstaculiza la libre concurrencia y propicia las prácticas monopólicas de los agentes que pretendan hacer uso del poder sustancial que tienen en el sector de la radiodifusión.

En efecto, en los documentos que se analizan, únicamente se razonó que el mecanismo de autorización para la prestación de servicios de telecomunicaciones adicionales, resultaba conveniente por dos razones: a) por resultar congruente con el principio de economía procesal en la administración pública; y b) para fomentar la convergencia tecnológica.

Sin embargo, estas afirmaciones no son suficientes para justificar la norma impugnada, pues de aceptarse como válida la primera razón, la conclusión lógica sería que resulta innecesario cualquier proceso de licitación, pues por economía procesal, en todos los casos y materias, la Administración podría otorgar la concesión por asignación directa simplificando el trámite o procedimiento respectivo, lo que contradice, no sólo la adecuada administración de los recursos públicos, sino lo expresamente señalado en la propia exposición de motivos en cuanto a que el procedimiento de licitación favorece la transparencia y garantiza al Estado las mejores condiciones, al eliminar la discrecionalidad en el otorgamiento de concesiones y permisos.

En cuanto a la segunda razón, a saber, el fomento a la convergencia tecnológica en materia de telecomunicaciones, no queda claro por qué el trato privilegiado a un determinado sector de concesionarios favorece ésta, es decir, de qué manera el que sean concesionarias unas u otras personas influye en el desarrollo de tecnología o equipo para contribuir al desarrollo de la digitalización en la transmisión de audio y video a través del espacio radioeléctrico nacional.

Es cierto que la convergencia tecnológica lleva a la utilización más eficiente del espectro radioeléctrico al permitirse la prestación de diversos servicios, compatibles entre sí, a través de las mismas bandas de frecuencias, lo que se logra en virtud del avance tecnológico que implica la digitalización de la televisión y la radio, razón por la cual tal convergencia ha sido materia de recomendación internacional y se ajusta plenamente a nuestro orden constitucional.

Sin embargo, los sistemas y mecanismos implementados para el logro de tal convergencia deben respetar los derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Magna, que son, precisamente, los que el artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión transgrede. Esto es, la rectoría del Estado en materia económica y en materia de derecho a la información, que lleva implícita, además, una garantía de igualdad, no puede quedar supeditada al mero desarrollo tecnológico dentro de un mercado específico, sino que será éste el que debe obedecer y adaptarse a los fines constitucionalmente establecidos, en el entendido de que, tal y como ha quedado de manifiesto, las concesiones que otorga el Estado mexicano sobre el espacio radioeléctrico, no suponen la autorización para su uso indiscriminado o indistinto, sino que, en todos los casos, dicha concesión está vinculada con un uso determinado y específico que se hace constar en el título que al respecto se expide y cuyo incumplimiento acarrea sanciones para el concesionario, llegando a provocar la revocación de la concesión otorgada.

Es cierto que, desde antes de la emisión del Acuerdo de tres de octubre de dos mil, mediante el cual se establecieron obligaciones para los concesionarios y permisionarios de radio y televisión relacionados con las tecnologías digitales para la radiodifusión, el artículo Sexto transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones ya establecía la posibilidad, para los concesionarios y permisionarios de bandas de frecuencia asignadas con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley, de acceder a servicios no contemplados en su concesión o permiso mediante solicitud a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, la que discrecionalmente resolvería lo conducente, con la posibilidad del pago de una contraprestación, tal y como se advierte de su transcripción:

“SEXTO.- Los titulares de bandas de frecuencias que le hayan sido asignadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, que deseen prestar a través de dichas bandas de frecuencias, servicios no contemplados en su concesión o permiso, deberán solicitarlo a la Secretaría, quien a su juicio resolverá lo conducente, con base en lo establecido en esta Ley.

Para tal efecto la Secretaría podrá requerir el pago de una contraprestación, cuyo monto se determinará tomando en cuenta la amplitud de la banda del espectro radioeléctrico y la cobertura geográfica que utilizará el concesionario para proveer el nuevo servicio y el pago que hayan realizado otros concesionarios en la obtención de bandas de frecuencias para usos similares en los términos de esta Ley.”

Esto es, la posibilidad de prestar servicios adicionales de telecomunicaciones se otorgaba a los concesionarios o permisionarios que hubieren obtenido el título respectivo con anterioridad a la vigencia de la Ley Federal de Telecomunicaciones, es decir al ocho de junio de mil novecientos noventa y cinco, y no así para los que obtuvieran concesiones o permisos a partir de la fecha señalada, pues en ningún precepto de la nueva ley se les otorga tal derecho, sino que se les sujeta al procedimiento de licitación respectivo, en el entendido de que los concesionarios y permisionarios de radio y televisión abiertos seguían y siguen estando regulados en la Ley Federal de Radio y Televisión.

Igualmente, en el Anexo III al Acuerdo por el que se adopta el estándar tecnológico de televisión digital terrestre y se establece la política para la transición a la televisión digital terrestre en México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el dos de julio de dos mil cuatro, en el cual se contiene el modelo del título de refrendo de concesión, para los concesionarios que hayan optado por solicitar éste ajustándose a la Política para la Transición a la Televisión Digital Terrestre contenida en dicho Acuerdo, se establece la posibilidad de prestar servicios de telecomunicaciones en el canal adicional para las transmisiones de tecnología digital mediante solicitud a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes y con la posibilidad de cobrarles una contraprestación, como se advierte de la parte relativa de dicho modelo de título:

“...Para prestar servicios de telecomunicaciones en el canal adicional para las transmisiones de la TDT, cuando sea factible y sin que esto implique la interrupción total o parcial de la TDT, ni impida permanentemente la transmisión de programas de alta definición, el Concesionario podrá solicitar a la SCT la prestación de los mismos, solicitud que se resolverá sujetándose a la Ley Federal de Telecomunicaciones, y a las disposiciones legales y reglamentarias que sean aplicables. El Gobierno Federal podrá establecer una contraprestación económica y, en tal caso, el Concesionario estará obligado a cubrir la misma a favor del Gobierno Federal, en los términos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas vigentes al momento en que se otorgue, en su caso, el título de concesión respectivo.

...”

Tal estipulación también se contempla en el Anexo IV que contiene el modelo para permisionarios.

Sin embargo, con independencia de si el artículo Sexto transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones comprendía a los concesionarios y permisionarios de radio y televisión abiertas, que se encontraban regulados por la Ley Federal de Radio y Televisión, así como de si para las concesiones y permisos otorgados con posterioridad al ocho de junio de mil novecientos noventa y cinco, no obstante no estar consignado en ley, se tuviera como práctica la de estipular la posibilidad, para éstos mismos, de ser autorizados por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes para prestar servicios adicionales de telecomunicación mediante la solicitud respectiva, lo cierto es que ello, no justifica la distinción de trato que con tal privilegio se da a los concesionarios de radiodifusión.

Es decir, sin prejuzgar sobre la constitucionalidad del artículo Sexto transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones, de la práctica en el otorgamiento de las concesiones y permisos y de sus refrendos, así como de los Anexos referidos, el hecho de que tal mecanismo para autorizar nuevos usos sobre una banda de frecuencia asignada se haya elevado a ley no puede justificar la constitucionalidad de la norma impugnada, pues ésta sólo puede declararse una vez comprobado que la ley o precepto de que se trata son acordes con el texto y espíritu de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Asimismo, la vulneración al principio de igualdad se corrobora si se considera que en los propios Dictámenes de las Cámaras de Origen y Revisora se alude a que la convergencia exige el establecimiento de reglas uniformes en la prestación de los servicios adicionales o asociados que las emisoras estarán en posibilidad de prestar y que todos los prestadores de servicios deberán ser tratados bajo el mismo régimen jurídico para que puedan prestar al mismo tiempo diversos servicios, lo que evidentemente se contradice con el establecimiento del régimen de privilegio y preferencia para los concesionarios de radiodifusión que establece el artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión.

Por otra parte, no puede considerarse una razón objetiva que justifique el trato privilegiado otorgado por el legislador, el hecho de que mediante el Acuerdo publicado el tres de octubre de dos mil se hayan establecido obligaciones para los concesionarios y permisionarios de radio y televisión abierta a fin de implementar la tecnología que estableciera la Secretaría, la cual fue determinada en el diverso Acuerdo por el que se adopta el estándar tecnológico de televisión digital terrestre y se establece la política para la transición a la televisión digital terrestre en México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el dos de julio de dos mil cuatro, es decir el hecho de que se haya impuesto a los concesionarios y permisionarios de televisión abierta la obligación de invertir para lograr la transición a la tecnología digital y sujetarse al procedimiento relativo.

Lo anterior, en la medida en que es obligación del Estado, al concesionar un bien del dominio público de la Federación, fijar las condiciones y modalidades que aseguren la adecuada utilización social del bien, evitando fenómenos de concentración que contraríen el interés público, de manera tal que la inversión que pudieren haber realizado concesionarios y permisionarios, no justifica un trato privilegiado que les permita acaparar el mercado, además de que el beneficio sólo se otorga a los concesionarios de televisión abierta y no así a los permisionarios que quedaron obligados en iguales términos que aquéllos a la digitalización.

Igualmente, la norma cuya constitucionalidad se examina, violenta los artículos 25, 27 y 28 constitucionales al contradecir la rectoría económica del Estado que presupone la utilización social de los bienes del dominio público de la Federación materia de concesión, porque lejos de evitar fenómenos de concentración favorece el acaparamiento de los medios de telecomunicación en pocas personas en perjuicio del interés público y de la libre competencia.

En efecto, la disposición en análisis propicia la concentración, en manos de los concesionarios de radiodifusión, de los servicios de telecomunicaciones, lo que evidentemente se contrapone a un régimen que asegure una efectiva pluralidad de concesionarios que evite la formación de grupos de poder en una actividad que tiene una influencia decisiva en la sociedad, pues debe tomarse en cuenta que es un hecho notorio que los actuales concesionarios de servicios de radiodifusión tienen un poder sustancial en el mercado de la radio y televisión abiertas, por lo que el otorgamiento de mayores privilegios para la obtención de concesiones en materia de telecomunicaciones, implicará la traslación de su posición preponderante en su mercado, al segmento de los servicios de telecomunicaciones, provocándose así que las actividades tanto de radiodifusión como de servicios adicionales de telecomunicaciones se concentren en unos cuantos agentes económicos, en lugar de que se abran a la competencia y se logre una mayor diversidad y pluralidad tanto en los medios masivos de comunicación, como en materia de telecomunicaciones.

Sobre el particular, debe recordarse que en el propio Acuerdo por el que se adopta el estándar tecnológico de televisión digital terrestre y se establece la política para la transición a la televisión digital terrestre en México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el dos de julio de dos mil cuatro, se señaló:

“...Que la cobertura de la televisión en México es del 96.5%, a partir de 741 estaciones de canales analógicos, 462 concesionadas y 279 permisionadas, así como 2,816 autorizaciones de equipos complementarios de zona de sombra, de los cuales el 89.7% obedece a razones de cobertura social;

...”

Lo anterior significa que, de adoptarse como válida la regulación combatida, los concesionarios de televisión abierta, que tienen 462 estaciones de canales analógicos (que junto con las 279 estaciones permisionadas representan una cobertura del 96.5%), concentrarán también los servicios adicionales de telecomunicaciones, por el fácil acceso que se les otorga, con el detrimento correspondiente que implica para la libre competencia al saturarse así el mercado y, de esta forma, impedirse la participación de nuevas personas en él, lo que, a su vez, se traduce en una hegemonía en el mercado que podrá ser ejercida por grupos de poder, no sólo en perjuicio de la rectoría económica del Estado, sino también de las políticas de comunicación social, desarrollo educativo, difusión e integración cultural, etcétera.

A lo anterior debe añadirse, como ha quedado dicho, que no se establece como obligatorio el pago de una contraprestación por los servicios adicionales de telecomunicación que se autorice prestar a los concesionarios de radiodifusión, lo que significa que el Estado no obtendrá beneficio alguno por el otorgamiento del uso de un bien del dominio público de la nación escaso y de alta cotización, en transgresión a lo dispuesto por los artículos 25, 26, 27 y 28 constitucionales.

Debe precisarse que no obsta para la declaración de inconstitucionalidad del artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión lo dispuesto en el numeral 28-A de la propia Ley en los siguientes términos:

“Artículo 28-A.- La Secretaría emitirá disposiciones administrativas de carácter general para fines de lo previsto en el artículo 28 de esta ley atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:

I. El uso eficiente del espectro radioeléctrico y de la infraestructura existente;

II. La promoción de la competitividad, diversidad, calidad y mejores precios de los servicios, y

III. El impulso de la penetración y cobertura de servicios.

La Secretaría vigilará que no se afecten en forma alguna los servicios de radiodifusión, ni la implantación futura de la digitalización de los propios servicios.”

Esto es, lo dispuesto en el artículo transcrito respecto a la emisión de disposiciones administrativas de carácter general que dictará la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, a las que se sujetará la autorización para la prestación de servicios adicionales de telecomunicación por parte de los concesionarios de radiodifusión y, conforme a las cuales se atenderán, entre otros criterios, a la promoción de la competitividad, diversidad, calidad y mejores precios, no purga el vicio de inconstitucionalidad evidenciado, porque éste se da por el trato privilegiado otorgado a tales concesionarios, en perjuicio de los permisionarios de servicios de radiodifusión, los concesionarios de servicios de telecomunicaciones (bandas de frecuencias para usos determinados) y de cualquier nuevo interesado en obtener una concesión para prestar tales servicios de telecomunicaciones, es decir los relativos a bandas de frecuencias para usos determinados.

Máxime que los criterios que al respecto se emitan, únicamente serán aplicados a aquellos concesionarios a los que se está privilegiando con la autorización de la prestación de servicios adicionales de telecomunicación, con lo cual resulta evidente que no constituyen requisitos o condiciones que reduzcan o eliminen la ventaja indebida y régimen de privilegio concedido a los concesionarios en materia de radiodifusión.

Finalmente, debe advertirse que la desigualdad y ventaja económicas que el artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión otorga a los concesionarios de los servicios de radiodifusión (audio y televisión abierta) en relación con los concesionarios de bandas de frecuencia para usos determinados a que se refiere la fracción I del artículo 11 de la Ley Federal de Telecomunicaciones (audio y televisión restringida utilizando el espectro radioeléctrico en la frecuencia o canal asignado), tampoco puede considerarse subsanada mediante la emisión del Acuerdo de convergencia de servicios fijos de telefonía local y televisión y/o audio restringidos que se proporcionan a través de redes públicas alámbricas e inalámbricas, publicado en el Diario Oficial de la Federación de tres de octubre de dos mil seis, que entrara en vigor al día siguiente de su publicación, que autoriza también a los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones que prestan servicios fijos, a proporcionar servicios adicionales de telefonía local o de televisión y/o audio restringidos, estableciendo la adición a los títulos de concesión respectivos a fin de que puedan determinar libremente en la banda o bandas de frecuencias que les hayan sido concesionadas con anterioridad, la cantidad de ancho de banda de espectro radioeléctrico que destinarán a la prestación de los referidos servicios adicionales, es decir a que en la banda de frecuencia concesionada para un uso determinado se incluya un uso diverso, mediante el pago de una contraprestación fijada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a propuesta de la Comisión Federal de Telecomunicaciones.

En la parte que interesa, el Acuerdo aludido establece:

“PRIMERO.- Se promueve la convergencia de servicios fijos de telefonía local y televisión y/o audio restringidos, a través de redes alámbricas e inalámbricas incluyendo redes de comunicación vía satélite, misma que tiene los siguientes objetivos:

a) Facilitar la convergencia de redes y servicios de telecomunicaciones, así como la sana competencia entre concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones que proporcionan el servicio de televisión y/o audio restringidos (concesionarios de televisión y/o audio restringidos) y concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones que proporcionan el servicio fijo de telefonía local (concesionarios de telefonía local), mediante la interconexión e interoperabilidad eficiente de sus redes, sobre bases de tarifas no discriminatorias, la implementación de la portabilidad de números y el establecimiento de medidas que prevengan subsidios cruzados.

b) Autorizar mediante un procedimiento sumario a los concesionarios de televisión y/o audio restringidos prestar el servicio fijo de telefonía local, así como a los concesionarios de telefonía local prestar el servicio de televisión y/o audio restringidos.

...

SEGUNDO.- Para alcanzar los objetivos antes mencionados, se autoriza a los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones que prestan servicios fijos, a proporcionar servicios adicionales de telefonía local o de televisión y/o audio restringidos, según corresponda, de conformidad con las disposiciones que a continuación se indican:

a) *Previo cumplimiento de los requisitos correspondientes establecidos en el presente Acuerdo, se adiciona, a los títulos de concesión para instalar, operar y explotar redes públicas de telecomunicaciones que prestan el servicio de televisión y/o audio restringidos, a través de redes cableadas, por microondas terrenal o vía satélite, el Anexo I que comprende el servicio fijo de telefonía local, cuya prestación queda sujeta al cumplimiento de las condiciones establecidas en el mismo y forma parte del presente Acuerdo.*

b) *Previo cumplimiento de los requisitos correspondientes establecidos en el presente Acuerdo, se adiciona, a los títulos de concesión para instalar, operar y explotar redes públicas de telecomunicaciones que prestan el servicio fijo de telefonía local, alámbrica o inalámbrica, el Anexo II que comprende el servicio de televisión y/o audio restringidos, cuya prestación queda sujeta al cumplimiento de las condiciones establecidas en el mismo y forma parte del presente Acuerdo. En el caso de los concesionarios de telefonía local cuyos títulos de concesión establezcan que no pueden explotar, directa o indirectamente, ninguna concesión de servicios de televisión al público en el país o que tengan restricciones para prestar el servicio adicional de televisión y/o audio restringidos (concesionarios con restricciones), la adición de referencia se realizará en términos del Transitorio Segundo del presente instrumento.*

c) *Los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones que prestan servicios fijos podrán determinar libremente, en la banda o bandas de frecuencias que les hayan sido concesionadas con anterioridad, la cantidad de ancho de banda de espectro radioeléctrico que destinarán para la prestación del servicio adicional de telefonía local o de televisión y/o audio restringidos, siempre y cuando no se afecten la calidad y diversidad de los servicios de telecomunicaciones previamente autorizados por la Secretaría en sus títulos de concesión, que sean modificados en términos del presente Acuerdo, ni se causen interferencias a dichos servicios.*

d) *Las demás condiciones de los respectivos títulos de concesión y sus anexos quedan vigentes en todos sus términos, con excepción de lo señalado por los Transitorios Segundo y Tercero del presente Acuerdo.*

...

TERCERO.- *Los concesionarios que deseen iniciar la prestación de cualquiera de los servicios antes mencionados deberán haber cumplido las obligaciones establecidas en las condiciones de su título de concesión para instalar, operar y explotar una red pública de telecomunicaciones, y satisfacer de manera general los siguientes requisitos:*

a) *Presentar debidamente requisitado el Formato de Solicitud para Prestación de Servicios de Telecomunicaciones Adicionales (Formato de Solicitud) que se agrega como Anexo III, en el que manifiesten su obligación de cumplir los requisitos y condiciones establecidos en este Acuerdo, que les resulten aplicables, el cual se deberá acompañar con los correspondientes comprobantes de pago de derechos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Federal de Derechos.*

...

b) *En caso de que el concesionario requiera utilizar las bandas de frecuencias que tenga concesionadas con anterioridad, para la prestación del servicio adicional a los comprendidos en los títulos de concesión correspondientes, deberá comunicar a la Secretaría la cantidad de Megahertz cuyo uso destinará para la prestación del servicio de que se trate, para efecto de que se fije la contraprestación correspondiente.*

La contraprestación al Gobierno Federal será fijada, a propuesta de la COFETEL, por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), en su calidad de autoridad competente en la materia, en términos de lo preceptuado en las disposiciones jurídicas aplicables. Los lineamientos y criterios relativos a la contraprestación que en su oportunidad apruebe la SHCP, podrán ser consultados en la página de Internet de la Dirección General de Política de Telecomunicaciones: <http://dgpt.sct.gob.mx>, una vez publicados por dicha Dirección General en términos del Transitorio Cuarto del presente Acuerdo. La Secretaría notificará por escrito al concesionario el monto y condiciones para el pago de la contraprestación. El trámite para la fijación de la mencionada contraprestación se realizará en los plazos que establece la LFPA.

..."

El Acuerdo transcrito autoriza a los concesionarios de bandas de frecuencias para uso determinado, concretamente a los de telefonía local fija, televisión y/o audio restringidos, para que presten servicios adicionales al que tenían especificado en su título de concesión, con la modificación que ello implica a la misma, puesto que, como se precisó con anterioridad, la concesión sobre una frecuencia del espectro radioeléctrico se encuentra indisolublemente asociada al uso específico y determinado para el que fue otorgada, sin que para ello se les someta al procedimiento de licitación regulado en los artículos 14 a 23 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, con el pago de la contraprestación prevista en el artículo 14 de la Ley y en el Acuerdo.

Tal circunstancia, tal y como se adelantó, no puede subsanar el vicio de inconstitucionalidad del artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión, en primer lugar, porque nuevamente sin prejuzgar sobre el apego del Acuerdo transcrito a la Carta Fundamental, un beneficio otorgado en un Acuerdo emitido por un Secretario de Estado, no puede purgar el vicio contenido en una ley emanada del Congreso de la Unión; en segundo lugar, porque la desigualdad por el beneficio otorgado a los concesionarios de radiodifusión no sólo se da respecto de los concesionarios de servicios de telecomunicaciones y, concretamente, con los que presten los servicios a que se refiere el Acuerdo, sino que, como se señaló a lo largo del presente considerando, también se da respecto de los permisionarios de servicios de radiodifusión y de cualquier nuevo interesado en obtener una concesión para prestar servicios de telecomunicaciones utilizando bandas de frecuencias para usos determinados; en tercer lugar, porque los beneficiados con el Acuerdo no pueden acceder mediante simple autorización y sin sujetarse al procedimiento de licitación respectivo a la prestación de servicios de radiodifusión, mientras que el artículo 28 de la Ley de Radio y Televisión sí permite que concesionarios de servicios de radiodifusión puedan acceder a la prestación de servicios de telecomunicaciones en tales términos; y, por último, mientras que en el Acuerdo transcrito se establece el pago de una contraprestación por la modificación del título de concesión de banda de frecuencia para uso determinado, conforme al artículo 14 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, en el artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión se establece la contraprestación como una mera posibilidad, por lo que subsiste el trato diferenciado entre uno y otro sector.

Así las cosas, a partir de lo hasta aquí razonado en el presente considerando, este Tribunal Pleno estima que el artículo 17-E, fracción V, en cuanto establece como requisito para el otorgamiento de una concesión en materia de radiodifusión, la mera "solicitud de" opinión favorable "presentada" a la Comisión Federal de Competencia; el artículo 16, en la parte en que establece un plazo fijo para la duración de las concesiones en materia de radiodifusión, así como al disponer que el refrendo de esas concesiones, salvo en el caso de renuncia, no se sujetará al procedimiento de licitación; el artículo 17-G, por cuanto establece el mecanismo de subasta pública para el otorgamiento de las referidas concesiones; y el artículo 28, que consagra un sistema de privilegio para la obtención de una concesión en materia de telecomunicaciones, todos de la Ley Federal de Radio y Televisión, resultan violatorios de los artículos 1o., 6o., 25, 26, 27 y 28 de la Constitución Federal, en la medida en que permiten un trato discriminatorio que pone en riesgo el ejercicio de la rectoría económica por parte del Estado y dificultan su papel como garante, frente a la sociedad entera, de los derechos a la libertad de expresión y a la información.

Discriminación, la anterior, que no solamente supone una ventaja netamente económica para los concesionarios de servicios de radiodifusión y que, de manera por demás evidente, repercutirá en la determinación de aquello que deba entenderse como mercado relevante y poder sustancial en ese sector de la economía, perturbando la libre competencia y sana competencia en el mismo, sino que, y quizás de manera más significativa, incide en la función que el Estado tiene encomendada como guardián de la libertad de expresión y del derecho a la información, función que supone el fomento de la pluralidad y diversidad en la conformación de los medios de comunicación masiva, con el objetivo irrenunciable de generar una sociedad más integrada, más educada y, sobre todo, más justa.

Así, conforme a lo razonado a lo largo del presente considerando, resulta procedente declarar la invalidez del artículo 16, en las partes que señalan "El término de" y "será de 20 años y", así como "El refrendo de las concesiones, salvo en el caso de renuncia, no estará sujeto al procedimiento del artículo 17 de esta ley"; artículo 17-E, fracción V, en las porciones normativas que establecen "Solicitud de" y "presentada a"; artículo 17-G, en la parte que dice "a través de subasta pública"; artículo 28 en su integridad y, en términos del artículo 41, fracción IV, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional, del artículo 28-A en vía de consecuencia, todos de la Ley Federal de Radio y Televisión.

DECIMO SEXTO.- Estudio innecesario de un concepto de invalidez.

Al haber resultado fundados los conceptos de violación planteados contra el artículo 28, se omite el estudio del décimo noveno concepto de invalidez, al resultar ello innecesario.

En efecto, en dicho concepto de invalidez, en esencia, se adujo:

Que el Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión, es violatorio del artículo 16 constitucional en la medida en que contraviene lo dispuesto por la Ley de Inversión Extranjera, específicamente sus artículos 6o., fracción III, 7o., fracción III, inciso x y 8o.

Es decir, los servicios de radiodifusión y otros de radio y televisión, distintos a los de televisión por cable, están reservados de manera exclusiva a mexicanos o sociedades mexicanas con exclusión de extranjeros, sin embargo, se autoriza la inversión extranjera neutra.

La inversión extranjera se acepta hasta el 49% en las sociedades concesionarias en términos de los artículos 11 y 12 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y tratándose de telefonía celular, podrán hacerlo hasta en un 100%, previa autorización de la Comisión de Inversión Extranjera.

Aparentemente, en congruencia con la Ley de Inversión Extranjera, la Ley Federal de Radio y Televisión dispone que no se admitirán extranjeros como socios o asociados de la sociedad concesionaria o permissionaria, sin embargo la autorización de prestación de servicios adicionales de telecomunicaciones a un concesionario de radio y televisión, permitirá a dichos concesionarios el uso de capacidad existente por arrendamiento, compra, fusión o cualquier otro mecanismo de asociación de los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones, materia en la cual se acepta la inversión extranjera hasta en un 100%, de manera tal que, evidentemente, este tipo de inversión tendrá injerencia directa en las empresas de radiodifusión, violentando el artículo 16 constitucional, con obvias consecuencias culturales, económicas y sociales.

Como se advierte, es innecesario el estudio de los anteriores planteamientos porque se dirigen a controvertir el artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión que, en términos del considerando precedente de este fallo, debe ser declarado inválido, resultando en este sentido aplicable la siguiente tesis jurisprudencial de este Alto Tribunal:

“ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD. ESTUDIO INNECESARIO DE CONCEPTOS DE INVALIDEZ. Si se declara la invalidez del acto impugnado en una acción de inconstitucionalidad, por haber sido fundado uno de los conceptos de invalidez propuestos, se cumple el propósito de este medio de control constitucional y resulta innecesario ocuparse de los restantes argumentos relativos al mismo acto.” (Novena Epoca; Instancia: Pleno; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; tomo XIX, junio de 2004; tesis: P.J. 37/2004; página: 863).

DECIMO SEPTIMO.- Improcedencia de la acción respecto de la omisión legislativa relativa al acceso a los medios de comunicación para los pueblos y comunidades indígenas.

En el décimo cuarto concepto de invalidez se aduce la transgresión a los artículos 1 y 2 de la Constitución Federal ante la omisión del legislador de regular los derechos de los pueblos y comunidades indígenas para adquirir, operar y administrar medios de comunicación.

Este Organismo Colegiado considera que la presente acción de inconstitucionalidad es improcedente respecto de la omisión legislativa hecha valer, de conformidad con los siguientes razonamientos.

El artículo 105, fracción II, párrafos primero, segundo y último, dispone:

“Artículo 105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

(...)

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

(...)

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

(...)”

Deriva de la disposición suprema transcrita, que las acciones de inconstitucionalidad tienen por único objeto plantear la posible contradicción entre una norma general y la Constitución; que deben ejercitarse dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma; y que la resolución que en ellas se pronuncie sólo podrá declarar la invalidez de los artículos impugnados cuando sean aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

Así, del análisis de la fracción II del artículo 105 constitucional, no se advierte la procedencia de la acción de inconstitucionalidad contra la omisión legislativa de ajustar los ordenamientos legales secundarios a las prescripciones de la Constitución Federal, sino que tal medio de control sólo procede contra normas generales que hayan sido promulgadas y publicadas en el correspondiente medio oficial, ya que a través de este mecanismo constitucional se realiza un análisis abstracto de la constitucionalidad de la norma, con el único objeto de expulsarla del orden jurídico nacional siempre que la resolución relativa que proponga declarar la invalidez, alcance una mayoría de cuando menos ocho votos, esto es, se trata de una acción de nulidad y no de condena a los Cuerpos Legislativos del Estado Mexicano para producir leyes.

Refuerzan lo antes determinado, por identidad de razones, los criterios contenidos en las siguientes tesis jurisprudenciales de este Tribunal Pleno:

“ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES IMPROCEDENTE CONTRA LA OMISION DEL CONGRESO LOCAL DE AJUSTAR LOS ORDENAMIENTOS LEGALES ORGANICOS Y SECUNDARIOS DE LA ENTIDAD A LAS DISPOSICIONES DE UN DECRETO POR EL QUE SE MODIFICO LA CONSTITUCION ESTATAL. Del análisis gramatical y teleológico de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no se advierte la procedencia de la acción de inconstitucionalidad contra la omisión legislativa de ajustar los ordenamientos legales orgánicos y secundarios de una entidad federativa a las disposiciones de un Decreto por el que se modificó la Constitución Estatal, sino únicamente contra la posible contradicción entre la Constitución Federal y una norma general que haya sido promulgada y publicada en el medio oficial correspondiente, dado que a través de este mecanismo constitucional la Suprema Corte de Justicia de la Nación realiza un análisis abstracto de la constitucionalidad de la norma. Lo anterior se corrobora con la exposición de motivos de la iniciativa que dio origen a la reforma del citado precepto constitucional, de donde se advierte que la intención del Órgano Reformador de la Constitución Federal, al crear la acción de inconstitucionalidad, fue la de establecer una vía para que los entes legitimados, entre ellos los partidos políticos, pudieran plantear ante esta Suprema Corte la posible contradicción entre una norma general publicada en el medio oficial correspondiente y la Constitución Federal, características que no reviste la aludida omisión del Congreso Local, dado que no constituye una norma general y menos aún ha sido promulgada y publicada, por lo que resulta improcedente dicha vía constitucional.” (Jurisprudencia; Novena Época; Instancia: Pleno; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; tomo XXI, mayo de 2005; tesis P./J. 23/2005; página 781.)

“ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES IMPROCEDENTE EN CONTRA DE LA OMISION DE APROBAR LA INICIATIVA DE REFORMAS A UNA CONSTITUCION LOCAL. A través de este medio de control constitucional no pueden impugnarse actos de carácter negativo de los Congresos de los Estados, como lo es la omisión de aprobar la iniciativa de reformas a la Constitución Local, por no constituir una norma general que por lo mismo no se ha promulgado ni publicado, los cuales son presupuestos indispensables de la acción. Lo anterior se infiere de la interpretación armónica de los artículos 105, fracción II, inciso d), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 61 de la ley reglamentaria de la materia, en los que se prevé la procedencia de la acción de inconstitucionalidad que en contra de leyes expedidas por las Legislaturas de los Estados, promuevan el equivalente al treinta y tres por ciento de sus integrantes, ya que se exige como requisito de la demanda el señalamiento del medio oficial de publicación, puesto que es parte demandada no sólo el órgano legislativo que expidió la norma general, sino también el Poder Ejecutivo que la promulgó; de esta forma, no puede ser materia de una acción de inconstitucionalidad cualquier acto de un órgano legislativo, sino que forzosamente debe revestir las características de una norma general, y que además, ya haya sido publicada en el medio oficial correspondiente.” (Jurisprudencia; Novena Época; Instancia: Pleno; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; tomo XV, marzo de 2002; tesis: P./J. 16/2002; página: 995.)

En consecuencia, procede declarar improcedente la presente acción de inconstitucionalidad respecto de la omisión del legislador de regular los derechos de los pueblos y comunidades indígenas para adquirir, operar y administrar medios de comunicación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105, fracción II, de la Constitución Federal, en relación con los artículos 19, fracción VIII, 59 y 65 de la Ley Reglamentaria de la materia, que establecen, el segundo citado, la procedencia de aplicar a las acciones de inconstitucionalidad,

en lo no previsto respecto de ellas, las disposiciones del Título II de ese ordenamiento legal para las controversias constitucionales; el último dispositivo mencionado, la facultad del Ministro instructor de aplicar en las acciones de inconstitucionalidad, las causas de improcedencia contempladas en el artículo 19; y el primer artículo reglamentario citado, la improcedencia que resulte de alguna disposición legal.

DECIMO OCTAVO.- Efectos de la presente resolución.

En atención a todo lo considerado en la presente resolución, se declara la invalidez de los siguientes preceptos de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión:

I. Ley Federal de Telecomunicaciones:

a) Artículo 9-C, último párrafo, que literalmente establece: "La Cámara de Senadores podrá objetar dichos nombramientos o la renovación respectiva por mayoría, y cuando ésta se encuentre en receso, la objeción podrá realizarla la Comisión Permanente, con la misma votación. En todo caso, la instancia legislativa tendrá treinta días para resolver a partir de la fecha en que sea notificada de los nombramientos; vencido este plazo sin que se emita resolución al respecto, se entenderán como no objetados los nombramientos del Ejecutivo Federal. Los comisionados asumirán el cargo una vez que su nombramiento no sea objetado conforme al procedimiento descrito."

Por lo tanto, el artículo queda en los siguientes términos:

"Artículo 9-C.- Los comisionados serán designados por el Titular del Ejecutivo Federal y deberán cumplir los siguientes requisitos:

I. Ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos;

II. Ser mayor de 35 y menor de 75 años, y

III. Haberse desempeñado en forma destacada en actividades profesionales, de servicio público o académicas relacionadas sustancialmente con el sector telecomunicaciones.

Los comisionados se abstendrán de desempeñar cualquier otro empleo, trabajo o comisión públicos o privados, con excepción de los cargos docentes. Asimismo, estarán impedidos para conocer asuntos en que tengan interés directo o indirecto."

b) Artículo segundo transitorio, tercer párrafo, que establece: "No serán elegibles para ser comisionados o Presidente de la Comisión, las personas que ocupen dichos cargos a la entrada en vigor del presente Decreto, por lo que hace a la primera designación de los comisionados y del Presidente de la Comisión."

Por lo tanto, dicho precepto queda en los siguientes términos:

"SEGUNDO.- La primera designación de los comisionados a que se refiere este Decreto, por única vez, se hará mediante nombramientos por plazos de cinco, seis, siete y, en dos casos, por ocho años, respectivamente. Los comisionados designados conforme a este artículo podrán ser designados para ocupar el mismo cargo por una segunda y única ocasión, por un periodo de ocho años.

Los nombramientos a que se refiere el párrafo anterior serán realizados en un plazo no mayor de 30 días naturales a partir de la entrada en vigor del presente Decreto."

II. Ley Federal de Radio y Televisión:

a) Artículo 16 de la Ley Federal de Radio Televisión en las partes que señalan: "El término de", "será de 20 años y", así como "El refrendo de las concesiones, salvo en el caso de renuncia, no estará sujeto al procedimiento del artículo 17 de esta ley."

Por tanto, el artículo se leerá de la siguiente forma:

"Artículo 16.- Una concesión podrá ser refrendada al mismo concesionario que tendrá preferencia sobre terceros. El refrendo de las concesiones, salvo en el caso de renuncia, no estará sujeto al procedimiento del artículo 17 de esta ley.

Para efectos meramente aclaratorios, se precisa que la invalidez de las anteriores porciones normativas no provoca incertidumbre e inseguridad en cuanto a la existencia y duración de un término para las concesiones, pues si el artículo 16 alude a la figura del refrendo es porque las concesiones se otorgan, en todo caso, por un plazo determinado y, para establecer la duración de éste deberá atenderse, conforme al artículo de 7-A, fracción I, de la ley Federal de Radio y Televisión que establece que: "A falta de disposición expresa en esta Ley, en su Reglamento o en los Tratados Internacionales, se aplicarán: I. La Ley Federal de

Telecomunicaciones;...”, a lo que dispone el artículo 19 de dicha ley, que a su vez establece: “Las concesiones sobre bandas de frecuencias se otorgarán por un plazo hasta de 20 años...”, aplicación supletoria con la cual se logra, además, una regla uniforme tanto para los concesionarios de bandas de frecuencias para usos determinados en materia de telecomunicaciones como para los concesionarios de servicios de radiodifusión.

b) Fracción V del artículo 17-E, en la porción normativa que establece: “Solicitud de...presentada a...”.

Por tanto, esa fracción queda en los siguientes términos:

“Artículo 17-E.- Los requisitos que deberán llenar los interesados son:

(...)

V. Opinión favorable la Comisión Federal de Competencia.”

c) Artículo 17-G, en la parte que señala: “...a través de subasta pública.”.

Por lo que el precepto queda en los términos siguientes:

“Artículo 17-G.- La Comisión valorará, para definir el otorgamiento de la concesión, la congruencia entre el Programa a que se refiere el artículo 17-A de esta ley y los fines expresados por el interesado para utilizar la frecuencia para prestar el servicio de radiodifusión, así como el resultado de la licitación.”

d) Artículo 20, en las siguientes porciones normativas:

1) De la fracción I, en la porción que dispone: “...cuando menos...”.

2) De la fracción II, la primera parte, que señala: “De considerarlo necesario, la Secretaría podrá sostener entrevistas con los interesados que hubiesen cumplido, en su caso, con los requisitos exigidos, para que aporten información adicional con relación a su solicitud.”

3) De la fracción III, en la porción que establece: “...a su juicio...”

En consecuencia, el artículo queda en los términos siguientes:

“Artículo 20.- Los permisos a que se refiere la presente Ley se otorgarán conforme al siguiente procedimiento:

I. Los solicitantes deberán presentar la información a que se refieren las fracciones I, III, IV y V del artículo 17-E de esta Ley, así como un programa de desarrollo y servicio de la estación;

II. Lo anterior, sin perjuicio de la demás información que la Secretaría considere necesario recabar de otras autoridades o instancias, para el cabal conocimiento de las características de cada solicitud, del solicitante y de su idoneidad para recibir el permiso de que se trate.

III. Cumplidos los requisitos exigidos y considerando la función social de la radiodifusión, la Secretaría resolverá sobre el otorgamiento del permiso.

La duración de los permisos no excederá de 20 años, renovables por plazos iguales.”

e) Artículo 28, en su integridad.

f) Artículo 28-A, en su integridad, como consecuencia de la declaración de invalidez del artículo 28 de la misma Ley, en términos de lo dispuesto en el artículo 41, fracción IV, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional.

Finalmente, se determina, con fundamento en los artículos 73 y 45 de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que la presente resolución surtirá sus efectos a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Por lo expuesto y fundado, se resuelve:

PRIMERO.- Es parcialmente procedente y parcialmente fundada la presente acción de inconstitucionalidad.

SEGUNDO.- Se desestima la acción de inconstitucionalidad respecto de los artículos Segundo Transitorio, primer párrafo, de la Ley Federal de Telecomunicaciones, que prevé la designación escalonada de los integrantes de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, y 17-E, 17-F, 17-G, 20 y 21 de la Ley Federal de Radio y Televisión, en cuanto establecen un trato diferenciado a concesionarios y permisionarios en el

régimen para el otorgamiento de concesiones y permisos en materia de radiodifusión, en virtud de que las respectivas propuestas de declarar su invalidez no fueron aprobadas por la mayoría de cuando menos ocho votos a que se refieren los artículos 105, fracción II, último párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 72 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II de dicho precepto constitucional.

TERCERO.- Se reconoce la validez de los artículos 9-A, fracciones XI, XII y XIV; y Transitorios Cuarto y Quinto de la Ley Federal de Telecomunicaciones; 79-A y Transitorio Segundo de la Ley Federal de Radio y Televisión, de conformidad con lo expuesto en los considerandos séptimo, octavo, noveno y décimo segundo.

CUARTO.- Se reconoce la validez de los artículos 9-A, primer párrafo, de la Ley Federal de Telecomunicaciones; y 21-A de la Ley Federal de Radio y Televisión, de conformidad con lo expuesto en los considerandos noveno y décimo.

QUINTO.- Se reconoce la validez del artículo 9-A, fracción XVI, de la Ley Federal de Telecomunicaciones, de conformidad con lo expuesto en el considerando noveno; asimismo se reconoce la validez del artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión, en cuanto otorga a los concesionarios derechos a refrendo y preferencia sobre terceros, de conformidad con lo expuesto en el considerando décimo quinto.

SEXTO.- Se reconoce la validez de los artículos 9-D de la Ley Federal de Telecomunicaciones, y 20, fracción II, segunda parte, de la Ley Federal de Radio y Televisión, de conformidad con lo expuesto en los considerandos décimo tercero y décimo, respectivamente.

SEPTIMO.- Se declara la invalidez de los artículos Transitorio Segundo, tercer párrafo, de la Ley Federal de Telecomunicaciones; y 17-G, porción normativa que dice: "... a través de subasta pública.", 28 y 28-A de la Ley Federal de Radio y Televisión, de conformidad con lo expuesto en los considerandos octavo y décimo quinto.

OCTAVO.- Se declara la invalidez de los artículos 9-C, último párrafo, de la Ley Federal de Telecomunicaciones; y de la Ley Federal de Radio y Televisión: 16, en cuanto al término "de 20 años" de las concesiones y porción normativa que establece: "El refrendo de las concesiones, salvo el caso de renuncia, no estará sujeto al procedimiento del artículo 17 de esta ley."; 17-E, fracción V, porción normativa que dice "...solicitud de...presentada a..."; 20, fracción I, porción normativa que dice "...cuando menos..."; fracción II, primera parte, y fracción III, porción normativa que dice "...a su juicio...", conforme a lo expuesto en los considerandos octavo, décimo quinto y décimo, respectivamente.

NOVENO.- Es improcedente la acción de inconstitucionalidad respecto de la omisión legislativa denunciada, de conformidad con lo expuesto en el considerando décimo séptimo.

Notifíquese; haciéndolo por medio de oficio a las partes; publíquese esta resolución en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, así como en el Diario Oficial de la Federación; y, en su oportunidad, archívese el expediente.

Así lo resolvió el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el que por unanimidad de nueve votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Azuela Güitrón, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y Presidente Ortiz Mayagoitia, aprobó los puntos resolutivos.

Las votaciones relativas al resolutivo Segundo son las siguientes:

a) Invalidez del artículo Segundo Transitorio, párrafo primero, de la Ley Federal de Telecomunicaciones (designación escalonada de los integrantes de la Comisión Federal de Telecomunicaciones); mayoría de seis votos de los señores Ministros Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas y Silva Meza, en contra los señores Ministros Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón y Presidente Ortiz Mayagoitia.

b) Invalidez de los artículos 17-E, 17-F, 17-G, 20 y 21 de la Ley Federal de Radio y Televisión (trato diferenciado a concesionarios y permisionarios en el régimen para el otorgamiento de concesiones y permisos en materia de radiodifusión); mayoría de cinco votos de los señores Ministros Góngora Pimentel, Azuela Güitrón, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas y Silva Meza, en contra los señores Ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas y Presidente Ortiz Mayagoitia.

Votaciones unánimes, nueve votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Azuela Güitrón, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y Presidente Ortiz Mayagoitia a favor del reconocimiento de validez de los artículos a que se refiere el resolutivo Tercero, que son las siguientes: Artículo 9-A, fracciones XI (facultades de la Comisión Federal de Telecomunicaciones para imponer obligaciones específicas en materia de tarifas, calidad de servicio e información a los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones que tengan poder

sustancial en el mercado), XII (atribución de la Comisión Federal de Telecomunicaciones para recibir el pago por concepto de derechos, productos o aprovechamientos que proceden en materia de telecomunicaciones, conforme a las disposiciones aplicadas) y XIV (facultad de la Comisión Federal de Telecomunicaciones para intervenir en asuntos internacionales en el ámbito de su competencia) de la Ley Federal de Telecomunicaciones; Transitorios Cuarto y Quinto, de la Ley Federal de Telecomunicaciones, y Segundo, de la Ley Federal de Radio y Televisión (derogación tácita de los reglamentos expedidos con anterioridad por el Poder Ejecutivo y el plazo concedido para la emisión de nuevos); 79-A de la Ley Federal de Radio y Televisión (acceso a los medios de comunicación en materia de propaganda electoral).

Las votaciones que se refieren al reconocimiento de validez contenido en el resolutivo Cuarto son las siguientes:

a) Del artículo 9-A, primer párrafo, de la Ley Federal de Telecomunicaciones (creación de la Comisión Federal de Telecomunicaciones como órgano desconcentrado); mayoría de ocho votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Azuela Güitrón, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y Presidente Ortiz Mayagoitia, en contra el señor Ministro Góngora Pimentel.

b) Del artículo 21-A de la Ley Federal de Radio y Televisión (requisitos que deben cumplir los permisionarios para operar una estación de radiodifusión); mayoría de ocho votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Azuela Güitrón, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Ortiz Mayagoitia, en contra el señor Ministro Silva Meza.

Las votaciones del reconocimiento de validez de los artículos 9-A, fracción XVI, de la Ley Federal de Telecomunicaciones (atribución de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, de manera exclusiva, de las facultades que en materia de radio y televisión le confieren a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes la Ley Federal de Radio y Televisión, los Tratados y Acuerdos Internacionales, las demás leyes, reglamentos y cualesquiera otras disposiciones administrativas aplicables) y 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión en cuanto otorga a los concesionarios derechos al refrendo y preferencia sobre terceros, a que se refiere el resolutivo Quinto; mayoría de seis votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Azuela Güitrón, Valls Hernández y Presidente Ortiz Mayagoitia, en contra los señores Ministros Góngora Pimentel, Sánchez Cordero de García Villegas y Silva Meza.

Las votaciones que se refieren al reconocimiento de validez contenido en el resolutivo Sexto son:

a) Del artículo 9-D de la Ley Federal de Telecomunicaciones (duración del cargo de los Comisionados por períodos de ocho años renovables, por un solo período, y sólo podrán ser removidos por causa grave debidamente justificada); mayoría de cinco votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Ortiz Mayagoitia, en contra los señores Ministros Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel y Silva Meza.

b) Del artículo 20, fracción II, de la Ley Federal de Radio y Televisión (atribución de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes para recabar información de otras autoridades o instancias, sin perjuicio de las demás que consideren necesarias, para el cabal conocimiento de las características de cada solicitud del solicitante y de su idoneidad para recibir el permiso de que se trata); mayoría de cinco votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Franco González Salas, Azuela Güitrón, Valls Hernández y Presidente Ortiz Mayagoitia, en contra los señores Ministros Luna Ramos, Góngora Pimentel, Sánchez Cordero de García Villegas y Silva Meza.

La votación de la declaración de invalidez a que se refiere el resolutivo Séptimo, de los artículos Segundo Transitorio, tercer párrafo, de la Ley Federal de Telecomunicaciones (inelegibilidad de los integrantes de la anterior Comisión Federal de Telecomunicaciones para integrarla nuevamente), y 17-G, en la porción normativa que dice "...a través de subasta pública...", 28 (solicitud de los concesionarios de los servicios de radiodifusión para prestar servicios adicionales a través de las bandas de frecuencias concesionadas) y 28-A (atribución de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes de emitir disposiciones de carácter general a las que se sujetará la autorización para la prestación de servicios adicionales de telecomunicación por parte de los concesionarios de radiodifusión) de la Ley Federal de Radio y Televisión; unanimidad de nueve votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Azuela Güitrón, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y Presidente Ortiz Mayagoitia.

Las votaciones de la declaración de invalidez a que se refiere el resolutivo Octavo son las siguientes:

a) Del artículo 9-C, último párrafo (facultad de objeción del Senado a los nombramientos de los integrantes de la Comisión Federal de Telecomunicaciones) de la Ley Federal de Telecomunicaciones; mayoría de ocho votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Azuela Güitrón, Valls Hernández, Silva Meza y Presidente Ortiz Mayagoitia, en contra la señora Ministra Sánchez Cordero de García Villegas.

b) Del artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión, en cuanto al término “de 20 años” de las concesiones; mayoría de ocho votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Azuela Güitrón, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y Presidente Ortiz Mayagoitia, en contra la señora Ministra Luna Ramos.

c) Del artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión, en la porción normativa que establece “El refrendo de las concesiones, salvo el caso de renuncia, no estará sujeto al procedimiento del artículo 17 de esta ley.”; unanimidad de nueve votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Azuela Güitrón, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y Presidente Ortiz Mayagoitia.

d) De los artículos 17-E, fracción V, en la porción normativa que dice “...solicitud de...presentada a...”, 20, fracción I, en la porción normativa que dice “...cuando menos...”, fracción II, primera parte, y fracción III, en la porción normativa que dice “...a su juicio...”; mayoría de ocho votos de los señores Ministros Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Azuela Güitrón, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y Presidente Ortiz Mayagoitia, en contra el señor Ministro Aguirre Anguiano.

La improcedencia de la acción de inconstitucionalidad respecto de la omisión legislativa denunciada a que se refiere el resolutivo Noveno; mayoría de cinco votos de los señores Ministros Luna Ramos, Franco González Salas, Azuela Güitrón, Valls Hernández y Presidente Ortiz Mayagoitia, en contra los señores Ministros Aguirre Anguiano, Góngora Pimentel, Sánchez Cordero de García Villegas y Silva Meza.

Los señores Ministros de las minorías reservaron su derecho de formular, en su caso y oportunidad, votos de minoría o particulares.

Los señores Ministros de las unanimidades y de las mayorías reservaron su derecho de formular, en su caso y oportunidad, votos concurrentes o aclaratorios.

No asistió el señor Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, por licencia concedida.

En sesión pública celebrada el lunes veintiuno de mayo de dos mil siete se calificó de legal el impedimento para conocer del asunto que hizo valer el señor Ministro José Ramón Cossío Díaz, por mayoría de seis votos de los señores Ministros Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y Presidente Ortiz Mayagoitia; los señores Ministros Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón y Valls Hernández votaron en contra; no asistió a la sesión el señor Ministro Gudiño Pelayo, por licencia concedida.

En sesión privada de seis de agosto de dos mil siete se aprobó el engrose por unanimidad de diez votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Azuela Güitrón, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y Presidente Ortiz Mayagoitia; no intervino el señor Ministro Cossío Díaz por no haber participado en la discusión y resolución del asunto, por haberse calificado de legal el impedimento que planteó.

Firman los señores Ministros Presidente y Ponente, con el Secretario General de Acuerdos, que autoriza y da fe.- El Ministro Presidente, **Guillermo I. Ortiz Mayagoitia**.- Rúbrica.- El Ministro Ponente, **Sergio Salvador Aguirre Anguiano**.- Rúbrica.- El Secretario General de Acuerdos, **José Javier Aguilar Domínguez**.- Rúbrica.

VOTOS QUE FORMULA EL SEÑOR MINISTRO GENARO DAVID GONGORA PIMENTEL, EN RELACION CON LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL PLENO DE SIETE DE JUNIO DE DOS MIL SIETE, QUE RESOLVIO LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 26/2006, PROMOVIDA POR LOS SENADORES INTEGRANTES DE LA QUINCAGESIMA NOVENA LEGISLATURA DEL CONGRESO DE LA UNION.

En relación con la acción de inconstitucionalidad señalada al rubro, a lo largo de la discusión de la misma, manifesté mi disenso con la forma en que votaron la mayoría de los integrantes del Pleno en algunos de los temas, y aún en aquéllos en que compartí la determinación sobre las normas impugnadas, considero que el tamiz a través del cual se analizaron no era el adecuado, pues en el estudio se preponderaron argumentos de carácter económico sobre los derechos fundamentales que en el caso se encuentran implicados tales como libertad de expresión, información y prensa.

En atención a la multiplicidad de asuntos abordados, el presente documento se divide por temas, aclarando en cada uno de ellos si el voto que formulo es concurrente, esto es que concuerdo con el sentido, pero no con los motivos que llevan a la mayoría a adoptar la decisión o bien, si es particular, lo que implica que no comparto el sentido adoptado.

Marco regulatorio del régimen de concesiones sobre bandas de frecuencia (espectro radioeléctrico).**I. Marco regulatorio de las concesiones (voto concurrente).**

Estoy de acuerdo con el tratamiento del marco regulatorio aplicable a las concesiones sobre bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico, especialmente en cuanto enfatiza la relación indisoluble de la frecuencia concesionada con el uso específico que se le da.

Sin embargo me parece que hubo cuestiones que debieron ser afinadas, pues por ejemplo se afirma que las leyes especiales que regulan el espacio aéreo en la materia relativa son la Ley Federal de Telecomunicaciones y la Ley Federal de Radio y Televisión, pero para llegar a dicha conclusión desde mi punto de vista resultaba necesario demostrar que el espectro radioeléctrico es parte del espacio situado sobre el territorio nacional.

Dicha inconsistencia, se subsana precisando que el artículo 27 constitucional establece el dominio directo de la Nación sobre el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el derecho internacional. Asimismo, la sección I, apartado 1.5 del Reglamento de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), que tiene el carácter de tratado internacional, define a las ondas radioeléctricas u ondas hertzianas como las ondas electromagnéticas, cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de 3,000 Ghz (gigahertz), que se propagan por el espacio sin guía artificial. Por su parte, el artículo 3o., fracción II, de la Ley Federal de Telecomunicaciones define al espectro radioeléctrico, como el espacio que permite la propagación sin guía artificial de ondas electromagnéticas cuyas bandas de frecuencias se fijan convencionalmente por debajo de los 3,000 gigahertz.

En este tenor, considero que relacionando el concepto de ondas radioeléctricas, definido por el derecho internacional, y el de espectro radioeléctrico puede concluirse que este último forma parte del espacio situado sobre el territorio nacional a que se refiere el artículo 27 constitucional, adiciones que en nada modificaban el contenido del fallo, pero que abonaban en exactitud.

II. Marco constitucional y legal regulatorio del servicio de radiodifusión (voto concurrente).

En general estoy de acuerdo con el tratamiento del proyecto, aunque considero que en esta parte del marco constitucional, era menester desarrollar los temas atinentes a los derechos fundamentales en juego, ya que este asunto era el idóneo para fijar los conceptos claves, así como al alcance de al menos algunos aspectos relativos al ejercicio de la libertad de expresión.

Este asunto fue paradigmático desde diversos puntos de vista tales como la transparencia, la utilización de conocimientos científicos y técnicos, superando concepciones tales como que para resolver sólo se necesita la Constitución y la ley. Por tanto, estimo que otra herramienta fundamental que debió aprovecharse es el conocimiento jurídico que nos revela la jurisprudencia internacional.

Lo anterior, pues desde mi punto de vista no es posible que al día de hoy la jurisprudencia tanto de Cortes internacionales o regionales como de otros países del mundo libre nos siga siendo ajena o aparezca apenas como un pequeño atolón en nuestras resoluciones. Además de que algunas jurisdicciones han sido aceptadas por el Estado Mexicano y, en ese sentido, nos obligan, como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunado a que la esencia de los derechos fundamentales es universal.

A fin de que este Tribunal no quede aislado, es indispensable integrarnos al coloquio jurisprudencial internacional y hacer de la comparación un método de interpretación constitucional. Lo que se ha avanzado en otros países es parte de un patrimonio de la humanidad que debemos aprovechar. Por ello, haré referencia al marco jurídico internacional, así como a los precedentes de los Tribunales regionales de derechos humanos en materia de libertad de expresión.

El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹, proclama el derecho a la libertad de expresión. Las obligaciones internacionales de México respecto de la libertad de expresión, también están especificadas en el artículo 19 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos².

¹ Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

² Artículo 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Nuestro país también signó la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo artículo 13³ regula las libertades de pensamiento y de expresión. Los otros instrumentos regionales de protección de los derechos humanos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos también tutelan la libertad de expresión.

La importancia relevante de la libertad de la expresión –dentro de la que se encuentra incluido el derecho a la información- como un derecho humano ha sido extensamente reconocida, tanto por su propio mérito como bajo la consideración de que constituye un apuntamiento esencial de la democracia y un medio de salvaguardar otros derechos humanos. En su primera sesión en 1946 la Asamblea General de Naciones Unidas declaró:

“La libertad de la información es un derecho humano fundamental y... la piedra de toque de todas las libertades a las cuales las Naciones Unidas están consagradas.”

Este punto de vista ha sido reiterado por tres cuerpos judiciales regionales con jurisdicción sobre derechos humanos: La Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos⁴, la Corte Europea de Derechos Humanos⁵ y, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que al emitir la opinión consultiva OC-5/85, sentó los dos aspectos básicos del derecho a la libertad de expresión y a la información: el aspecto individual y el aspecto social.

“31. En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas “por cualquier... procedimiento”, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente...”

32. En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.”

Estos puntos de vista han sido reiterados por Cortes de diversos países.

Es claro que las libertades de expresión, información y prensa consagradas en los artículos 6o. y 7o. constitucionales, son básicas para que pueda pensarse siquiera en la existencia de un sistema democrático. Estos derechos incluyen necesariamente la libre utilización de todos los medios de expresión que puedan difundir ideas y comprende especialmente a los medios masivos de difusión como son la radio y la televisión,

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesaria para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

³ Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías a medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

⁴ Al resolver el caso Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project v Nigeria, este órgano ha sentado respecto de Artículo 9 de la Convención: “Este Artículo refleja el hecho que la libertad de la expresión es un derecho humano básico, vital para desarrollo personal de un individuo, su conciencia política, y la participación en la conducta de los asuntos públicos de su país.”

⁵ Al resolver el caso “Handyside”, la Corte Europea reconoció el papel clave de esta libertad, cuando afirmó: “La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. Al amparo del artículo 10.2 es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una “sociedad democrática”. Esto significa especialmente que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue.”

pues sería absurdo, en la sociedad contemporánea, que sólo la palabra hablada o escrita estuviera constitucionalmente protegida.

En efecto, las libertades de expresión y prensa se traducen, como ya lo ha señalado este Tribunal Pleno, en el derecho de todo individuo de exteriorizar sus ideas por cualquier medio, no sólo verbal o escrito, sino por todo aquel que la ciencia y la tecnología proporcionan⁶. Por su parte, el derecho a la información contenido en el artículo 6o. incluye -como también ya lo ha señalado este Alto Tribunal- el derecho a comunicar y el derecho a recibir libremente información, pues es claro que no existe la comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible, de manera que el derecho a la información es un derecho con una doble manifestación que se concreta en comunicar información y recibirla⁷. Se trata de un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

A las consideraciones anteriores, debemos agregar un nuevo escalón interpretativo: Si los medios de comunicación son el soporte material necesario para difundir el pensamiento o para comunicar o recibir información, debe concluirse que las libertades de expresión e información conllevan el derecho a crear los medios de comunicación indispensables para el ejercicio de estas libertades.

Este derecho fundamental de acceso a los medios de comunicación participa de la doble vertiente del derecho a la información que este Tribunal Pleno ha reconocido, por lo que comprende una dimensión individual, que impone que los medios de comunicación estén abiertos a todos sin discriminación, así como una dimensión colectiva o social que exige **ciertas condiciones respecto de éstos**, a fin de que sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla, para lo cual resulta indispensable una regulación acorde con la naturaleza de cada medio, destacando como un aspecto esencial, que exista pluralidad de medios.

Al respecto, la opinión consultiva OC-5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala:

“34. Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, inter alia, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas.”

Todo lo anterior conduce a concluir que el derecho a crear medios de comunicación requiere de acciones de los poderes públicos para su eficacia, que adquieren especial relevancia tratándose de la televisión pues ésta, sobra decirlo, ocupa un lugar central en la formación de la opinión pública, en la que opera como medio y factor. Para definir el alcance de este derecho fundamental, en el aspecto concreto de la televisión, el punto de partida debe ser la realidad de este medio de comunicación: no podemos dejar de lado su enorme poder persuasivo y su particular capacidad de sugestión. Lo anterior se traduce en que la televisión no puede dejarse al libre juego de las fuerzas del mercado, en virtud de los enormes efectos que produce y de las posibilidades que ofrece, así como del peligro que supone su abuso con el fin de influir de forma parcial en la opinión pública.

⁶ Ello fue sostenido en la siguiente tesis:

“PELICULAS CINEMATOGRAFICAS EN IDIOMA EXTRANJERO. EL ARTICULO 8o. DE LA LEY FEDERAL DE CINEMATOGRAFIA QUE PREVE SU EXHIBICION EN VERSION ORIGINAL Y, EN SU CASO, SUBTITULADAS EN ESPAÑOL, CON EXCEPCION DE LAS CLASIFICADAS PARA PUBLICO INFANTIL Y LOS DOCUMENTALES EDUCATIVOS, QUE PODRAN EXHIBIRSE DOBLADAS AL ESPAÑOL, NO TRANSGREDE LA GARANTIA DE LIBERTAD DE EXPRESION CONSAGRADA EN EL ARTICULO 6o. DE LA CONSTITUCION FEDERAL. El artículo 8o. de la Ley Federal de Cinematografía que establece que las películas serán exhibidas en su versión original y, en su caso, subtítuladas en español, en los términos que establezca el reglamento respectivo, mientras que las clasificadas para público infantil y los documentales educativos podrán exhibirse dobladas al español, no transgrede la libertad de expresión que como garantía individual consagra el artículo 6o. de la Constitución Federal, consistente en el derecho de todo individuo de exteriorizar sus ideas por cualquier medio, no sólo verbal o escrito, sino por todo aquel que la ciencia y la tecnología proporcionan, con la única limitante de que quien emita su opinión no provoque situaciones antijurídicas como el ataque a la moral, a los derechos de terceros, cometa un delito o perturbe el orden público. Ello es así, en virtud de que el artículo impugnado permite la exteriorización de las ideas que transmite el autor de la obra a través de diferentes medios, como es la traducción en forma escrita, tratándose de las películas subtítuladas filmadas en idioma extranjero o la sustitución del idioma en que originalmente se filmó la película por el idioma español, cuando se trate de películas infantiles y documentales, por lo que el hecho de que tal precepto no contemple como medio de difusión de las ideas, para todo tipo de películas, su traducción verbal al idioma español, no constituye una violación a la garantía constitucional referida.”

(Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XI, Junio de 2000, tesis P. LXXXVII/2000, página 29)

⁷ Así lo sostuvo el Tribunal Pleno al fallar el amparo en revisión 3137/98.

El derecho de acceso a los medios de comunicación, en el caso de la televisión constituye, en las condiciones de la moderna comunicación de masas, un complemento y un refuerzo para la libertad en el proceso de formación de la opinión; sirve a la función de garantizar la formación libre y plural de la opinión a través de la televisión. Este derecho debe ser interpretado bajo estas condiciones y no desde el punto de vista del derecho subjetivo a la libertad de expresión de los radiodifusores, ni desde el punto de vista de la protección al desarrollo de actividades económicas lucrativas de las empresas televisivas.

Por otra parte, la escasez del espectro radioeléctrico implica que sólo un número reducido de ciudadanos tenga acceso a operar canales de radio y televisión, por lo que los poderes públicos no sólo están obligados a no estorbar el derecho a crear medios de comunicación, sino a adoptar las medidas necesarias para remover los obstáculos que el libre juego de las fuerzas sociales podrían oponerle, asegurando el fortalecimiento del régimen democrático.

En efecto, en la medida en que la radio y la televisión, en su modalidad de radiodifusión, utiliza el espectro radioeléctrico, debe vincularse con el artículo 28 constitucional y, por tanto, su uso deberá realizarse en beneficio general, asegurando su utilización social, que en el caso resulta más relevante al estar vinculada con el derecho fundamental de libertad de expresión, el cual exige que exista una pluralidad de medios que contribuya a la formación de una opinión pública libre, requisito de funcionamiento del Estado democrático, para que pueda realizarse uno de los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo 25 constitucional: permitir el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales.

Además de lo expuesto, al igual que en el tema anterior estimo que hay cuestiones que no fueron suficientemente tratadas.

1) Se afirma que el artículo 25 de la Constitución Federal no contiene ningún derecho fundamental, para lo cual se citan tesis aplicables al juicio de amparo. Al respecto considero que ello es inexacto porque si bien en el juicio de garantías al analizarse los conceptos de violación particulares se llegó a esa conclusión, estamos en presencia de un medio diverso de control constitucional en el que al ser el análisis abstracto no resulta aplicable el criterio citado. Además creo que dicho precepto sí contiene derechos fundamentales, tales como la dignidad de los individuos y los grupos y clases sociales, mismos que si bien no es el momento para desarrollar su contenido, tampoco podemos negar su existencia.

2) Se señala que la Ley Federal de Radio y Televisión regula aspectos relacionados con la programación y contenido de estos medios, me parece muy importante precisar que la regulación de los contenidos televisivos y radiofónicos no está limitada a la "radiodifusión", definida por el artículo 2o. de la Ley Federal de Radio y Televisión, sino que atendiendo a una interpretación conforme con los artículos 6o. y 7o. constitucionales, debe entenderse que comprende también al "servicio de radio y televisión" regulado por la Ley Federal de Telecomunicaciones, de manera que el divorcio entre los conceptos de "radiodifusión" y "radio y televisión" sólo opera en cuanto a aspectos técnicos y en cuanto a la licitación, pero no en lo relativo a los contenidos, los cuales están sujetos a la Ley Federal de Radio y Televisión, en virtud de la función social de estos medios de comunicación.

En efecto, a través de los servicios de radio y televisión regidos por la Ley Federal de Telecomunicaciones no sólo es posible prestar servicios de televisión y radio restringidos, sino emisiones gratuitas y abiertas susceptibles de llegar a un público indeterminado y discrecional, teniendo ambas la posibilidad de trascender a la opinión pública en similar medida que la radiodifusión, lo que hace indispensable que tanto los contenidos de la televisión restringida como de la televisión abierta a través de redes públicas de telecomunicaciones estén regulados por la Ley Federal de Radio y Televisión.

No me pasa desapercibido que existe un Reglamento del Servicio de Televisión y Audio Restringidos que somete los contenidos de la televisión restringida al marco de la ley; sin embargo, dicho reglamento no comprende a la televisión abierta a través de redes públicas de telecomunicaciones, además de que la aplicabilidad de la Ley Federal de Radio y Televisión a los contenidos no puede depender de lo que diga un reglamento, sino que es una exigencia de las libertades de expresión e información.

Estructura de la Comisión Federal de Telecomunicaciones. Artículos 9 A, 9 B, 9 C, 9 D y 9 E de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

I. Creación de órganos desconcentrados por el Poder Legislativo (voto concurrente).

En el Pleno por unanimidad de votos se determinó reconocer la validez del artículo 9-A de la Ley Federal de Telecomunicaciones, que consagra la existencia de la COFETEL.

La mayoría sostuvo esta posición, por estimar que la Comisión Federal de Telecomunicaciones no fue creada mediante el Decreto combatido, sino que tiene su origen en el diverso Decreto expedido por el Presidente de la República, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 9 de agosto de 1996. Asimismo,

sostuvo que el Congreso tiene facultades para crear órganos desconcentrados, pues el artículo 90 constitucional establece que podrá distribuir los negocios del orden administrativo de la Federación, sin que esta facultad se agote o se limite a la expedición de la Ley Orgánica de la administración pública Federal, máxime que el Congreso tiene facultades para legislar en materia de vías generales de comunicación en el artículo 73, fracción XVII y para expedir las leyes que sean necesarias a objeto de hacer efectivas dichas atribuciones.

Al respecto tengo algunas divergencias, pues no estoy de acuerdo con la afirmación de que la actual Comisión Federal de Telecomunicaciones es la misma que fue creada por Decreto del Presidente, ya que si bien el Presidente de la República creó la Comisión Federal de Telecomunicaciones en cumplimiento a lo ordenado por el Congreso de la Unión en el artículo Décimo Primero Transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones de 1995⁸, dicho precepto no contemplaba lo relativo a la denominación, integración ni facultades de dicho órgano, sino que le dio amplias facultades al Titular del Ejecutivo para ello.

Ahora bien, mediante la reforma impugnada la Comisión Federal de Telecomunicaciones se elevó a rango legal, modificándose su diseño en los artículos 9-A, 9-B, 9-C, 9-D y 9-E de la Ley Federal de Telecomunicaciones, los cuales le otorgan más autonomía y neutralidad política. Tales preceptos prevén una nueva integración, una nueva forma de nombramiento e incluso nuevas facultades, pues se le transfieren las que en materia de radio y televisión correspondían a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, según lo dispuesto en el artículo 9-A, fracción XVI⁹, de la ley en comento.

En este sentido, al ser este nuevo diseño incompatible con el previsto en el Decreto presidencial, debe estimarse que éste fue implícitamente abrogado atendiendo al principio de primacía legal.

Por otra parte, en cuanto a la facultad de crear órganos disiento de la posición de la mayoría, pues contrario a los motivos señalados por mis compañeros, para mí es claro que dicha facultad corresponde originalmente al Congreso, a quien toca distribuir los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos, mientras que la facultad del Presidente para crear órganos deriva de la ley, específicamente de los artículos 14, 17 y 45¹⁰ de la Ley Orgánica de la administración pública Federal, por lo que ésta es su límite y medida¹¹.

La facultad del Congreso de la Unión para organizar la administración pública Federal no se agota con la expedición de la Ley Orgánica de la administración pública Federal, sino que implica necesariamente la posibilidad de crear no sólo órganos desconcentrados, sino incluso órganos dentro de la estructura piramidal de las secretarías, como direcciones generales.

⁸ Décimo Primero.- A más tardar el 10 de agosto de 1996, el Ejecutivo Federal constituirá un órgano desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, con autonomía técnica y operativa, el cual tendrá la organización y facultades necesarias para regular y promover el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones en el país, de acuerdo a lo que establezca su decreto de creación.

⁹ Artículo 9-A.- La Comisión Federal de Telecomunicaciones es el órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría, con autonomía técnica, operativa, de gasto y de gestión, encargado de regular, promover y supervisar el desarrollo eficiente y la cobertura social amplia de las telecomunicaciones y la radiodifusión en México, y tendrá autonomía plena para dictar sus resoluciones. Para el logro de estos objetivos, corresponde a la citada Comisión el ejercicio de las siguientes atribuciones:

(...) XVI. De manera exclusiva, las facultades que en materia de radio y televisión le confieren a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes la Ley Federal de Radio y Televisión, los tratados y acuerdos internacionales, las demás leyes, reglamentos y cualesquiera otras disposiciones administrativas aplicables, y"

¹⁰ ARTICULO 14.- Al frente de cada Secretaría habrá un Secretario de Estado, quien para el despacho de los asuntos de su competencia, se auxiliará por los Subsecretarios, Oficial Mayor, Directores, Subdirectores, Jefes y Subjefes de Departamento, oficina, sección y mesa, y por los demás funcionarios que establezca el reglamento interior respectivo y otras disposiciones legales.

ARTICULO 17.- Para la más eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de su competencia, las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos podrán contar con órganos administrativos desconcentrados que les estarán jerárquicamente subordinados y tendrán facultades específicas para resolver sobre la materia y dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso, de conformidad con las disposiciones legales aplicables.

ARTICULO 45.- Son organismos descentralizados las entidades creadas por ley o decreto del Congreso de la Unión o por decreto del Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cualquiera que sea la estructura legal que adopten.

¹¹ Así lo ha sostenido este Tribunal Pleno, entre otras, en la siguiente tesis:

"FACULTAD REGLAMENTARIA. EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA NO LA EXCEDE AL CREAR UNA AUTORIDAD, SI SE AJUSTA A LA LEY. De conformidad con los artículos 14, 16, 17 y 18 de la Ley Orgánica de la administración pública Federal, el secretario de Estado, para el despacho de los asuntos de su competencia, se auxiliará por los demás funcionarios que establezca el reglamento interior respectivo; igualmente se establece que para la eficaz atención y eficiente despacho, las secretarías de Estado y los departamentos administrativos podrán contar con órganos administrativos desconcentrados que les estarán subordinados y que en el reglamento interior de cada una de las secretarías de Estado, se determinarán las atribuciones de sus unidades administrativas. Luego, si en el artículo 111 del Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público se señala que las Administraciones Generales de Recaudación, de Auditoría Fiscal y la Jurídica de Ingresos, contarán con administraciones locales, la creación de esta autoridad no contraría a la Constitución, en tanto que de acuerdo con su artículo 89, fracción I, el presidente de la República ejerció debidamente la facultad reglamentaria. Esto es, a través del reglamento creó la mencionada autoridad y determinó sus atribuciones, a fin de que las dependencias que integran la administración pública federal puedan realizar las funciones previstas en la ley, lo que significa precisamente proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de la ley reglamentada". (Novena Epoca, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VI, Noviembre de 1997, tesis P. CLII/97, página 76)

Lo anterior lo demuestra la práctica constitucional ininterrumpida, pues múltiples órganos de la administración pública centralizada, tanto desconcentrados como de la estructura piramidal han sido creados por ley, tales como la Dirección General de Profesiones, prevista por la Ley Reglamentaria del Artículo 5o. constitucional, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, el Servicio de Administración Tributaria, el Instituto Politécnico Nacional, y la Comisión Reguladora de Energía, creados por sus propias leyes, entre otros¹².

II. Creación de la Comisión Federal de Telecomunicaciones como órgano desconcentrado (voto concurrente).

No obstante lo anterior, estimo que la creación de la COFETEL como un órgano desconcentrado, resulta inconstitucional porque sus facultades en materia de radio y televisión no pueden ser ejercidas por un órgano que guarde una relación de jerarquía con el Presidente de la República, lo cual encuentra apoyo en dos argumentos:

1. En la facultad del Poder Legislativo para crear órganos a manera de administraciones independientes en el ámbito de la administración pública paraestatal y,

2. En la exigencia constitucional de que el órgano técnico regulador de radio y televisión sea creado siguiendo el referido modelo.

A. Facultad del Congreso para crear Administraciones Independientes

Existen en nuestro sistema jurídico ciertos órganos aislados del poder político, semejantes a las administraciones independientes que, han eclosionado a nivel internacional. Lo anterior ha sido producto tanto de la democratización de nuestra sociedad, la desconcentración del poder, la desconfianza en la conducción política, la preferencia por decisiones técnicas, e inclusive también de la globalización, pues las obligaciones que nuestro país suscribe conllevan en muchos casos la creación de órganos con determinadas características, que sean ajenos al control político directo.

Para lograr la neutralización política a que me he referido, estos órganos comparten todas o algunas de las siguientes medidas: 1) Sistema de nombramiento mediante un mecanismo de colaboración de poderes, 2) Imposibilidad de remover libremente a sus integrantes durante el periodo de designación que la propia ley establece, 3) Plazos de designación que no coincidan con el plazo del mandato presidencial, 4) Obligación de rendir informes ante el Congreso y, 5) Prever requisitos de idoneidad de sus integrantes.

La facultad del Congreso para crear este tipo de órganos se encuentra en el artículo 90 constitucional, el cual lo autoriza a distribuir los negocios del orden administrativo de la Federación en los ámbitos centralizado y paraestatal.

Esta distinción entre administración pública centralizada y paraestatal tiene un contenido material referido a la naturaleza esencial de la función encomendada, de manera que aquello que es puramente ejecutivo nunca podría llevarse a cabo por órganos no sujetos al poder de mando del Presidente. Al respecto, debemos hacer una distinción sumamente importante entre:

a) Facultades que son estrictamente ejecutivas, es decir, aquellas para cuya consecución es necesaria la existencia de una relación de jerarquía y de dirección políticas, como las de gobernación, seguridad nacional, seguridad pública, política tributaria, política de salud, desarrollo social, política económica, etcétera.

b) Facultades en las que no exista necesidad de una conducción política y en las que, por tanto, se pueda prescindir de la relación de jerarquía, o ésta no sea deseable en atención a la consecución de un bien constitucional que requiera neutralidad política en la conducción.

Así, al distribuir los negocios del orden administrativo, el legislativo **sólo puede crear órganos sin vínculo de jerarquía con el Ejecutivo tratándose de funciones que no sean puramente ejecutivas**, para lo cual debe acudir a la figura de la administración pública paraestatal.

Ahora bien, para la creación y configuración de órganos independientes del poder político, dentro de la administración pública paraestatal, el Poder Legislativo no cuenta con libertad absoluta, pues está limitado por el principio de división de poderes, cuya esencia radica en la tutela del núcleo esencial de la función ejecutiva, de manera que aún en tales casos deberán subsistir vínculos y relaciones, distintos a la subordinación, entre el poder ejecutivo y la administración independiente.

¹² La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, creada mediante la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

El Registro Agrario Nacional, creado por la Ley Agraria.

La Comisión Nacional de Seguridad Nuclear y Salvaguardias, creada en la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia Nuclear.

La Comisión Nacional del Agua, prevista en la Ley de Aguas Nacionales.

El Centro de Investigación y Seguridad Nacional, establecido en la Ley de Seguridad Nacional.

El Centro de Estudios Superiores en Turismo, creado por la Ley Federal de Turismo.

El Instituto Nacional de Derechos de Autor, en la Ley Federal del Derecho de Autor. La Comisión de Apelación y Arbitraje del Deporte, en la Ley General de Cultura Física y Deporte.

La Comisión Nacional de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, en la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.

En síntesis, considero que el legislador puede optar por la configuración de este tipo de órganos, siempre y cuando se reúnan las siguientes condiciones:

1) Que la independencia administrativa persiga satisfacer algún valor o principio constitucionalmente relevante y que la naturaleza de la función no sea puramente ejecutiva.

2) Que con la despolitización del órgano y la consiguiente ruptura de la jerarquía se cumpla la finalidad constitucional perseguida.

3) Que no se rompa totalmente el vínculo con los poderes públicos, pues ello sólo es propio de los organismos constitucionales autónomos, cuyo diseño está previsto directamente en la Constitución y tienen por ello garantías institucionales de las que no gozan las administraciones independientes.

4) Que el diseño del órgano, tanto en su creación como en su funcionamiento, se rija por un esquema de colaboración de poderes y no implique un desplazamiento del Ejecutivo o una intervención inocua o simulada, ni un acrecentamiento de los otros poderes a costa de aquél, en el entendido de que, cuando la función del órgano requiera de un grado mayor de independencia respecto del Ejecutivo, mayores pueden ser los candados a su influencia.

5) Que el órgano sea creado dentro de la administración pública paraestatal.

Siguiendo este cartabón, el Congreso puede crear administraciones independientes cuando así lo estime conveniente. Sin embargo, tratándose del órgano técnico regulador de la radiodifusión, más allá de una cuestión de conveniencia, existe una exigencia constitucional de optar por tal modelo.

Para demostrarlo debe tenerse como referencia el marco constitucional e internacional que rige a las libertades de expresión, información y prensa y que quedó previamente expuesto.

B. Exigencia constitucional de independencia de los órganos reguladores en materia de radiodifusión.

Dentro del esquema del derecho a la libertad de expresión, es indudable que, dada la especial posición de la radiodifusión, **el derecho de acceso a los medios de comunicación requiere de autonomía por parte del órgano técnico regulador en la materia, a efecto de que este ámbito no sea controlado por ningún grupo político o económico y, por el contrario, se conserve siempre como un bien social**, de modo que su inmenso poder sea el instrumento, sustrato y soporte de las libertades públicas, la democracia, el pluralismo y las culturas.

El sentido de dicha autonomía es la de sustraer la dirección y el manejo de la radiodifusión del control de las mayorías políticas y de los grupos económicos dominantes. La libertad de acceso y el pluralismo que deben caracterizar a la radio y la televisión pueden resquebrajarse cuando los medios de comunicación se convierten en canales propagandísticos de la mayoría política o de los grupos económicos dominantes, de modo que **la autonomía del órgano regulador en materia de radiodifusión se erige en una garantía funcional e institucional del derecho de acceso a los medios de comunicación**, a fin de que aquél no sea un ejecutor de la política discrecional del Estado, sino únicamente de las directrices de la política de radiodifusión adoptadas por el legislador.

La necesidad de que los órganos técnicos reguladores en materia de radio y televisión y encargados de dictaminar y decidir sobre el otorgamiento de concesiones estén exentos de interferencia política y comercial, en particular por el Gobierno, ha sido recogida en diversas declaraciones y documentos de cuerpos internacionales y tribunales nacionales, tales como:

- Las Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas a los informes de Líbano¹³, Kyrgyztán¹⁴, Sudán¹⁵, y Mauricio¹⁶.

¹³ "El Comité por lo tanto recomienda que el partido Estatal examine y enmiende la Ley de Medios de noviembre de 1994, así como su reglamento, con miras a adecuarlos al artículo 19 del Pacto. Recomienda que el partido Estatal establezca una autoridad reguladora de radiodifusión independiente, con el poder de examinar solicitudes de radiodifusión y conceder licencias de acuerdo con criterios razonables y objetivos." (Informe Anual del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el 21 de septiembre de 1997, Doc. de Naciones Unidas A/52/40)

¹⁴ "El Comité expresa su preocupación por el cierre de periódicos bajo cargos de evasión fiscal y con el objeto de imponerles multas. Le preocupan también al Comité las funciones del organismo nacional de comunicaciones, dependiente del Ministerio de Justicia, que está dotado de facultades enteramente discrecionales para conceder o denegar licencias a las emisoras de radio y televisión. El retraso o la denegación de las licencias repercuten en el ejercicio de la libertad de expresión y prensa amparada por el artículo 19." (CCPR/CO/69/KGZ)

¹⁵ "El Comité ve con preocupación el régimen de autorización de la prensa y de otros medios de comunicación, así como la exigencia de consignar en un registro los nombres y las señas de los directores de periódico, periodistas e impresores. El Comité abriga dudas acerca de la independencia del Consejo Nacional de la Prensa y las Comunicaciones. En consecuencia: se deben modificar las leyes y los decretos en vigor para eliminar todas las medidas que limiten sin justificación el funcionamiento de los medios de comunicación y pongan en peligro la libertad de expresión." (CCPR/C/79/Add. 85)

¹⁶ "El Comité expresa la esperanza de que se establezca lo antes posible la Junta Independiente de Radio y Televisión y sugiere la creación de un mecanismo que permita la elaboración de un Código deontológico para la prensa." (CCPR/C/79/Add. 60; A/50/44, paras. 132-145)

- El Informe Anual del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de 29 de enero de 1999.¹⁷
- La Carta Africana sobre Radiodifusión de 2001¹⁸
- La Recomendación del Consejo de Europa sobre el pluralismo en los medios de comunicación, de 20 de noviembre de 2000.¹⁹
- La cuestión 8/1 de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.²⁰
- Las Actas Finales de la Conferencia de Plenipotenciarios (pp-02) de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, adoptadas en Marrakech, Marruecos, el 17 de octubre de 2002.²¹
- El Plan Estratégico de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, 2004-2007.²²
- El Documento de Referencia de la Organización Mundial de Comercio sobre Telecomunicaciones Básicas, el cual hace referencia a la independencia del órgano respecto de los participantes en el mercado, cuando señala que: "El órgano de reglamentación será independiente de todo proveedor de servicios de telecomunicaciones básicas y no responderá ante él. Las decisiones del órgano de reglamentación y los procedimientos aplicados serán imparciales con respecto a todos los participantes en el mercado."

Estas declaraciones internacionales han sido retomadas en sus sentencias por varios tribunales nacionales, como los de Alemania, Italia, Colombia, Sri Lanka y Ghana, los cuales han hecho énfasis en la necesidad de que los órganos técnicos rectores de la radiodifusión gocen de autonomía.²³

En consecuencia, **al haber transmitido a la COFETEL las facultades en materia de radio y televisión, el Congreso de la Unión estaba obligado a asegurar la autonomía del órgano respecto de los poderes políticos y económicos, para lo cual era indispensable que su creación se hubiera realizado fuera de la administración pública centralizada**, previendo requisitos de idoneidad en el sistema de integración del órgano, de tal manera que se asegurara la independencia de los comisionados respecto de los órganos del poder político, así como respecto de los entes a los cuales se pretende regular.

Así, en el artículo 9-C de la Ley Federal de Telecomunicaciones no se advierte el establecimiento de ningún requisito que garantice la independencia respecto del poder político o el económico.

¹⁷ "Cualquier mecanismo regulatorio, ya sea para medios electrónicos o impresos, debe ser independiente de todos los partidos políticos y así como en su relación con el Gobierno." (E/CN.4/1999/64)

¹⁸ "Todos los poderes formales en las áreas de regulación de radiodifusión y telecomunicaciones deben ser ejercidos por autoridades públicas, protegidas contra interferencias, particularmente de naturaleza política o económica, por, entre otras cosas, un proceso de nombramiento de sus miembros que sea abierto, transparente, e implique la participación de la sociedad civil y no sea controlado por ningún partido político." (Cuestiones Regulatorias, punto 2)

¹⁹ "Los Estados miembros tendrían que establecer autoridades de regulación del sector de la radiodifusión. Los reglamentos y procedimientos que regulen su funcionamiento tendrían que establecer con claridad su independencia y protegerla. La ley tiene que definir claramente las obligaciones y las competencias de las autoridades de regulación, así como los medios para su funcionamiento, los procedimientos de nombramiento de sus miembros y las modalidades de su funcionamiento. 2. Nombramiento, composición y funcionamiento.

Las reglas que rijan estas autoridades, en particular su composición, son un elemento clave de su independencia. Así pues, se tendrían que definir las reglas de manera que protejan las autoridades de toda injerencia externa, especialmente por parte de las fuerzas políticas o de intereses económicos." (Recomendación REC (2000) 23, de 20 de diciembre de 2000.)

²⁰ "Si existe un ente regulador, es importante que tenga i) claridad sobre su jurisdicción y mecanismos de resolución definidos, ii) competencia organizativa adecuada, iii) financiación adecuada, y iv) aislamiento político. La independencia dimana en mayor medida de este último factor que de cualquier definición formal, y se manifiesta en la facultad de disensión del ente regulador."

²¹ "Reconociendo (...) d) que, en muchos Estados Miembros de la UIT, se han creado órganos reguladores independientes que se ocupan de cuestiones relativas a la reglamentación tales como la interconexión, la determinación de las tarifas y la elaboración de normas en materia de interconexión;"

²² "2.1.11 el mantenimiento de la separación de las funciones de explotación y reglamentación, y creación de numerosos órganos independientes de reglamentación de las telecomunicaciones;"

²³ Los Tribunales Constitucionales tanto de Alemania como de Italia han enfatizado la necesidad de que los reguladores sean independientes del Gobierno. Hasta 1974, el Tribunal Constitucional italiano sostuvo que la radio y la televisión debían estar bajo control parlamentario, no ejecutivo para asegurar la independencia.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional Alemán declaró inconstitucional el establecimiento de un radiodifusor nacional controlado por el gobierno, ya que la garantía de libertad de expresión prohíbe el control gubernamental directo o indirecto.

La Corte Suprema de Sri Lanka, en el caso Athukorale sostuvo que la ley de radiodifusión era inconstitucional, entre otras cosas, porque las autoridades reguladoras eran insuficientemente independientes, declarando: "Si bien las autoridades reguladoras son, por los motivos explicados, necesarias, es imperativo que tales autoridades sean independientes. Como hemos visto, las frecuencias electromagnéticas son universalmente consideradas como propiedad pública. En esta área, el gobierno es un fideicomisario para el público: su derecho y deber son proporcionar autoridades reguladoras independientes para salvaguardar los intereses de las personas en el ejercicio de sus derechos fundamentales: No más y no menos. De otra forma las libertades de pensamiento y discurso, incluso el derecho a la información, serían colocados en peligro."

La Corte Suprema de Ghana hizo notar el papel de los reguladores independientes de radio y televisión "para respirar el aire de independencia en los medios estatales que asegure que estén aislados del control gubernamental."

En estas condiciones, la configuración de la COFETEL, como un órgano de la administración pública centralizada y, por ende, con vínculos indisolubles de jerarquía con el Ejecutivo, atenta gravemente contra el derecho de acceso a los medios de comunicación, por lo cual resultan inconstitucionales los artículos 9-A, que crea a la COFETEL como órgano desconcentrado; 9-C, relativo a los requisitos de los comisionados y a la objeción del senado a los nombramientos; 9-D, en lo tocante a la remoción por causa grave debidamente justificada; y Segundo Transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones, relativo al escalonamiento de las designaciones.

III. Objeción del Senado a los nombramientos de Comisionados de la Comisión Federal de Telecomunicaciones. Artículo 9-C, último párrafo de la Ley Federal de Telecomunicaciones²⁴.

En el aspecto relativo a la declaración de invalidez del último párrafo que establece la objeción del Senado a los nombramientos de los Comisionados, estoy de acuerdo con dicha determinación aun cuando por razones distintas a las de la mayoría.

Como señalé, la configuración de la Comisión Federal de Telecomunicaciones como un órgano desconcentrado no garantiza de manera suficiente su autonomía, atributo que constituye una exigencia constitucional de los derechos de expresión, información y prensa; por tanto, si bien el mecanismo de objeción del Senado impugnado sería un medio adecuado para lograr la despolitización del órgano, en el presente caso resulta inconstitucional, por haber sido incorporado dentro de la administración pública centralizada por lo que no pueden imponerse este tipo de requisitos que rompen con la necesaria relación de jerarquía.

IV. Duración de los Comisionados, y remoción por causa grave debidamente justificada. Artículo 9-D de la Ley Federal de Telecomunicaciones (voto particular).

Por lo que hace a los temas previstos por el artículo 9-D de la Ley Federal de Telecomunicaciones, relativos al plazo de duración de los Comisionados y que éstos sólo podrán ser removidos por causa grave debidamente justificada, contrario a las consideraciones de la mayoría que los llevaron a reconocer su validez estimo que en congruencia con lo que he sostenido también resulta inconstitucional.

El artículo 89, fracción II, de la Constitución Federal, establece que es facultad del Presidente remover libremente a los empleados de la Unión, siempre que ello no esté determinado de otro modo en la Constitución o en las leyes. Dicho precepto no constituye una autorización ilimitada al legislador para imponer restricciones a la citada facultad, sino que debe interpretarse en armonía con los artículos 90, primer párrafo y 123 constitucionales, de manera que esta imposición de modalidades o condiciones, puede operar en el ámbito de la administración pública paraestatal y en el ámbito de la administración pública centralizada únicamente respecto de trabajadores de base.

En efecto, si conforme al artículo 90 constitucional, lo que caracteriza a la administración pública centralizada es la jerarquía, como he señalado, el legislador únicamente puede romper o flexibilizar esta relación en el ámbito de la administración pública paraestatal.

Por su parte, el artículo 123, Apartado B, el cual cabe señalar resulta aplicable únicamente a la administración pública centralizada, establece la diferencia entre trabajadores de base y de confianza, señalando en la fracción IX, respecto de los primeros que la ley fijará los términos en que podrán ser removidos por causa justificada, mientras que respecto de los trabajadores de confianza rige la libre remoción, pues de conformidad con la fracción XIV, sólo gozarán de las medidas de protección al salario y de los beneficios de seguridad social.

Por tanto, si la COFETEL fue creada como un órgano desconcentrado –lo cual como ya he dicho resulta inconstitucional– el legislador tiene que ser congruente con ese diseño y, en consecuencia, no puede romper la relación de jerarquía, mediante la imposición de candados a la remoción o el establecimiento de un plazo fijo de duración del nombramiento.

²⁴ **“ARTICULO 9-C.-** Los comisionados serán designados por el Titular del Ejecutivo Federal y deberán cumplir los siguientes requisitos:

I. Ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos;

II. Ser mayor de 35 y menor de 75 años, y

III. Haberse desempeñado en forma destacada en actividades profesionales, de servicio público o académicas relacionadas sustancialmente con el sector telecomunicaciones.

Los comisionados se abstendrán de desempeñar cualquier otro empleo, trabajo o comisión públicos o privados, con excepción de los cargos docentes. Asimismo, estarán impedidos para conocer asuntos en que tengan interés directo o indirecto.

La Cámara de Senadores podrá objetar dichos nombramientos o la renovación respectiva por mayoría, y cuando ésta se encuentre en receso, la objeción podrá realizarla la Comisión Permanente, con la misma votación. En todo caso, la instancia legislativa tendrá treinta días para resolver a partir de la fecha en que sea notificada de los nombramientos; vencido este plazo sin que se emita resolución al respecto, se entenderán como no objetados los nombramientos del Ejecutivo Federal. Los comisionados asumirán el cargo una vez que su nombramiento no sea objetado conforme al procedimiento descrito”.

En este sentido, tampoco resulta aplicable la fracción IX del Apartado B del artículo 123 constitucional, ya que los comisionados son trabajadores de confianza en tanto que son nombrados directamente por el Presidente de la República.

En estas condiciones, el artículo 9-D de la Ley Federal de Telecomunicaciones resulta inconstitucional.

V. Plazo escalonado de duración de los nombramientos de los comisionados. Artículo Segundo Transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones²⁵ (voto concurrente).

El Pleno de este Alto Tribunal, por unanimidad de votos declaró la invalidez del artículo Segundo Transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones, que establece el plazo escalonado de duración de los miembros de la Comisión Federal de Comunicaciones, por lo que si bien estoy de acuerdo con dicha resolución, no lo estoy con las consideraciones de la mayoría.

Este aspecto de los nombramientos, al igual que los demás mecanismos adoptados por el Congreso para despolitizar a la COFETEL —es decir la objeción del Senado a la designación de comisionados y su remoción sólo por causa grave debidamente justificada— son inconstitucionales, pues aunque el Congreso tiene facultades para adoptar este tipo de medidas tendentes a neutralizar y despolitizar la actuación de ciertos órganos, ello debe necesariamente hacerlo dentro de la administración pública paraestatal y no en la centralizada.

Por tanto, como manifesté a lo largo de las sesiones, estimo que también los artículos 9-C, 9-D y Segundo Transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones son inconstitucionales, toda vez que, al ser la COFETEL un órgano desconcentrado de la administración pública centralizada, su diseño no puede estar desvinculado de la relación jerárquica con el Presidente.

Derogación tácita de los reglamentos expedidos con anterioridad e imposición de un plazo para la expedición de reglamentos.

I. Artículos Cuarto y Quinto Transitorios de la Ley Federal de Telecomunicaciones²⁶ que derogan reglamentos del Ejecutivo Federal (voto concurrente).

Los promoventes argumentan que el artículo Cuarto Transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones, al establecer que las referencias a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes contenidas en otros ordenamientos, incluyendo a los reglamentos, en relación con las atribuciones señaladas en el artículo 9-A de la ley, en el futuro deberán entenderse hechas a la Comisión Federal de Telecomunicaciones; y al transferir las atribuciones de la Dirección General de los Sistemas de Radio y Televisión a la Comisión, resulta violatorio de los artículos 16, 49 y 89, fracción I, constitucionales, pues con ello se derogaron diversos reglamentos, entre ellos el Reglamento Interior de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

Al respecto se señala que la norma transitoria impugnada no modifica ni reforma el reglamento, sino que fija las reglas para que la vigencia y objetivos de las leyes puedan cumplirse.

Aun cuando coincido con el sentido, no lo hago con las consideraciones, pues estimo que en el caso se nos plantean dos problemas jurídicos, a los que no se les da un tratamiento adecuado:

1. ¿Puede la ley incidir en el contenido de los reglamentos?
2. ¿Puede la ley imponer al Ejecutivo un plazo para la expedición de un reglamento?

²⁵ “SEGUNDO.- La primera designación de los comisionados a que se refiere este Decreto, por única vez, se hará mediante nombramientos por plazos de cinco, seis, siete y, en dos casos, por ocho años, respectivamente. Los comisionados designados conforme a este artículo podrán ser designados para ocupar el mismo cargo por una segunda y única ocasión, por un periodo de ocho años.

Los nombramientos a que se refiere el párrafo anterior serán realizados en un plazo no mayor de 30 días naturales a partir de la entrada en vigor del presente Decreto.

No serán elegibles para ser comisionados o Presidente de la Comisión, las personas que ocupen dichos cargos a la entrada en vigor del presente Decreto, por lo que hace a la primera designación de los comisionados y del Presidente de la Comisión”.

²⁶ “CUARTO.- Las referencias que, con anterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto, se hacen en las leyes, tratados y acuerdos internacionales, reglamentos y demás ordenamientos a la Secretaría respecto de las atribuciones señaladas en el artículo 9 A de esta Ley, en el futuro se entenderán hechas a la Comisión.

Las atribuciones de la Dirección General de Sistemas de Radio y Televisión previstas en el artículo 24 del Reglamento Interior de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, a los 30 días naturales a partir de la entrada en vigor de este Decreto, serán ejercidas por la Comisión a través de la unidad administrativa que al efecto prevea su Reglamento Interno y, en su oportunidad, el Reglamento Interior a que se refiere el artículo quinto transitorio de este Decreto. Los recursos humanos, financieros y materiales de la Dirección General mencionada en este párrafo serán transferidos a la Comisión en un plazo de 30 días naturales a partir de la entrada en vigor de este Decreto”.

“QUINTO.- El Reglamento Interior de la Comisión deberá ser expedido por el Titular del Ejecutivo Federal en un plazo no mayor a 90 días naturales, contado a partir de la entrada en vigor del presente Decreto.

Los asuntos en trámite a cargo de unidades administrativas cuyas funciones sean transferidas a la Comisión por virtud del presente Decreto, deberán ser remitidos a esta última en un plazo máximo de 30 días a partir de la entrada en vigor del propio ordenamiento”.

Para dar contestación a ambas cuestiones es necesario tomar en cuenta la estructura de nuestro sistema de fuentes, en específico la relación ley-reglamento que se regula en los artículos 89, fracción I²⁷, y 72, inciso F,²⁸ de la Constitución Federal que prevén la absoluta superioridad de la Ley, expresión de la voluntad de la comunidad, respecto al reglamento, expresión subalterna de la administración.

El primer precepto prevé la facultad reglamentaria del Presidente de la República, para el efecto de proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de la ley, es decir, para desarrollar y complementar en detalle las normas contenidas en las leyes, lo cual configura una potestad normativa secundaria; mientras que el segundo regula que la ley sólo puede ser interpretada (auténticamente) o derogada, conforme a los trámites de su creación.

Las normas anteriores contienen los principios de primacía de la ley y autoridad formal de la ley, los cuales implican la absoluta subordinación del reglamento a ésta; es decir, el reglamento complementa la ley, **pero no puede derogarla, modificarla, ni menos aún limitarla o excluirla**, pues ésta sólo puede ser alterada mediante el mismo procedimiento que le dio origen. En cambio, la ley frente al reglamento no tiene límites de actuación: puede derogar, abrogar o modificar un reglamento o sustituir su contenido por regulaciones propias.

En efecto, en nuestra Constitución, por cuanto se refiere a la facultad reglamentaria derivada de la fracción I del artículo 89, no se prevé una reserva de reglamento, es decir, en materia de reglamento ejecutivo o de desarrollo no hay ningún ámbito material que le pertenezca en exclusiva y en el que pueda actuar al margen o prescindiendo de la ley. Esta se halla en una posición de primacía directiva respecto del reglamento, en el sentido de que ostenta plena potestad de disposición o determinación vinculante respecto del contenido del reglamento y los términos formales de su vigencia. De esta forma:

- a) La ley puede condicionar con entera libertad las remisiones que haga a la potestad reglamentaria, imponiendo contenidos obligatorios o excluyéndolos, estableciendo principios de regulación objetivos de cualquier índole, e inclusive habilitando a otras autoridades administrativas para que dicten normas de carácter general.
- b) La misma disponibilidad ostenta sobre los términos formales de su vigencia, pues puede predeterminar su plazo de vigencia, ampliarlo o reducirlo. El reglamento, por regla general, cesa en su vigencia cuando la ley es derogada, a menos que la propia ley disponga que seguirá vigente.

La superioridad de la ley sobre el reglamento es vertical, piramidal, de modo que abarca la totalidad de las posibilidades de actuación del reglamento. Para ponerlo en términos gráficos, actúa como el oficial que supraordena toda posible actuación militar del soldado.

Por lo anterior, manifiesto mi disenso con el tratamiento proyecto, pues considero que los artículos Cuarto y Quinto Transitorios de la Ley Federal de Telecomunicaciones sí realizan una modificación del contenido de diversas normas reglamentarias y la justificación constitucional de tal actuar no descansa en la naturaleza transitoria de la norma, sino en el principio de primacía de la ley que justifica que esta norma de jerarquía superior a la cual el reglamento se encuentra subordinado por disposición constitucional, pueda modificar el contenido de las normas reglamentarias, sin que ello invada la facultad reglamentaria del Presidente.

II. Artículos Segundo Transitorio de la Ley Federal de Radio y Televisión²⁹ que impone al Presidente de la República un límite temporal para expedir las nuevas disposiciones reglamentarias que sean acordes con las reformas legales y Quinto Transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones que le establece la obligación de expedir el Reglamento Interior de la Comisión en un plazo (voto particular).

En relación con los artículos Quinto Transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Segundo Transitorio de la Ley Federal de Radio y Televisión, que establecen límites temporales para que el Ejecutivo expida el Reglamento Interior de la Comisión y modifique el Reglamento de la Ley Federal de Televisión, en materia de concesiones, permisos y contenido de las transmisiones de la radio y la televisión, hubo una mayoría de 6 Ministros que consideraron inconstitucionales tales preceptos; sin embargo, al tratarse de una

²⁷ Art. 89.- Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:

I.- Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia. (...)

²⁸ Art. 72.- Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el Reglamento de Debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones. (...)

F.- En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación.

²⁹ "SEGUNDO.- El Poder Ejecutivo Federal cuenta con 30 días para realizar las modificaciones correspondientes al Reglamento de la Ley Federal de Radio y Televisión, en Materia de Concesiones, Permisos y Contenido de las Transmisiones de Radio y Televisión, de acuerdo con lo previsto en el presente Decreto".

acción de inconstitucionalidad, la consecuencia es la desestimación del precepto, esto es, no será expulsada del orden jurídico vigente. No obstante ello, estimo necesario externar los motivos por los cuales me pronuncié por reconocer la validez de dichos preceptos transitorios, lo cual me lleva a formular este voto.

En este sentido, estimo que los plazos previstos son constitucionales, en atención al principio de primacía de la ley sobre el reglamento, lo que implica la posibilidad de que se puedan fijar plazos para la expedición de un reglamento, dicha relación de jerarquía debe complementarse con la obligación constitucional del Presidente de la República de ejecutar las leyes.

De esta forma, no es factible considerar que lo previsto por dichos artículos constituyan una invitación hecha por el Poder Legislativo al Ejecutivo para que éste ejerza su facultad reglamentaria, quedando a éste la discreción de la oportunidad de su ejercicio³⁰; pues si bien es cierto que la facultad reglamentaria puede ejercerse de manera espontánea por el Presidente de la República, y en este caso no sería factible obligarlo a expedir la norma reglamentaria.

Por el contrario, cuando la ley establece un plazo o da líneas específicas materiales para el ejercicio de la facultad reglamentaria, aquél se encuentra obligado a cumplir con dicha norma, razón por la cual los plazos para el ejercicio de la facultad reglamentaria no deben ser considerados como mandatos vacíos o huecos, pues el Ejecutivo no tiene posibilidad de elegir si cumple o no con la ley: ésta le obliga por mandato constitucional y debe cumplirla. Incluso, en caso de omisión reglamentaria, puede ser reclamable por el Congreso de la Unión en controversia constitucional.

Constitucionalidad de las condiciones y términos para la obtención del refrendo de una concesión en materia de radiodifusión. Artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión³¹.

El artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión establece varios supuestos en relación con los cuales formularé votos concurrentes o particulares según sea el caso.

I. Refrendo e las concesiones (voto particular).

Por lo que hace al tema de la figura del refrendo, si bien una mayoría de 6 Ministros se pronunció por la invalidez, al no alcanzarse la mayoría calificada, la acción se desestimará y los argumentos de inconstitucionalidad no serán plasmados en la sentencia, por lo que ante la importancia de los mismos formulo el presente voto.

Estimo que el citado precepto es inconstitucional porque la posibilidad de refrendar automáticamente y por un número ilimitado de veces la concesión del espectro para radiodifusión viola la garantía de igualdad del artículo 1o., la libertad de expresión, el derecho a la información, la libertad de prensa y el acceso equitativo a los medios de comunicación establecidos en los artículos 6o. y 7o., así como la utilización social de los bienes regulada por el artículo 28, en relación con los valores democráticos y de pluralismo que inspiran a la Constitución.

No obstante que los conceptos de invalidez planteados se centraron en la violación al principio de libre competencia del artículo 28 constitucional, como he señalado, el tema prioritario a estudiar son los derechos fundamentales involucrados, tales como las libertades de expresión, información y prensa consagradas en los artículos 6o. y 7o. de la Constitución Federal, pues estudiar este asunto en su dimensión económica a la luz únicamente de los artículos 28 y 134 constitucionales soslayaría que aquellos derechos poseen un valor superior o predominante en nuestro orden constitucional en la medida en que son un presupuesto esencial para el buen funcionamiento del sistema democrático.

Luigi Ferrajoli³², a propósito de una sentencia de la Corte Constitucional Italiana y de la Ley Gasparri, ambas en relación con la concentración de medios en manos del ex *premier* italiano, critica la prevalencia que se dio a la libre competencia sobre el pluralismo informativo de la siguiente manera:

“Para enfrentar este acto vergonzoso se apela únicamente a la ley del mercado (del mercado de la información y del consenso político, que a su vez, es gobernado por el mercado de la publicidad): como si la libertad de información sólo fuera un corolario de la ley del mercado y del principio de la libre competencia... ¿Se trata únicamente de antitrust o también y en primer lugar (de) un problema autónomo de libertad y de democracia?”

³⁰ Lo anterior lo sostiene el maestro Gabino Fraga, en su obra “Derecho Administrativo”, posición que no comparto.

³¹ “**ARTICULO 16.-** El término de una concesión será de 20 años y podrá ser refrendada al mismo concesionario que tendrá preferencia sobre terceros. El refrendo de las concesiones, salvo en el caso de renuncia, no estará sujeto al procedimiento del artículo 17 de esta ley”.

“**ARTICULO 17.-** Las concesiones previstas en la presente ley se otorgarán mediante licitación pública. El Gobierno Federal tendrá derecho a recibir una contraprestación económica por el otorgamiento de la concesión correspondiente”.

³² “Libertad de información y propiedad privada”, en CARBONELL, Miguel (Comp.), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*” Porrúa-CNDH, México, 2004, p. 131.

Para mí, la respuesta a la pregunta de Ferrajoli es sencilla: Como lo sostuve y lo ordena la Constitución, la libertad de expresión es la brújula que debe guiar nuestros pasos.

Ahora, el artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión señala que las concesiones se otorgarán por un plazo de 20 años y podrán ser refrendadas al mismo concesionario, quien tendrá preferencia sobre terceros y que el refrendo de las concesiones, salvo en el caso de renuncia, no estará sujeto al procedimiento de licitación del artículo 17 de la propia ley.

Es muy importante precisar lo que aquel artículo consagra en realidad: la concesión a perpetuidad del espectro radioeléctrico para el servicio de radiodifusión. Esto es así, ya que no obstante que se invalidó el plazo fijo de 20 años y que como consecuencia de la supletoriedad que opera a favor de la Ley de Telecomunicaciones, que en el artículo 19³³ establece que "*Las concesiones ... se otorgarán por un plazo de hasta 20 años...*", al subsistir una completa ausencia de requisitos para que opere el refrendo y a la posibilidad de que éste se solicite un número **ilimitado** de veces, se traduce sencillamente en que los actuales concesionarios, o quienes de aquí en adelante resulten vencedores en la licitación, adquirirán el derecho perenne a operar estaciones de radiodifusión, mientras no renuncien a ello. Lo anterior está prohibido por nuestra Constitución como lo demostraré enseguida.

He venido sosteniendo que las libertades de expresión, información y prensa consagradas en los artículos 6o. y 7o. constitucionales incluyen necesariamente la libre utilización de todos los medios de expresión que puedan difundir ideas, especialmente los medios masivos de comunicación como son la radio y la televisión, por lo que existe un derecho constitucional de acceso equitativo a estos medios.

Tales derechos no se limitan a un deber de abstención del Estado, sino que necesariamente llevan implícitos un deber de promoción, que hoy en día es incluso más relevante, pues las fuerzas económicas están en mayor aptitud de violentarlos que el propio Estado. Así, la garantía del libre ejercicio del derecho a difundir y recibir información exige de los poderes públicos la emisión de las normas necesarias para impedir que otras fuerzas sociales obstruyan su ejercicio.

No podemos ignorar que **la televisión** es el medio masivo de comunicación que tiene mayor influencia sobre los ciudadanos, y que ocupa por ello una posición especial en el proceso de formación de la opinión pública, pues no se limita a transmitir noticias, opiniones, programas musicales, culturales, lúdicos u otros; elige qué se va a transmitir y cómo se va a transmitir, lo que le da la posibilidad de dirigir la atención del público en una determinada dirección, actuando no sólo como medio sino como **factor en el proceso de la comunicación**, el cual impacta, incluso de manera definitiva, en la legitimación o deslegitimación de los poderes públicos.

La televisión afecta en términos sustantivos la vida diaria del individuo, lo que implica que quienes tengan acceso al uso del espectro radioeléctrico para prestar el servicio de radiodifusión, tendrán la posibilidad de permeable el tejido social y de encauzar el derrotero del grupo o comunidad que toman como "objeto", afectando y determinando sus patrones y modos de vida.

Esta realidad evidencia la vulnerabilidad de las audiencias frente a los emisores y pone de manifiesto la necesidad de darle mayor peso a los derechos de expresión, información y prensa desde el punto de vista de los receptores; es decir, desde la perspectiva de la dimensión social de este derecho.

Así, tratándose de medios de comunicación que requieren del uso de un bien público restringido como es el espectro radioeléctrico, el legislador está obligado a regularlo de manera tal que garantice la igualdad de oportunidades para su acceso, y propicie un pluralismo que asegure a la sociedad la permanente apertura de un proceso de comunicación que vivifique la democracia y la cultura.

Bajo esta perspectiva, ¿Cómo conciliar la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro, con el refrendo automático e ilimitado? ¿Cómo lograr el pluralismo en los medios de información cuando el refrendo perpetuo impide que nuevas voces se integren a la polifonía de la libertad? ¿Cómo hablar de competencia entre los concesionarios perpetuos de los espacios de radio y televisión, y todas las demás personas?

Un sistema que prevea prórrogas como la descrita, que privilegia a quienes actualmente explotan el espectro radioeléctrico, sin permitir el acceso equitativo a los espacios para un nuevo período de adjudicación, necesariamente restringe las oportunidades de quienes no cuentan con una concesión, y desvirtúa la naturaleza de las concesiones de radiodifusión, las cuales no constituyen un derecho de propiedad sino un privilegio temporal concedido a determinadas personas con exclusión de otras.

³³ "Artículo 19.- Las concesiones sobre bandas de frecuencias se otorgarán por un plazo hasta de 20 años y podrán ser prorrogadas hasta por plazos iguales a los originalmente establecidos, a juicio de la Secretaría. Para el otorgamiento de las prórrogas será necesario que el concesionario hubiere cumplido con las condiciones previstas en la concesión que se pretenda prorrogar; lo solicite antes de que inicie la última quinta parte del plazo de la concesión, y acepte las nuevas condiciones que establezca la propia Secretaría de acuerdo a la presente Ley y demás disposiciones aplicables. La Secretaría resolverá lo conducente en un plazo no mayor a 180 días naturales."

Es claro que la Constitución no exige que al término de una concesión necesariamente deba desplazarse a su titular, sino que éste compita nuevamente en igualdad de circunstancias con otros interesados. El equilibrio y el pluralismo demandan que haya “de todo un poco”: no se trata de borrar del mapa a ningún sector de la radiodifusión, porque eso sería pasar de un extremo a otro. Lo que debe es establecer un marco que permita racionalizar y hacer más equitativa la administración del espectro, de manera que en él tengan cabida la mayor cantidad de voces de las tantas que conforman a nuestra Nación pluricultural, y que por su medio se pueda satisfacer de la mejor manera posible la mayor cantidad de necesidades sociales.

Debemos recordar que en opinión vinculante para este Alto Tribunal la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que:

“34. (...) Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, inter alia, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar (...)”³⁴

En estas condiciones, al establecer un refrendo automático que obstaculiza el acceso de terceros al espectro radioeléctrico en igualdad de circunstancias, impidiendo con ello que exista pluralidad en los medios de comunicación, el artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión viola los artículos 6o., 7o. y 28 de la Constitución, al impedir la realización del valor superior del pluralismo y el principio de la utilización social de los bienes del dominio público, los cuales exigen el acceso democrático al uso del espectro radioeléctrico.

Aunado a lo expuesto, es importante tener en cuenta que dicho privilegio es aún más excluyente, pues los actuales concesionarios no han participado en licitación pública alguna, ya que la legislación previa a la reforma no establecía tal sistema de adjudicación, con lo cual se vulnera el principio de igualdad, ya que para el establecimiento de dicha prerrogativa a favor de los actuales concesionarios, pues una justificación objetiva y razonable, toda vez que antes de la reforma el otorgamiento de las concesiones era discrecional, de manera que no han participado en licitación alguna, ni han tenido que cumplir requisitos legales que los pongan en una situación distinta a la de quienes buscan acceder al mercado de la radiodifusión por primera vez.

Por el contrario, el refrendo *ad perpetuam* a que se refiere el artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión, se traduce en un tratamiento preferente para aquellas personas que actualmente son concesionarias, excluyendo definitivamente la posibilidad de que otras personas compitan con ellas, lo que constituye una discriminación, al no existir justificación objetiva y razonable que legitime ese trato diferenciado, siendo esto violatorio del artículo 1o. de la Constitución.

Para demostrar lo anterior, es necesario recurrir al cartabón o parámetro en materia de igualdad.

a) ¿Se encuentran los concesionarios y los terceros en una situación de igualdad? La respuesta es **sí**, en tanto ambos son titulares del derecho fundamental de acceso a los medios de comunicación.

b) ¿Existe un trato desigual? **Sí**, ya que se otorga a los concesionarios un derecho preferente sobre terceros, con lo que se excluye a éstos definitivamente del acceso a la banda de frecuencia de que se trate.

c) ¿El trato desigual obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida? La respuesta es **sí**, en tanto que con el refrendo se busca la obtención de ganancias que constituyan un incentivo para la inversión.

d) La distinción hecha por el legislador, ¿es adecuada? Para dar respuesta a esta cuestión es necesario señalar que al estar en juego el derecho fundamental de acceso a los medios de comunicación el análisis debe ser estricto, siendo indispensable la existencia de una relación de necesidad entre los medios y los fines, que no se cumple cuando los medios van más allá de los fines buscados o cuando son insuficientes para lograrlos.

En este caso no se surte el requisito de adecuación, ya que la medida adoptada por el legislador va mucho más allá del fin buscado y limita más de lo estrictamente necesario el derecho de acceso a los medios de comunicación, pues no puede pensarse que para recuperar la inversión sea necesaria una concesión perpetua, lo que evidencia que el refrendo ilimitado produce un sacrificio desproporcionado al derecho de acceso a los medios públicos en condiciones de igualdad.

Sería ilógico pensar que una empresa participaría en una licitación sin tener la seguridad de que en el plazo original de la concesión recuperará la inversión y obtendrá ganancias.

³⁴ OC-5/85. En el mismo sentido la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala:

“12. Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.”

Nos han querido vender la idea de que, en virtud de los altos costos de la inversión, la concesión perpetua que consagra el artículo impugnado es apenas suficiente para recuperar modestamente lo invertido, ya no digamos para obtener lucro.

Yo, en cambio, pienso que sería tiránico afirmar que la autoridad legislativa está obligada a proteger los intereses mercantiles de unos cuantos empresarios de radio y televisión por encima de los valores democráticos y de pluralismo; ello favorecería un monopolio monocromático de la información que no es propio de las democracias como la que consagra nuestra Constitución.

Por tanto, el artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión es violatorio de los artículos 1o., 6o., 7o. y 28 de la Constitución Federal, por lo que debe declararse su invalidez total.

Ahora bien, en relación con el principio de libre competencia que prevé el artículo 28 constitucional, si bien como quedó expuesto, desde mi perspectiva no es el motivo de inconstitucionalidad preferente, lo cierto es que dicha violación también se actualiza, pues al otorgarse a los actuales concesionarios el derecho de refrendo en la forma en que quedó expuesta, la ley petrifica las condiciones del mercado prevalentes al momento de su entrada en vigor.

La libre competencia tiene el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, debe ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres, lo que no se logra cuando se excluye de manera definitiva a los posibles interesados en obtener una concesión.

En esta tesitura, la preferencia sobre terceros que consagra el artículo impugnado se traduce en una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas con perjuicio del público en general, lo que está prohibido por el segundo párrafo del artículo 28 constitucional.

Por último, debo aclarar que al resolver el amparo en revisión 652/2000, de mi ponencia, este Tribunal Pleno sostuvo que al ser el espectro radioeléctrico un bien del Estado susceptible de otorgarse en concesión a cambio de una contraprestación económica, debe considerársele como un recurso al que son aplicables los principios del artículo 134 constitucional que buscan asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

Asimismo, en el referido precedente se dijo que existen casos excepcionales en los que deben asegurarse valores de mayor trascendencia que el simple interés monetario del Estado, por lo que las licitaciones en tales supuestos estarán sujetas a mayores exigencias que las previstas en el artículo 134 de la Ley Fundamental, debiendo vincularse con otros principios constitucionales. En aquella ocasión, por tratarse del sector de las telecomunicaciones, los requisitos de la licitación se vincularon con el artículo 28 constitucional.

Sin embargo, en este caso no estamos en presencia de concesiones para la explotación de redes públicas de telecomunicaciones, sino para la prestación del servicio de radiodifusión, por lo que la vinculación no sólo debe hacerse con los principios de libre competencia del artículo 28 constitucional, sino preferentemente con los derechos fundamentales que he venido desarrollando.

Si aplicamos los principios del artículo 134, se asegurarán mayores ganancias al Estado, pero se propiciará un régimen de radio y televisión que privilegie al mejor postor, generando un déficit de libertad intolerable que llevará a la quiebra del sistema democrático.

II. Duración de las concesiones (voto concurrente).

El artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión, fue declarado inconstitucional en la porción normativa que el plazo fijo de 20 años para la concesión en materia de radiodifusión, viola los artículos 25 y 27 constitucionales, al impedir que la autoridad tome en cuenta el interés nacional y mantenga el dominio de las vías de comunicación. Asimismo, por violar el artículo 1o. de la Norma Fundamental, toda vez que da un trato desigual a los concesionarios de radiodifusión y a los de telecomunicaciones a quienes se les otorgan concesiones "hasta" por 20 años; además de que también da un trato desigual a los propios concesionarios de radiodifusión, al no permitir que la autoridad determine plazos distintos con base en la inversión realizada por cada concesionario.

Comparto tales consideraciones del proyecto, pero como señalé en mis intervenciones, la violación cuyo estudio resulta preferente es la que se actualiza respecto de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución, pues la concesión del espectro radioeléctrico para el servicio de radiodifusión por un plazo de 20 años constituye una restricción excesiva al derecho de acceso a los medios de comunicación, en razón de que el referido plazo no es indispensable para satisfacer el fin perseguido por la norma.

Las premisas de mi razonamiento son las siguientes:

1. Los artículos 6o. y 7o. constitucionales consagran un derecho fundamental de acceso a los medios de comunicación.
2. Este derecho fundamental tiene una doble vertiente: En su dimensión individual se traduce en la obligación del Estado de garantizar el acceso equitativo al espectro radioeléctrico; mientras que en su dimensión social impone un deber de promoción del pluralismo.
3. El derecho de acceso a los medios de comunicación constituye un presupuesto para la realización del principio democrático, por lo que tiene una posición preferente en el orden constitucional, que exige darle un valor preponderante frente a otras garantías.

A la luz de estos presupuestos, es dable afirmar que el sistema de otorgamiento de concesiones, en la medida en que tiene por objeto conferir el derecho exclusivo a la explotación de una determinada banda de frecuencias a un grupo de personas, implica una restricción al derecho fundamental de acceso a los medios de comunicación que, para ser constitucional, requiere satisfacer un juicio de proporcionalidad estricto.

La base para realizar este escrutinio estricto no sólo se encuentra en la naturaleza de derecho fundamental y en la posición preferente de la libertad de acceso a los medios de comunicación, sino también en la Opinión Consultiva 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁵, en la que se afirma que las restricciones a la libertad de expresión deben estar orientadas a satisfacer un interés público imperativo, de manera que entre varias opciones para alcanzar ese objetivo el legislador debe escoger aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido, sin que sea suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno.

Es decir, toda restricción debe justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce de la libertad de expresión y no limiten más de lo estrictamente necesario el referido derecho. La restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.

De acuerdo con este parámetro, lo primero que debemos preguntarnos es si la adopción de un plazo de 20 años para las concesiones en materia de radiodifusión persigue un fin legítimo. Al respecto, cabe señalar que en la exposición de motivos de la reforma impugnada no se indican razones que expliquen porqué dicho plazo resulta necesario para satisfacer el interés público o perseguir objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce de la libertad de expresión.

No obstante, del contexto normativo podría inferirse que la adopción de un plazo amplio para las concesiones persigue fines legítimos tales como otorgar seguridad jurídica a quienes se encuentren interesados en obtener una concesión de radiodifusión, así como proporcionar un incentivo a la inversión en el sector.

Ahora, si bien el establecimiento de plazos extensos, persigue fines que pueden considerarse legítimos, en el caso, es claro que el plazo de 20 años, restringe más de lo estrictamente necesario el derecho de acceso a los medios de comunicación.

Al respecto, es claro que no corresponde a este Alto Tribunal decidir cuál es el plazo adecuado para el otorgamiento de concesiones en materia de radiodifusión, pues para ello el Legislador cuenta con una amplia libertad de configuración, aunque no exenta de control constitucional. Sin embargo, ante la ausencia de una justificación por parte del legislador respecto a la necesidad del plazo de 20 años, no es posible darle deferencia a su elección, lo que hace indispensable acudir a otras herramientas que permitan juzgar la razonabilidad de dicho plazo.

Resulta ilustrativo que para pronunciarse en torno a la constitucionalidad de medidas legislativas en materia de radiodifusión, otros Tribunales Constitucionales han acudido al derecho comparado como un instrumento útil en la valoración de su proporcionalidad.

Así, si recurrimos al derecho comparado advertimos que en los **Estados Unidos de América**, la licencia se otorga hasta por 8 años, pudiendo renovarse por plazos iguales en más de una ocasión, en el entendido de que el órgano regulador puede modificar los tiempos de las licencias y permisos, si a su juicio ello sirve al interés público, conveniencia o necesidad, o si con ello se cumple de mejor manera con la ley y los tratados.

³⁵ La cual constituye la interpretación autorizada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que resulta obligatoria para nuestro país, en términos del punto 1 de la Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 8 de diciembre de 1998 y dice: "1. Los Estados Unidos Mexicanos reconocen como obligatoria de pleno derecho, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62.1 de la misma, a excepción de los casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"

En **Canadá**, la licencia se otorga hasta por 7 años si se considera adecuado para la política de radiodifusión prevista en la ley, pudiendo renovarse por períodos de 7 años. El órgano regulador puede modificar las condiciones de la licencia a petición de parte, o de oficio siempre y cuando hayan transcurrido 5 años de su expedición o renovación.

En **España**, la concesión es por un período de 10 años, renovables por períodos iguales, atendiendo entre otros, a criterios como la garantía de expresión libre y pluralista, así como la viabilidad técnica y económica.

En **Japón**, la concesión se otorga por 5 años renovables, en **Paraguay** 10 años renovables por única vez; en **Colombia** 10 años; en **Francia**, 10 años prorrogables hasta dos veces, y muchos otros ejemplos más³⁶.

En todos estos países los plazos de duración de las concesiones son menores al que se señala en el artículo impugnado, siendo en promedio menos de la mitad de los 20 años que se prevén en México. Además, si bien en otros países se establecen plazos extensos, existen otro tipo de limitaciones como por ejemplo el número de veces en que pueden ser renovadas las concesiones.

Tal es el caso de **Argentina**, en donde el plazo de adjudicación es de 15 años contados desde la fecha de iniciación de las emisiones regulares y hasta de 20 años en el caso de estaciones de radiodifusión ubicadas en áreas de frontera o de fomento, pudiendo renovarse sólo una vez, a solicitud de los titulares de las licencias, por un plazo de 10 años.

Lo anterior pone de manifiesto que el fin legítimo consistente en proporcionar un incentivo a la inversión en el sector de la radiodifusión no requiere necesariamente que las concesiones se otorguen por un plazo tan largo como el de 20 años, por lo que del marco comparado no es posible obtener una justificación objetiva y razonable al citado plazo y en todo caso el legislador debió motivar la medida, a efecto de que este Alto Tribunal estuviera en aptitud de apreciar la razonabilidad de su justificación.

Así, aun cuando el legislador está dotado de un amplio margen de configuración normativa, que en principio lo habilitaría para diseñar mecanismos a fin de lograr la continuidad en la prestación de una actividad de interés público como es la radiodifusión —tales como el establecimiento de plazos amplios y el refrendo de las concesiones respectivas—, no encuentro que la medida cuestionada sea necesaria para lograr los fines que se persiguen, pues la experiencia en otros países muestra que el interés público en el desarrollo de la radiodifusión también se puede satisfacer mediante plazos menos restrictivos, máxime que el legislador no formuló razonamientos en torno a la necesidad de este plazo que permitan llegar a una conclusión diversa, pues es claro que si se hubiera motivado adecuadamente la necesidad del plazo de 20 años, estaríamos en aptitud de darle peso a los argumentos del legislador, a falta de los cuales, no cabe sino acudir a otros métodos de valoración.

En este sentido, al no existir una relación de necesidad entre el plazo de 20 años y el fin que con dicha medida se persigue, no se supera el juicio de proporcionalidad motivos por los cuales resulta inconstitucional el artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión.

36

PAISES	TIEMPO DE CONCESION
ALBANIA	Para la televisión 8 años, y para radio 6 años.
BOSNIA-HERZEGOVINA	10 años prorrogables automáticamente.
BULGARIA	15 años.
COREA DEL SUR	No podrá exceder de 5 años.
CROACIA	El plazo mínimo es de 5 años, y el máximo de 10 años.
ESLOVAQUIA	Para televisión 12 años, y para radio 8 años.
HUNGRIA	Televisión 10 años y radio 7 años.
ITALIA	No más de 20 años y no menos de 12 años.
LETONIA	Televisión 5 años, cable 7 años y radio 10 años.
LITUANIA	5 años.
MACEDONIA	9 años.
REINO UNIDO	10 años.
SERBIA	8 años.
SUDAFRICA	Televisión 4 años y radio 6 años.

Plazo de duración de las concesiones en materia de radiodifusión, y del sistema de licitación pública. Artículo 17-G de la Ley Federal de Radio y Televisión³⁷.**I. Subasta Pública como criterio preponderante para el otorgamiento de concesiones (voto concurrente).**

Considero que el artículo 17-G de la Ley Federal de Radio y Televisión es contrario a los artículos 6o. y 7o. de la Constitución Federal, al contemplar la subasta como criterio prioritario para el otorgamiento de la concesión y no regular aspectos que aseguren el pluralismo de los medios de comunicación frente a los propios actores económicos, pues con ello se afectan los derechos de expresión, información, prensa y acceso equitativo a los medios de comunicación.

Aun cuando estoy de acuerdo con el sentido del fallo en cuanto declara la invalidez de este precepto, ya que se viola el artículo 28 constitucional, al favorecer indirectamente la creación de monopolios, pues quien tenga mayores recursos económicos resultará vencedor de la subasta "...lo que propiciará el acaparamiento de los medios de comunicación en los grandes grupos del poder económico", considero de estudio prioritario la violación a los derechos fundamentales.

De acuerdo con ello ¿por qué si en el décimo quinto concepto de invalidez se argumenta de manera clara (fojas 121 a 126 del escrito de presentación de la acción) la violación a los derechos de información y expresión, se da prioridad a la libre competencia?

En mi opinión, debe existir un orden para el estudio de los conceptos de invalidez y éste debe partir de la dignidad humana, que en términos del primer párrafo del artículo 25 constitucional es la finalidad del Estado, es decir, debemos dar prioridad a los argumentos relacionados con derechos fundamentales, sobre todo de aquellos que tienen una conexión con el principio democrático, cuya sustancia es más importante que una cuestión de libre competencia.

Si el artículo impugnado propicia el acaparamiento de los medios de comunicación en los grandes grupos del poder económico, ¿No tiene esto mayor trascendencia en relación con el derecho de la información, directamente afectado ante el menoscabo del pluralismo en los medios de comunicación, que con la eficiencia del mercado?

Para mí es claro que sin dignidad humana y sin democracia no se puede realizar el ser humano, por lo que seguiré abordando el problema desde la libertad de expresión.

Conforme a los artículos 6o. y 7o., el legislador está obligado a regular un sistema de otorgamiento de concesiones que garantice un pluralismo efectivo y de equilibrio en el ámbito de la radiodifusión, pues la realización del derecho fundamental a la información implica que cualquier interferencia en el proceso de formación de la opinión pública, bien sea que provenga del poder político, del poder económico, o de los mismos medios de comunicación, atenta contra las bases y fundamentos del Estado democrático.

En este sentido, me parece claro que la Constitución obliga al legislador a dictar las disposiciones que hagan posible que la radio y la televisión reflejen la pluralidad de opiniones existente en la sociedad, así como las que eviten la influencia desproporcionada de un determinado emisor en el mercado audiovisual, la tendencia a la concentración de medios de comunicación, y cualesquiera otras distorsiones que puedan producirse en el ámbito de la radiodifusión.

El pluralismo político consiste en la necesidad de que toda una gama de opiniones y puntos de vista políticos se expresen a través de los medios de comunicación; mientras que el pluralismo cultural consiste en la necesidad de que una variedad de culturas encuentre su expresión en estos medios. La diversidad y la cohesión social pueden verse en riesgo si las culturas y valores de todos los grupos de la sociedad no se reflejan en los medios de comunicación.

Ahora bien, el espectro radioeléctrico es un bien escaso y el espectro utilizado para las actividades de radiodifusión lo es más, por lo que al constituir los medios masivos de comunicación una actividad de interés público, el Congreso y las autoridades administrativas deben vigilarla y protegerla con miras a que haya los máximos elementos posibles de difusión de ideas por esos medios, lo cual redundará en beneficio de los fines que se persiguen garantizando la libertad de expresión: Una vida democrática más plena, y más rica en los terrenos artísticos, filosóficos o de simple diversión, es decir, en aquellos elementos definidores de la opinión pública.

³⁷ "ARTICULO 17-G.- La Comisión valorará, para definir el otorgamiento de la concesión, la congruencia entre el Programa a que se refiere el artículo 17-A de esta ley y los fines expresados por el interesado para utilizar la frecuencia para prestar el servicio de radiodifusión, así como el resultado de la licitación a través de subasta pública".

A la luz de lo anterior es indudable que el factor económico de la subasta como criterio preponderante para el otorgamiento de las concesiones, regulado en el artículo 17-G de la Ley Federal de Radio y Televisión, atenta contra las libertades de expresión, información y prensa y, en esencia, contra el valor del pluralismo, puesto que a través de la asignación al mejor postor se asegura el acceso a los medios de comunicación sólo a los grupos más poderosos, que incluso ya tienen posiciones relevantes en el mercado y se excluye la participación de otras personas, con lo que se impide una visión auténticamente pluralista, que responda a la realidad compleja de nuestro país y a la composición pluricultural de la Nación.

Un aspecto igualmente importante que agrava la inconstitucionalidad de este precepto es que de considerarse únicamente a la subasta para la asignación de concesiones, no se abordan aspectos que son una exigencia constitucional del pluralismo y del derecho de acceso a los medios de comunicación como serían los relativos a la concentración accionaria en un solo individuo o sociedad, la regulación de la propiedad cruzada de medios de comunicación o bien sistemas basados en la distribución de las concesiones de acuerdo con las cuotas de audiencia efectivas en relación con la influencia territorial de los radiodifusores.

En efecto, al regular sólo la subasta como criterio de asignación de concesiones y no abordar estos factores, se puede conducir no sólo “al acaparamiento de los medios de comunicación en los grandes grupos del poder económicos”, como se afirmó por la mayoría, sino, mucho más grave aún, a que los medios masivos de comunicación dejen de ser recursos comunitarios al servicio de los intereses genuinos de la libertad, para convertirse en instrumentos del dominio de los grandes capitales sobre la sociedad, su cultura y la vida política.

En este aspecto, Luigi Ferrajoli³⁸, indica:

“...Los dos derechos –libertad de información y derecho a la información- pueden ser suspendidos o suprimidos de dos formas: Mediante la represión; o bien, apropiándose de los medios de información. El primero es el método de los regímenes abiertamente autoritarios. El segundo es el método que actualmente experimentamos y que consiste en la concentración económica...”

La necesidad de que no exista una concentración empresarial en los medios de comunicación, ha sido recogida en diversas declaraciones y documentos de cuerpos internacionales europeos e interamericanos.³⁹

En el mismo sentido, existen varios precedentes de Tribunales internacionales y nacionales:

a) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al emitir la opinión consultiva 5/85, **en doctrina obligatoria para nuestro país**, sostuvo que:

“33. (...) tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.

34. (...) Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, inter alia, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar...”

³⁸ “Libertad de información y propiedad privada”, en CARBONELL, Miguel (Comp.), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión* Porrúa-CNDH, México, 2004, p. 131.

³⁹ -La Recomendación de 19 de enero de 1999 (99) 1 sobre las medidas para promover el pluralismo en los medios de comunicación del Consejo de Europa en la que se solicitó a los Estados miembros examinar la posibilidad de definir las bases para limitar la influencia que una compañía o un grupo de compañías pueden tener en uno o en mas sectores de los medios de comunicación.

-La Resolución de 20 de noviembre de 2002 del Parlamento Europeo sobre la concentración de los medios de comunicación, en donde se pide los Estados miembros que salvaguarden el pluralismo en los medios de comunicación y garanticen la libertad y la diversidad de los mismos

-La Resolución de 22 de abril de 2004 del Parlamento Europeo sobre el peligro que corre en la Unión Europea, y particularmente en Italia, la libertad de expresión y de información, en donde se hace hincapié en la diversidad de métodos existentes para determinar el grado de implantación (horizontal) de un medio de comunicación (cuota de audiencia; cuota de licencias; relación entre beneficios y frecuencias asignadas y relación entre capital de empresa y esfuerzo de radiodifusión), así como el grado de integración vertical y el de integración “diagonal o transversal” de los medios de comunicación, para garantizar unos medios de comunicación libres, independientes y pluralistas en todos los Estados miembros.

- La Declaración de principios sobre la libertad de expresión, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en donde se delinean dos importantes cuestiones: a) Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos, y b) Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.

-El Informe de 2004, de la Relatoría para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que concluyó que ante las continuas denuncias de prácticas monopólicas y oligopólicas en la región y en virtud de la seria afectación que las mismas conllevan, se recomienda a los Estados miembros las impidan.

La visión de la Corte Interamericana no es considerar al monopolio a partir de la concentración económica, sino en relación con sus graves efectos hacia la libertad de expresión. Son las condiciones de funcionamiento de los medios los que tienen que adaptarse a los requerimientos de esta libertad y no éstos a las leyes del mercado.

a) El Tribunal Constitucional Alemán, en la denominada “cuarta sentencia sobre la televisión”, sostuvo que la libertad de expresión requiere de medidas en contra de un poder predominante que pueda influir sobre la opinión pública, lo que puede ocurrir con una combinación de influencias entre la propiedad de la radiodifusión y la prensa.⁴⁰

b) La Corte Constitucional de Italia en la sentencia 420/94, sentó que el derecho a la información implica indefectiblemente el pluralismo de los medios de comunicación, lo cual vincula al legislador a impedir la formación de posiciones dominantes y a favorecer el acceso del máximo número de voces diversas al sistema de radio y televisión.

Asimismo, sostuvo que la libertad de configuración del legislador no es obstáculo para controlar la constitucionalidad de las reglas antimonopolio adoptadas, las que deben evaluarse a la luz del contexto de las condiciones económicas y culturales contingentes, a fin de verificar si la norma se ha movido con eficacia a la realización del pluralismo o si solamente se dio un reconocimiento legal a la situación monopólica preexistente, como sucedió en el caso, pues la legislación legitimó un mercado previamente concentrado acorazando una situación fáctica, al establecer como límite que un solo sujeto poseyera tres de las doce redes de televisión.

c) El Consejo Constitucional francés ha resuelto, a partir la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que la libre comunicación de pensamientos y opiniones no resultaría efectiva si el público al que se dirigen los medios de comunicación no dispusiese de un número suficiente de publicaciones o emisiones de tendencias diferentes. Su objetivo, sostuvo el Consejo, es que los telespectadores que son destinatarios del derecho a la información, estén en condiciones de ejercer una libre elección, sin que los intereses privados ni los públicos puedan sustituirse en sus propias decisiones, haciendo de ellos un objeto de mercado⁴¹.

A raíz de la resolución anterior se expidió la Ley de 30 de diciembre de 1986, de la que el Consejo Constitucional volvió a conocer⁴², estableciendo que las nuevas medidas anticoncentración resultaban inadecuadas porque: 1) no se limitaba el número de sociedades titulares de una autorización para servicios de

⁴⁰ Sentencia BVerfGE 73, 118, de 4 de noviembre de 1986.

⁴¹ Sentencia del Consejo Constitucional Francés del 10 y 11 de octubre de 1984, sobre la Ley núm. 84-937, del 23 de octubre de 1984.

⁴² Sentencia del Consejo Constitucional Francés de 18 de septiembre de 1986, Decisión 86-217. En la que se sostuvo:

“31. Considérant que l'article 39 de la loi n'interdit nullement à une même personne d'être titulaire d'une participation pouvant aller jusqu'à 25 pour cent du capital de plusieurs sociétés privées titulaires chacune d'entre elles d'une autorisation relative à un service de télévision par voie hertzienne desservant l'ensemble du territoire métropolitain ; que cet article n'édicte aucune limitation quant à la participation d'une même personne au capital de sociétés titulaires d'autorisations de service de télévision par voie hertzienne sur des parties du territoire ;

32. Considérant que ni l'article 39, ni aucune autre disposition de la loi n'édicte de limitation à l'octroi à une même personne d'autorisations concernant la radiotélévision par câble ;

33. Considérant que l'article 41 ne prend pas en compte, dans les limitations qu'il édicte, la situation des personnes titulaires d'autorisations de radiodiffusion sur les grandes ondes ; qu'il ne limite pas davantage la possibilité pour une même personne d'être titulaire simultanément, d'autorisations d'usage de fréquences pour la diffusion de services de radiodiffusion sonore par voie hertzienne terrestre, et d'autorisations pour l'exploitation de services de télévision diffusés par voie hertzienne ; qu'en ce qui concerne les services de télévision par voie hertzienne, le deuxième alinéa de l'article 41 se borne à prohiber le cumul par une même personne de deux autorisations dans une même zone géographique, sans faire obstacle à ce qu'une même personne puisse éventuellement se voir accorder, dans le même temps, une ou plusieurs autres autorisations permettant la desserte de l'ensemble du territoire, soit au titre d'un service national, soit par le biais d'un réseau de services locaux ;

34. Considérant que, si les dispositions de l'article 17 de la loi, de même que celles de l'article 41 permettent de lutter contre l'abus de position dominante dans le domaine de la communication, cette circonstance ne saurait, à elle seule, assurer le respect de l'objectif constitutionnel de pluralisme ;

35. Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution : “La loi fixe les règles concernant : ... les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques” ; qu'en raison de l'insuffisance des règles énoncées par les articles 39 et 41 de la loi pour limiter les concentrations susceptibles de porter atteinte au pluralisme, le législateur a méconnu sa compétence au regard de l'article 34 de la Constitution ; qu'au demeurant, du fait des lacunes de la loi, risquent de se développer, en particulier dans une même zone géographique, des situations caractérisées par des concentrations, non seulement dans le domaine de l'audiovisuel, mais également au regard de l'ensemble des moyens de communication dont l'audiovisuel est une des composantes essentielles ;

36. Considérant qu'en l'état, les dispositions des articles 39 et 41 de la loi ne satisfont pas, à elles seules, à l'exigence constitutionnelle de préservation du pluralisme, ni dans le secteur de la communication audiovisuelle, ni dans celui de la communication en général ; que par suite, les articles 39 et 41 de la loi doivent être déclarés non conformes à la Constitution ; que, par voie de conséquence, doit être supprimée dans le texte de l'article 77 la mention de l'article 39 ;

37. Considérant en outre, que du fait des insuffisances des dispositions de la loi relatives au contrôle des concentrations, la Commission nationale de la communication et des libertés ne serait pas à même, dans l'exercice des compétences qu'elle tient des articles 28 à 31 de la loi, de faire pleinement droit à l'exigence constitutionnelle de limitation des concentrations afin d'assurer le respect du pluralisme ; qu'il suit de là, que les articles 28 à 31 de la loi doivent être regardés comme inséparables des articles 39 et 41 qui ne sont pas conformes à la Constitution ; que sont également inséparables de ces articles, dans le texte de l'article 10, la mention de l'article 31, dans le texte des articles 70 et 71, la mention des articles 30 et 31, dans le texte de l'article 90-III et dans celui de l'article 94, la référence aux articles 29 et 30 ; qu'enfin, compte tenu de ce qui précède, le deuxième alinéa de l'article 105 de la loi, qui se réfère aux articles 29 et 30 pour fixer la durée de validité d'autorisations précédemment délivrées ne peut être maintenu.”

cobertura nacional, en los que un individuo podía tener hasta el 25% del capital de las empresas concesionarias 2) no se establecía ninguna regla respecto de la participación de una misma persona en el capital de una sociedad titular de una autorización relativa a un servicio regional, 3) no se limitaba la titularidad de autorizaciones en materia de radiodifusión por cable, y 4) no existían prescripciones sobre las concentraciones multimedia en radio, televisión y otros medios.

La necesidad de pluralismo en los medios de comunicación también se ha reflejado en las legislaciones nacionales. Al final de este documento se encuentra un cuadro donde se detallan los casos de España, Bélgica, Francia, Inglaterra, Italia, Argentina y Perú.

En este contexto y bajo las exigencias de los artículos 6o. y 7o. de nuestra Constitución, encuentro que es claramente inconstitucional que el artículo 17-G de la Ley Federal de Radio y Televisión no contemple criterios para la asignación de las concesiones que impidan la formación de monopolios.

En conclusión, toda vez que este precepto es contrario a los artículos 6o. y 7o. de la Constitución Federal, al contemplar la subasta como criterio prioritario y no regular aspectos que aseguren el pluralismo de los medios de comunicación frente a los propios actores económicos, resulta inconstitucional.

ANEXO

PAIS	LIMITES A LA PROPIEDAD DE MEDIOS DE RADIODIFUSION
Alemania	<p>Por lo que se refiere a las disposiciones especiales sobre concentración de empresas audiovisuales, el nuevo sistema de control no está basado en porcentajes sobre el capital, sino en las cuotas de audiencia. Una empresa privada puede emitir, directa o indirectamente un número ilimitado de canales para el ámbito de toda la federación, siempre que no ejerza una influencia dominante en el mercado.</p> <p>Se presupone que dicha influencia se ejerce cuando se posee, como término medio anual, el 30% de la cuota de audiencia del mercado de la televisión; o bien, cuando teniendo una cuota de audiencia menor, se disfruta de una posición dominante en un mercado "próximo al de la televisión" o el conjunto de su actividad en el ámbito televisivo y en otros mercados "próximos" supone una influencia en el mercado comparable a poseer 30% de la cuota de audiencia de televisión⁴³.</p>
Bélgica	<p>En la porción franco parlante de Bélgica el número de compañías en las cuales un individuo puede tener participaciones, es limitada, por ejemplo, una persona que mantiene más del 24% de capital de un canal privado de televisión no puede detentar más del 24% del capital en más de 5 estaciones de radio privadas.⁴⁴</p> <p>En la parte flamenco parlante, las corporaciones privadas de televisión sólo pueden operar un canal regional⁴⁵.</p>
España	<p><u>Televisión privada</u></p> <p>El otorgamiento de las concesiones para la gestión indirecta del servicio público de la televisión corresponderá al Gobierno mediante el oportuno concurso público⁴⁶.</p> <p>En ningún caso podrán ser concesionarias las sociedades que sean titulares de otra concesión, así como las que participen mediante acciones o controlen efectivamente otra sociedad concesionaria⁴⁷.</p>

⁴³ Parágrafo 26, *RfStV*

§ 26

Sicherung der Meinungsvielfalt im Fernsehen

(...) (2) Erreichen die einem Unternehmen zurechenbaren Programme im Durchschnitt eines Jahres einen Zuschaueranteil von 30 von Hundert, so wird vermutet, daß vorherrschende Meinungsmacht gegeben ist. Gleiches gilt bei einer geringfügigen Unterschreitung des Zuschauer anteils, sofern das Unternehmen auf einem medienrelevanten verwandten Markt eine marktbeherrschende Stellung hat oder eine Gesamtbeurteilung seiner Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten ergibt, daß der dadurch erzielte Meinungseinfluß dem einem Unternehmen mit einem Zuschaueranteil von 30 von Hundert im Fernsehen entspricht."

⁴⁴ Art. 21 of the Decree of 17 July 1987, as amended by the Decree of 19 July 1991.

"Article 21.

Le distributeur et son gestionnaire ne peuvent détenir ensemble plus de 24 p.c. du capital d'un organisme privé de radiodiffusion, ni avoir une participation de plus d'un tiers dans les organes de gestion, ni être gérant d'un organisme privé de radiodiffusion ou d'une télévision locale et communautaire."

⁴⁵ Art. 4 (4) of the Decree of 23 October 1991.

Art. 4. *Pour être agréée et conserver cet agrément, une société de télévision régionale non-publique doit remplir les conditions suivantes :*

(...) 4o. *exploiter une seule télévision régionale;*

⁴⁶ Artículo 8 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada.

⁴⁷ Artículo 10, inciso e, de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada.

	<p>La concesión obliga a la explotación directa del servicio público objeto de la misma y será intransferible⁴⁸.</p> <p>Sociedades concesionarias⁴⁹:</p> <p>1. Las personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en el capital o en los derechos de voto, en una proporción igual o superior al 5 % del total, de una sociedad concesionaria de un servicio público de televisión no podrán tener una participación significativa en ninguna otra sociedad concesionaria de un servicio público de televisión que tenga idéntico ámbito de cobertura y en la misma demarcación.</p> <p>Ninguna persona física o jurídica que, directa o indirectamente, participe en el capital o en los derechos de voto, en una proporción igual o superior al 5% del total, de una sociedad concesionaria de un servicio público de televisión de ámbito estatal, podrá tener una participación significativa en otra sociedad concesionaria de ámbito de cobertura autonómico o local, siempre que la población de las demarcaciones cubiertas en cada uno de estos ámbitos por sus emisiones exceda del 25 % del total nacional.</p> <p>Igualmente, las personas físicas o jurídicas no incluidas en el párrafo anterior que, directa o indirectamente, participen en el capital o en los derechos de voto, en una proporción igual o superior al 5 % del total, de una sociedad concesionaria de un servicio público de televisión de ámbito autonómico no podrán tener una participación significativa en ninguna otra sociedad concesionaria de un servicio público de televisión local cuyo ámbito esté incluido en el anterior, siempre que la población de las demarcaciones cubiertas por sus emisiones exceda del 25 % del total autonómico.</p> <p>En ningún caso se podrá tener una participación significativa en el capital o en los derechos de voto, de sociedades concesionarias de servicios públicos de televisión de ámbito estatal, autonómico y local en caso de que coincidan simultáneamente en el mismo punto de recepción de la emisión.</p> <p>2. Ningún concesionario de un servicio público de televisión podrá tener una participación significativa de otra sociedad que tenga la misma condición en los supuestos a que se refiere el apartado anterior.</p> <p>3. En todo caso, las personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en el capital o en los derechos de voto, en una proporción igual o superior al 5 % del total, de una sociedad concesionaria de un servicio público de televisión, así como los concesionarios de un servicio público de televisión no podrán designar, directa o indirectamente, miembros de los órganos de administración de más de una sociedad que tenga la condición de concesionaria del servicio público de televisión salvo en los supuestos en que resulte admitida la participación significativa en las mismas conforme a lo establecido en los números 1 y 2 del presente artículo.</p> <p>4. A los efectos de este artículo, se considera participación significativa aquella que alcance de forma directa o indirecta al menos el 5 % de capital o de los derechos de voto.</p> <p>5. A los efectos previstos en este artículo, se considerarán poseídas o adquiridas por una misma persona física o jurídica las acciones u otros valores poseídos o adquiridos por las entidades pertenecientes a un mismo grupo tal y como éste se define en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, así como los poseídos o adquiridos por las demás personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de aquella, de forma concertada o formando con ella una unidad de decisión.</p> <p>6. La Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información o, en su caso, la autoridad territorial competente, está legitimada, dentro de sus respectivas competencias, para el ejercicio de las acciones tendentes a hacer efectivas las limitaciones impuestas en el presente artículo.</p> <p>7. Para determinar la población de la demarcación cubierta por las emisiones se estará al último Padrón de Población publicado por el Instituto Nacional de Estadística.</p> <p>8. Lo dispuesto en el presente artículo, se entiende sin perjuicio de lo establecido en las normas sectoriales aplicables en cada caso.</p>
--	--

⁴⁸ Artículo 12 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada.

⁴⁹ Artículo 19 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada.

Francia	<p>En Francia ninguna entidad puede poseer más del 49 por ciento de las acciones de una empresa de radiodifusión nacional⁵⁰.</p> <p>Además, se dispone que la reunión en una misma persona de un porcentaje del 20 por 100 o más de las acciones debe ser comunicada al CSA, señalándose que los extranjeros no pueden rebasar dicho porcentaje de acciones de una empresa de televisión⁵¹.</p> <p>Se limita el número de autorizaciones del que una misma persona puede ser titular. Asimismo, se establecen restricciones para que una persona que disponga de un cierto porcentaje del capital de una empresa que es titular de una autorización de televisión pueda adquirir participaciones de otra sociedad titular de la misma clase de autorización⁵².</p>
Inglaterra	<p>- Se establecen limitaciones en relación al número de licencias de que cada persona pueda ser titular:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Ninguna persona puede tener en ningún tiempo <ol style="list-style-type: none"> a) una licencia para proporcionar un servicio de canal nacional (canales 3 y 5) b) una licencia para proporcionar un servicio de radio nacional 2. Ninguna persona puede en ningún tiempo tener: <ol style="list-style-type: none"> a) una licencia para prestar un servicio de radio local o <i>local digital programme services</i> b) una licencia para proporcionar el servicio regional del canal 3 cuya área de cobertura es tan extensa como aquélla del servicio local de radio o de cualquier <i>local digital programme services</i> proporcionado por él⁵³. <p>- La Secretaría, por mandato señalará el número de licencias que pueden en cualquier momentos ser detentadas por una persona para proporcionar los servicios relevantes que caigan en dicha categoría, en los casos siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) cualquier categoría especificada en los párrafos 1 (2) (b) (c) (d) o (f), o b) cualquier categoría de servicios relevantes especificada en el párrafo 1 (3) (c) o (e). <p>- Se contemplan restricciones a los titulares de un periódico nacional o local quienes no pueden controlar más del 20% de una empresa de televisión⁵⁴.</p>

⁵⁰ Art. 39 du Loi 86-1067 du 30 septembre 1986.

Article 39

I. - Une même personne physique ou morale agissant seule ou de concert ne peut détenir, directement ou indirectement, plus de 49 p. 100 du capital ou des droits de vote d'une société titulaire d'une autorisation relative à un service national de télévision par voie hertzienne terrestre.(...)"

⁵¹ Art. 40 du Loi 86-1067 du 30 septembre 1986.

Article 40

Sous réserve des engagements internationaux souscrits par la France, aucune personne de nationalité étrangère ne peut procéder à une acquisition ayant pour effet de porter, directement ou indirectement, la part du capital détenue par des étrangers à plus de 20 p. 100 du capital social ou des droits de vote dans les assemblées générales d'une société titulaire d'une autorisation relative à un service de radiodiffusion sonore ou de télévision par voie hertzienne terrestre assuré en langue française.(...)"

⁵² Art. 39 du Loi 86-1067 du 30 septembre 1986.

"Art. 39 (...)

II. -Une même personne physique ou morale ne peut détenir, directement ou indirectement, plus de la moitié du capital ou des droits de vote d'une société titulaire d'une autorisation relative à un service de télévision diffusé exclusivement sur les fréquences affectées à la radiodiffusion sonore et à la télévision par satellite.

Lorsqu'une personne physique ou morale détient, directement ou indirectement, plus du tiers du capital ou des droits de vote d'une société titulaire d'une autorisation relative à un service de télévision diffusé exclusivement sur les fréquences affectées à la radiodiffusion sonore et à la télévision par satellite, elle ne peut détenir, directement ou indirectement, plus du tiers du capital ou des droits de vote d'une autre société titulaire d'une telle autorisation.

Lorsqu'une personne physique ou morale détient, directement ou indirectement, plus de 5 p. 100 du capital ou des droits de vote de deux sociétés titulaires d'une autorisation relative à un service de télévision diffusé exclusivement sur les fréquences affectées à la radiodiffusion sonore et à la télévision par satellite, elle ne peut détenir, directement ou indirectement, plus de 5 p. 100 du capital ou des droits de vote d'une autre société titulaire d'une telle autorisation.

III. -Une même personne physique ou morale ne peut détenir, directement ou indirectement, plus de la moitié du capital ou des droits de vote d'une société titulaire d'une autorisation relative à un service de télévision diffusé par voie hertzienne terrestre desservant une zone dont la population recensée est comprise entre deux cent mille et six millions d'habitants.

IV. -Les dispositions du présent article s'entendent sous réserve du respect des situations légalement acquises.

V. -Le franchissement de la fraction du capital ou des droits de vote prévu par les règlements pris pour l'application de l'article 6 bis de la loi no. 88-70 du 22 janvier 1988 sur les bourses de valeurs n'entraîne l'obligation de déposer un projet d'offre publique qu'à hauteur de la quotité de capital ou des droits lui permettant d'atteindre la limite applicable en vertu du présent article."

⁵³ Broadcasting Act 1996, Schedule 2, part III, further restrictions on holding of licences of different descriptions, 15 y 16.

⁵⁴ Broadcasting Act 1996, part IV, restrictions on controlling interests in both newspapers and licensed services, 4.

Italia	<p>1. Se establecen porcentajes como los límites sobre la propiedad cruzada de los medios de comunicación en las licencias de la televisión nacional y los periódicos⁵⁵</p> <p>2. Se prohíbe el traslado de acciones o porciones cuando éste permite obtener a una empresa más de 20% de los recursos totales del sector de las comunicaciones, o más del 25% cuando dicha empresa recibe 2/3 de su rédito como recursos totales del sector de las comunicaciones los ingresos por ventas de periódicos o publicaciones periódicas; ingresos por ventas y uso de productos audiovisuales; ingresos por suscripciones a periódicos, publicaciones periódicas o estaciones de radio y televisión; ingresos por publicidad e, ingresos por operación de licencias públicas de una manera continua.</p> <p>3. No se permite la titularidad de más de tres cadenas nacionales de televisión, ni más del 25% del número total de estas cadenas.</p> <p>4. Cuando se encontraran licencias en una condición de control o conectadas con empresas concesionarias de publicidad, no podrá ingresarse publicidad de:</p> <ul style="list-style-type: none"> - más de 3 redes de televisión nacional. - más de 2 redes nacionales y 3 redes locales. - más de una nacional y 6 redes locales.
LATINOAMERICA	
Argentina	<p>Prevé que podrán otorgarse hasta 24 licencias para explotar servicios de radiodifusión a una misma persona física o jurídica, bajo las siguientes condiciones:</p> <p>a) En distintas localizaciones, hasta 24 licencias de radiodifusión sonora o de televisión. En el supuesto de tratarse de un mismo tipo de servicio, no podrán superponerse en sus respectivas áreas primarias.</p> <p>b) En una misma localización hasta una de radiodifusión sonora, una de televisión y una de servicios complementarios de radiodifusión, siempre las dos primeras no sean la únicas prestadas por la actividad privada⁵⁶.</p>
Colombia	<p><u>Prestación del servicio de televisión</u>⁵⁷.</p> <p>A partir del 1o. de enero de 1998, el servicio de televisión será prestado a nivel nacional por los canales nacionales de operación pública y por los canales nacionales de operación privada.</p> <p>Los concesionarios de los canales nacionales de operación privada deberán ser Sociedades Anónimas con un mínimo de trescientos (300) accionistas. Dichas Sociedades deberán inscribir sus acciones en las Bolsas de Valores.</p>

⁵⁵ Artículo 15 de la Ley 223/90 (LEGGE 6 agosto 1990, n. 223. Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato.

⁵⁶ Artículo 43 de la ley 22.285 (Ley Nacional de Radiodifusión).

ARTICULO 43. – EL PODER EJECUTIVO NACIONAL O EL COMITE FEDERAL DE RADIODIFUSION, según corresponda, podrán otorgar hasta veinticuatro (24) licencias para explotar servicios de radiodifusión a una misma persona física o jurídica bajo las siguientes condiciones:

a) En distintas localizaciones, hasta VEINTICUATRO licencias de radiodifusión sonora o de televisión. En el supuesto de tratarse de un mismo tipo de servicio, no podrán superponerse en sus respectivas áreas primarias.

b) En una misma localización hasta UNA (1) de radiodifusión sonora, UNA (1) de televisión y UNA (1) de servicios complementarios de radiodifusión, siempre que las dos primeras no sean las únicas prestadas por la actividad privada.

(Según texto sustituido por el artículo 5o. del Decreto Nacional No. 1005/99 – B.O. del 27-09-02).

⁵⁷ ARTICULO 56 de la Ley 182/1995, modificado por el Art. 13 de la Ley 335 de 1996. ARTICULO 56.- Modificado por el Art. 13 de la Ley 335 de 1996.- A partir del 1o. de enero de 1998, el servicio de televisión será prestado a nivel nacional por los canales nacionales de operación pública y por los canales nacionales de operación privada.

Los concesionarios de los canales nacionales de operación privada deberán ser Sociedades Anónimas con un mínimo de trescientos (300) accionistas. Dichas Sociedades deberán inscribir sus acciones en las Bolsas de Valores.

Quien participe como socio en un Canal Nacional de operación privada, no podrá ser concesionario en los Canales Nacionales de operación pública, ni operador contratista de los Canales Regionales, ni operador ni contratista de estaciones locales de televisión.

En aras de la democratización en el acceso al uso del espectro electromagnético y sin perjuicio de los contratos de concesión de espacios de televisión vigentes, ningún concesionario en los Canales nacionales de operación privada o beneficiario real de la inversión de éstos en los términos del artículo 52 de la Ley 182 de 1995, podrá ser Concesionario en un nivel territorial distinto del que sea titular, ni participar directamente o como beneficiario real de la inversión en los términos mencionados, en el capital de cualquier sociedad que preste el servicio en un nivel territorial distinto del que sea titular.

De igual forma nadie podrá resultar adjudicatario de más de una concesión dentro del nivel territorial que le ha sido asignado.

Quien sea concesionario en una cadena no podrá serlo en otra, ni directamente ni por interpuesta persona.

No se podrá otorgar a los concesionarios de espacios de televisión más del veinticinco por ciento (25%) ni menos del siete punto cinco por ciento (7.5%) del total de horas dadas en concesión en la respectiva cadena.

	<p>Quien participe como socio en un Canal Nacional de operación privada, no podrá ser concesionario en los Canales Nacionales de operación pública, ni operador contratista de los Canales Regionales, ni operador ni contratista de estaciones locales de televisión.</p> <p>En aras de la democratización en el acceso al uso del espectro electromagnético y sin perjuicio de los contratos de concesión de espacios de televisión vigentes, ningún concesionario en los Canales nacionales de operación privada o beneficiario real de la inversión de éstos en los términos del artículo 52 de la Ley 182 de 1995, podrá ser Concesionario en un nivel territorial distinto del que sea titular, ni participar directamente o como beneficiario real de la inversión en los términos mencionados, en el capital de cualquier sociedad que preste el servicio en un nivel territorial distinto del que sea titular.</p> <p>De igual forma nadie podrá resultar adjudicatario de más de una concesión dentro del nivel territorial que le ha sido asignado.</p> <p>Quien sea concesionario en una cadena no podrá serlo en otra, ni directamente ni por interpuesta persona.</p> <p>No se podrá otorgar a los concesionarios de espacios de televisión más del veinticinco por ciento (25%) ni menos del siete punto cinco por ciento (7.5%) del total de horas dadas en concesión en la respectiva cadena.</p>
Perú	<p><u>Servicios de radiodifusión</u>⁵⁸</p> <p>Una persona natural o jurídica puede ser titular de sólo una autorización de radiodifusión de televisión, en cada banda de frecuencias, dentro de una misma localidad.</p> <p>Una persona natural o jurídica puede ser titular de hasta el veinte por ciento de autorizaciones de radiodifusión sonora, en cada banda de frecuencias y con un máximo de cinco autorizaciones dentro de una misma localidad, por banda.</p> <p>Para efectos del cómputo del número de autorizaciones, la autoridad considerará como una sola persona jurídica, a dos o más que directa o indirectamente tengan como socio, accionista, asociado, director, gerente, apoderado o representante legal a una misma persona jurídica o persona natural, o a un pariente de ésta, o de las personas naturales que son socios, accionistas, asociados, directores, gerentes o representantes legales de la persona jurídica, hasta el segundo grado de consanguinidad o de afinidad.</p> <p>Entiéndase como "localidad" la extensión de la superficie en donde es posible la recepción de las señales emitidas por una determinada estación de radiodifusión, utilizando receptores comerciales comunes con un nivel de señal de calidad buena, según la definición aprobada por la Unión Internacional de Telecomunicaciones.</p>

Autorización de los concesionarios en materia de radiodifusión para la prestación de servicios de telecomunicaciones adicionales (voto concurrente).

Comparto el sentido del proyecto que declara la invalidez del artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión, sin embargo, tengo algunas consideraciones distintas.

Primeramente, es necesario tener claro lo que establece el artículo 28 impugnado:

- a) La decisión legislativa de que los concesionarios de radio y televisión pueden utilizar el espacio liberado con motivo de la digitalización a efecto de prestar servicios adicionales de telecomunicaciones.

⁵⁸ Ley de Radio y Televisión.

"ARTICULO 37.- Normas para la titularidad de autorizaciones.- Una persona natural o jurídica puede ser titular de sólo una (1) autorización de radiodifusión de televisión, en cada banda de frecuencias, dentro de una misma localidad."

Una persona natural o jurídica puede ser titular de hasta el veinte por ciento (20%) de autorizaciones de radiodifusión sonora, en cada banda de frecuencias y con un máximo de cinco (5) autorizaciones dentro de una misma localidad, por banda.

Para efectos del cómputo del número de autorizaciones, la autoridad considerará como una sola persona jurídica, a dos o más que directa o indirectamente tengan como socio, accionista, asociado, director, gerente, apoderado o representante legal a una misma persona jurídica o persona natural, o a un pariente de ésta, o de las personas naturales que son socios, 12 accionistas, asociados, directores, gerentes o representantes legales de la persona jurídica, hasta el segundo grado de consanguinidad o de afinidad.

Entiéndase como "localidad" la extensión de la superficie en donde es posible la recepción de las señales emitidas por una determinada estación de radiodifusión, utilizando receptores comerciales comunes con un nivel de señal de calidad buena, según la definición aprobada por la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

- b) La determinación de que esta situación operará mediante una simple solicitud.
- c) La atribución absolutamente discrecional en favor de la Secretaría sobre si se cobra o no una contraprestación y, en caso de que así lo determine, algunos criterios para la concreción de la cuota.
- d) La previsión de que en caso de que se autorice la prestación de servicios adicionales, el título original será sustituido por uno nuevo en el que se le otorgará la concesión para usar, aprovechar o explotar una banda de frecuencias en el territorio nacional, así como para instalar, operar o explotar redes públicas de telecomunicaciones.
- e) La determinación de que la radiodifusión se rige por la Ley Federal de Radio y Televisión y que los servicios de telecomunicaciones por la Ley especial de la materia.

El precepto anterior tiene como base la utilización de la tecnología digital y la convergencia de tecnologías que permiten la liberación de espectro radioeléctrico lo cual obliga al Estado a tomar una decisión sobre el uso que dará al espacio liberado.

El legislador tiene como posibilidades de elección: a) Un esquema donde permita a los actuales concesionarios de radio y televisión explotar el espacio liberado de su canal de 6 MHz, según su propia elección, condicionada por las leyes de la oferta y la demanda, o b) Puede tomar decisiones y políticas públicas específicas para diversificar los participantes en el mercado con base en una visión pluralista, realizando la reasignación de los espacios liberados.

Esta situación no es exclusiva de nuestro país, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), ha planteado el dilema entre un esquema de rectoría y control ("*command-and-control*") o un esquema que considere la concesión como una propiedad y las posibilidades tecnológicas como una accesión ("*market-based property rights approach.*" *exclusive usage rights + tradability*⁵⁹).

Lo que debemos preguntarnos, y lo que aquí se nos plantea, es si esta es una situación de libre configuración del legislador o si esta decisión debe tomarse con base en los principios de nuestra Constitución.

A lo largo de mis intervenciones me he referido a los principios de pluralismo y a los derechos fundamentales de expresión, información y acceso equitativo a los medios de comunicación en relación con la utilización social de los bienes de dominio público, los cuales vinculan la actividad del legislador y limitan su posibilidad de libre actuación.

El artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión contiene una decisión trascendental, en la que se optó por el esquema en el cual la tecnología digital juega como una situación providencial a favor del concesionario y esta decisión resulta inconstitucional por varias razones:

a) Las concesiones no tienen un objeto universal y los bienes de dominio público deben utilizarse socialmente, evitando fenómenos de concentración.

Si como ha quedado demostrado, el espectro radioeléctrico es un bien escaso y, además, es vehículo para la concreción de los derechos fundamentales de expresión e información, es inconcuso que el legislador no puede optar por un esquema en donde los concesionarios originales maximicen sus ganancias, sino que debe optar por un esquema que permita el acceso efectivo de los diversos grupos sociales a los medios de comunicación, es decir, por un esquema de pluralismo.

b) El esquema del artículo 28 no puede comprenderse sin el Acuerdo por el que se adopta el estándar tecnológico de televisión digital terrestre y se establece la política para la transición a la televisión digital terrestre en México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el dos de julio de dos mil cuatro.

En este Acuerdo se toman decisiones muy importantes que son presupuesto del artículo 28 impugnado:

1. Se adopta el esquema A/53 de ATSC, que tiene como objetivos, entre otros, el establecimiento de la tecnología digital a efecto de brindar un servicio de televisión con imágenes y sonido de mayor fidelidad, así como incorporar nuevos servicios digitales⁶⁰.

⁵⁹ Lo anterior en el documento "THE SPECTRUM DIVIDEND: SPECTRUM MANAGEMENT ISSUES".

⁶⁰ - Inclusión Digital: generar condiciones para que los receptores y decodificadores de televisión digital sean cada vez más accesibles al consumidor de nuestro país, con objeto de que la sociedad se beneficie de las ventajas que ofrece esta tecnología.

- Calidad: brindar a la sociedad una mejor alternativa del servicio de televisión con imágenes y sonido de mayor fidelidad y/o resolución que las que actualmente proporciona la televisión analógica.

- Fortalecimiento de la actividad: fomentar el sano desarrollo de los concesionarios y permisionarios de estaciones de televisión y el de las actividades relacionadas, mediante la incorporación de condiciones que propicien certidumbre técnica y jurídica para la transición a la TDT.

Nuevos servicios: alentar la incorporación y el desarrollo de nuevos servicios digitales, tanto asociados como - adicionales a la TDT, sin que ello afecte la calidad del servicio principal.

- Optimizar el uso del espectro: hacer un uso racional y planificado del espectro radioeléctrico para la convivencia de señales analógicas y digitales durante la transición a la TDT.

2. Esta decisión implica que los concesionarios conserven un canal de 6 MHz para las transmisiones analógicas y que obtengan la asignación "temporal" de un canal adicional con el mismo ancho.

Lo importante en relación con este canal adicional es determinar cuál es la disponibilidad de espectro que tienen los concesionarios.

Al respecto, en el Acuerdo se determina que las transmisiones de la TDT (Televisión Digital Terrestre) deberán ser de calidad de alta definición (HDTV, por sus siglas en inglés) o calidad mejorada (EDTV, por sus siglas en inglés). Asimismo, para el inicio de las transmisiones digitales de cada canal adicional, la TDT deberá tener, como mínimo, calidad estándar (SDTV, por sus siglas en inglés). De igual forma, se determina que al final del tercer periodo (1 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2012), para todas las estaciones que tengan Réplica Digital –canal espejo–, será obligatorio contar con transmisiones de alta definición o calidad mejorada, en al menos el 20% del tiempo total del horario de funcionamiento de la estación, conforme a lo establecido en la concesión o el permiso.

Para entender esto, es necesario tomar en cuenta que respecto de un canal de 6 MHz, la calidad estándar utilizaría hasta 1.5MHz liberando 4.5MHz; la calidad mejorada utilizaría hasta 4.5MHz liberando 1.5MHz, mientras que la calidad alta definición utilizaría hasta 6MHz liberando probablemente algo de espectro.

El punto es que a partir del tercer periodo sólo tendrían obligación de utilizar la alta definición o calidad mejorada en un 20% del tiempo, lo que significa que podrán disponer libremente durante el 80% del tiempo del 75% de la capacidad del espectro y, en caso de que utilicen la calidad mejorada podrán disponer, aun en el tiempo restringido, del 25% de la capacidad del espectro, es decir, tienen una utilización efectiva del espectro con motivo de la radiodifusión: a) Del 40% si transmite en alta definición, con una disponibilidad del 60% para utilizarlo en otros servicios de telecomunicaciones y b) Si transmite con una calidad mejorada del 35%, con una disponibilidad del 65% al día para utilizarlo en otros servicios de telecomunicaciones.

Lo anterior da cuenta de la multiplicación de los panes y de los peces: Además del negocio original de radiodifusión tendrán hasta el 65% del espectro para utilizarlo en otros servicios de telecomunicaciones, gracias a los avances tecnológicos, a la decisión del Secretario de Comunicaciones y Transportes y a la actuación del legislador que acorazó el acuerdo y lo llevó a nivel legal, a través del artículo 28 impugnado que parte de la posibilidad de que los concesionarios de radiodifusión utilicen el espectro radioeléctrico sobrante para la prestación de otros servicios de telecomunicaciones.

Esta decisión es contraria a la Constitución Federal. Hasta qué punto es válido que en una nación pluricultural con ciento tres millones de habitantes el legislador decida que es preferible ver televisión con mejor calidad, durante el 20 % del tiempo prohibiendo los negocios de los concesionarios de radio y televisión para que dispongan hasta de un 65% del canal que tienen asignado para otros usos, por encima de una asignación pluralista de las bandas de frecuencias que permita la participación de más voces en el diálogo haciendo posible una democracia efectiva.

¿Por qué debemos preferir la riqueza colorada de la transmisión de Alta Definición durante el 20% del tiempo a costa del monopolio monocromático de las empresas de televisión?

Nuestra Constitución en el artículo 25 consagra la rectoría del Estado, pero no la deja a libre navegación, esta rectoría tiene una brújula que se plasma en sus fines: el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege, porque gira en torno a la persona humana y no existe un bien jurídico superior que los derechos fundamentales que están en la cúspide del ordenamiento jurídico mexicano; los derechos de información y expresión son básicos para la formación de la opinión pública y para nuestra autocomprensión.

Si por las características del espectro radioeléctrico, el número de canales utilizables es limitado, dado que aquél es un bien escaso, al constituir los medios masivos de comunicación una actividad de interés público, el Congreso debe vigilarla y proteger el debido cumplimiento de su función social con miras a que haya los máximos elementos posibles de difusión de ideas por esos medios, lo cual debe prevalecer sobre la conveniencia mercantil de los concesionarios.

c) Uno de los argumentos más fuertes en contra de tal postura, es que las radiodifusoras realizan transmisiones de punto a multipunto de manera unidireccional, es decir, que materialmente no tienen las posibilidades de prestar servicios de telecomunicaciones como el Internet o la telefonía móvil.

Sin embargo, ésta es una forma engañosa de ver el asunto: El punto no es centrarse en la tecnología con que en este momento cuenta el radiodifusor, sino en las posibilidades de administración y decisión sobre el uso del recurso.

El artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión, es claro cuando indica que se otorgará título de concesión para usar, aprovechar o explotar una banda de frecuencias en el territorio nacional, así como para instalar, operar o explotar redes públicas de telecomunicaciones.

Es decir, los actuales concesionarios de televisión abierta pueden instalar una red distinta de la radiodifusión para prestar otros servicios de telecomunicaciones como celular y servicios de banda ancha con una autorización, es decir, la maximización de sus ganancias, a costa de la posibilidad de la existencia de otros medios de comunicación, como quedó demostrado en la respuesta que dieron los expertos en la Sesión de 22 de mayo, a la primera pregunta que les realicé.

Pregunté, *¿podría un concesionario de radiodifusión que transmita señal digital en calidad inferior a HDTV, -o sea, Televisión Digital de Alta Definición-, destinar el espectro liberado para prestar servicios de telefonía fija o móvil, utilizando para ello la tecnología adecuada, así como redes adicionales que permitieran realizar una transmisión bidireccional?*

A lo anterior, con toda claridad el ingeniero Rodolfo de la Rosa Rábago, experto del IPN, contestó: *“La respuesta tal y como está planteada utilizando para ello la tecnología adecuada así como redes adicionales; la respuesta es: Sí, sin ningún problema; o sea, no necesariamente voy a utilizar el espectro liberado o no porque usemos HDTV, o MDTV, o la otra la estándar, MDT, no importa, si vamos a utilizar otra tecnología, sí podemos prestar otros servicios. La respuesta tal como está planteada es: Sí.”*

Asimismo, el actuario José Fabián Romo Zamudio, experto de la UNAM indicó: *“Coincido con el ingeniero, la respuesta directa a la pregunta con toda esa tecnología es: Sí, ...”*⁶¹

La renuncia del Estado al espacio radioeléctrico necesario para concretar los derechos fundamentales de libertad de expresión, información y prensa, a través de un Acuerdo secretarial, y su elevación a rango legal en el artículo 28 impugnado, es inconcebible en una democracia.

Se ha planteado al legislador un conflicto entre competitividad y mercado, contra pluralismo y democracia. Eligió la primera opción, la Constitución tutela la segunda.

Finalmente debo señalar que como consecuencia de la declaración de invalidez del citado artículo 28, debe también expulsarse del ordenamiento jurídico el Acuerdo A 53 ATSC que consagra los mismos privilegios respecto de los cuales este Alto Tribunal se ha pronunciado en contra.

Inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa al acceso a los medios de comunicación para los pueblos y comunidades indígenas (voto particular).

En relación con la posibilidad de que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación analice la omisión legislativa en acción de inconstitucionalidad y se pronuncie al respecto, es un criterio que he venido sosteniendo desde 2003⁶².

Estimo que constitucionalmente le es dable a este Alto Tribunal realizar tal control, pues la fracción II del artículo 105 constitucional señala que las acciones de inconstitucionalidad tienen por objeto la contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución, de lo que se deriva que un presupuesto para este medio de control es la expedición de una norma.

En este sentido, resulta útil la distinción entre omisión absoluta y relativa, ya trazada por el Tribunal Pleno al resolver la controversia constitucional 14/2005, criterio que es aplicable también a las acciones de inconstitucionalidad.

⁶¹ El Ingeniero Celestino Antonioli Ravetto del IPN y el Doctor Esaú Vicente Vivas de la UNAM, no contestaron la pregunta en los términos en que fue formulada, pues no hicieron referencia a la utilización de redes adicionales, además de que ambos fundaron su respuesta en los términos previstos en el Acuerdo A53 ATSC.

⁶² Voto particular de la acción de inconstitucionalidad 7/2003, resuelta por el Tribunal Pleno el cuatro de marzo de dos mil tres.

La omisión absoluta se produce cuando falta todo tipo de actuación normativa destinada a aplicar el precepto o el principio constitucional, en este caso, la inconstitucionalidad reside en la propia falta de normativa por parte del órgano legislativo para cumplir con la obligación de legislar que expresa o implícitamente le impone la Constitución. En otros términos, existen preceptos y principios constitucionales que imponen al legislador la obligación de emitir una o un conjunto de normas que disciplinen algún aspecto del texto constitucional que en éste sólo se encuentra delineado en sus rasgos más generales. Cuando se incumple con dicha obligación estamos en presencia de una omisión legislativa absoluta.

En cambio, se está en presencia de una omisión relativa cuando el legislador, al disciplinar cierto instituto sobre el cual interviene en el ejercicio de sus potestades discrecionales, omite respetar el principio de igualdad ante la ley en virtud de que la Constitución ordenaba tratar de forma distinta alguna situación.

En otros términos, después de la intervención discrecional del legislador puede surgir un problema de legitimidad constitucional en relación con el principio de igualdad, dado que la omisión relativa deriva de actuaciones parciales de aquél al disciplinar una materia sólo para algunas relaciones determinadas, excluyendo otras respecto de las cuáles tenía que legislar.

Por lo que hace al caso específico de las omisiones relativas, es claro que se cumple con el presupuesto de la expedición de una norma general que se pueda contraponer a la Constitución por omitir respetar el principio de igualdad ante la ley atendiendo a un mandato de normar de manera diferente alguna situación.

En conclusión, es procedente reclamar omisiones legislativas relativas en la acción de inconstitucionalidad, pues existe una norma general, como lo exige la fracción II del artículo 105 constitucional, a la que se le puede atribuir una violación a la Constitución.

En el caso, es evidente que se actualiza una omisión legislativa relativa consistente en la falta de legislación que en forma específica establezca las condiciones necesarias para que los pueblos y comunidades indígenas puedan acceder a los medios de comunicación, concretando el mandato del artículo 2o. de la Norma Fundamental.

En la discusión (sesión de 6 de junio de 2007) se señaló que un pronunciamiento en relación con el incumplimiento por parte del legislador en la formulación de una regulación específica en materia de medios de comunicación para las comunidades indígenas, tal como lo ordena el artículo 2o., Apartado B, fracción VI, de la Constitución Federal, estaríamos “en una violación al principio de división de poderes”.

Se cuestionó: “¿podemos legislar indiscriminadamente, puede el Poder Ejecutivo indiscriminadamente juzgar, puede el Poder Legislativo indiscriminadamente administrar?”

Afirmándose también que existen un sinnúmero de disposiciones programáticas en la Constitución respecto de las cuales no existe legislación, supuestos en los cuales el Poder Judicial “no tiene como función llevar a cabo este tipo de exhortativas ni de declarar la invalidez cuando no hay una norma”.

En relación con lo anterior, me parece que tales aseveraciones son inexactas y no se inscriben en la comprensión de un Estado constitucional de derecho. El presupuesto de dichas opiniones es la concepción de que la Constitución es una declaración de buenas intenciones y no una norma jurídica que constituye la directriz y límite de actuación de los Poderes del Estado.

La Constitución es el texto fundamental cuyo contenido establece obligaciones y fija límites a la discrecionalidad de actuación de los poderes.

En relación con el control por parte del Poder Judicial respecto de la actividad del Poder Legislativo o de la Administración, cuando implica el pronunciamiento o formulación de políticas públicas, se han formulado críticas en razón de considerar que aquél no es el idóneo para ello debido al desconocimiento de los jueces o porque no puede establecer medidas de carácter general.

Estimo que si bien hay casos en que puede resultar un tanto complicado que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación pueda directamente establecer las obligaciones a cargo del Estado, como podría ser en el caso en que implique la asignación de recursos presupuestales; sin embargo, la experiencia comparada demuestra que ello no constituye un obstáculo insalvable.

La Constitución, como señalé, es un texto jurídico que establece obligaciones para los Poderes, por lo que me parece que no puede afirmarse que los derechos sociales son normas programáticas que pueden o no ser desarrolladas por el Legislativo, de manera voluntaria.

Tanto la Administración como el Poder Legislativo, tienen deferencia para la configuración y/o elección de las medidas adecuadas para garantizar el cumplimiento de los derechos sociales. En el caso de que no cumpla con tal obligación corresponde al Poder Judicial, señalar tal omisión y conminar a su desarrollo. Si se han tomado medidas, como la expedición de una ley, la libertad de configuración aún siendo amplia tampoco resulta absoluta, pues en tal supuesto las disposiciones podrán ser tamizadas por un test de razonabilidad.

En efecto, los derechos sociales con las dificultades que puede plantear en algunos casos su concreción, son justiciables.

En materia de derecho a la vivienda, el comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General Número 7 (1997) relativa al Derecho a una Vivienda Adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): Los desalojos forzosos, señaló lo siguiente:

“9... Además, habida cuenta de la creciente tendencia que se da en algunos Estados a que el gobierno reduzca grandemente su responsabilidad en el sector de la vivienda, los Estados Partes deben velar por que las medidas legislativas y de otro tipo sean adecuadas para prevenir y, llegado el caso, castigar los desalojos forzosos que lleven a cabo, sin las debidas salvaguardias, particulares o entidades privadas. Por tanto, los Estados Partes deberían revisar la legislación y las políticas vigentes para que sean compatibles con las exigencias del derecho a una vivienda adecuada y derogar o enmendar toda ley o política que no sea conforme a las disposiciones del Pacto.”

(...) 16. Los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda”.

Por su parte en las observaciones finales del citado Comité realizados México en el Doc. E/C.12/MEX/CO/4 de nueve de junio de dos mil seis, dijo:

“24. El Comité observa con preocupación que los programas de vivienda existentes no responden adecuadamente a las necesidades de vivienda de los pobres. Reitera su preocupación por la falta de información estadística en el informe del Estado Parte relativa al número de desalojos forzosos y de personas sin vivienda en el país.

(...) 43. El Comité recomienda al Estado Parte que adopte una legislación nacional completa sobre la vivienda, incluida una ley de control de alquileres, y que promueva la vivienda de alquiler asequible e invierta en vivienda social, para satisfacer las necesidades de los sectores pobres de la población y de los trabajadores con salarios más bajos. Reitera su petición de que en el próximo informe periódico el Estado Parte facilite información detallada sobre el número de desalojos forzosos, la manera en que tuvieron lugar y las medidas correctivas, ya sea legislativas o de otra naturaleza, adoptadas por el Estado Parte en relación con esos desalojos, en consonancia con la Observación General No. 7 del Comité. El Comité pide asimismo al Estado Parte que en su próximo informe le comunique información estadística sobre la amplitud del problema de la falta de viviendas en el Estado Parte, desglosado por edad, sexo, población urbana y rural, y grupo étnico.”.

En el caso de Tribunales nacionales de otros países,⁶³ existe también un desarrollo muy interesante en relación con los derechos sociales.

Robert Alexy ha señalado:

*“Como lo ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal [alemán], en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución”.*⁶⁴

⁶³ - Sudáfrica, Corte Constitucional caso CCT 11/00, The Government of the Republic of South Africa and other v. Irene Grootboom and others.- Sobre derecho a la vivienda.

- India, Corte suprema de la India, caso Olga Tellis and Others, Petitioners v. Bombay municipal Corporation and Other, Rspondents y Vayyapuri Kuppusami and Others, Petitioners v. State of Marashtra and Others, Respondents, AIR 1986, Supreme Court 180, del 7/10/85.

Citados por Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2004, pp. 161 y 194.

⁶⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 497. Cit. por Abramovich, Víctor y O, Idem, p. 47.

En este tenor, me parece claro que los derechos sociales no son normas programáticas entendidas como conceptos de contenido esencialmente político, pues al encontrarse en la Constitución generan obligaciones efectivas para el Estado.

Una resolución paradigmática en materia de derechos sociales, la constituye la decretada por la Cámara Contencioso Administrativa Federal, Sala V de la República Argentina en la causa 31.777/96 "Viceconte, Mariela Cecilia c/Estado Nacional –Mo. de Salud y Acción Social- s/ amparo ley 16.986".

El planteamiento consistía en la producción de una vacuna para la atención de una enfermedad denominada fiebre hemorrágica argentina, la cual afecta sólo una zona de ese país (de aproximadamente tres mil habitantes), por lo que su producción no resulta rentable para los laboratorios privados.

Dentro de los antecedentes del caso, se advierte que el Estado había iniciado la construcción de un laboratorio para la fabricación de la vacuna, mismas que fueron suspendidas.

Ante ese panorama dicho tribunal estableció que *"la cuestión a decidir radica entonces en determinar si la demandada ha cumplido puntualmente con sus obligaciones o si, por el contrario, ha incurrido en omisiones lesivas del derecho a la salud de la población potencialmente afectada por la mentada enfermedad"*.

La resolución dictada, fue en el sentido de declarar fundada la acción de amparo y ordenando al Estado Nacional a través del Ministerio de Salud cumpliera sin demoras con el cronograma de construcción y equipamiento para la habilitación de la unidad de producción de la vacuna, encomendando al defensor del Pueblo el seguimiento del cumplimiento.⁶⁵

En este tenor, me parece claro que los derechos sociales no son normas programáticas entendidas como conceptos de contenido esencialmente político, pues al encontrarse en la Constitución Federal generan obligaciones efectivas para el Estado.

En el caso, el artículo 2o., apartado B, fracción VI de la Constitución Federal establece como obligación de la Federación, los Estados y los Municipios para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas:

"VI. Extender la red de comunicaciones que permita la integración de las comunidades, mediante la construcción y ampliación de vías de comunicación y telecomunicación. Establecer condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen."

De acuerdo con ello, resulta palmario que el Estado mexicano se encuentra obligado, no como una cuestión decidible, a emitir las disposiciones normativas en las que atendiendo a la situación real de desventaja que tienen en nuestro país las comunidades indígenas, establezca las condiciones para garantizar el acceso efectivo de éstos a los medios de comunicación.

En efecto, el legislador debe dictar acciones afirmativas para disminuir su desigualdad real. Esta acción, a diferencia de la discriminación negativa, pretende establecer políticas que dan a un determinado grupo social, étnico, minoritario o que históricamente haya sufrido discriminación a causa de injusticias sociales, un trato preferencial en el acceso o distribución de ciertos recursos o servicios así como acceso a determinados bienes, con el objeto de mejorar la calidad de vida de grupos desfavorecidos, y compensarlos por los perjuicios o la discriminación de la que fueron víctimas en el pasado.

No se trata de que la ley diga que los indígenas pueden tener medios de comunicación, sino que establezca políticas concretas para lograr que su situación de desigualdad se compense. Al no haberlo hecho así, el legislativo incumplió con la obligación que la Constitución Federal le impone expresamente, lo cual constituye una vulneración a dicho texto fundamental.

⁶⁵ "Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar, en parte, a la acción de amparo impetrada y, en consecuencia, ordenar:

a) al Estado Nacional -Ministerio de Salud y Acción Social - que cumpla estrictamente y sin demoras con el cronograma cuya copia se encuentra agregada a fs. 359, responsabilizando en forma personal a los Ministros de Salud y Acción Social y de Economía y Obras y Servicios Públicos –en sus respectivas áreas de competencia-, y obligando asimismo, a los organismos a su cargo al cumplimiento de los plazos legales y reglamentarios;

b) poner esta sentencia en conocimiento del Sr. Presidente de la Nación y del Jefe de Gabinete de Ministros, mediante oficio de estilo;

c) encomendar al Sr. Defensor del Pueblo de la Nación el seguimiento y control del cumplimiento del referido cronograma, sin que obste a ello el derecho que le asiste a la actora en tal sentido; y

d) sin perjuicio de lo precedentemente dispuesto, la demandada deberá, dentro del plazo de diez (10) días de quedar notificada de la presente, informar al tribunal acerca del cumplimiento del cronograma referido en el punto a). Las costas de ambas instancias se imponen en el orden causado en atención al resultado al que se arribó y a la novedad de la cuestión planteada".

Efectos de la sentencia (voto particular)

En el caso de las acciones de inconstitucionalidad, la mayoría de los integrantes del Pleno de este Alto Tribunal, ha estimado que el efecto de la declaración de invalidez que en su caso se haga, únicamente puede consistir en la expulsión de la norma.

Al respecto, no comparto dicha postura, pues considero que actualmente no debe entenderse a los Tribunales encargados del control de la constitucionalidad de las normas, como un legislador negativo, pues *“hace tiempo que los Tribunales Constitucionales han abandonado en gran medida la función de legislador negativo, asumiendo tareas, claramente positivas, de creación de normas (...) y en la literatura especializada de todos los países existen diversos trabajos monográficos sobre los Tribunales Constitucionales como creadores del Derecho”*⁶⁶.

Lo anterior se evidencia también con el desarrollo de diversos tipos de sentencias, denominadas ‘sentencias intermedias’, entendidas como aquellas que no se limitan a declarar la validez o nulidad de la ley impugnada sino que introducen normas nuevas en el ordenamiento, y por tanto suponen una actividad legislativa positiva, tales como las sentencias prospectivas, interpretativas, admonitorias, aditivas, etc.

En consecuencia, estimo que al emitir las resoluciones, en cada caso deben analizarse las circunstancias que se presenten, con base en las cuales se pueda determinar la necesidad o conveniencia para la fijación de los efectos.

Como consecuencia de lo anterior, y con la finalidad de no generar vacíos con la expulsión de ciertos preceptos que fueron declarados inconstitucionales por esta Suprema Corte, era necesario fijar efectos respecto de algunos temas, los cuales enseguida señalo:

I. INELEGIBILIDAD DE LOS COMISIONADOS.

En relación con el **Artículo Segundo Transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones**, que establece la inelegibilidad de los Comisionados anteriores, se declaró la invalidez del último párrafo⁶⁷, por lo que el efecto debe consistir en dejar insubsistentes los nombramientos realizados, para que vuelva a llevarse a cabo el procedimiento de nombramiento en el cual puedan participar también los anteriores Comisionados. Con esto no se darían efectos retroactivos a la sentencia, pues los actos que hubiere llevado a cabo la actual integración de la Comisión Federal de Telecomunicaciones quedarían intocados.

En las sesiones se planteó la preocupación de que el nombramiento es un acto de carácter instantáneo y que la consecuencia de dicho acto es el ejercicio del cargo, mismo que sí es de tracto sucesivo. Considero que tanto el nombramiento como el ejercicio del cargo, si bien son actos, constituyen la concretización del mandato del artículo segundo invalidado, por lo que pueden ser también objeto de fijación de efectos con motivo de la inconstitucionalidad decretada por este Tribunal.

Me parece claro que la invalidación del nombramiento en los términos propuestos no implica dotar de efectos retroactivos a la sentencia, sino impedir que se sigan produciendo a futuro los efectos de la norma inconstitucional, lo cual no está prohibido por la Constitución Federal y es la única forma, en que puede repararse la contravención a nuestra Norma Fundamental.

II. REFRENDO DE CONCESIONES.

Respecto al **artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión**, que establece el refrendo de las concesiones, se declaró la invalidez de la segunda parte del artículo⁶⁸, por lo que el efecto que debió fijarse, es que la eliminación de la porción normativa señalada, implica necesariamente que para que una concesión pueda ser refrendada, los concesionarios deben participar en el proceso de licitación, teniendo preferencia sobre terceros únicamente cuando el resultado de la licitación arroje que se encuentran en igualdad de condiciones con los demás participantes.

⁶⁶ AJA, Eliseo, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1998, p. 259.

⁶⁷ *“No serán elegibles para ser comisionados o Presidente de la Comisión, las personas que ocupen dichos cargos a la entrada en vigor del presente Decreto, por lo que hace a la primera designación de los comisionados y del Presidente de la Comisión”*

⁶⁸ *“El refrendo de las concesiones, salvo en el caso de renuncia, no estará sujeto al procedimiento del artículo 17 de esta ley”.*

III. OBJECION DEL SENADO A LOS NOMBRAMIENTOS.

Por lo que hace al **artículo 9-C de la Ley Federal de Telecomunicaciones**, que preveía la Objeción del Senado a los nombramientos de los Comisionados realizados por el Presidente, se declaró la invalidez del último párrafo⁶⁹.

En estrecha vinculación con lo señalado respecto de la invalidez del último párrafo del artículo segundo transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones, los efectos deben tener como consecuencia el dejar insubsistentes los nombramientos realizados, para que vuelva a llevarse a cabo el procedimiento de nombramiento.

IV. SERVICIOS ADICIONALES.

El **artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión** que preveía la autorización de servicios adicionales de telecomunicaciones y la fijación discrecional de la contraprestación por parte de la Secretaría, se invalidó en su totalidad, haciéndose extensiva dicha declaración al 28-A de dicho ordenamiento.

Al respecto, estimo que la invalidez también debió extenderse al último párrafo del punto SEGUNDO, numeral 2, del Acuerdo por el que se adopta el estándar tecnológico de televisión digital terrestre y se establece la política para la transición a la televisión digital terrestre en México⁷⁰, el cual establece lo siguiente:

“Por último, el modelo promoverá la prestación de servicios de telecomunicaciones por parte de los concesionarios y permisionarios de las estaciones de televisión, conforme a la legislación y disposiciones reglamentarias en materia de telecomunicaciones, sin que esto impida permanentemente la transmisión de programas de alta definición. En este sentido, la solicitud para la prestación de servicios de telecomunicaciones que, en su caso, sea factible prestar por el concesionario o permisionario, a través de los canales asignados a la TDT, sin que de manera alguna implique la interrupción total o parcial de la TDT, estará sujeta y se resolverá conforme a la Ley Federal de Telecomunicaciones y demás disposiciones legales y reglamentarias que sean aplicables. El Gobierno Federal podrá establecer una contraprestación económica y, en tal caso, el concesionario o permisionario estará obligado a cubrir la misma a favor del Gobierno Federal, en los términos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas vigentes al momento en que se otorgue, en su caso, el título de concesión respectivo.”

De la lectura se advierte que en él se establece la posibilidad de la prestación de servicios adicionales de telecomunicaciones por parte de los concesionarios y permisionarios de las estaciones de televisión, además de prever que es discrecional para el Gobierno Federal establecer una contraprestación económica, aspectos que han sido invalidados por este Alto Tribunal, por lo que es evidente que al ser una norma de menor jerarquía, se presenta un situación de dependencia vertical, en consecuencia, con fundamento en los artículos 73 en relación con el 41, fracción IV, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 constitucional, debe declararse también su invalidez. De lo contrario se correría el riesgo de que aún a pesar de la declaración de invalidez del artículo 28 se siguiera autorizando la prestación de servicios adicionales con fundamento en el acuerdo.

Ministro **Genaro David Góngora Pimentel**.- Rúbrica.

LICENCIANDO **JOSE JAVIER AGUILAR DOMINGUEZ**, SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, CERTIFICA: Que esta fotocopia constante de trescientas sesenta y una hojas, concuerda fiel y exactamente con su original que corresponde a la resolución y de los voto formulados por el señor Ministro Genaro David Góngora Pimentel, en la acción de inconstitucionalidad 26/2006 promovida por Senadores integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso de la Unión, en contra del propio Congreso y del Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos y de los votos formulados por el señor Ministro Genaro David Góngora Pimentel. Se certifica para su publicación en el Diario Oficial de la Federación, en cumplimiento de lo ordenado por el señor Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la sesión pública celebrada el siete de junio pasado.- México, Distrito Federal, a nueve de agosto de dos mil siete.- Conste.- Rúbrica.

⁶⁹ “La Cámara de Senadores podrá objetar dichos nombramientos o la renovación respectiva por mayoría, y cuando ésta se encuentre en receso, la objeción podrá realizarla la Comisión Permanente, con la misma votación. En todo caso, la instancia legislativa tendrá treinta días para resolver a partir de la fecha en que sea notificada de los nombramientos; vencido este plazo sin que se emita resolución al respecto, se entenderán como no objetados los nombramientos del Ejecutivo Federal. Los comisionados asumirán el cargo una vez que su nombramiento no sea objetado conforme al procedimiento descrito”.

⁷⁰ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el dos de julio de dos mil cuatro.