

Modelo de estado regulador: su aparición en la jurisprudencia nacional

David García Sarubbi*

* Maestro en derecho por la Universidad de Nueva York (NYU) y actualmente Secretario de Estudio y Cuenta en la ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dgarcias@mail.scjn.gob.mx.

Sumario. 1. *Introducción*; 2. *Los elementos de la controversia constitucional 117/2014*; 3. *Los elementos del modelo de estado regulador*; 4. *Conclusión*; *Fuentes*.

1. Introducción

Las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación son de interés por muchas razones. Se tratan de decisiones terminales que ponen resolución a conflictos sociales que incumben a distintos sectores de la sociedad, ya que determinan la suerte de la distribución de ciertos bienes o cargas sobre ellos. Cuando los conflictos se canalizan a través de las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, las sentencias pueden tener un impacto más generalizado de manera inmediata por sus eventuales efectos generales. Por tanto, la Corte suele sentir un primer tipo de presión social para resolver a favor de aquel sentido que maximice la utilidad de cada una de las partes en conflicto y de quien, sin serlo formalmente, se puede ver beneficiado o perjudicado por los efectos de las sentencias.

Sin embargo, existe un interés sobre una capa más profunda de esas sentencias. Un interés que genera un tipo de presión diferenciada. Al resolverse los casos sobre la base de lo dispuesto en las normas jurídicas, especialmente, la Constitución, las sentencias de la Suprema Corte contienen operaciones interpretativas, desarrollos argumentativos y clasificaciones normativas que recaen a un estado de cosas, de los que se abstraen ciertos elementos que pueden presentarse en nuevas ocasiones, operaciones interpretativas que vistas a la luz del caso concreto dotan de significado a las reglas jurídicas, muchas veces formuladas con un considerable

grado de indeterminación semántica. Estas operaciones, tan pronto son plasmadas en las sentencias, pueden ser extraídas y sistematizadas para poder describir con cierta precisión el conjunto de estándares normativos prescritos por el ordenamiento jurídico y de ahí extraer respuestas jurídicas para conflictos futuros. En esta capa se interesan quienes buscan anticipar la solución de casos futuros.

Si, como dice Kelsen, el derecho ofrece un *esquema de explicitación conceptual* de la realidad, al permitir a sus operadores calificar hechos externos como hechos jurídicos, por ejemplo, el nacimiento de una persona, la celebración de un matrimonio, o la existencia de un revuelta social, en oposición, por ejemplo, de una transición democrática de los titulares de los órganos del Estado, entonces, la sentencias de la Corte, que aplican el derecho, conforman, por así decirlo, un glosario de significados constitucionales que nos permiten encuadrar segmentos de la realidad en esquemas de significados conceptuales, esto es, atribuir significado a las palabras constitucionales.¹ Quienes se interesan en este sentido por las resoluciones de la Corte producen una presión sobre la Corte en un nivel normativo. Pretenden presionar por aquel significado interpretativo de su preferencia.

Así, con la consolidación creciente de la Constitución como norma jurídica, como es natural, las sentencias de la Corte merecen una mayor atención, más allá del generado por los intereses concretos en conflictos; justamente, merecen atención por su trascendencia para la configuración del ordenamiento jurídico por vía interpretativa. El derecho escrito en los textos normativos nunca ha sido autoevidente para resolver controversias; siempre ha requerido de un intérprete que individualice el derecho en cada caso concreto. Por tanto, las sentencias de la Corte son importantes para determinar qué soluciones normativas aporta la Constitución para conflictos reales y concretos.

Hasta ahora, lo dicho no abona mucho a un lugar común: la jurisprudencia de un tribunal constitucional importa tanto para resolver problemas sociales, como para la construcción del derecho. Si en nuestro país en algún momento histórico se llegó a cuestionar esta afirmación, con la reforma judicial de 1994 y, especialmente, con la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, esta conclusión ha adquirido el valor de incuestionable.

¹ Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 11a. edición, Porrúa, México, 2000, p. 17.

Estos cambios constitucionales han desembocado en la supremacía judicial en materia de interpretación constitucional.

Es cierto que se trata de dos afirmaciones independientes, que la Constitución sea norma jurídica, y, por otra parte, que exista supremacía judicial por lo que refiere a la interpretación constitucional. Bien podría darse una sin la otra, por ejemplo, en un sistema absolutamente descentralizado, en el cual no exista un sistema jerarquizado de jurisprudencia o de precedentes, la Constitución podría ser vinculante sin existir supremacía judicial al habilitarse a cada órgano interpretar lo que aquélla establece. Sin embargo, en nuestro sistema constitucional, ambas afirmaciones vienen ligadas, pues el texto constitucional de manera expresa deposita en la Suprema Corte la facultad terminal de interpretar la Constitución y de vincular al resto de los tribunales a seguir su jurisprudencia,² sin posibilidad de inaplicación, como recientemente lo determinó dicho tribunal.³

Así, con esta introducción no pretendo reiterar lo que otros autores han desarrollado para apuntar la importancia de la doctrina constitucional de un tribunal terminal, como es la Suprema Corte. Mi interés es retomar estas conclusiones para enmarcar la discusión sobre un tipo de sentencia que quiero comentar, a saber, aquel que ofrece significados generales en una capa ulterior, pues atribuyen significados al modelo de estado que estructura nuestra arquitectura constitucional. Este tipo de sentencia ofrece la construcción de significados en una capa ulterior a las mencionadas, pues se ubica después de aquella donde se encuentran los estándares normativos que hacen predecible la función judicial, a los cuales ayuda a adquirir un cierto sentido. Su función no es establecer estándares concretos de decisión, sino modelos conceptuales desde donde generarlos.

² El artículo 94 de la Constitución Federal establece que "[l]a ley fijara los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución".

³ Así lo resolvió recientemente el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, afirmando que la jurisprudencia no podía inaplicarse con motivo del ejercicio del control de convencionalidad o difuso de constitucionalidad, en sesión de 14 de octubre de 2014, con motivo de la contradicción de tesis 299/2013, de la que derivó la tesis de jurisprudencia 64/2014, visible en la página 8 del Libro 13 (diciembre de 2014), Tomo I, de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, de rubro "JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA".

En mi opinión, cuando la Corte hace esto, como recientemente al resolver la controversia constitucional 117/2014, su decisión no sólo debe despertar el interés de las partes y de quienes prestan atención a los estándares normativos para anticipar soluciones futuras, sino principalmente de aquellos que se interesan por las preguntas ¿Qué modelo de estado constitucional tenemos? ¿Cuáles son sus elementos informadores? ¿Sobre la base de que premisas interpretativas la función de control constitucional adquiere sentido?

La aparición de las sentencias que contiene esta tercera capa es una consecuencia de la operación de una Constitución con normas tan variadas, como son las modernas, en las cuales se encuentran cláusulas fundantes de ciertos arreglos institucionales derivables de la filosofía política. No sólo se encuentran reglas precisas, del tipo contenido en el artículo 83 que establece que "[e]l Presidente entrará a ejercer su encargo el 1o. de octubre y durara en él seis años", cuyo margen interpretativo es muy acotado, sino también otro tipo de normas, que genuinamente podrían caracterizarse como *repositorios* de filosofías políticas, del tipo contenido en el artículo 40, según el cual "[e]s voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental".

Sería difícil dotar de sentidos a los casos que versan sobre la laicidad del estado, el sistema federal, derecho electoral, si de vez en cuando la Corte no reservara en sus sentencias un apartado que construyera significados y se los asignara a las fórmulas anunciadas de los compromisos fundamentales del Estado mexicano.

Es la interpretación de este segundo tipo de normas la que se encuentra en el foco de interés de aquellos dedicados a analizar las capas más profundas de las sentencias de la Corte y es donde, en el ámbito de la interpretación constitucional, se disputan las filosofías que terminan aglutinando las mayorías de las posiciones dispersas en una sociedad plural, pues da cabida a las distintas teorías de la justicia, v.gr. comunitarios, republicanos, libertarios, los distintos tipos de demócratas, liberales igualitarios, etcétera. Aquí es donde adquiere resonancia lo dicho por Dworkin, en torno a que las decisiones de los Jueces están llamadas a fungir como piezas de filosofía jurídica, pues la filosofía política es la parte general de la actividad

jurisdiccional: "el prólogo silencioso de cualquier decisión jurídica".⁴ Pues bien, algunas veces nuestra Corte ha decidido hacer que ese prólogo no sea silencioso, sino un apartado de razonamientos estructurados que construyen el significado normativo de nuestro modelo de estado, el que se ofrece para ser sometido a un control racional por la sociedad.

Como todo ejercicio del poder público, el interpretativo de la Corte —aquel capaz de configurar los significados de la Constitución— debe estar sujeto a escrutinio público. Por el tipo de normas que integran el texto fundamental, no sólo por aquellos juristas expertos en las técnicas ortodoxas de la ciencia jurídica, sino por toda persona interesada en los presupuestos filosóficos del sistema constitucional. El propósito de comentar los significados construidos en esta última capa de las sentencias es generar, igual que en las otras, un ambiente propicio de crítica que se convierta en un control social de las razones de la Corte.

Del tipo de normas que generan este interés más profundo —aquellas fundantes de la forma de Estado—, mi impresión, es que hay un subtipo que termina atrayendo el mayor grado de escrutinio social, en detrimento del resto, a saber, el que presenta el listado de los derechos humanos.

La jurisprudencia de la Corte es utilizada como un referente semántico confiable de lo que significa que las personas tengan derechos humanos. Es utilizada para determinar lo que, en realidad, establece cada norma constitucional como el umbral de protección de ciertos bienes, prerrogativas o simplemente de los espacios reservados para que cada quien haga lo que quiera, lo que se establece como límites del poder del Estado y, en caso de tratarse de derechos prestacionales, de establecer sus responsabilidades con los ciudadanos. Por su importancia práctica y real como instrumento de protección, suelen ser las sentencias más analizadas y criticadas. El grado de escrutinio realizado sobre la jurisprudencia de los derechos humanos ha llegado, en mi opinión, a consolidar un verdadero contrapeso social al poder configurativo de la Corte. Por buenas razones, este parece ser el signo distintivo de la Décima Época, a la que ya se la ha identificado como la época de la jurisprudencia de los derechos humanos.

⁴ DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1986, p. 90.

Sin embargo, que haya motivos para concentrar nuestro interés en las criterios interpretativos sobre los derechos humanos, no debe evitar que también prestemos atención a los significados constitucionales que la Corte va construyendo sobre un subtipo de normas que, a mi parecer, delinear la estructura ósea del ordenamiento jurídico, a saber, aquellas que establecen un determinado modelo de Estado, normas que se encuentran insertas en el texto constitucional, como formulas lingüísticas que anuncian la pertenencia del ordenamiento jurídico a una filosofía política, cuya presencia por sí resulta insuficiente para resolver casos. No establecen un listado de derechos, pero sí establecen que la nuestra es una república, que es democrática, federal, laica, articulada por el principio de división de poderes. A veces esa forma de gobierno, no se encuentra formulada expresamente, sino que se deriva implícitamente de la estructura general, como es el carácter social de nuestra democracia.

Como es obvio, cuando la Corte busca encontrar significados normativos en el mencionado tipo de normas genera un traslape entre argumentación jurídica y filosofía política ¿Qué tipo de democracia establece nuestra Constitución? ¿Nuestro sistema constitucional delinea un sistema presidencialista o un sistema parlamentario? ¿Qué tipo de principio de división de poderes consagra nuestro modelo? ¿Qué tipo de federalismo se encuentra anclado en el texto constitucional? Éstas, entre otras, son preguntas sobre el significado de normas constitucionales que debe resolver la Corte al resolver sobre su aplicación a casos controvertidos, al menos, de vez en cuando, pues la construcción de esos significados dotan de sentido a la práctica judicial, así como a los estándares precisos de decisión.

Finalmente, queda decir que aquí la lucha por el significado constitucional, de la cual es árbitro la Corte, suele también agrupar distintas posiciones normativas que integran una fuerza de escrutinio social importante para la Corte. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de los derechos humanos, las presiones no desembocan en las posiciones de anteponer una lectura garantista a una posición conservadora, si es que esta división sigue siendo útil. El escrutinio público sobre las sentencias de la Corte en esta tercera capa refleja el grado de desacuerdo político sobre el papel apropiado del Estado y sobre los fundamentos legítimos del poder público. Un desacuerdo político que ciertamente se resuelve en un primer momento, cuando el Constituyente permanente produce normas sólo para hacerse presente en un segundo momento, cuando la Corte tiene que resolver sobre la aplicación de las normas constitucionales.

2. Los elementos de la controversia constitucional 117/2014

Recientemente el Pleno de la Suprema Corte resolvió una controversia constitucional relevante en el sentido apuntado en el apartado anterior. En su sentencia afirmó abordar un litigio en el seno de "una nueva ingeniería constitucional" resultante de profundas reformas constitucionales a la estructura de gobierno, que tuvieron como resultado la inserción en el texto constitucional de dos órganos reguladores con la naturaleza de órganos constitucionales autónomos: la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) y el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT). Su ingreso en la Constitución, para la Corte, reabrió la interrogante sobre la estructura democrática y el principio de división de poderes.

Se trata de la controversia constitucional 117/2014, fallada en sesión de siete de mayo de dos mil quince, bajo la ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, interpuesta por el Congreso de la Unión, por conducto de la Cámara de Senadores, en contra de un conjunto de disposiciones administrativas de carácter general recientemente emitidas por el IFT, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el doce de noviembre de dos mil catorce.⁵

Así, la Corte precisó que el caso sería el primero en permitir explorar la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el once de junio de dos mil trece, "la cual introdujo una serie de contenidos normativos novedosos en el artículo 28 constitucional, entre ellos, la creación y regulación del Instituto Federal de Telecomunicaciones como un nuevo órgano autónomo, con una nómina competencial propia y diferenciada respecto de los otros poderes y órganos previstos en el texto fundamental", pero también la expansión de los derechos humanos de libertad de expresión y acceso a la información en nuevas dimensiones del quehacer humano, a las cuales debía extenderse la presencia del estado: telecomunicaciones, radio-difusión y competencia económica. La Corte anunció desde el inicio que "[l]a resolución del presente asunto, mediante la exploración mencionada, permitirá explorar la relación constitucional entre las disposiciones administrativas de carácter general del IFT y las leyes del Congreso de la Unión".

⁵ El nombre completo es Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones emite las Reglas de Portabilidad Numérica y modifica el Plan Técnico Fundamental de numeración, el Plan Técnico Fundamental de Señalización y las especificaciones operativas para la implantación de Portabilidad de números geográficos y no geográficos.

Con ello, la Corte planteo tres preguntas a responder: ¿Cuáles son los alcances de las facultades de producción normativa de carácter general del IFT? en su caso ¿desde la perspectiva competencial, cuál es el estándar de revisión judicial de los productos normativos generales de dicho instituto? Finalmente, como corolario de las anteriores ¿A las disposiciones administrativas de carácter general del IFT son aplicables los principios del artículo 89, fracción I, de la Constitución Federal? Estas preguntas, según la Corte, no pueden responderse si no se explicitan antes los significados atribuidos al principio de división de poderes y al democrático, pues frente a ellos han aparecido nuevos órganos reguladores que han sido removidos de los clásicos tres poderes, lo que podría generar una tensión con el entendimiento que los *padres fundadores* tuvieron del modelo constitucional.

No son los primeros órganos constitucionales autónomos en nuestro sistema constitucional, ni tampoco los primeros en encontrarse en una controversia constitucional con alguno de los tres poderes del clásico principio de división de poderes. Sin embargo, su aparición pareciera abrir un nuevo capítulo en nuestra historia constitucional, por las características de estos órganos.

Según el Pleno de la Corte estos órganos reguladores están encargados de un segmento material delimitado de política pública (competencia económica, telecomunicaciones y radiodifusión), en las cuales, a diferencia de los poderes clásicos, no tienen una función especializada, sino las tres: tienen funciones *quasi* legislativas, *quasi* ejecutivas y *quasi* adjudicativas, las que proyectan en sus ámbitos materiales de regulación, con independencia de lo que los otros poderes decidan, especialmente el ejecutivo. Son órganos reguladores que han salido de la órbita de atribuciones constitucionales de los tres poderes clásicos y se han hecho autónomos. Este dato es relevante, pues previo a la reforma, ambos órganos formaban parte de la administración pública a cargo del Ejecutivo, como órganos desconcentrados de la Secretaría de Economía y de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

Ahora, en contraste a lo que sucedía previamente, a estos órganos debe reconocerse facultades de producción jurídica, ejecutivas y de adjudicación, aunque los poderes legislativo y ejecutivo no acompañen esas funciones o, incluso se opongan a ellas, en la medida apropiada para respetar el modelo democrático y un contenido mínimo del principio de división de poderes. En este sentido acotado, no son iguales a los anteriormente introducidos en otras reformas constitucionales.

Así, al resolver sobre la controversia comentada, la Corte consideró indispensable tomar una pausa para atender la necesidad de construir un significado inicial sobre lo que denominó era una nueva arquitectura derivada del contenido de las nuevas reformas constitucionales: *el modelo de estado regulador*. Como se verá en seguida, es un modelo de estado que hace compatible la existencia de órganos reguladores desvinculados de los poderes clásicos para atender técnicamente segmentos especializados de política pública, de una manera compatible con el compromiso de la Constitución con el principio de auto-gobierno democrático, el cual exige que las decisiones más importantes en la sociedad sean tomadas por representantes populares sujetos a elecciones periódicas.

Introducir y construir un significado mínimo de lo que denominó "el modelo de estado regulador" ayudó a la Corte a dotar de sentido al acomodo de los principios competenciales básicos de nuestro sistema frente a semejante cambio, nuevo marco de significados que hace justificable que, al final de la decisión, se concluyera que uno de los nuevos órganos constitucionales autónomos (el IFT) tenga habilitación constitucional para emitir normas generales en materia de telecomunicaciones y radiodifusión sin sujeción a la ley, salvo en un sentido acotado, a pesar de tratarse de un órgano no representativo, lejano al poder legislativo, ni tampoco sujetarse a un régimen de rendición de cuentas similar al ejecutivo, quien también debe responder a sus electores. Los integrantes de los nuevos órganos constitucionales autónomos no son electos por los ciudadanos, ni sus acciones se encuentran sujetas a un esquema de rendición de cuentas democrático, por tanto, el reconocimiento de autoridad normativa a éste requería de una buena explicación de las razones que impiden que con ello se traicione el compromiso constitucional con el autogobierno popular y el principio de división de poderes.

Con dicho modelo, la Corte se hizo de una base conceptual para responder los argumentos impugnativos formulados por el poder legislativo, uno de los tres poderes primarios clásicos, que resulta ser quien cuenta con la mayor capacidad de configuración del ordenamiento jurídico, en tanto representativo y deliberativo, quien, reitero, acudió a la controversia constitucional a cuestionar la posibilidad del IFT de producir normas jurídicas generales con un contenido distinto al establecido en las leyes.

La idea del modelo de estado regulador es relevante en las tres capas mencionadas. Fue relevante para resolver a favor de la validez de las normas emitidas por el IFT, pero también lo fue para delimitar criterios generales para la resolución de conflictos futuros; sin embargo, más

importante aún, para establecer premisas interpretativas para otorgar significado a una nueva estructura estatal.

Las normas creadas por el IFT —impugnadas en la controversia 117/2014— establecían un cuerpo de reglas bastante detalladas y exhaustivas para hacer operativo el derecho a la "portabilidad" de los usuarios, un derecho creado por el legislador y otorgado a los usuarios de los servicios de telefonía para "portar" su número telefónico a otro prestador de servicios diverso, de manera gratuita. Con el reconocimiento de este derecho, el legislador consideró que podría hacerse realidad la promesa de que cada quien puede escoger libremente a su proveedor de servicios y, por tanto, la existencia de un campo equitativo para la libre competencia entre los agentes económicos.

Como lo establecía la regla 1 del Acuerdo combatido, "[l]as presentes Reglas tienen por objeto establecer los procesos para que los usuarios puedan ejercer su derecho a elegir libremente al Proveedor de Servicios de Telecomunicaciones conservando su número telefónico y con el fin de fomentar la sana competencia entre los Proveedores de Servicios de Telecomunicaciones."

Sin embargo, este derecho no podría ser auto-ejecutable, sino es través de una regulación posterior de implementación técnica que permitiera a los operadores cumplir con la obligación de portar los números de los usuarios, así como de regulación para permitir a los usuarios hacer uso del mismo. Aquí es donde ingresó el IFT. Sin embargo, en su papel de regulador, se enfrentó a una disyuntiva ¿Regular la implementación de la portabilidad siguiendo las guías de la ley, en caso de existir? O ¿Regular su implementación sobre la base de sus propios juicios técnicos, sin necesidad de seguir lo establecido por el legislador?

Como puede anticiparse, la respuesta escogida por el IFT fue la segunda y el Congreso de la Unión reaccionó haciendo valer su oposición ante la Corte.

La oposición del Congreso se manifestó en distintos conceptos de invalidez, los que podríamos resumir en una idea central: las normas del IFT van más allá de la ley, pues establecen contenidos no derivables de lo dispuesto por el Congreso de la Unión, en otras palabras, no se limitan a ejecutar o desarrollar lo contenido en la ley.

Así, el reclamo del legislativo se fundamentaba en un modelo clásico de estado legislativo, según el cual se entiende depositado en el congreso el poder de configurar el sistema jurídico, siempre y cuando no trascienda a contenidos indisponibles establecidos en la Constitución, por lo que sólo él puede establecer obligaciones, cargas y derechos a las personas, de tal forma que todo aquel poder u órgano constitucional que pueda tener una facultad de producción normativa, como clásicamente se reconocía al Ejecutivo a través de su facultad reglamentaria, sólo podría ejecutar y desarrollar lo establecido en las leyes. En este sentido, cualquier poder de configuración que pudiera tener el IFT, como nuevo órgano constitucional autónomo, no podría superar el acotado ámbito de ejecución que tiene el ejecutivo, al emitir reglamentos, pues por analogía debía considerarse que el IFT tenía un papel de ejecución. Por tanto, el Congreso solicitaba a la Corte que declarara la invalidez de todas aquellas disposiciones administrativas que no se ajustaran a su delimitada función de ejecución y desarrollo de lo ya contenido en la ley.

La argumentación del Congreso de la Unión no carecía de méritos constitucionales. La teoría constitucional tiene razones de alarma siempre que se identifiquen poderes de producción de normas generales a órganos no representativos, con el potencial de crear obligaciones o cargas a los ciudadanos, pues si son introducidos sin sujetarse a control democrático alguno, entonces, se pierde en legitimidad y en rendición de cuentas, pues no son las personas a través de sus representantes quienes deciden en nombre de la sociedad. Cuando un orden constitucional solapa la existencia de poderes normativos antidemocráticos se ponen en peligro los compromisos fundamentales de la Constitución hacia un autogobierno democrático. Es un mal que se ha combatido con fórmulas, tales como "*no taxation without representation*" o "*nulla poena sine lege*" que han sido traducidos en normas constitucionales con contenidos precisos, como los principios de reserva de ley, superioridad jerárquica de la ley, taxatividad y legalidad, principios de derecho positivo que son testimonio y soporte de la gran mayoría de los argumentos del congreso, que tienen en común la función de establecer una barda clara a los órganos del Estado no representativos para emitir normas generales.

Más aún, puede decirse que, con su debida proporción, a los órganos reguladores (constitucionalmente autónomos) puede aplicarse la misma objeción contra-mayoritaria que al poder judicial. Si es problemático que los Jueces —no elegidos popularmente y, por tanto, irreponsables ante el electorado— pasen revisión a las leyes aprobadas por quienes sí son elegidos democráticamente y, por tanto, sujetos a un sistema de rendición de cuentas constante, también

lo es que dos órganos integrados por un conjunto de burócratas técnicos, quienes no responden a las preferencias de las mayorías, decidan temas tan relevantes, como es la política pública en los ámbitos de telecomunicaciones y competencia económica, de una manera indiferente a lo establecido en las leyes. Según el artículo 28 constitucional, los comisionados integrantes del IFT y la COFESE, si bien se han de someter a un proceso de evaluación cuando sean aspirantes, "[e]l ejecutivo seleccionará de entre esos aspirantes, al candidato que propondrá para su ratificación al Senado", quienes durarán nueve años en su encargo, sin posibilidad de remoción, salvo que sea "a cargo de la dos terceras partes de los miembros presentes del Senado de la República, por falta grave en el ejercicio de sus funciones, en los términos que disponga la ley".

Si sobre los Jueces pesa la referida objeción por inaplicar leyes, a los órganos constitucionales autónomos aplica idéntica objeción por emitir normas de manera paralela, con un poder configurador equivalente a los producidos en procesos democráticos, quienes, a diferencia de los representantes populares, no son responsables democráticamente, salvo por faltas graves en el ejercicio de sus funciones.

Los persuadidos por la objeción contra-mayoritaria aplicada al poder judicial, sugieren reducir al mínimo el control constitucional de las leyes; análogamente, quienes se convencen con su extensión en el ámbito de los órganos reguladores pueden verse animados con la idea de consagrar a las leyes como la medida de la regulación de dichos órganos. Al fin al cabo, debe insistirse, una filosofía similar anima el diseño de la facultad reglamentaria del ejecutivo, en el artículo 89, fracción I, de la Constitución Federal, al establecer que el Ejecutivo tiene la facultad de "[p]romulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta aplicación".

Por tanto, para determinar la validez de las normas impugnadas, la Corte debía determinar una cuestión previa de carácter general, a saber, si la Constitución creó al IFT, como un ente regulador, delimitado a ejecutar y desarrollar lo establecido en las leyes, "a proveer en la esfera administrativa a su exacta aplicación" de manera equivalente o, incluso en algún grado menor, a la facultad reglamentaria del ejecutivo quien, cabe aclarar, en oposición a los órganos reguladores, sí cuenta con legitimidad democrática.

No sólo fue la forma en que fue intentada la impugnación del Congreso de la Unión la que forzó a la Corte a responder esta interrogante, sino también el contenido de la ley que se propuso establecer como medida de la validez de las disposiciones del IFT.

El 14 de julio de 2014 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, con una regulación exhaustiva de la materia; desde el artículo 1, el legislador estableció que la ley tiene como objeto regular el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes públicas de telecomunicaciones, el acceso a la infraestructura activa y pasiva, los recursos orbitales, la comunicación vía satelital, la prestación de servicios públicos de interés general de telecomunicaciones y radiodifusión y la convergencia entre éstos, los derechos de los usuarios y las audiencias, y el proceso de competencia y libre concurrencia en esos sectores, para que contribuyan a los fines y al ejercicio de los derechos establecidos en los artículos 6, 7, 27 y 28 de la Constitución Federal.

En la ley, la posición del IFT es curiosa, pues el legislador se preocupó por precisar las facultades regulatorias de ese órgano de una forma detallada. Por momentos, el lenguaje del legislador pareciera expresar la necesidad de investir al IFT de facultades de creación normativa, pues pareciera pensar que de no hacerlo, no podría ejercerlas, al requerirse un acto de delegación legislativa similar a los contenidos en otras leyes, denominadas "cláusulas habilitantes" en la jurisprudencia, cuyo fin es investir de facultades regulatorias a órganos técnicos desconcentrados de la administración pública, que sin el acompañamiento de una ley delegatoria, se reducirían a órganos administrativos limitados a participar en la función ejecutiva.

El artículo 15, fracción de la ley mencionada establece que dicho órgano puede "[e]xpedir disposiciones administrativas de carácter general, planes técnicos fundamentales, lineamientos, modelos de costos, procedimientos de evaluación de la conformidad, procedimientos de homologación y certificación y ordenamientos técnicos en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, así como demás disposiciones para el cumplimiento de lo dispuesto en esta ley", precepto que, como señaló la corte en su sentencia, debe relacionarse con la atribución prevista en la fracción LVI de ese artículo, de "[a]probar y expedir las disposiciones administrativas de carácter general necesarias para el debido ejercicio de las facultades y atribuciones del Instituto."

El contenido de estas normas competenciales podrían encuadrar en la categoría de "cláusulas habilitantes". Con este nombre la Corte denominó un tipo de legislación que tiene como

función delegar en ciertos órganos administrativos la facultad de emitir disposiciones de carácter general en cuestiones técnicas, en el cual pueden desplegar cierta autonomía configurativa.⁶

Estas cláusulas habilitantes permitían a los antecedentes de los órganos constitucionales autónomos, como la Comisión Federal de Telecomunicaciones (COFETEL) y la Comisión Federal de Competencia (COFECO) emitir regulación en sus distintos ámbitos. Sin embargo, cualquier semejanza de resultados que podría identificarse con la actual ingeniería constitucional pasa a segundo orden, pues la diferencia relevante es que esas cláusulas habilitantes hacían depender la facultad regulatoria de dichos órganos subordinados al ejecutivo de la voluntad legislativa, permitiendo afirmar que era la ley la medida de las facultades regulatorias de esos órganos, sin la cual no podían desempeñarse. De alguna manera, esos órganos reguladores (órganos desconcentrados de la administración pública centralizada) debían limitarse a ejecutar y desarrollar los preceptos de la ley, pues era ésta, en tanto fuente reservada, la que determinaba que esos órganos regularan, así como todas sus condiciones.

Así, al promover la controversia constitucional 117/2014, el Congreso exigía a la Corte reconocer que el IFT, a pesar de estrenarse prácticamente como nuevo órgano constitucional autónomo, debía quedar sujeto a la ley, de una forma equivalente a su antecedente (la COFETEL), como lo están todos los demás órganos administrativos.

Como se había mencionado, las disposiciones generales impugnadas versaban sobre la regulación de la portabilidad. Y en este tema, la ley parecía indicar con mayor claridad que el IFT sólo debía desempeñarse para ejecutar y desarrollar la ley. En el articulado general, se reconocía a la portabilidad como un derecho, que debemos agregar, es de rango legal, por no contenerse en la Constitución. Así, es el resultado de la libertad configurativa del legislador. El artículo 3, fracción XLIV define a la portabilidad como el "[d]erecho de los usuarios de conservar el mismo número telefónico al cambiarse de concesionario o prestador de servicio".

⁶ *Vid.*, por ejemplo, la tesis de jurisprudencia 97/2008 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro "PRESUPUESTO DE EGRESOS DE LA FEDERACIÓN PARA EL EJERCICIO FISCAL DE 2006. SU ARTÍCULO 9, FRACCIÓN III, CONSTITUYE UNA CLÁUSULA HABILITANTE.", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVII, junio de 2008, p. 404. En esta tesis, la Corte dice: "Las cláusulas habilitantes son mecanismos a través de los cuales el legislador habilita a un órgano del Estado, principalmente de la administración pública, para regular una materia concreta, precisándole las bases y los parámetros generales conforme a los cuales deberá actuar."

El precepto legal que se ubica en el centro de la controversia es uno transitorio, el cual no deja lugar a dudas sobre la idea legislativa de establecer al IFT como un órgano al que se invistió con la facultad de ejecutar y desarrollar lo previsto en la ley. Esta norma otorga una facultad de emisión de normas, de ejercicio obligatorio para el regulador, con un grado de detalle considerable de la forma en que el legislador precisó debe ejercer su función.

En efecto, el artículo trigésimo octavo transitorio de la ley establece que "[e]l Instituto Federal de Telecomunicaciones deberá emitir dentro de los sesenta días hábiles siguientes a la entrada en vigor de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, las reglas administrativas necesarias que eliminen requisitos que puedan retrasar o impedir la portabilidad numérica y, en su caso, promover que se haga a través de los medios electrónicos."

El legislador confinó la facultad del IFT, al establecer que "[l]as reglas a que se refiere el párrafo anterior, deberán garantizar una portabilidad efectiva y que la misma se realice en un plazo no mayor de 24 horas contadas a partir de la solicitud realizada por el titular del número respectivo." El legislador agregó que "[p]ara realizar dicha portación sólo será necesaria la identificación del titular y la manifestación de voluntad del usuario. En el caso de personas morales el trámite deberá realizarse por el representante o apoderado legal que acredite su personalidad en términos de la normatividad aplicable."

Así, el Congreso, apoyado en el tenor literal de la ley, exigía que las normas del IFT fueran contrastadas con los contenidos legales y se declararan inválidas aquellas que reflejaran una voluntad de extralimitación del legislador, pues era claro que la ley establecía que el referido órgano regulador sólo debía ejecutar lo previsto por el Congreso.

La Corte rechazó en todos sus aspectos la pretensión del Congreso de la Unión. En su sentencia, parece reconocer que las disposiciones administrativas emitidas por el IFT no necesariamente reflejaban el contenido de la ley, sin embargo, precisó que ello no era motivo de preocupación constitucional, por lo que ni siquiera procedería a verificar si éstas se limitaban a ejecutar y a desarrollar los contenidos de la Ley Federal de Telecomunicaciones. Para la Corte, la medida de la validez de la regulación del IFT no está en la ley, sino en la Constitución. Sin embargo, reconociendo que los alcances de esas facultades regulatorias no están marcadas en el texto fundamental, concluyó que debía reconstruirse sobre la base de un modelo teórico

—el del estado regulador— derivable de una interpretación sistemática de todos los propósitos que animan la arquitectura constitucional.

Según Stephen Breyer, lo mínimo que puede esperarse de la Suprema Corte de Estados Unidos cuando resuelve problemas constitucionales de este tipo es proceder con una metodología de interpretación similar. El mencionado *justice* sostiene que la Corte no debe desentrañar lo que los creadores de la Constitución pensaron al establecer su contenido, sino identificar los valores subyacentes a esos preceptos y aplicarlos de manera flexible a los sucesos cambiantes que se les presentan y, más importante para nuestro propósito, debe tomar en cuenta los roles de otras instituciones gubernamentales y su relación entre ellos.⁷ Retomando la Corte mexicana esta metodología, procedió a resolver la controversia entablada entre el Senado y el IFT a partir del modelo de estado regulador, un modelo que no pretende reflejar las intenciones del constituyente permanente, sino dar valor normativo a los propósitos constitucionales buscados con la creación de los dos nuevos órganos constitucionales autónomos armónicamente entendidos en el contexto de las relaciones que apropiadamente deben mantener con los tres poderes clásicos del Estado.

Pues bien, sólo queda describir lo que la Corte entendió como modelo de estado regulador, a partir del cual se justifica la relativa independencia regulatoria del IFT del legislativo.

3. Los elementos del modelo de estado regulador

El modelo de estado regulador no es nuevo en el constitucionalismo moderno. Sus orígenes teóricos tampoco se encuentran en México. Sus primeras referencias se identifican en el constitucionalismo americano como aporte de la época del New Deal, en la década de 1930; fue una respuesta a la expansión del gobierno federal para tratar las consecuencias sociales de las crisis económicas, mediante la creación de las denominadas "agencias independientes" con el poder de regular un ámbito económico desde un punto de vista técnico, casi científico. Sin embargo, su manifestación es diferente en nuestro país en dos aspectos: 1) en el modelo americano, las agencias independientes son creadas por la ley y muchas veces se insertan en la órbita del ejecutivo y 2) su articulación se realizó con el específico propósito de resolver la tensión

⁷ BREYER, Stephen, *Making Our Democracy Work*, Alfred A. Knopf, New York, 2010, p. 75.

en la relación del poder judicial con esas agencias independientes, por la respuesta a la pregunta ¿quién debe interpretar lo establecido en la ley? En contraste, en México, 1) los órganos reguladores son órganos constitucionales autónomos y 2) su aparición en la jurisprudencia se realizó con el propósito de resolver la tensión entre los reguladores y el legislativo por la pregunta ¿Quién puede emitir normas generales y en qué grado en relación con el otro?

En efecto, en Estados Unidos, el estado regulador es un modelo que aglutina una serie de criterios de deferencia judicial a lo decidido por agencias independientes o, dependientes del ejecutivo, sobre lo que ellos consideran son los significados contenidos en las leyes, cuya aplicación se le ha confiado, a pesar del desacuerdo de lo interpretado por los Jueces en otras sentencias, siempre y cuando sea una interpretación razonable que no vaya contra texto expreso de la ley.

En Estados Unidos, las leyes que crean a las agencias independientes se consideran marcos de decisión que contienen fines de política pública, cuya implementación debe correr a cargo de las agencias independientes, a través de sus facultades de interpretación. Como típicamente los Jueces debían determinar la debida interpretación de la ley, las decisiones regulatorias de los órganos eran siempre revisadas por los Jueces, permitiendo en muchas ocasiones que el poder judicial sustituyera sus preferencias de política pública por aquellas de los integrantes de las referidas agencias.

Sin embargo, la deferencia judicial, exigida por el modelo de estado regulador, se basa en la asunción de que dichas agencias tienen encargada la función de implementar leyes con fines de política pública, que no pudieron concretarse por el legislador en reglas precisas, sino en normas abiertas en su textura semántica, por lo que dichas agencias tienen ventajas comparativas para resolver de mejor manera cuestiones interpretativas, pues además de estar capacitadas sobre la materia sobre la que versa la ley, su especialización institucional las pone en la condición de aprender y corregir sobre regulación de una manera científica, de una manera que no podría lograrse en sede legislativa ni en la judicial.

Por así decirlo, el modelo de estado regulador en el sistema americano dio nacimiento a una técnica de escrutinio judicial en la cual la potestad de interpretar el derecho es co-compartido entre los Jueces y las agencias reguladoras, sujeta a una revisión de razonabilidad por parte de aquéllos, que se despliega en dos momentos: en el primero la agencia resuelve sobre

la apropiada interpretación de la ley que tiene a su cargo ejecutar, mediante la resolución de un conflicto regulatorio o la emisión de regulación; en un segundo momento, los Jueces, en un caso contencioso, analizan lo emitido por la agencia, otorgando deferencia a la interpretación jurídica subyacente realizada por ella, siempre y cuando se ajuste a mínimos estándares de razonabilidad que, como mínimo, permitan a los Jueces garantizar la interdicción a la arbitrariedad.

Sin embargo, a pesar de estas diferencias, en un nivel de mayor generalidad, el modelo de estado regulador responde a un hecho expandido en el constitucionalismo moderno: la expansión del gobierno en las más variadas esferas de la convivencia social, algunas de las cuales son altamente técnicas y especializadas, lo que plantea la intervención de expertos en la dirección de las políticas públicas. Comúnmente, la forma de expansión del Estado es a través de la ampliación del ejecutivo, es decir, mediante la creación de la administración pública. Esta forma de expansión, sin embargo, no es la que genera la necesidad de reconceptualizar al modelo de estado, pues se refiere a un cambio cuantitativo, que sólo implica que los principios clásicos democrático y de división de poderes se deben extender a nuevos órganos adscritos a un viejo poder (el ejecutivo).

El cambio cualitativo se presenta con la introducción de un nuevo tipo de órganos, las llamadas "agencias independientes". Éstas, a diferencia de aquellas jerárquicamente subordinadas al ejecutivo, gozan de una cierta independencia por el método de nombramiento de sus titulares, los plazos fijos en los que deben servir y las garantías de inamovilidad activadas ante el mero desacuerdo político del ejecutivo o legislativo con sus decisiones. Son agencias que son investidas por las leyes con facultades quasi-legislativas, quasi-judiciales y quasi-ejecutivas en temas altamente técnicos y especializados de política pública, cuyo abordaje se considera insuficiente en sede legislativa, por las dificultades propias de cualquier proceso deliberativo con pretensiones de representatividad política.

Así, las agencias independientes son integradas por funcionarios escogidos por sus habilidades técnicas, a quienes se les encarga la regulación de ciertos sectores económicos, tecnológicos o especializados, para encontrar la mejor política pública en los ámbitos de su especialidad, a quienes se les nombra con garantías de inamovilidad para evitar su remoción por mero desacuerdo político. Sin embargo, insisto, en el modelo americano original, su existencia no es producto de la voluntad del constituyente, como en México con la reciente reforma de 2013 al artículo 28, sino del legislador, por lo que siguen siendo las leyes, las que conforman la

fuente reservada para regular lo que pueden o no hacer dichas agencias. En un cierto sentido, ese era el mismo contexto en México antes de las reformas constitucionales, ya que antes la COFETEL y la COFECO eran órganos infraconstitucionales, cuyas facultades tenían su fundamento en la ley.

En este sentido, el modelo de estado regulador permitió a la Suprema Corte de Estados Unidos superar un criterio decimonónico de revisión judicial, a saber, aquel que establecía que las leyes deben interpretarse íntegramente por los Jueces, al recaer en ellos la función jurisdiccional, y no en las agencias administrativas, por lo que a éstas últimas no debía reservarse ámbito interpretativo alguno en el cual desarrollar una cierta facultad de configuración normativa. Ello, implicaba que normas con conceptos técnicos abiertos quedaban al poder de interpretación de los Jueces, quienes, por tato, quedaban en libertad de escoger la de su preferencia en detrimento de las escogidas por las referidas agencias.

Bajo esta forma de ejercer escrutinio judicial, todo intento de una agencia de interpretar un concepto legislativo de una forma diversa a la preferida por las cortes, con el fin de avanzar los propósitos legislativos bajo su propia lectura, conformaba una violación a la ley.

Sin embargo, la Suprema Corte de Estados Unidos reconoció que su tarea es resguardar una Constitución que da nacimiento a un gobierno democrático articulado por el principio de división de poderes, por lo que si la solución de las mayorías en la época del New Deal, expresada en el proceso legislativo, era la de otorgar facultades de regulación a órganos técnicos para abordar problemas altamente complejos, entonces debía rediseñar sus estándares de escrutinio constitucional sobre la actividad de las agencias independientes, para interiorizar este nuevo acomodo de competencias.

No sin resistencia al interior de la Corte, y después de una tensa relación con el ejecutivo, al final la posición fue la de interpretar a la Constitución como un conjunto de principios, con una vocación evolutiva para adaptarse a cada época histórica, por lo que los principios de división de poderes y democrático debían ser capaces de incluir dicho reacomodo de responsabilidades, de una forma fiel a los propósitos de esos principios, que a final de cuentas, se entendió que buscan preservar que sean los ciudadanos los que controlen la dirección de los asuntos públicos a través de sus representantes populares, contando con la presencia de los Jueces en caso de excederse en detrimento de lo establecido en la Constitución.

El abordaje a este planteamiento dilemático fue realizado por la Suprema Corte en el conocido caso *Chevron v. National Resources Defense Council* (1984) un caso en el cual la Suprema Corte de Estados Unidos debía analizar si era válido que una agencia independiente (Environmental Protection Agency) cambiara su interpretación de lo que debía entenderse una "fuente de contaminación" en términos de la ley, para efectos de fiscalizar a las empresas emisoras de contaminantes.

Se trató de un cambio interpretativo que permitía entender que cada agente económico representaba una "fuente de contaminación" a pesar de contar con distintas sub-fuentes individuales en su infraestructura, por lo que mientras no superara los límites máximos de contaminantes, visto globalmente en todas sus sub-fuentes, no merecería sanción alguna, en oposición de antes, cuando la fuente contaminante se entendía como cada generador individual de emisiones contaminantes en la infraestructura de un agente económico, por lo que cada agente debía asegurar que cada una de sus fuentes contaminantes cumpliera con los límites máximos.

Con este cambio, la agencia pretendió servir de mejor manera el propósito legislativo de que la regulación ambiental no afecte en demasía la eficiencia del mercado, permitiendo que cada agente determine cómo distribuir los costos de cumplir con ciertos límites globales de polución, ya que es más eficiente permitir que ciertas sub-fuentes puedan rebasar los límites máximos, y compensarlos con otras sub-fuentes, de acuerdo a las necesidades de cada situación económica. La Corte decidió que el cambio de interpretación era válido, toda vez que los Jueces debían ser deferentes al poder de interpretación de las agencias, siempre que enfrenten una disposición legislativa que utiliza conceptos abiertos o ambiguos, pues de ser el caso que la ley otorga una solución clara sobre el problema, sin importar la razonabilidad de la lectura de la agencia, los Jueces deben hacer prevalecer lo dicho por el legislador, por tanto, si la ley no establece una respuesta clara sobre una cierta cuestión, los Jueces deben ser deferentes a las interpretaciones de las agencias, siempre y cuando no sea arbitrarias ni caprichosas, pues tienen ventajas comparativas para poder implementar los fines de política pública enunciados por el legislador.

La introducción del modelo de estado regulador en la jurisprudencia de la Corte americana, permitió al constitucionalismo moderno reflexionar sobre la evolución del principio de división de poderes y el papel a desempeñar por un conjunto de agencias independientes de los

tres clásicos poderes para regular ciertos ámbitos especializados. Como dice Breyer, otorgó una oportunidad a la Corte para interpretar la Constitución considerando el papel que deben desempeñar otras institucionales gubernamentales y su relación entre ellas. Lo relevante es que en aquel país, el modelo de estado regulador permitió explicar y controlar un panorama nuevo: la coexistencia de agencias independientes con los tres poderes clásicos. El referido Juez constitucional recuerda que a estas agencias se les ha conocido como "*headless fourth branch*".

En México, el modelo de estado regulador se introduce jurisprudencialmente para explicar un cambio de ingeniería constitucional: la de convertir a ciertos organismos desconcentrados de la administración pública centralizada (COFECO y COFETEL) en órganos constitucionales autónomos con una nómina de competencias propias (COFECE e IFT).

Aunque el origen de la idea no sea mexicana, su introducción permitió en nuestro modelo cumplir el mismo objetivo de crear un significado constitucional que sirva de base para controlar la relación de un "*headless fourth branch*".

En la jurisprudencia mexicana, el modelo de estado regulador no es un aglutinador de criterios de deferencia judicial a las interpretaciones de las agencias sobre lo dispuesto en las leyes, sino una solución interpretativa para resolver la tensión entre el Congreso de la Unión y las agencias independientes por el poder de regulación; así, para la Corte mexicana, es la formalización de una nueva doctrina constitucional que modula al mínimo de su expresión principios constitucionales clásicos aplicables a las disposiciones administrativas, como el de reserva de ley y supremacía jerárquica de la ley,⁸ cuando los Jueces constitucionales encuentren que controlan la actividad de órganos reguladores reconocidos constitucionalmente.

En la ejecutoria de la controversia constitucional 117/2017, la Corte estableció lo siguiente.

En primer lugar, la Corte observó que en el artículo 28 constitucional (párrafo vigésimo, fracción IV) se otorga al IFT facultades quasi-legislativas, al asignarle la potestad de "emitir sus

⁸ La articulación del contenido de estos principios lo realizó la Corte en la jurisprudencia 79/2009 del Pleno, de rubro "FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL. SUS PRINCIPIOS Y LIMITACIONES.", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXX, agosto de 2009, p. 1067.

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

De ello, se concluyó que dicho regulador constitucional, al ser titular de competencias constitucionales propias, goza de paridad con los otros poderes de la unión, a quienes puede oponer sus poderes. En otras palabras, independientemente de lo que las ramas políticas decidan "el IFT tiene un ámbito de poder propio, que puede utilizar al máximo de su capacidad para realizar sus fines institucionales. Ello es consecuencia de ser titular de facultades constitucionales propias."

Como se había anticipado, la Corte observó que si bien el IFT tiene asignadas facultades quasi legislativas, quasi jurisdiccionales y quasi ejecutivas, reiteró que se enfocaría en las primeras, las que identificó como "facultad regulatoria". En la sentencia se observó la existencia de un doble límite. Uno material, consistente en la delimitación competencial de que dicho órgano sólo puede producir normas "exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia". Otro, jerárquico, consistente en la inserción de esta facultad de producción jurídica en el sistema de fuentes del sistema, según la Corte, dicha facultad "se encuentran por debajo de la Constitución y, en un peldaño inferior, también debajo de las leyes que emita el Congreso de la Unión."

Sin embargo, la Corte negó rotundamente que a las normas emitidas por el IFT resulten aplicables los principios de reserva de ley y subordinación jerárquica a la ley, como sí lo son a otras disposiciones administrativas.

En la ejecutoria de la Corte se justifica esta conclusión de la siguiente manera:

De la exposición de las razones del Constituyente se observa que nuestro modelo constitucional adopta en su artículo 28, la concepción del *Estado Regulador*, entendido como el modelo de diseño estatal insertado por el Constituyente Permanente para atender necesidades muy específicas de la sociedad postindustrial (suscitadas por el funcionamiento de mercados complejos), que deposita en ciertas agencias independientes —de los órganos políticos y de los entes regulados— la regulación de ciertas cuestiones especializadas sobre la base de disciplinas o racionalidades técnicas. Este modelo de Estado Regulador, por regla general, exige la convivencia de dos fines: la existencia eficiente de mercados, al mismo tiempo que la conse-

cución de condiciones equitativas que permitan el disfrute más amplio de todo el catálogo de derechos humanos con jerarquía constitucional. De ahí que a estos órganos se les otorguen funciones regulatorias, diferenciables de las legislativas otorgadas al Congreso de la Unión y de las reglamentarias otorgadas al Ejecutivo por el artículo 89, fracción I de la Constitución Federal.

Este modelo explica por qué los órganos constitucionales autónomos no se encuentran sujetos a los mismos principios que limitan a los reglamentos del ejecutivo, principio de reserva de ley y subordinación jerárquica, pues detrás de éstos se encuentra una concepción constitucional de distribución de poderes de producción normativa entre el legislador y el ejecutivo que claramente se pronuncia por depositar en el primero las principales decisiones de política pública, reservando al segundo una facultad de ejecución y desarrollo, no de innovación o configuración normativa, ya que bajo la concepción que sustenta esos principios es el proceso democrático deliberativo el foro apropiado y apto para resolver sobre la suerte de los bienes de las personas.

Así, a los reglamentos, mediante el principio de reserva de ley, se les impide regular materias reservadas en exclusiva a las leyes del congreso, mientras que el principio de subordinación jerárquica exige que el reglamento esté precedido por una ley, cuyas disposiciones desarrolle, complemente o pormenorice, en las que encuentre su justificación y medida. La Corte precisó que esta no es la racionalidad que explica la existencia del IFT en la Constitución, "ya que éste responde a una narrativa estatal diversa, que justamente busca el fortalecimiento de un órgano regulador autónomo con el poder suficiente de regulación que innove el ordenamiento jurídico." En palabras de la Corte:

En efecto, este Tribunal Pleno considera que los precedentes referidos a la facultad reglamentaria del Ejecutivo, conforme al artículo 89, fracción I, constitucional no son aplicables a las disposiciones de carácter general del IFT por una razón de diseño institucional: el Constituyente reservó para el IFT un balance de distribución de poder distinto, ya que, a diferencia del reglamento, en las disposiciones de carácter general del IFT sí se deposita un umbral de poderes de decisión que inviste a ese órgano de un poder de innovación o configuración normativa ausente en el Ejecutivo. Dicha facultad es regulatoria y constituye una instancia de producción normativa diferenciada de la legislación, conforme al artículo 73 constitucional, de los reglamentos del Ejecutivo del artículo 89, fracción I, constitucional, y de las cláusulas habilitantes que esta Suprema Corte ha reconocido puede establecer el Congreso de la

Unión, para habilitar a ciertos órganos administrativos para emitir reglamentación, emitidas con fundamento en los artículos 73, fracción XXX y 90 de la Constitución Federal.

Lo anterior implica, que el IFT puede emitir disposiciones administrativas de carácter general, sin necesidad de comprobar la existencia de una ley anterior, ni, en caso de existir, limitarse a desarrollar sus contenidos.

La idea del modelo de estado regulador permite explicar lo anterior y enmarcar nuevos estándares de escrutinio constitucional; en palabras de la Corte este modelo refleja la existencia de un compromiso de principios: el de legalidad, el cual requiere que la fuente legislativa, con legitimidad democrática, sea la sede de las decisiones públicas desde donde se realice la rectoría económica del Estado, y los principios de eficiencia y planificación que requieren que los órganos expertos y técnicos sean los que conduzcan esos principios de política pública a una realización óptima, mediante la emisión de normas que no podrían haberse previsto por el legislador o bien, estarían en un riesgo constante de quedar obsoletas, pues los cambios en los sectores tecnificados obligaría a una adaptación incesante poco propicia para el proceso legislativo y más apropiada para los procedimientos administrativos.

Así, continúa la sentencia de la Corte, el principio de legalidad debe modularse, no siendo aplicable en su manifestación de reserva de ley, pues el IFT, sin ley de respaldo, podría regular por sí mismo el ámbito material de su competencia, pero sí resulta aplicable en su manifestación del principio de subordinación jerárquica de una manera diferenciada. Ello, pues en el artículo 28 constitucional, se establece que las funciones del IFT deben entenderse "conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en los términos que fijen las leyes". Por tanto, si las normas del IFT, en el sistema de fuentes, se encuentran en un peldaño normativo inferior a las leyes, en caso de conflicto, la disposición del IFT debe ceder frente a la ley, pues deben respetar lo que la Corte denominó "la exigencia normativa de no contradicción con las leyes."

De esta forma la Corte logró aterrizar la idea del modelo de estado regulador en un estándar de revisión judicial de las normas del IFT:

En consecuencia, para determinar la validez de las disposiciones de carácter general del IFT no resulta relevante si ellas regulan una cuestión de manera innovadora, sino determinar si vulneran el principio

de supremacía jerárquica de la ley, entendido éste en sentido diferenciado, como exigencia de no contradicción.

De concluirse que no existe en la ley la voluntad de rechazar las decisiones del IFT (que no se viola el principio de no contradicción) entonces, los Jueces constitucionales deben respetar las facultades de apreciación del IFT y preservar las decisiones contenidas en sus disposiciones generales, cuando se observe que dichas disposiciones se insertan en un ámbito regulatorio.

La Corte precisó que, a través del modelo de estado regulador, es posible distinguir entre legislación y regulación, lo que permite controlar las relaciones entre el legislativo y el IFT. Ello, pues el texto constitucional no repartió las facultades de producción normativa entre ambos en la materia de telecomunicaciones y radiodifusión, separando segmentos identificables a cada uno de ellos, sino que la materia en general fue asignada a ambos, generando que ambos fueran investidos para actuar en un ámbito traslapado, sólo quedando concluir que mientras al legislativo corresponde la legislación, al IFT corresponde la regulación, clasificación que resultaría inútil si no se contara con una teoría funcional de ambas fuentes, como la otorgada por el modelo de estado regulador.

Así, de acuerdo, al modelo de estado regulador, la Corte precisó que su estándar de escrutinio constitucional consistirá en dos pasos: en un primer paso, la Corte atenderá a la ley emitida por el Congreso de la Unión y se preguntará si en ella se ofrece una respuesta normativa precisa a una interrogante regulatoria. Si la respuesta es positiva, se debe extraer la respuesta legislativa y confrontarse con la o las disposiciones de carácter general del IFT y sólo en caso de resultar contradictorias, debe declararse la invalidez de éstas. De resultar negativa la respuesta, la Corte pasa a un segundo paso, abierto ante la constatación de que la ley del Congreso es silenciosa respecto a la interrogante regulatoria formulada, en el que debe proceder a analizar las disposiciones del IFT y declarar su validez cuando ofrezcan una solución normativa inserta en el ámbito regulatorio asignado a su esfera de competencias. En este segundo paso, de llegar a éste, la Corte debe revisar que las normas de IFT no sean arbitrarias ni caprichosas.

Con base en lo anterior, la Corte procedió a aplicar los estándares construidos y declaró infundados los motivos de impugnación del Congreso de la Unión contra la regulación del IFT en materia de portabilidad, pues concluyó que esas disposiciones no eran contradictorias con

la ley del Congreso y que, en sus méritos, conformaban una regulación inserta en el ámbito de telecomunicaciones, que no resulta caprichosa ni arbitraria.

La sentencia de la Corte termina aclarando al Congreso de la Unión que el reconocimiento de validez de la regulación del IFT, bajo el modelo de estado regulador, no clausura el debate democrático:

En un modelo de estado constitucional que ha incorporado el paradigma de estado regulador, el Tribunal Constitucional debe preservar la órbita de competencias regulatorias de los órganos constitucionales autónomos, siempre y cuando no exista una voluntad legislativa, producida por un proceso democrático deliberativo, que contradiga al órgano regulador, en ello consiste la exigencia de no contradicción derivada por este Pleno del artículo 28 constitucional.

Sin embargo, el proceso democrático debe ser explícito en sus decisiones y no obligar al órgano técnico regulador a respetar ciertos modelos de regulación que no fueron objeto de deliberación democrática en el proceso legislativo.

El IFT insiste en que las reglas se encuentran diseñadas para evitar un mal afrontado en las experiencias comparadas de otros países: el fenómeno del 'slamming'. Si el Congreso de la Unión no concuerda con el diagnóstico del IFT y estima que unas reglas más flexibles no generan ese peligro o, incluso, que el slamming es un modelo de negocios deseable para un sector de telecomunicaciones como el nuestro, entonces, esa opción de política pública debe presentarla al proceso democrático para que el órgano legislativo se pronuncie mediante la emisión de una ley y con ello se disipe el diferendo. Nada en esta sentencia impide que ello suceda.

Como se observa, la jurisprudencia de la Corte mexicana ha introducido el modelo de estado regulador, como base de significación constitucional de una nueva arquitectura que entabla una nueva relación entre el Congreso de la Unión y los órganos constitucionales autónomos de naturaleza regulatoria (IFT y COFECE), la que servirá de base para la construcción progresiva de estándares de escrutinio judicial de la actuación de ambos. Con este artículo pretendo demostrar que ello debe llamar la atención sobre la evolución de los presupuestos del modelo de estado constitucional en nuestro país, a fin de seguir el movimiento de principios tales como el democrático y el de división de poderes.

4. Conclusión

En los últimos años se han aprobado una serie de reformas constitucionales en materia de telecomunicaciones, competencia económica, energía, electoral, educación, entre otras, que no sólo han modificado los principios rectores de esas materias, sino la estructura orgánica de la Constitución, mediante la introducción de órganos constitucionales autónomos, con funciones reguladoras.

Aunque los órganos constitucionales autónomos no son nuevos, por el tipo de competencias asignadas a los de nueva creación, debe convenirse en lo indispensable de un replanteamiento sobre la caracterización conceptual de lo que se ha denominado la *parte orgánica* de la Constitución, al demostrarse la insuficiencia de la teoría clásica de la división tripartita del poder. La existencia de nuevos órganos constitucionales con funciones quasi-jurisdiccionales, quasi-ejecutivos y quasi-legislativos que, ahora se relacionan con los tres poderes clásicos, supone la existencia de un nuevo diseño de arquitectura constitucional que requiere de una teoría justificativa, ya que la nueva correlación de entes constitucionales culmina en la generación de actos jurídicos que tienen efectos sobre la propiedad, libertad y otros bienes constitucionales de las personas. Pareciera que el Constituyente Permanente se hubiera planteado cambiar la realidad social no sólo cambiando las reglas del juego, sino principalmente a los jugadores.

Una teoría constitucional sobre los nuevos órganos constitucionales autónomos es una condición necesaria para controlar racionalmente las relaciones jurídicas de estos nuevos entes con los otros tres poderes y con la ciudadanía, en otras palabras, es una exigencia de legitimidad del control constitucional.

Una nueva teoría no puede construirse en el vacío. Nuestro modelo de Estado constitucional mantiene su compromiso original con el modelo democrático y con el principio de división de poderes. De alguna manera, el reto es doble: dar cuenta de las condiciones de operación de nuevos entes constitucionales y explorar las exigencias de los mismos principios de siempre a estos nuevos entes.

La sentencia analizada representa un inicio en esta tarea. El presente artículo termina con la previsión de que bajo el rubro de modelo de estado regulador se construirá una nueva doctrina jurisprudencial en los próximos años, a la cual tendremos que acudir para entender una nueva concepción de la parte orgánica de nuestra Constitución.

Fuentes

Bibliografía

KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 11a. edición, Porrúa, México, 2000.

DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1986.

BREYER, Stephen, *Making Our Democracy Work*, Alfred A. Knopf, New York, 2010.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Criterios jurisdiccionales

Contradicción de tesis 299/2013, de la que derivó la tesis de jurisprudencia 64/2014, de rubro "JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA.". *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 13, Tomo I, diciembre de 2014, p. 8.

Tesis de jurisprudencia 97/2008 del Pleno de rubro "PRESUPUESTO DE EGRESOS DE LA FEDERACIÓN PARA EL EJERCICIO FISCAL DE 2006. SU ARTÍCULO 9, FRACCIÓN III, CONSTITUYE UNA CLÁUSULA HABILITANTE.". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVII, junio de 2008, p. 404.

Jurisprudencia 79/2009 del Pleno de rubro "FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL. SUS PRINCIPIOS Y LIMITACIONES.". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXX, agosto de 2009, p. 1067.