

EL ESTADO REGULADOR EN MÉXICO

Gonzalo Sánchez de Tagle P.S.



Instituto
Belisario Domínguez
Senado de la República

EL ESTADO REGULADOR EN MÉXICO

Gonzalo Sánchez de Tagle P.S.



SENADO DE LA REPÚBLICA

INSTITUTO BELISARIO DOMÍNGUEZ

Comité Directivo

Senador Manuel Bartlett Díaz
PRESIDENTE

Senador Rubén Antonio Zuarth Esquinca
SECRETARIO

Senador Daniel Ávila Ruiz
SECRETARIO

Senador Marlon Berlanga Sánchez
SECRETARIO

Secretaría Técnica

Onel Ortiz Fragoso
SECRETARIO TÉCNICO

Junta Ejecutiva

Mtro. Juan Pablo Arroyo Ortiz
COORDINADOR EJECUTIVO DE INVESTIGACIÓN

Mtro. Alejandro Encinas Nájera
DIRECTOR GENERAL DE INVESTIGACIÓN ESTRATÉGICA

Mtro. Noel Pérez Benítez
DIRECTOR GENERAL DE FINANZAS

Dr. Alejandro Navarro Arredondo
DIRECTOR GENERAL DE ANÁLISIS LEGISLATIVO

El estado regulador en México

Autor: Gonzalo Sánchez de Tagle P.S.

Primera edición, agosto de 2018
ISBN en trámite

Corrección de estilo: María Elena Medina Dávila
Diseño y formación: Marcela Rivas González
Ilustraciones: ©Shutterstock

DR© INSTITUTO BELISARIO DOMÍNGUEZ,
SENADO DE LA REPÚBLICA
Donceles 14, Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc, 06020, Ciudad de México

DISTRIBUCIÓN GRATUITA
Impreso en México

Las opiniones expresadas en este documento son responsabilidad de sus autores y no reflejan el punto de vista del Instituto Belisario Domínguez ni del Senado de la República.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
1. EL ESTADO REGULADOR EN PERSPECTIVA	11
2. PREMISAS TEÓRICAS DEL ESTADO REGULADOR	23
2.1 ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	24
2.2 DIVISIÓN DE PODERES	28
2.3 FUNDAMENTOS DEL ESTADO REGULADOR	34
2.3.1 Desconcentración administrativa	34
2.3.2 Cláusulas habilitantes	39
2.3.3 Deferencia judicial	43
2.4 ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS	51
2.4.1 Características formales	52
2.4.2 Características materiales	56
2.5 ÓRGANOS REGULADORES	69
2.6 ÓRGANOS REGULADORES: LEGITIMACIÓN	76
3. EL ESTADO REGULADOR EN MÉXICO	85
3.1 COMPETENCIA ESPECIALIZADA	85
3.2 DISEÑO INSTITUCIONAL	89
3.3 INTERPRETACIÓN DEL ESTADO REGULADOR	108
CONCLUSIÓN	121
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	123





INTRODUCCIÓN

La actividad reguladora del Estado es un fenómeno que tiene múltiples causas, y que se traduce, en términos muy simples, en la expedición de normatividad técnica y especializada que atiende realidades sociales y económicas complejas por parte de agencias u organismos del Estado, usualmente de la Administración Pública Federal, pero también, de manera reciente, de órganos constitucionales autónomos.

El modelo de Estado regulador en México es un modelo institucional que ha proliferado en las últimas décadas a partir de la creación de agencias u órganos del Estado cuyo mandato y finalidad es el desarrollo de un edificio normativo técnico y especializado, dirigido a industrias, mercados o sectores innovadores, maleables y cambiantes, así como a servicios públicos de interés general. Esto ha implicado enormes retos en la creación del modelo normativo, en los alcances de su autonomía y en la constitucionalidad de sus determinaciones, ya sea en su función de creadores de normas o de ejecutores e intérpretes de las mismas. Así, el Estado regulador es una adaptación al avance y a la diversificación en los mercados de bienes y servicios, y de la economía en general, cuya manifestación más evidente y más notable es su diseño jurídico.

La relevancia del Estado regulador se sustenta en distintos enfoques de análisis. En una primera instancia es común que se confunda con la intervención del Estado en los mercados, con lo que, en principio, se puede considerar que se trata de una variante del modelo de Estado de bienestar o social, contrapuesto a las doctrinas de libre mercado al incidir de forma directa en la manera en que se desarrollan determinadas industrias, y



modula de uno u otro modo tanto la oferta como la demanda de bienes y servicios. En ese sentido, al hablar de Estado regulador es necesario considerar los distintos modelos teóricos e ideológicos respecto al papel del Estado en la economía nacional y los mercados, en particular. Esto, con el propósito de deslindar cualquier confusión conceptual o ideológica que pudiera existir al respecto.

Por otro lado, el Estado regulador comprende un componente contra-mayoritario, lo que significa que las determinaciones que toman las distintas agencias que expiden regulación técnica, como normas generales, abstractas e impersonales, son emitidas por entidades que no cuentan con legitimación democrática, como sí es el caso de las asambleas deliberantes propias del Poder Legislativo. Se han erigido críticas en contra del modelo de Estado regulador, porque su materialización se da por medio de normas administrativas generales que carecen de la legitimidad mayoritaria en un sistema democrático, lo que no implica que no ostenten legitimación, sino que deriva de otras causas.

Además, la mera existencia de agencias reguladoras supone la cesión o transmisión de facultades de un órgano del Estado a otro. Es decir, aquello que la entidad reguladora hace implica que en algún momento un poder del Estado –con la facultad de toma de decisiones respecto a la distribución de competencias e incluso para decidir en torno a políticas sociales y económicas– colocó en una entidad no mayoritaria la atribución para regular mercados, hacerlos eficientes y expedir normatividad especializada general. En ese sentido, analizar el modelo de Estado regulador, y sobre todo su legitimidad y legalidad, consiste también en abordar el acto primario de cesión.

De otro lado, las agencias reguladoras, con independencia de su modalidad orgánica, son instrumentos de eficacia tanto de la rectoría económica y social del Estado como en la garantía de los derechos humanos. Dicho de otra forma, en la ejecución misma de la función reguladora se colman dos valores que no

necesariamente tienen la misma racionalidad instrumental. Por una parte se encuentra el respeto y la garantía de los derechos fundamentales, y por otra, la existencia eficiente de mercados. Eso conduce casi de manera sistemática a una tensión entre los dos valores, la cual debe ser resuelta a partir del diseño institucional, la claridad en el mandato de cada una de las distintas agencias reguladoras y, en última instancia, en sede judicial.

Asimismo, el Estado regulador supone retos a la teoría tradicional de división de poderes, sobre todo en el andamiaje institucional, que implica que una instancia diversa al Legislativo y a la facultad reglamentaria del Ejecutivo expida normas de carácter general, impersonal y abstracto. Dichos retos se maximizan cuando es un órgano con autonomía constitucional el que ejerce facultades reguladoras, toda vez que por la naturaleza de esos órganos se encuentran fuera de los poderes tradicionales del Estado.

Derivado de lo anterior, el Estado regulador ha hecho que los principios constitucionales que son columna vertebral del Estado de derecho se comprendan de manera modulada o parcial por la particularidad que implica adecuar instituciones con autonomía, con mandatos especializados, en la tradición constitucional y jurisprudencial mexicana. En esa medida y de manera destacada, el principio de legalidad le es aplicable de forma diferenciada al Estado regulador, lo que genera consecuencias relevantes en la aplicabilidad de la norma, la certeza y predictibilidad que esta debe producir, así como en el parámetro de validez constitucional que le corresponde a la regulación en México.

Para revisar el modelo del Estado regulador en México es necesario trazar una línea conceptual que permita comprender sus causas jurídicas, políticas e institucionales. En el primer capítu-

El Estado regulador en México implica enormes retos en cuanto a la autonomía de sus órganos y la constitucionalidad de sus determinaciones.



lo se aludirá a las distintas referencias políticas con las que se ha pretendido involucrar al Estado regulador; con ello se busca precisar la diferencia que existe con, por ejemplo, el Estado de bienestar. En ese sentido se mencionará brevemente el modelo de rectoría económica que existe en nuestro país y a quién corresponde su determinación.

En el segundo capítulo se hará referencia a las premisas teóricas en las que se sustenta el Estado regulador. En primer término se estudiará el concepto de Estado constitucional de derecho y la división funcional de poderes, entendidos como órganos y funciones. Esto es importante, ya que las entidades reguladoras en México son parte consustancial de dicho principio. Por otro lado se revisarán las notas más relevantes de la denominada desconcentración administrativa, al ser parte fundamental del desarrollo del propio Estado regulador. En este apartado se abordarán los conceptos jurídicos de cláusulas habilitantes y deferencia judicial. De forma consecuente se abrirá un breve intermedio que se considera relevante por cuanto hace a la naturaleza de los órganos con autonomía constitucional, ya que su desarrollo ha sido desarticulado y desordenado, razón por la cual se propondrá un esquema metodológico que pretende ordenar su estudio y ofrecer un parámetro de análisis. Hecho lo anterior, se hará mención a los órganos reguladores a partir de la categoría “principal-agente”, el principio de delegación de facultades, la “zona de discreción” de la agencia y los mecanismos de control. Se analizará la finalidad material de los distintos reguladores en su modalidad de reguladores económicos, sociales y financieros. Finalmente se abocará al concepto de legitimación de los agentes reguladores, su calidad contra-mayoritaria y la tensión implícita que existe entre la racionalidad en su mandato y la garantía de los derechos humanos.

Lo anterior, como fue mencionado, sirve de sustento teórico y conceptual para el análisis en concreto del Estado regulador, en tanto que son sus antecedentes y premisas normativas. Para ello, muchas de las nociones y postulados jurídicos no se encuentran

de manera directa en la ley, sino que han sido desarrolladas en sede jurisdiccional a través de la labor interpretativa del Poder Judicial de la Federación. Cuando se estime oportuno, se hará referencia a criterios jurisprudenciales e interpretaciones relevantes.

El tercer capítulo se referirá de manera expresa al Estado regulador en México. Para ello, en primera instancia se hará mención a la justificación que existe para la creación de regulación en un mercado determinado, es decir, la causalidad de la regulación. A manera de corolario se referirán los distintos principios que irrogan al Estado regulador, como el de eficiencia y la deferencia o discrecionalidad técnica. Se analizarán los distintos grados de regulación y se propondrá una categorización de las distintas instituciones reguladoras que existen en México, como los órganos constitucionales autónomos, los órganos reguladores con reconocimiento constitucional, los órganos desconcentrados, los organismos descentralizados e incluso las secretarías de Estado. En ese sentido se extraerán conceptualmente las características esenciales y funciones principales de la regulación en nuestro país. Finalmente se abordará la manera como la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha modulado distintos principios jurídicos, como el de legalidad, en el caso del Estado regulador.

Con lo anterior se pretende realizar un análisis general del modelo de Estado regulador en México, que parte desde los principios constitucionales en que se ubica, hasta las notas características que le ha dado la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El planteamiento de este ensayo consiste en que el Estado regulador es una construcción jurídica de reciente creación, cuya causa se asienta en la complejidad que los mercados han adquirido, así como en la diversificación y el tecnicismo que implica la administración del Estado, razón por la que tanto instituciones como normas han tenido que evolucionar y adaptarse de forma constante, con la finalidad de encontrar soluciones eficientes a problemas sociales o corregir fallas en el mercado.



1.

EL ESTADO REGULADOR EN PERSPECTIVA

Si bien es un concepto indeterminado, el Estado regulador comprende una serie de características de las cuales se puede desprender su identidad. Parte de dos notas distintivas. Por un lado implica la intervención del Estado para remediar fallas en el mercado o con el propósito de proteger intereses públicos que corresponden, respectivamente, a la regulación económica y a la regulación social. Dicha intervención se da por medio de agencias del Estado con distintos grados de autonomía, ya sea a través de órganos de la administración pública o de órganos con autonomía constitucional. La regulación se manifiesta en disposiciones jurídicas usualmente denominadas normas administrativas generales, cuyo sustento se encuentra en la atribución específica de facultades, a través de las cláusulas habilitantes o en la deferencia legislativa y en la asunción de competencias originarias. Por otro lado, en México las entidades reguladoras no asumen funciones jurídicas preponderantes, sino que ejecutan, en su ámbito material de competencia, facultades de producción, aplicación y adjudicación. La nota que caracteriza al Estado regulador es su fuente de legitimidad, que consiste en la eficiencia y deferencia técnica.

De esa forma es posible agrupar las características del Estado regulador en la materia de regulación en la modalidad orgánica de la institución encargada de expedir las normas y en su fuente de legitimidad, que es a su vez también la causa de la regulación misma. Si bien el Estado regulador corresponde en México a una realidad evolutiva que comenzó hacia finales de la década de los ochenta, cuando la política económica del Estado optó



por un modelo de liberalización y privatización, no fue sino hasta hace poco que el concepto cobró relevancia, sobre todo en sede jurisdiccional. El punto de inflexión se dio en la reforma a la Constitución en telecomunicaciones y competencia económica del 11 de junio de 2013, al otorgar autonomía constitucional a los reguladores sectoriales en esas materias. Desde entonces, el Poder Judicial de la Federación ha resuelto múltiples casos que han precisado los alcances y características orgánicas del Estado regulador.

El Estado regulador en México cobró relevancia con la reforma constitucional en telecomunicaciones y competencia económica.

Lo anterior no significa que no haya existido un avance y desarrollo doctrinario y jurisprudencial en torno a la actividad reguladora del Estado sino que, como concepto integrador, el Estado regulador en México es una construcción cuyas características esenciales, modelo y cualidades se van componiendo con base en precedentes del Poder Judicial de la Federación. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido el Estado regulador así:

ESTADO REGULADOR. EL MODELO CONSTITUCIONAL LO ADOPTA AL CREAR A ÓRGANOS AUTÓNOMOS EN EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. De la exposición de las razones del Constituyente Permanente en relación con la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013, se observa que el modelo constitucional adopta en su artículo 28 la concepción del Estado Regulador, entendido como el modelo de diseño estatal insertado para atender necesidades muy específicas de la sociedad postindustrial (suscitadas por el funcionamiento de mercados complejos), mediante la creación de ciertas agencias independientes –de los órganos políticos y de los entes regulados– para depositar en estas la regulación de ciertas cuestiones especializadas sobre la base de disciplinas o racionalidades técnicas. Este modelo de Esta-

do Regulador, por regla general, exige la convivencia de dos fines: la existencia eficiente de mercados, al mismo tiempo que la consecución de condiciones equitativas que permitan el disfrute más amplio de todo el catálogo de derechos humanos con jerarquía constitucional. Ahora, la idea básica del Estado Regulador busca preservar el principio de división de poderes y la cláusula democrática e innovar en la ingeniería constitucional para insertar en órganos autónomos competencias cuasi legislativas, cuasi jurisdiccionales y cuasi ejecutivas suficientes para regular ciertos sectores especializados de interés nacional; de ahí que a estos órganos se les otorguen funciones regulatorias diferenciadas de las legislativas, propias del Congreso de la Unión, y de las reglamentarias, concedidas al Ejecutivo a través del artículo 89, fracción I, constitucional. Este diseño descansa en la premisa de que esos órganos, por su autonomía y aptitud técnica, son aptos para producir normas en contextos de diálogos técnicos, de difícil acceso para el proceso legislativo, a las que puede dar seguimiento a corto plazo para adaptarlas cuando así se requiera, las cuales constituyen reglas indispensables para lograr que ciertos mercados y sectores alcancen resultados óptimos irrealizables bajo la ley de la oferta y la demanda. Pues bien, al introducirse el modelo de Estado Regulador en la Constitución, se apuntala un nuevo parámetro de control para evaluar la validez de los actos y normas de los órganos constitucionales autónomos, quienes tienen el encargo institucional de regular técnicamente ciertos mercados o sectores de manera independiente únicamente por referencia a racionalidades técnicas especializadas, al gozar de una nómina propia de facultades regulatorias, cuyo fundamento ya no se encuentra en la ley ni se condiciona a lo que dispongan los Poderes clásicos.¹

De este precedente se pueden desprender muchas cosas; para lo que interesa en este apartado, destaca la causalidad que se atribuye a la concepción del Estado regulador, que consiste en

1 Tesis: P./J. 46/2015 (10a.), énfasis añadido.



atender necesidades generadas por el funcionamiento de mercados complejos, a partir de una racionalidad técnica. Es decir, la necesidad de regulación expedida por agencias independientes (o dependientes de la administración pública) se sustenta en la complejidad de mercados que se encuentran en constante evolución y cambio, en los que existe una necesidad fundamentada en el tecnicismo, la especialización y la experiencia sobre ciertas materias, como puede ser el caso de las telecomunicaciones, el medio ambiente, la protección sanitaria, la movilidad, entre otros, que a su vez comprenden un elevado interés social. Esto tiene como antecedente inmediato el que el Poder Legislativo sea materialmente incapaz para normar dichos mercados, en tanto que carece de los conocimientos técnicos necesarios y la racionalidad política para hacerlo. Es decir, el grado de especificidad que exige la regulación de ciertos mercados y la protección de intereses públicos no son propios de las asambleas deliberantes con legitimidad democrática, sino de agencias especializadas con experiencia que estén familiarizadas con su

Es frecuente que el Estado regulador sea confundido con el Estado de bienestar.

evolución. Así es que el Estado regulador, como se verá con detalle más adelante, sustenta su legitimidad en la eficiencia y deferencia técnica, y no en el valor democrático y mayoritario de sus decisiones expresadas en normas.

Ahora bien, es frecuente que el Estado regulador sea confundido, cuando menos en su acepción más primaria, con diversos conceptos como el Estado de bienestar o benefactor, a través del cual el Estado es la entidad encargada de proveer servicios y bienes a los ciudadanos. En ese sentido, el propósito de este ensayo no es esbozar una crítica a los distintos modelos económicos sino, en cambio, aducir las diferencias conceptuales en las que se inserta el Estado regulador. Este último parte de la premisa básica de la existencia de mercados libres en donde existen competidores que proveen bienes y servicios. Esto con independencia de la

concentración que exista en tal o cual mercado. La existencia del Estado regulador conlleva de manera implícita un alejamiento de economías centralizadas o estatizadas, aun cuando puedan existir entidades reguladores en mercados de esa naturaleza, como el caso del petróleo en México antes de la reforma del 20 de diciembre de 2013.

Es frecuente que se confunda al Estado regulador con el de bienestar, usualmente como un argumento tendiente a demostrar la intervención del Estado en el libre mercado, situación que se halla lejos de la realidad. Anthony Giddens dice en torno al Estado de bienestar que

... una nueva interpretación del estado de bienestar con arreglo a los dos imperativos del pensamiento socialista: la dirección centralizada de la vida económica y la búsqueda de una mayor igualdad. Al involucrar a los trabajadores en el gobierno, el estado de bienestar se convirtió en el símbolo de un compromiso de clases que, aparentemente resolvía el histórico “problema social” y, al mismo tiempo, garantizaba la eficacia económica.²

El Estado de bienestar tiene dos componentes que son circulares: uno de forma, que implica la centralización de las decisiones económicas, y otro material, que consiste en que el valor último del estado es la igualdad que se consigue por medio de las decisiones centralizadas a cargo de instituciones estatales. Esta modalidad conceptual del Estado conlleva además la provisión directa de bienes y servicios, como es el caso de pensiones, servicios de sanidad o salud, educación, habitación, entre otros.

Lo que aquí se ha referido es solo una referencia cuyo propósito es desvincular conceptos. Además, como resulta evidente,

2 Giddens (2001), p. 143.



las configuraciones estatales en la actualidad son de naturaleza mixta, en donde conviven principios y políticas de libre mercado, de asistencialismo y bienestar, y características del Estado social. Lo relevante en el caso es precisar que el Estado regulador no constituye parte del Estado de bienestar ni viceversa. Entre otras cosas, “mientras las medidas del Estado benefactor se refieren principalmente a la oferta de *merit goods* (habitación, servicios sanitarios, instrucción, pensiones, etc.), el objetivo de la regulación es proteger intereses públicos como la protección ambiental, la seguridad de productos, la información a los consumidores”.³

De tal forma que, en su concepción orgánica e ideológica, no son lo mismo el Estado de bienestar y el regulador, sin embargo, en determinadas circunstancias pueden confluír: es así en el supuesto caso de que el Estado asuma la provisión directa de un servicio y al mismo tiempo exista una entidad encargada de la regulación de la prestación de ese servicio. Por ejemplo, en el sector salud, el Estado garantiza su acceso y provee el servicio, al tiempo que existen entidades encargadas de su regulación, como servicios públicos de interés general, por medio de la emisión de normas técnicas.

Por otro lado, en torno al denominado Estado social de derecho, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho lo siguiente:

... las atribuciones del Estado Mexicano se han incrementado con el curso del tiempo, y de un Estado de derecho pasamos a un Estado social de derecho con una creciente intervención de los entes públicos en diversas actividades, lo que ha motivado cambios constitucionales que dan paso a la llamada rectoría del Estado en materia económica, que a su vez modificó la estructura estadual, y gestó la llamada administración paraestatal formada por los organismos descentralizados y

3 Majone y La Spina (1993), p. 231.

las empresas de participación estatal, que indudablemente escapan al concepto tradicional de autoridad.⁴

... Así, esta nota planificadora o reguladora ha marcado el tránsito de un modelo de Estado de derecho, en donde el Estado tenía una función subsidiaria y secundaria para intervenir en caso de una ruptura del orden público, al Estado social de derecho, en donde el Estado tiene una función central de rectoría económica, cuyo fundamento se encuentra conjunta y principalmente en los artículos 25 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁵

De estas transcripciones se desprende que, para el máximo tribunal, el Estado social de derecho comprende la intervención de entidades públicas en diversas actividades de interés social o mercados, que corresponde al Estado de bienestar arriba mencionado y, por su parte, al concepto de rectoría económica, en donde es el propio Estado a través del plan nacional de desarrollo y de decisiones legislativas, bajo el sustento de la legitimidad democrática, el que resuelve y determina el sentido de las políticas públicas de bienestar, redistribución o de libre mercado. En ese sentido, a partir de lo transcrito, el Estado social comprende, por un lado, la intervención en diversos sectores, y por otro, la decisión mayoritaria sobre las prioridades y medidas económicas. Así, presupone la intervención del poder público en actividades de interés social o mercados y, de manera destacada, la decisión de las políticas económicas del país, pero no las predispone. Es decir, como concepto, la rectoría económica no asume una línea ideológica, sino que deja su sentido a la decisión de las mayorías.

4 AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. LO SON AQUELLOS FUNCIONARIOS DE ORGANISMOS PÚBLICOS QUE CON FUNDAMENTO EN LA LEY EMITEN ACTOS UNILATERALES POR LOS QUE CREAN, MODIFICAN O EXTINGUEN SITUACIONES JURÍDICAS QUE AFECTAN LA ESFERA LEGAL DEL GOBERNADO. Tesis: P. XXVII/97.

5 ESTADO REGULADOR. PARÁMETRO CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR LA VALIDEZ DE SUS SANCIONES. Tesis: 1a. CCCXVII/2014 (10a.)



En esa medida, el Estado regulador es un instrumento de la rectoría económica, y esta del Estado social, bajo el supuesto que implica el control estatal sobre las decisiones económicas del país. Así, la rectoría económica es neutral, en tanto que es a partir de la deliberación democrática que se decide el grado o nivel de intervención o regulación en un mercado o en un servicio público de interés general y, en su extremo, en la provisión directa de bienes y servicios. La rectoría económica en sí misma no asume una posición predeterminada por cuanto hace al grado de intervención ni mucho menos respecto a su sustento ideológico. Dice Majone en torno a la regulación social:

Es importante notar que la adopción de la eficiencia como estándar por el cual los reguladores serán evaluados implica, entre otras cosas, que los instrumentos regulatorios no deben ser utilizados con propósitos redistributivos. Políticas regulatorias, como toda política pública, tiene consecuencias redistributivas; pero para el regulador dichas consecuencias deben representar potenciales restricciones, más que objetivos de política. Solo el compromiso con la eficiencia, es decir, con la maximización del bienestar en general o agregado, y a la responsabilidad por resultados, puede sustantivamente legitimar la independencia política de los reguladores. Por lo mismo, las decisiones que involucran redistribución sustantiva de recursos de un grupo social a otro no pueden ser legítimamente adoptadas por expertos independientes, solo por representantes populares o por servidores públicos directamente responsables ante ellos.⁶

El Estado regulador no tiene como objetivo la redistribución, el bienestar o la garantía de los derechos humanos, sino que su mandato comprende la regulación eficiente de la materia respecto de la cual tiene competencia especializada. La redistribución y el bienestar son consecuencia de decisiones

6 Majone (1996), p. 257 (traducción propia).

tomadas en sede democrática, y en su caso, no corresponde a las agencias reguladoras su gestión ni administración, sino la ordenación de la actividad gestionada por terceros. El Estado regulador se diferencia del Estado de bienestar tanto en las entidades públicas encomendadas de su ejecución, como en su mandato normativo. Es decir, si bien ambos modelos de Estado pueden convivir, su causalidad y materialización es distinta. La finalidad del Estado regulador se ubica en corregir las fallas del mercado, en el caso de la regulación económica, y en la protección de intereses públicos, en el caso de la regulación social.

Si bien la regulación puede tener consecuencias redistributivas y de bienestar, estas son externalidades y no comprenden parte de sus objetivos. Las políticas propiamente redistributivas y de bienestar corresponden en su configuración a las mayorías democráticas, y en su ejecución, a entidades públicas, pero no a las agencias reguladoras. Esto, aun cuando en la actualidad algunas entidades reguladoras sean al mismo tiempo autoridades ejecutoras de políticas públicas, lo que de suyo implica un indebido diseño institucional. Destaca lo expresado por el Poder Judicial de la Federación en el siguiente precedente:

COMPETITIVIDAD. SU INCIDENCIA EN LOS MERCADOS REGULADOS. La competitividad, entendida como la capacidad de la economía nacional, mercados y sectores productivos, para generar mayor satisfacción de los consumidores, ofreciendo los menores precios y las mejores condiciones de abasto y calidad, a efecto de financiar o promover el bienestar de las personas y satisfacer sus necesidades, en especial las más apremiantes, trasciende tanto en mercados libres, como en aquellos que tradicionalmente han sido regulados. Respecto de los segundos, la tendencia en varios países, incluyendo México, es que las políticas de competitividad deben propiciar la apertura a la competencia, abarcando aspectos de liberalización, desregulación y privatización, que se estiman



necesarios para lograr eficiencia en dichos mercados, tanto en lo económico, como en lo jurídico, en pos del desarrollo social y del beneficio a los consumidores. De esta manera, en el modelo de Estado regulador, adoptado por los artículos 25 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la competencia se erige como objetivo prioritario y la regulación como instrumento necesario para promoverla, lo cual requiere de un sistema armónico y funcional, basado en valores, principios, derechos económicos, sociales y culturales, directrices, acciones y mecanismos que interactúen funcionalmente, correlacionando medios y fines, que se traduzcan en planes y acciones eficaces de acuerdo a circunstancias concretas y cambiantes, cuya meta no es tanto controlar a las empresas, sino proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquélla, en la medida en que corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional, aportando el marco jurídico, económico y político, para garantizar que el funcionamiento de la actividad económica sea integral y sustentable, fortalezca la soberanía de la nación y su régimen democrático y propicie, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo, así como una más justa distribución del ingreso y la riqueza, que permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege la Constitución Federal.⁷

En ese sentido es que el Estado regulador no debe ser observado como un mecanismo o instrumento institucional que limita el desarrollo eficiente de mercados o que atenta en contra de una economía de mercado libre. Lo que hace, en el caso de la regulación económica, es potenciar la libertad en que se desarrolla a través de políticas de competencia, ya sea por medio de restricciones monopólicas, al eliminar asimetrías de la información, prohibiendo o autorizando concentraciones, imponiendo regulación asimétrica, entre otros, lo que produce

7 Tesis: I.1o.A.E.198 A (10a.), énfasis añadido.

mercados eficientes en beneficio tanto de los consumidores y usuarios, como de la propia competencia.⁸

En conclusión, el Estado regulador es una evolución institucional que deriva de la construcción conceptual de la rectoría económica del Estado, como parte del Estado social de derecho. Su vínculo con el Estado de bienestar se da solamente en la medida en que algunas agencias del Estado se encuentren encomendadas en regular la prestación de un servicio por parte de entidades públicas. En síntesis, a través de la emisión de normas administrativas generales, el Estado regulador corrige o previene deficiencias en el mercado y protege intereses públicos a través de normas administrativas generales que usualmente son expedidas y ejecutadas por agencias autónomas y especializadas, bajo el principio de eficiencia técnica. Finalmente, no resuelven ni se encuentra en su mandato ejecutar políticas redistributivas o de bienestar, sino que estas corresponden a los poderes públicos con legitimidad democrática, bajo la rectoría económica del Estado.

El Estado regulador es una evolución institucional que deriva de la construcción conceptual de la rectoría económica del Estado.

8 En la administración del presidente de Estados Unidos, Donald Trump, se ha puesto en marcha un plan para desarticular o disminuir la relevancia e importancia de lo que se ha denominado el *administrative state*, que es otra forma de denominar al Estado regulador. Para sus implicaciones, sobre todo en la selección de jueces federales, véase <https://www.nytimes.com/2018/03/26/us/politics/trump-judges-courts-administrative-state.html> (revisado el 27 de marzo de 2018).



2.

PREMISAS TEÓRICAS DEL ESTADO REGULADOR

Este capítulo tiene como propósito sentar las bases teóricas y conceptuales del Estado regulador, bajo el entendido de que cualquier institución, sobre todo aquellas con reconocimiento jurídico, surge de necesidades en un momento histórico determinado para atender realidades concretas, y se soporta en los principios y normas constitucionales vigentes. De esa forma se hará una breve mención al Estado constitucional de derecho como el gran referente en donde se desarrolla la actividad reguladora. Se reflexionará en torno al principio de división de poderes, en tanto los órganos constitucionales autónomos y las agencias reguladoras implican su revalorización, y se revisarán los conceptos de desconcentración administrativa, cláusulas habilitantes y deferencia legislativa. Por otro lado, para los propósitos de esta investigación, se aludirá a los órganos constitucionales autónomos, a sus cualidades y características, ya que parte de las funciones del Estado regulador se lleva a cabo por este tipo de órganos. Además se abordarán las finalidades económicas, sociales y financieras de los órganos reguladores, y se concluirá con una breve referencia a su legitimación y la tensión que existe entre la racionalidad de una regulación eficiente y la garantía de los derechos humanos.



2.1 ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

El Estado de derecho, en su manifestación liberal clásica, se fundamenta en que la validez de la norma deriva de su origen. Es decir, una norma será válida solo en la medida en que quien la expida tenga la facultad constitucional para ello. En ese sentido, el Estado clásico de derecho no exige una conexión sustancial con los valores fundamentales de libertad, igualdad, dignidad y justicia para que una ley sea vigente y válida. Es por ello que su expresión más conocida es aquella que pregona que todas las personas, incluidas las autoridades, serán responsables ante la ley, o aquella que dice que no debe haber nadie por encima de la ley.

Antes, el Estado de derecho se validaba en el origen de la norma; hoy se vincula también a los derechos humanos.

Se trata de un concepto teórico e histórico que surgió con la construcción del Estado moderno en el que se reconoció, finalmente, que la soberanía corresponde al pueblo y no al monarca. Entre otros ejemplos históricos están los procesos constitucionales derivados de la Guerra de Independencia de las Trece Colonias, la Revolución Francesa e incluso el proceso liberal que concluyó con la Constitución de Cádiz, que junto

con la codificación de inicios del siglo XIX, colocó la legitimación política y jurídica en las asambleas con representación democrática. La ley se convirtió en la máxima expresión de la voluntad popular bajo la fórmula de democracia representativa, con lo que se transitó a otra famosa expresión que precisa que el Estado de derecho es uno de leyes y no de hombres. En este sentido y bajo el riesgo de simplificación, el único requisito de validez de la ley era que fuera expedida por la entidad política que ostentaba dicha competencia, dígase el Poder Legislativo.

Esto produjo que en la construcción normativa y en su ejecución no se valorara la calidad de la norma, en función de la justicia. Podría incluso decirse que bajo este esquema positivo, una ley expedida legalmente comprendía el potencial, como sucedió en muchas ocasiones, de cometer serios abusos y violaciones a los derechos de las personas. Luigi Ferrajoli denomina este modelo como “Estado legislativo de derecho”, ya que la legitimidad de la norma proviene de su forma de creación, por la entidad con legitimidad democrática para ello. Así, dice “la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo... una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido puesta por una autoridad dotada de competencia normativa”.⁹ Este modelo de Estado derivó en el positivismo jurídico cuya validez radica en la competencia formal y material para expedir una ley general, abstracta e impersonal. De esta forma, la validez de la ley se torna tautológica, porque para ser ley debe ser expedida por quien cuenta con la facultad para ello y solo en esa medida es válida.

Al término de la Segunda Guerra Mundial, el paradigma en torno a la validez de las normas evolucionó para vincular la producción normativa con los valores fundamentales. De esta forma, el Estado constitucional de derecho “no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez”.¹⁰ En esa medida, la validez de la norma deja de sustentarse exclusivamente en su fuente de creación, lo que ahora se denominaría vigencia o simple existencia, y validez en estricto sentido será aquella que alude al contenido material de la norma. En esa medida, los derechos humanos son el componente condicionante de validez del derecho y ya no solo la adecuación con las normas de producción.

9 Ferrajoli (2009), p. 16.

10 Ferrajoli (2010), p. 22.



Visto desde una perspectiva democrática, el Estado constitucional de derecho se erige como una columna de protección de los derechos de las minorías, y como tal, un límite a la decisión de las mayorías bajo la premisa de que los derechos humanos son el referente sustancial de validez, por lo que una decisión tomada en democracia, para ser válida, se debe atener a ese parámetro, que se convierte en una frontera infranqueable que no está permitido cruzar. Sin embargo, la propia fuente de validez también es una garantía para el sistema democrático, en tanto que los derechos en los que se sustenta son de igual forma protegidos o, en términos ferrajolianos, integran la esfera de lo indecible. Así, los derechos humanos “forman la esfera de lo indecible que y de lo indecible que no; y actúan como factores no solo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones”.¹¹

La evolución del Estado clásico de derecho al Estado constitucional de derecho implica una restricción a las mayorías en democracia, que se materializa en la imposibilidad de restringir indebidamente el núcleo esencial y los ámbitos de ejercicio de los derechos humanos de las propias mayorías, pero sobre todo de las minorías. Esto significa, bajo el parámetro de validez, que la norma, para ser válida, debe adecuar su contenido material a los valores que sustentan los derechos humanos. Esto no comprende por supuesto que se haga a un lado el principio de legalidad. Al contrario, todo acto de autoridad, incluida la ley, debe provenir de la entidad facultada para ello bajo el principio de división de competencias y al amparo del principio de supremacía constitucional. Por su parte, la constitucionalización del derecho no soslaya los principios fundantes del Estado clásico de derecho, por el contrario, los reafirma al dotarles de contenido material. Digamos que el Estado constitucional de derecho irroga de contenido a su concepción tradicional, que son los derechos humanos.

¹¹ *Idem*, p. 24.

Por otro lado, la evolución conceptual a que se ha hecho referencia tiene una manifestación en sede jurisdiccional. Bajo el concepto tradicional de Estado de derecho, el juez operaba de manera mecánica la aplicación de la ley al caso en concreto bajo un criterio de subsunción, es decir, se limitaba a adecuar el caso en cuestión a la norma aplicable de forma sistemática. En cambio, bajo el modelo de Estado constitucional, el juez debe realizar, bajo el criterio de la garantía jurisdiccional de la Constitución, un examen de proporcionalidad, idoneidad y necesidad respecto a la medida restrictiva de un derecho. Así, ya no solo es la mera adecuación de la norma al caso en concreto, sino que se está frente a una colisión de principios constitucionales entendidos como mandatos de optimización o “normas que ordenan que algo sea realizado, en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas”.¹² De esa forma, el juez no expulsa del ordenamiento el principio que resultó restringido constitucionalmente, como en el supuesto de las normas expresadas como reglas, que son mandatos definitivos que son constitucionales o no lo son. Así, si bien el estándar de racionalidad para los jueces constitucionales se eleva, deben regirse de manera estricta bajo el principio de legalidad.

En relación al Estado regulador, el mandato y la legitimidad de la regulación y las agencias que la expiden se sustenta en los principios de eficiencia y deferencia técnica; su actividad no escapa de los parámetros del Estado constitucional de derecho, de la validez material de las normas generales administrativas, aun cuando es de forma modulada y de los mecanismos de interpretación y proporcionalidad que los jueces constitucionales implementan. Como se verá más adelante, la convivencia entre los principios rectores del Estado constitucional de derecho y los del Estado regulador generan una tensión entre la eficiencia, como objetivo en sí mismo de la regulación y la garantía de los derechos humanos, como constructo derivado de aquella esfera de lo indecible.

12 Alexy (1992), p. 162.



2.2. DIVISIÓN DE PODERES

El principio clásico de división de poderes se sustenta en la distribución del ejercicio del poder público en distintos centros, de tal manera que exista un equilibrio o balance hacia el interior de la gestión de la cosa pública. Dicho desde una perspectiva negativa, este principio evita la concentración del poder como mecanismo de contención en contra de su abuso. Si bien fue Montesquieu quien en *El espíritu de las leyes* dio vigencia conceptual a la organización política del Estado moderno basada en el principio de división de poderes, su primer antecedente se encuentra en Polibio, quien introdujo dicho principio como causa del equilibrio social y la permanencia de la Constitución y del gobierno. Polibio incorporó el concepto del “gobierno mixto” con el fin de lograr la estabilidad, para evitar modificaciones y cambios constantes en la forma de gobierno. En ese sentido, refiriéndose a Licurgo, el legislador espartano, Polibio dice

... en vez de instituir una constitución simple y dotada de una faz única, conjuntó simultáneamente todas las virtudes y peculiaridades de las mejores constituciones, con objeto de que ningún elemento, al desarrollarse más allá de lo debido, consumase el giro hacia su forma de degeneración innata. Al contrario, compensada la dinámica de cada elemento por los demás, ninguno de ellos se escoraría en una dirección ni tiraría con fuerza excesiva, sino que el cuerpo constitucional, equilibrado y contrapesado, resistiría una y otra vez los desajustes gracias al principio de la mutua nivelación: la arrogancia de la realeza se ve así frenada por temor al pueblo, que cuenta con atribuciones suficientes dentro de la constitución; el pueblo, a su vez, no osa despreciar a los reyes por temor a los gerontes,¹³ elegidos entre todos a causa de sus cualidades y tendentes siempre a alinearse con la justicia, de suerte que si el apego a la tradición provoca mengua en un sector del componente constitucional, el apoyo y favor continuo de los gerontes hace que la parte menoscabada gane dimensiones y peso.¹⁴

13 Gerontes eran los senadores espartanos.

14 Polibio (2008), p. 585.

Esta referencia es elocuente para precisar la esencia de la división de poderes, si bien hace alusión a la antigüedad clásica, de manera destacada a la constitución espartana de Licurgo, y sobre todo que los componentes de los que se nutre el gobierno mixto no son poderes en su acepción moderna, sino los distintos grupos sociales expresados a su vez en las formas de gobierno tradicionales (monarquía, aristocracia y democracia). La virtud del modelo que exalta Polibio se asienta en el hecho de que con el objetivo de encontrar estabilidad constitucional, el modelo mixto de gobierno tiende a una mutua nivelación entre los tres componentes sociales, con lo cual se autolimitan recíprocamente. De esa forma se alcanza el equilibrio social dando participación a cada grupo, que en el ejercicio de sus distintas atribuciones restringe la actuación y pretensión de abuso de los otros.

La esencia y razón de ser de la división de poderes no es otra que modular y limitar el ejercicio de los propios poderes. La doctrina clásica divide el ejercicio del poder en la facultad de creación normativa, que corresponde al legislativo; aquella de ejecución e implementación de la norma, competencia del ejecutivo; y la potestad para interpretarla, que es atribución del judicial. Esta referencia al principio clásico de poderes parte de la intención histórica de evitar la concentración del poder, de ahí que, por ejemplo, la formulación del artículo 49 de la Constitución mexicana disponga que “el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un solo individuo”.

La esencia y razón de ser de la división de poderes no es otra que modular y limitar el ejercicio de los propios poderes.

La pretensión primera del principio de división de poderes se sustenta en que las funciones esenciales del Estado se encuentren distribuidas en distintos órganos constitucionales y, en segundo término, evitar con ello la acumulación o concen-



tración de poder que, de acuerdo con Polibio, provocaría una degeneración en la forma de gobierno. Sin embargo, la división de poderes no se colma en sí misma y ni siquiera es suficiente comprenderla como una fragmentación infranqueable en el ejercicio legítimo del poder. Es decir, no se trata de una regla rígida y estrecha de distribución de competencias. Sin duda que la atribución de competencias constitucionales implica la ejecución de funciones principales del Estado y con ello se propende a su especialización. Igual de importante que la división misma del poder es el balance que se ejerce de manera recíproca, de tal forma que no solo se trata de la imposibilidad y prohibición de que dos o más poderes se reúnan en una misma corporación o persona, sino que los pesos y contrapesos del propio sistema obligan a que los distintos poderes se relacionen en términos de control, colaboración, coordinación y complementación. Ricardo Guastini dice que la “división del poder es aquella técnica de organización constitucional conocida comúnmente con el nombre de *checks and balances*: frenos (o controles) y contrapesos. Este modelo de organización constitucional excluye tanto la especialización de la función ejecutiva como la especialización plena y total de la función legislativa, como la independencia recíproca del Ejecutivo y del Legislativo”.¹⁵ Al respecto, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expresado lo siguiente en torno a la flexibilidad del principio de división de poderes:

DIVISIÓN DE PODERES. EL QUE ESTE PRINCIPIO SEA FLEXIBLE SOLO SIGNIFICA QUE ENTRE ELLOS EXISTE UNA COLABORACIÓN Y COORDINACIÓN EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS, PERO NO LOS FACULTA PARA ARROGARSE FACULTADES QUE CORRESPONDEN A OTRO PODER, SINO SOLAMENTE AQUELLOS QUE LA PROPIA CONSTITUCIÓN LES ASIGNA. El artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial

15 Guastini (2007), p. 60.

y que no podrán reunirse dos o más de estos poderes en un solo individuo o corporación. Sin embargo, ha sido criterio reiterado de esta Suprema Corte que la división funcional de atribuciones que establece dicho numeral no opera de manera rígida, sino flexible, ya que el reparto de funciones encomendadas a cada uno de los poderes no constituye una separación absoluta y determinante, sino por el contrario, entre ellos se debe presentar una coordinación o colaboración para lograr un equilibrio de fuerzas y un control recíproco que garantice la unidad política del Estado. Como se advierte, en nuestro país la división funcional de atribuciones no opera de manera tajante y rígida identificada con los órganos que las ejercen, sino que se estructura con la finalidad de establecer un adecuado equilibrio de fuerzas, mediante un régimen de cooperación y coordinación que funcionan como medios de control recíproco, limitando y evitando el abuso en el ejercicio del poder público, garantizando así la unidad del Estado y asegurando el establecimiento y la preservación del estado de derecho. Por su parte, el artículo 133 de la Constitución Federal consagra el principio de supremacía, que impone su jerarquía normativa a la que deben sujetarse todos los órganos del Estado y todas las autoridades y funcionarios en el ejercicio de sus atribuciones, por lo que, el hecho de que la división de poderes opere de manera flexible solo significa que entre ellos existe una colaboración y coordinación en los términos establecidos, pero no los faculta para arrogarse facultades que corresponden a otro poder, sino solamente aquellos que la propia Constitución les asigna. De este modo, para que un órgano ejerza ciertas funciones es necesario que expresamente así lo disponga la Constitución Federal o que la función respectiva resulte estrictamente necesaria para hacer efectivas las facultades que le son exclusivas por efectos de la propia Constitución, así como que la función se ejerza en los casos expresamente autorizados o indispensables para hacer efectiva la facultad propia.¹⁶

16 Tesis: P./J. 78/2009



Ahora bien, los poderes en sí mismos pueden ser observados como órganos y como funciones. Es decir, existe una división formal y otra material. La primera corresponde al órgano del Estado y la segunda a la función que realiza bajo el principio de supremacía constitucional, con independencia del órgano que la lleve a cabo. Los órganos son estáticos, no así las funciones. Bajo una concepción innovadora del derecho constitucional, las funciones pueden ser distribuidas en distintos órganos del Estado, sin que eso implique una transgresión al principio de división de poderes. Esto, en el entendido de que la división de poderes no es una construcción rígida sino maleable que se adecua a las necesidades de un momento histórico y político determinado. Dicho de otra forma, la división de poderes implica que las funciones tradicionales del Estado no pueden

Los poderes pueden observarse como órganos y como funciones; existe una división formal y otra material.

reunirse en una sola persona o corporación, pero ello no conlleva que, desde una perspectiva material, las mismas no puedan superponerse. Así, el ejecutivo expide normas generales, abstractas e impersonales, lo mismo que el legislativo tiene competencias judiciales.

Lo anterior es relevante desde de la óptica de controles y contrapesos recíprocos entre poderes como órganos, por cuanto

hace al ejercicio de sus competencias constitucionales, y también desde una perspectiva de la división funcional de poderes. Es en este sentido en el que cobra importancia el nuevo desarrollo de órganos constitucionales autónomos dentro del Estado regulador. Por un lado implica la creación de un nuevo órgano del Estado, y por el otro, la asunción de competencias o funciones constitucionales por una entidad distinta a los poderes originarios. Los órganos con autonomía constitucional no tienen funciones jurídicas preponderantes, sino que sus facultades son las clásicas de creación, ejecución e interpretación de normas.

En esa medida, la división de poderes tiene como primera finalidad la separación formal y especializada del poder público, lo que tiende a dotar de estabilidad al sistema político. Esa división consiste, a su vez, el balance y contrapeso entre dichos órganos, como mecanismo no solo para evitar el concentración del poder sino, sobre todo y quizás más importante, de control. Asimismo, los poderes son órganos y funciones, lo que conduce a traducirlos en una función formal y en otra material. La materialidad del poder permite la creación, en sede constitucional, de órganos con autonomía que ejercen funciones de Estado. Es decir, los poderes como órganos se amplían, no necesariamente sus funciones, que más bien se especializan. Así, la división de poderes tiene como eje rector la estabilidad del sistema, como previó Polibio, a través de los contrapesos, en donde ya no es el “equilibrio social” lo que se busca, sino el equilibrio de funciones.



2.3 FUNDAMENTOS DEL ESTADO REGULADOR

2.3.1 Desconcentración administrativa

Buena parte de la actividad reguladora del Estado es desarrollada por órganos que poseen cierto grado de autonomía técnica y que orgánicamente son referidos como órganos desconcentrados. Podría afirmarse que el Estado regulador ha evolucionado a la par de la desconcentración administrativa que, en términos generales, consiste en la fragmentación orgánica y material de la función administrativa.

Dicha fragmentación o atomización no implica de suyo y en principio una supresión de facultades a cargo de la Administración Pública Federal; lo que en primera instancia indica es una reubicación del ejercicio de esas facultades, por medio de la creación de agencias especializadas dependientes jerárquicamente del titular del Poder Ejecutivo. Así, la primera aproximación a la desconcentración como concepto general se da a partir de la creación de agencias especializadas que actúan con base en delegación de competencias. En ese sentido, dicen Delgadillo y Lucero que “la delegación de competencia consiste en la transmisión del ejercicio de facultades que un órgano superior hace a favor del inferior, ya sea en forma total o parcial. Esta transmisión no implica que el superior pierda el derecho de actuar en las materias que ha delegado, puesto que al transmitir la competencia el delegante sigue siendo el responsable de su ejercicio, por lo que en razón de los poderes de vigilancia y de revisión que le otorga su jerarquía, debe mantener el control del ejercicio de las facultades delegadas”.¹⁷

La proliferación de órganos desconcentrados y descentralizados, así como la intervención del Poder Legislativo en la ordenación del Poder Ejecutivo, tal y como lo establece el artículo 90

¹⁷ Delgadillo y Espinosa (2002), p. 102.

de la Constitución, y el incremento de la especialización técnica en la función reguladora del Estado hicieron que se incorporaran en sede legislativa las cláusulas habilitantes, y que en sede jurisdiccional se implementara el concepto denominado deferencia judicial al regulador, lo que implica el reconocimiento de una nómina de competencias propias, que no delegadas, atribuidas a la agencia reguladora. Si bien dichas agencias siguen siendo parte formal del Poder Ejecutivo, la especialización de sus funciones los dota de facultades reguladoras, como se verá más adelante.

Mediante la reforma del 21 de abril de 1981 se modificó el artículo 90 constitucional para disponer que “la Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su administración”. Con esta reforma se elevó a rango constitucional el concepto de desconcentración administrativa, sobre todo con la incorporación de la Administración Pública paraestatal. Destaca además que esta disposición constitucional otorga al Congreso de la Unión la facultad para organizar la propia Administración Pública, ya sea centralizada o paraestatal, que a su vez es también el fundamento para la creación de los órganos desconcentrados. Esta facultad no es exclusiva del Poder Legislativo, sino que la comparte con el Ejecutivo en términos del artículo 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Con esto, entre otras cosas, se pone énfasis en los principios de control, coordinación, colaboración y complementación, propios de la división funcional de poderes.

**Puede decirse
que el Estado regulador
ha evolucionado a la par
de la desconcentración
administrativa.**



Si bien no es correcto considerar que la Administración Pública Federal era un monolito centralizado y vertical, en tanto que siempre ha existido un cierto grado de desconcentración en el ejercicio orgánico de sus funciones, sí es posible apreciar una proliferación de dicha desconcentración, tanto en la creación de nuevas agencias especializadas, dependientes de las secretarías de Estado, como por supuesto a través de la constitucionalización de las entidades paraestatales. Es decir, la desconcentración administrativa ha sido incremental en México. Esto es relevante no solo ante el aumento de la burocracia en sí misma considerada, que correspondería a la horizontalidad orgánica, sino que además eso ha acarreado una desconcentración de funciones que, si bien siguen siendo formalmente competencia de la Administración Pública Federal, en términos generales ha generado una mucha mayor especialización técnica y eficiencia en la gestión de la administración pública por medio del reconocimiento de funciones específicas y exclusivas atribuidas a órganos desconcentrados, como es el caso de la regulación.

La Administración Pública Federal se divide para su ejercicio en centralizada y paraestatal. La primera se compone de las secretarías de Estado, que pueden contar con órganos administrativos desconcentrados para la más eficaz atención de los asuntos de su competencia que, como ya se refirió, pueden ser creados por mandato de ley o por decreto del Ejecutivo. La característica esencial de la Administración Pública centralizada radica en la dependencia jerárquica hacia la cabeza de la misma, es decir, el titular del Ejecutivo. Por su parte, en línea descendente, los órganos administrativos desconcentrados dependen jerárquicamente del titular de la secretaría a la que se encuentran adheridos o de quienes derivan. Estos no cuentan con facultades propias, sino que se está, en principio, ante facultades delegadas. Tanto las cláusulas habilitantes como la deferencia judicial han reconocido a los órganos desconcentrados facultades exclusivas, como es el caso de la emisión de normas administrativas generales que no trastocan ni irrumpen el principio de división de poderes.

Por su parte, la Administración Pública paraestatal se compone, en términos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, instituciones nacionales de crédito, organizaciones auxiliares nacionales de crédito, instituciones nacionales de seguros y fianzas, y fideicomisos públicos. En términos de la Ley Federal de Entidades Paraestatales, los organismos descentralizados tienen como objeto la realización de actividades correspondientes a las áreas estratégicas o prioritarias, la prestación de un servicio público o social, o la obtención o aplicación de recursos para fines de asistencia o seguridad social. Más allá de sus atribuciones específicas y funciones en concreto, la cualidad orgánica de la Administración Pública paraestatal es que no se relaciona en términos jerárquicos con el Ejecutivo, sino que su vínculo es horizontal, mediato e indirecto. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido a los organismos descentralizados así:

ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS. AL SER ENTIDADES INTEGRANTES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARAESTATAL, FORMAN PARTE DEL PODER EJECUTIVO. El presidente de la República tiene a su cargo el desarrollo de la función administrativa en el orden federal la cual, para efectos funcionales y de organización, se divide en administración pública centralizada y paraestatal; la centralizada tiene como principal característica la dependencia directa e inmediata de los órganos y sub-órganos que realizan dicha función con aquel, con base en un sistema de controles, mando y vigilancia de tipo jerárquico superior-inferior (de manera vertical), mientras en la paraestatal la dependencia es indirecta y mediata, porque sin existir con el Ejecutivo una relación jerárquica, los organismos que la componen se vinculan en distintos grados con la administración centralizada y, por ende, con el titular de dicho Poder, a través de distintos mecanismos de control y vigilancia por parte de este hacia aquellos (de manera horizontal). Ahora bien, independientemente de que las relaciones entre el titular del Ejecutivo Federal con las dependencias centralizadas y las



entidades paraestatales se den de manera distinta, lo cierto es que ambas realizan funciones públicas en el ámbito administrativo a fin de cumplir con los objetivos que les corresponden en el marco de las leyes, los planes y los programas del desarrollo nacional que compete ejecutar al presidente de la República. De ahí que la circunstancia de que el Poder Ejecutivo se deposite en este último en el ámbito federal como responsable de la administración pública y pueda llevar a cabo sus atribuciones directamente por conducto de las dependencias de la administración pública centralizada o indirectamente con la colaboración de las entidades de la administración pública paraestatal, significa que los organismos descentralizados forman parte de dicho Poder en sentido amplio. Esta situación es aplicable en los ámbitos de gobierno local y municipal, porque la descentralización administrativa en cualquiera de los tres órdenes de

La Administración Pública Federal comprende dos ejes orgánicos de actuación: la administración centralizada y la paraestatal.

gobierno guarda la misma lógica, esto es, la de crear entes dotados de personalidad jurídica y autonomía jerárquica, pero sujetos a controles indirectos para desarrollar actividades administrativas específicas con agilidad y eficiencia.¹⁸

La Administración Pública Federal comprende para su funcionamiento dos ejes orgánicos de actuación, la administración centralizada y la paraestatal. Ambas son manifestaciones de la función administra-

tiva, aunque sus vínculos jerárquicos sean en un caso verticales y en otro horizontales. Esto es sin duda relevante dentro del concepto de desconcentración administrativa porque implica la fragmentación en el ejercicio orgánico y material de funciones al interior de la administración pública. Visto así, no existe mayor complejidad por cuanto hace al ejercicio de la función administrativa y a la desconcentración. Sin embargo, en relación a los órganos reguladores, se han desarrollado dos conceptos

18 Tesis: 2a./J. 178/2012 (10a.)

relevantes para el estudio del Estado regulador, que son el reconocimiento de facultades exclusivas, con lo cual se confirma la autonomía técnica de dichos órganos, lo que significa una relajación en los vínculos jerárquicos al interior del Ejecutivo, en tanto que dicha autonomía técnica tiene el potencial en evolucionar en discrecionalidad regulatoria.

Como fue referido líneas arriba, en términos del artículo 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, las secretarías de Estado pueden contar con órganos desconcentrados para la eficaz y eficiente atención de los asuntos de su competencia, y le estarán jerárquicamente subordinados. En principio, las atribuciones que los órganos desconcentrados tengan encomendadas son delegadas, es decir, es el titular de la secretaría el que tiene las competencias y que, por una cuestión de eficiencia y eficacia, las encomienda a una entidad subordinada que no tiene personalidad jurídica propia. Sin embargo, las cláusulas habilitantes son parte fundamental del concepto material de desconcentración administrativa, en tanto que implican la atribución directa de facultades a agencias del Estado, usualmente pertenecientes al Poder Ejecutivo, por parte del Poder Legislativo. Por ello ya no se está ante una mera delegación sino, solo en la medida que así lo disponga la ley, frente a facultades propias.

2.3.2 Cláusulas habilitantes

Las cláusulas habilitantes son “actos formalmente legislativos a través de los cuales el legislador habilita a un órgano del Estado, principalmente de la administración pública, para regular una materia concreta y específica, precisándole bases y parámetros generales”.¹⁹ En esa medida, las cláusulas habilitantes constituyen un elemento esencial de la desconcentración material de la función administrativa.

19 Tesis: P. XXI/2003



El fundamento de las cláusulas habilitantes se encuentra en el hecho de que existen materias que por su naturaleza son maleables, cambiantes o evolucionan debido a su grado de especificidad técnica, que requieren de una agencia especializada que logre eficiencia en la regulación. Esta es una de las columnas vertebrales del Estado regulador. Es decir, el legislador reconoce implícitamente su incapacidad para normar elementos especializados, bajo el entendido de que a la función legislativa escapa el detalle técnico. En cambio, la racionalidad del Poder Legislativo se sustenta en el consenso bajo la legitimidad democrática y mayoritaria, razón por la que habilita a determinadas agencias del Estado para regular, bajo el principio de eficiencia, cuestiones que requieren de celeridad y conocimiento técnico. Así ha definido el Poder Judicial de la Federación las cláusulas habilitantes:

CLÁUSULAS HABILITANTES. SU NATURALEZA Y FINALIDAD. En los últimos años, el Estado ha experimentado un gran desarrollo en sus actividades administrativas, lo que ha provocado transformaciones en su estructura y funcionamiento, siendo necesario dotar a funcionarios ajenos al Poder Legislativo de atribuciones de naturaleza normativa para que aquel enfrente eficazmente situaciones dinámicas y altamente especializadas. Esta situación ha generado el establecimiento de mecanismos reguladores denominados “cláusulas habilitantes”, que constituyen actos formalmente legislativos a través de los cuales el legislador habilita a un órgano del Estado, principalmente de la administración pública, para regular una materia concreta y específica, precisándole bases y parámetros generales y que encuentran su justificación en el hecho de que el Estado no es un fenómeno estático, pues su actividad no depende exclusivamente de la legislación para enfrentar los problemas que se presentan, ya que la entidad pública, al estar cerca de situaciones dinámicas y fluctuantes que deben ser reguladas, adquiere información y experiencia que debe aprovechar para afrontar las disyuntivas con agilidad y rapidez; esto es, la habilitación permite al órgano facultado –dentro de un marco definido de acción– expedir normas reguladoras de un aspecto técnico es-

pecífico y complejo que por sus características requiere la previsión de soluciones a situaciones dinámicas que no pueden preverse con absoluta precisión en la ley.²⁰

Es pertinente aclarar que las cláusulas habilitantes son actos formalmente legislativos, cuyo fundamento se encuentra en los artículos 73, fracción XXXI, y 90 constitucionales. Por su parte, las cláusulas habilitantes y la facultad que de ellas deriva no contravienen ni se contraponen con la facultad reglamentaria del Ejecutivo prevista en el artículo 89, fracción I, de la Constitución. La cualidad característica de la función reglamentaria es dar cumplimiento u observancia a lo prescrito por una ley. En cambio, la habilitación regulatoria comprende la facultad para emitir cuerpos normativos sobre aspectos técnicos, especializados y en constante cambio, que se materializa en la expedición de reglas generales administrativas. Esto “no contraviene lo dispuesto en el artículo 89, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que con exclusión de las facultades que confiere al Presidente de la República, el Congreso de la Unión puede expedir leyes donde autorice a los secretarios de Estado para dictar reglas técnico-operativas dentro del ámbito de su competencia; esto es, mientras el mencionado órgano legislativo no interfiera en la formación de los decretos, reglamentos, acuerdos u órdenes, que corresponde al titular del Poder Ejecutivo”.²¹

En una reciente contradicción de tesis resuelta por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, este consideró, en relación a las facultades de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, como órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, lo siguiente:

20 Tesis: I.1o.A.E.110 A (10a.)

21 ADUANAS, CUENTAS DE GARANTÍA. EL ARTÍCULO 86-A, FRACCIÓN I, DE LA LEY ADUANERA QUE FACULTA A LA SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO PARA ESTABLECER MEDIANTE REGLAS GENERALES LOS PRECIOS ESTIMADOS QUE SIRVEN DE BASE AL SISTEMA DE DEPÓSITOS EN AQUELLAS, NO CONLLEVA EL EJERCICIO DE LA FACULTAD REGLAMENTARIA CONFERIDA AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN EL ARTÍCULO 89, FRACCIÓN I, CONSTITUCIONAL. Tesis: 2a. CLVII/2002



... cuando las reglas generales administrativas tienen como finalidad regular aspectos eminentemente técnicos-operativos, que se encuentran en constante fluctuación o transformación en la sociedad, la encomienda por parte del Legislador de emitir dichas reglas al órgano de la Administración Pública que se encuentra especializado y en contacto directo con tales aspectos está plenamente justificada; y, en esa medida, se considera que la emisión de reglas con tales características por parte de un órgano administrativo no trastoca el principio de división de poderes, ni constituye una delegación legislativa inconstitucional.²²

Lo que el Máximo Tribunal resolvió fue reconocer la constitucionalidad de la cláusula habilitante dispuesta por el legislador, ya que no vulneraba el principio de división de poderes, de manera destacada, en lo relativo a la competencia originaria del Poder Legislativo para emitir normas generales, abstractas e impersonales, y sobre todo, que dichas cláusulas se sustentan en la funcionalidad de regular aspectos técnicos y operativos que se encuentran en constante cambio. Así, la desconcentración administrativa, en este caso, conlleva dos elementos. Por un lado, la parte orgánica ante la existencia misma de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, y por el otro, en su parte material, respecto a la capacidad que tiene ese órgano desconcentrado de emitir regulación sobre cuestiones especializadas. Es esta, en última instancia, la función del Estado regulador.

La desconcentración administrativa tiene como causa la especialización y eficiencia en la gestión de la administración pública, lo que ha generado como consecuencia, por un lado, la fragmenta-

22 Contradicción de Tesis 42/2008-PL. La parte transcrita se refiere al criterio contendiente sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el Amparo en Revisión 388/2007. Al respecto, el fondo de lo planteado implicaba el ejercicio de facultades por parte de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, a partir de lo preceptuado por el artículo 93 de la Ley de Instituciones de Crédito vigente en la época, que establecía en la parte relevante: Artículo 93. Las instituciones de crédito solo podrán ceder o descontar su cartera con el Banco de México u otras instituciones de crédito o con los fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico. La Comisión Nacional Bancaria y de Valores podrá mediante reglas de carácter general autorizar excepciones a este artículo.

ción orgánica e institucional del Poder Ejecutivo, a través tanto de la Administración Pública paraestatal como en la creación de órganos desconcentrados, que como fue referido, su diferencia es de grado debido al vínculo jerárquico con el titular del Ejecutivo. Y por otro lado, la desconcentración administrativa tiene una manifestación material en torno al reconocimiento de facultades regulatorias propias de las agencias, que no encuentran razón en la delegación de funciones, sino que se dan a través de actos formal y materialmente legislativos en las cláusulas habilitantes. Además, el reconocimiento jurisdiccional de la zona de discreción de las agencias reguladoras, sustentado en la experiencia y en el conocimiento técnico, en la deferencia judicial hacen de la desconcentración administrativa un concepto dúctil que avanza y evoluciona de manera constante. Estos elementos, al tiempo que son los referentes conceptuales de la desconcentración administrativa, son el fundamento del Estado regulador.

2.3.3 Deferencia judicial

La deferencia judicial, en su más amplia acepción, consiste en que el Poder Judicial refiera al criterio interpretativo de una agencia administrativa y reguladora, debido a su experiencia, especialización y conocimiento técnico. En México, en tanto que toda autoridad debe fundamentar su actuación en el principio de legalidad, es decir, debe actuar con fundamento en la ley, la deferencia judicial se encuentra subsumida, en principio, a lo dispuesto por el legislador. Eso no significa que no existan zonas de interpretación en donde se privilegie la interpretación de la norma que concede margen de apreciación al órgano especializado. Desde otra perspectiva, la deferencia judicial es un reconocimiento a la discrecionalidad de la agencia reguladora sobre su materia de experiencia y especialización.

La deferencia judicial es un reconocimiento a la discrecionalidad de la agencia reguladora en su materia.



Este concepto se sustenta en el diverso de deferencia técnica, ya que se supone que el órgano legalmente habilitado para expedir regulación tiene la experiencia y el conocimiento para emitir regulación o tomar decisiones fundamentadas en la eficiencia y eficacia del objeto regulado, es decir, la propia técnica. Ahora, bajo el principio de legalidad, la deferencia judicial usualmente está precedida de las cláusulas habilitantes. Esto significa que para que exista la premisa del reconocimiento a la discreción técnica del regulador, debe existir una ley que así lo prevea. El siguiente precedente es un ejemplo claro de cómo funciona la deferencia judicial. Se trata de un caso en el que al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, organismo descentralizado y regulador en la materia, le fue reconocida la discrecionalidad de sus decisiones sobre la premisa de la existencia de una ley, y sobre todo, sustentado en su conocimiento especializado.

INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. ESTÁ FACULTADO PARA OTORGAR RECONOCIMIENTO OFICIAL A DETERMINADAS ORGANIZACIONES, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 90, FRACCIÓN VII, DE LA LEY DE LA MATERIA, CON CIERTO CRÉDITO O DEFERENCIA A ESA DECISIÓN Y UN VALOR PRESUNTO. El Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial es la autoridad administrativa especializada en la materia, conforme al artículo 6o. de la ley respectiva, al ser un organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Así, por su autonomía y aptitud técnica, cuenta con el conocimiento apropiado para fungir como ente experto en dicho ámbito, es decir, actúa además, como órgano regulador. Por otra parte, el artículo 90, fracción VII, de la Ley de la Propiedad Industrial establece que no serán registrables como marcas, entre otras, las que reproduzcan, sin autorización, siglas de cualquier organización “reconocida oficialmente”. En estas condiciones, para interpretar el vocablo “reconocimiento oficial”, a que se refiere el precepto citado, deben obtenerse medios de convicción que permitan a dicho organismo presentar argumentos de un determinado

estatus, acorde con las circunstancias, prácticas comerciales y sociales, principios de experiencia, aplicación de conocimientos especializados con cierto crédito a lo que decida. Esto determina una serie de preferencias o prioridades cuando esa entidad se apoya en aspectos que se ajustan a la normalidad social, negocial, económica y concreta de ciertas actividades o prácticas en las que tiene experiencia y reconocimiento, como agencia experta legalmente reconocida, de modo que su apreciación debe ser bajo criterios de razonabilidad, integridad de la información y conocimientos especializados, acorde con la norma habilitante aplicable, pero dotada de ciertas presunciones de validez, en razón de sus méritos. Por tanto, el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, como autoridad experta en temas de su competencia material, está facultado para otorgar reconocimiento oficial a determinadas organizaciones; de ahí que deba asignarse cierta deferencia a esa decisión y un valor presunto que, en su caso, debe refutarse con pruebas y razones suficientes.²³

El problema en torno a la deferencia judicial se presenta en el grado o alcance que se reconoce a la agencia reguladora en su ámbito de discreción sustentado en el conocimiento técnico y en el principio de eficiencia. En ese sentido, es un problema que atañe al Poder Judicial en relación al parámetro de validez de las decisiones de la agencia reguladora, es decir, hasta dónde puede justificarse una decisión regulatoria sustentada en el conocimiento especializado. Así, las racionalidades de la deferencia judicial a una entidad reguladora son la experiencia; la separación de poderes, por cuanto hace a la atribución de competencias regulatorias a una agencia –cuando se trata de órganos de la Administración Pública centralizada, el principio de funcionalidad tiende a respetar las atribuciones ejecutivas en la implementación de políticas públicas–; la legitimación democrática, respecto a la ejecución de lo prescrito en la norma emitida por la asamblea con legitimación

23 Tesis: I.4o.A.111 A (10a.), énfasis añadido.



democrática –esto aun cuando una de las críticas al Estado regulador es su calidad contra-mayoritaria–; y finalmente, la deferencia judicial encuentra sustento tanto en la uniformidad como en la eficacia de la regulación.²⁴

Ahora, el Poder Judicial de la Federación ha establecido una categorización respecto al grado de deferencia que se puede otorgar a una agencia reguladora, en función de la discrecionalidad que le fue otorgada en el mandato de ley que le otorga la facultad de crear y expedir normas administrativas generales.

El Poder Judicial ha categorizado el grado de deferencia que se puede otorgar a una agencia en función de su discrecionalidad.

En ese sentido, “la discrecionalidad opera cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado donde existan varias soluciones factibles, lo que sea de interés público y tenga la mejor calificativa argumental de razonabilidad, entendido este como aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad”.²⁵ La discrecionalidad técnica reconocida a un

órgano regulador depende de la existencia de una competencia reconocida y de la razonabilidad de la medida. Ahora, los distintos grados de discrecionalidad han sido clasificados en mayor, intermedio y menor:

La discrecionalidad mayor es aquella en donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el ente administrativo dotado de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenariamente. Este tipo de discrecionalidad, en lo esencial, está sujeta al control político y, residualmente, al control jurisdiccional, en cuanto a la corroboración de su existencia

24 Maciej (2014).

25 Amparo en Revisión 65/2014, del índice del Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción en toda la República.

institucional o legal, su extensión espacial y material, tiempo de ejercicio permitido, forma de manifestación jurídica y cumplimiento de las formalidades procesales.

La discrecionalidad intermedia es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión.

La discrecionalidad menor es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra constreñido a la elección entre algunas de las variables predeterminadas por la ley, incluyendo facultades expresamente regladas.²⁶

De tal forma que el órgano jurisdiccional otorgará deferencia judicial a una entidad reguladora, sobre el fundamento de la deferencia técnica que se haya reconocido al mismo, en sede legislativa, a partir de lo cual, con base en la clasificación referida, reconocerá el ámbito de discrecionalidad técnica. En ese mismo sentido, el Poder Judicial de la Federación, en relación al escrutinio judicial frente al estado regulador, ha establecido que

POLÍTICA REGULATORIA. LÍMITES DEL ESCRUTINIO JUDICIAL DE LAS DECISIONES RELATIVAS. Las decisiones de política regulatoria que incorporan cierta discrecionalidad técnica se hallan sometidas, igual que ocurre con todos los actos, a los principios de supremacía constitucional, separación de poderes y legalidad, que garantizan su sometimiento a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sobre ellas, los tribunales del Poder Judicial de la Federación pueden ejercer un escrutinio constitucional estricto en ciertos supuestos en que se trate de violaciones al principio de igualdad por el uso de categorías sospechosas, restricciones a los derechos humanos, o cuando la propia Norma Fundamental limite la libertad de configuración del regulador o la actividad discrecional de las autoridades y, en

26 *Idem*, párrafos 326-328, énfasis añadido.



los demás supuestos, un escrutinio ordinario, en el entendido de que la severidad del control se halla inmensamente relacionada con el grado de libertad configurativa o de discrecionalidad de que goza la autoridad, en tanto que existen materias, como la económica y la financiera, en donde esta goza de una gran capacidad de intervención y regulación, la cual, si bien no está exenta de control, pues está limitada por los derechos humanos y otros preceptos constitucionales, sí implica que los Jueces ejerzan su función sin invadir atribuciones que no les correspondan. En estos supuestos, corresponde al regulador, no al Juez, elegir los medios para alcanzar los fines constitucionales y el tipo de política regulatoria, y solo toca a este último ejercer el control de esas decisiones, a la luz de los límites que la Constitución y la ley le impongan, considerando que la discrecionalidad administrativa supone que ninguna autoridad puede actuar fuera del marco legal ni contravenirlo; debe buscar la satisfacción del interés público y el bien común; sus decisiones deben ser razonables y proporcionales en relación con el fin de la ley; eficaces; de buena fe; ajenas al desvío de poder y no discriminatorias, en el entendido de que, se insiste, el control sobre el ejercicio de esta actividad no autoriza al Juez constitucional a sustituirse en la facultad de decidir cuál es la mejor política regulatoria.²⁷

Este precedente refiere ya no solo el grado de discrecionalidad que se atribuye a determinada agencia regulatoria en función de su propia libertad configurativa, sino que expresa un reconocimiento respecto a la importancia de la materia, como puede ser la económica o la financiera, que por sí mismas gozan de un alto grado de intervención por parte del regulador. Además, precisa que en proporción a dicha libertad de configuración, el Juez limitará o ampliará el grado de escrutinio constitucional y, sobre todo, que el Poder Judicial no interviene en la política regulatoria ni en los medios que se elijan para cumplir con los fines constitucionales lo que, como lo indica el propio preceden-

27 Tesis: I.2o.A.E.45 A (10a.)

te, no implica que no exista control, solo que este se encuentra circunscrito a los límites que establezcan la Constitución y la ley correspondiente. Es decir, “no corresponde al Juez establecer si una decisión de política regulatoria es la más convincente o la más idónea, pues ello significaría invadir una función que le es ajena”.²⁸ O dicho de otra forma, “está prohibido a los tribunales del Poder Judicial de la Federación sustituirse en la elección y el diseño de la política regulatoria de la agencia competente en los aspectos mencionados o en la apreciación sobre su oportunidad o conveniencia”.²⁹

Por otro lado, los precedentes del Poder Judicial de la Federación han desarrollado una exigencia de proporcionalidad y razonabilidad de la decisión regulatoria, en función de los fines y objetivos que persigue, la potencial afectación a los mercados regulados y al ejercicio de derechos de usuarios o consumidores. El principio de razonabilidad consiste en que “la decisión discrecional debe sustentarse en hechos ciertos, acreditados en el expediente o conocidos por ser públicos, así como observar las reglas conducentes”.³⁰ Por su parte, el principio de proporcionalidad prevé la causalidad que “debe existir entre las medidas que el acto discrecional involucre y la finalidad de la ley que otorga las facultades respectivas”.³¹

En ese sentido es que la deferencia judicial se sustenta en el parámetro de discrecionalidad que la ley otorga a la agencia especializada, a partir del principio de deferencia técnica. La modulación en el reconocimiento de la discrecionalidad tiene su origen en el diseño institucional y competencial del legislador, por lo cual el juzgador no decide en función de la

28 ÓRGANOS REGULADORES DEL ESTADO. ALCANCES DEL CONTROL JUDICIAL DE SUS ACTOS. Tesis: I.2o.A.E.27 A (10a.)

29 PREPONDERANCIA EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES. ALCANCES DEL ESCRUTINIO CONSTITUCIONAL DE LA DECLARACIÓN RELATIVA Y DE LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS ASIMÉTRICAS. Tesis: I.2o.A.E.47 A (10a.)

30 Cfr. Nota 25, parágrafo 323.

31 *Idem.*



pertinencia de la política regulatoria adoptada, sino en la medida de la finalidad de la ley, el margen de arbitrio del propio regulador, las cualidades propias de la materia, y los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Incluso cuando la agencia reguladora puede ser diseñada como un órgano con autonomía constitucional, un órgano regulador con reconocimiento constitucional, un organismo descentralizado, un órgano desconcentrado o una secretaría de Estado, en principio, el reconocimiento de discrecionalidad técnica no se altera. Con esto, entre otras cosas, se hace visible el principio de división funcional de competencias, sobre todo a partir de los criterios de control, coordinación, colaboración y complementación entre los tres poderes originarios del Estado.

2.4 ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

Además de la Administración Pública Federal, los órganos constitucionales autónomos son un instrumento orgánico fundamental para el análisis del Estado regulador. Es así, de manera destacada, porque a partir de la reforma a la Constitución del 11 de junio de 2013 en materia de telecomunicaciones y competencia económica, la concepción del Estado regulador se elevó a rango constitucional por medio del reconocimiento de la autonomía constitucional a los órganos encargados de esas materias.³² De esa forma se analiza esta figura constitucional a partir de dos elementos. Por un lado se revisarán sus características generales como órganos cuya nota central consiste en la autonomía orgánica y material de sus funciones frente a las decisiones mayoritarias y políticas. Por el otro, si bien escapa al objetivo de este estudio, se propondrá un esquema metodológico que pretende ordenar su estudio y ofrecer un parámetro de análisis.

El estudio de los órganos constitucionales autónomos se encuentra inserto en el principio de división de poderes. Su instauración implica retos a la concepción tradicional que distribuye el poder en ejecutivo, legislativo y judicial. El arribo de los órganos autónomos comprende, de suyo, un retiro o resta de facultades que ostentaban los poderes originarios, usualmente el Poder Ejecutivo, en beneficio tanto de la propia autonomía de la función, como en su especialidad, experiencia y eficiencia. En ese sentido, estos órganos con reconocimiento

**Los órganos
constitucionales
autónomos
crean normas,
las implementan
e interpretan.**

32 Por ejemplo, el artículo 13 transitorio de la reforma aludida expresa que “La Cámara de Diputados, en el Presupuesto de Egresos de la Federación, aprobará las disposiciones necesarias para dotar de suficiencia presupuestaria a los órganos reguladores a que se refiere este Decreto...”. Se refiere al Instituto Federal de Telecomunicaciones y a la Comisión Federal de Competencia Económica. Se trata de un vínculo expreso entra la naturaleza de órganos con autonomía constitucional, que comprende su análisis orgánico y, a su función material, como órganos reguladores.



constitucional llevan a cabo funciones de Estado pero no tienen funciones jurídicas preponderantes, “sino que conjunta(n) las tres clásicas: la de producción de normas generales, la de aplicación y la de adjudicación”.³³ En el caso de los órganos constitucionales autónomos, la nota esencial no es la manera en que ejecutan sus facultades, sino la materia o sustancia de su actividad. Mientras que la función principal y tradicional del Poder Legislativo es la creación de normas, la del Ejecutivo implementarlas, y la del Judicial interpretarlas, los órganos con autonomía constitucional realizan las tres de manera indistinta en el ámbito de su competencia.

La relevancia de los órganos constitucionales autónomos se encuentra en la sustancia de su actividad y en la manera o forma en que lo ejecutan. Dicho de otra forma, tiene preminencia la finalidad de su función material sobre los medios, en tanto causa de la propia autonomía. Así, desde el punto de vista formal, estos órganos asumen competencias de los tres poderes tradicionales, pero desde una perspectiva material restan facultades sobre todo al Poder Ejecutivo. Esta incorporación institucional no podría entenderse sino a través de los principios de control, coordinación, colaboración y complementación, propios de la división funcional de poderes. Los órganos constitucionales autónomos deben entonces ser analizados a partir de un enfoque orgánico y de uno funcional. Esto, con el propósito de comprender sus funciones dentro del ámbito constitucional mexicano.

2.4.1 Características formales

Las características generales de los órganos constitucionales autónomos se encuentran referidos a su cualidad orgánica, es decir, en su función de órganos del Estado, no así a su materialidad. De tal forma que sus cualidades institucionales son compartidas

33 Controversia Constitucional 117/2014, párrafo 230.

por todos los órganos que tengan reconocida esa calidad. Así, su razón de ser es el equilibrio constitucional, basado en el control recíproco de poder; los protege la denominada garantía institucional, en torno a su estructura orgánica y funcionalidad; y su creación no vulnera el principio de división de poderes, pues aun cuando su cualidad por excelencia es la autonomía, son parte del Estado, por lo que se ubican en un plano de igualdad frente a los poderes tradicionales. Además deben estar reconocidos de manera expresa en la Constitución, mantienen una relación de coordinación con los otros poderes y órganos con autonomía constitucional, cuentan con autonomía funcional, financiera y con personalidad jurídica propia, y deben ejercer funciones primarias y originarias del Estado. Así, en relación a las cualidades formales de los órganos con autonomía constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho que

ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. NOTAS DISTINTIVAS Y CARACTERÍSTICAS. El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de los órganos constitucionales autónomos ha sostenido que: 1. Surgen bajo una idea de equilibrio constitucional basada en los controles de poder, evolucionando así la teoría tradicional de la división de poderes dejándose de concebir la organización del Estado derivada de los tres tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) que, sin perder su esencia, debe considerarse como una distribución de funciones o competencias, haciendo más eficaz el desarrollo de las actividades encomendadas al Estado. 2. Se establecieron en los textos constitucionales, dotándolos de garantías de actuación e independencia en su estructura orgánica para que alcancen los fines para los que fueron creados, es decir, para que ejerzan una función propia del Estado que por su especialización e importancia social requería autonomía de los clásicos poderes del Estado. 3. La creación de este tipo de órganos no altera o destruye la teoría tradicional de la división de poderes, pues la circunstancia de que los referidos órganos guarden autonomía e independencia de los poderes primarios no significa que no formen parte del Estado mexicano, pues su



misión principal radica en atender necesidades torales tanto del Estado como de la sociedad en general, conformándose como nuevos organismos que se encuentran a la par de los órganos tradicionales. Atento a lo anterior, las características esenciales de los órganos constitucionales autónomos son: a) Deben estar establecidos directamente por la Constitución Federal; b) Deben mantener, con los otros órganos del Estado, relaciones de coordinación; c) Deben contar con autonomía e independencia funcional y financiera; y d) Deben atender funciones primarias u originarias del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad.³⁴

Estas cualidades que ha reiterado la Suprema Corte son propias de todos los órganos constitucionales autónomos. No hay ninguna distinción en cuanto a su función, sino que en todos los casos se trata de las mismas características orgánicas. Estas mismas notas son las que hacen de estos organismos entidades que se encuentran a la par de los poderes originarios del Estado, y gracias a sus cualidades orgánicas se puede decir que, si bien la teoría tradicional de división de poderes no se altera, es solo en la medida en que estos órganos, como ya se dijo, no ejercen funciones jurídicas preponderantes; pero solo en esa medida.

Las generales que comparten los órganos con autonomía constitucional que ejercen funciones reguladoras se encuentran protegidas por la garantía institucional, la cual está dirigida a resguardar su principio de autonomía, tanto en el ejercicio de sus funciones materiales como en su organización institucional. Este último es usualmente por la vía de la designación y la imposibilidad de remoción. En esa medida, la garantía institucional protege a los órganos con autonomía ante cualquier eventual interferencia ilegal en el ejercicio de sus competencias. Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto a la garantía institucional, ha dicho que

34 Tesis: P./J. 20/2007

Desde una perspectiva doctrinal se ha dicho que la garantía institucional responde al hecho de asegurar un contenido fijo, mínimo e inderogable de determinados conceptos constitucionales; específicamente, se busca proteger cierto contenido constitucional frente al legislador. La garantía institucional requiere entonces de dos condiciones: que el objeto de protección sea una institución y que sus atributos esenciales deban ser protegidos.

Tradicionalmente, la garantía institucional se originó como una categoría opuesta al derecho fundamental; sin embargo, a la luz de la evolución de los derechos fundamentales ambos conceptos se han aproximado al punto de que la primera encuentra su fin y medida en los segundos.³⁵

Por otro lado, en sede jurisdiccional, la garantía institucional encuentra mecanismos de remediación como la controversia constitucional, que se erige como mecanismo de control constitucional cuya finalidad es proteger la supremacía constitucional, por medio del principio de división de poderes y federalismo. A su vez, solo la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la Fiscalía General de la República y el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales pueden promover acciones abstractas de inconstitucionalidad en contra de leyes generales que consideren que vulneran derechos relacionados con el objeto de su competencia. De lo anterior se desprende que la autonomía constitucional sí goza de un catálogo definido y preciso de características que han sido articuladas jurisprudencialmente, y que corresponden, en estricto sentido, a su calidad orgánica, que no material.

**La garantía
institucional cuenta
con mecanismos
de remediación
como la controversia
constitucional.**

35 Amparo Directo en Revisión 1100/2015, párrafos 88 y 89.



2.4.2 Características materiales

Actualmente hay diez órganos con autonomía reconocidos por la Constitución; son, por orden cronológico, el Banco de México (artículo 28), el Instituto Nacional Electoral (artículo 41), la Comisión Nacional de Derechos Humanos (artículo 102-B), el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (artículo 26-B), el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (artículo 3), el Instituto Federal de Telecomunicaciones (artículo 28), la Comisión Federal de Competencia Económica (artículo 28), el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (artículo 6), el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (artículo 26-c) y la Fiscalía General de la República (artículo 102-A). A continuación haremos referencia a las razones que el Poder Reformador de la Constitución aludió como fundamento para dotar de autonomía a los órganos referidos.

1. Banco de México, reforma del 20 de agosto de 1993. En la exposición de motivos de la iniciativa de reforma de fecha 18 de mayo de 1993, se indicó que

Por ello, si se ha de tener una política permanente de lucha contra las fuerzas inflacionarias, resulta clara la conveniencia de separar la función de crear dinero, de otras tareas del Estado, en las que continuamente se enfrentan reiteradas demandas para aumentar el gasto. Pero esta separación es factible hasta ahora, cuando se ha logrado el saneamiento de las finanzas públicas. Antes, tal medida no hubiese sido consecuente con la realidad.

Por todo ello me permito someter a la consideración del Constituyente Permanente la presente iniciativa de reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En primer término, se propone consignar en el artículo 28 la autonomía del banco central, así como dar a la institución un claro mandato de procurar la estabilidad del poder adquisitivo

de la moneda nacional, como objetivo prioritario en el ejercicio de sus funciones.

... La efectiva autonomía del banco central requiere de ciertos presupuestos que se propone consignar en el artículo 28 constitucional. Elemento esencial de la autonomía de un banco central es la facultad exclusiva que debe tener para determinar el monto y manejo de su propio crédito, definido en el sentido más amplio. Por ello es necesario establecer en nuestra Constitución Política que ninguna autoridad podrá ordenar al banco central conceder financiamiento, es decir, otorgar crédito por cualquier medio o adquirir valores. De otra manera, la consecución de la estabilidad de precios, criterio rector para la actuación del banco central, se pondría en grave riesgo.

... Factor determinante de la efectiva autonomía del banco central es el procedimiento para nombrar y, en su caso, remover a las personas a cuyo cargo esté su conducción. Al efecto, la Iniciativa propone que esas personas sean designadas por el Presidente de la República con la aprobación del Senado o, en sus recesos, de la Comisión Permanente. Asimismo, como una significativa salvaguarda de la autonomía de la institución, se señala que tales personas no podrán ser removidas sino por la comisión de faltas graves.

2. Instituto Nacional Electoral, reforma del 19 de abril de 1994. En el dictamen de la Cámara de Diputados, en su calidad de cámara de origen, del 22 de marzo de 1994, se expuso que

Dentro de la iniciativa a estudio se propone reforzar la autonomía de los órganos de dirección del Instituto Federal Electoral mediante el cambio en la forma de su integración, lo cual traerá como consecuencia la solución al conflicto inherente al hecho de que los partidos políticos sean juez y parte en la contienda electoral.



... Así, se propone que sea la participación ciudadana el conducto para reforzar la autonomía y la independencia de la autoridad electoral frente al gobierno legalmente constituido y a los partidos políticos nacionales. En atención a estas reflexiones, se plantea una reformulación del párrafo octavo del Artículo 41 de la Carta Magna para reiterar la autonomía del organismo público responsable de la función estatal electoral y para señalar específicamente la independencia como principio rector de dicha función.

3. Comisión Nacional de Derechos Humanos, reforma del 13 de septiembre de 1999. En el dictamen de la Cámara de Diputados, en su calidad de cámara de origen, del 22 de diciembre de 1998, se argumentó que

El propósito fundamental que se destaca en las cuatro iniciativas es fortalecer la autonomía y ampliar las funciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, a efecto de incrementar la eficacia de sus resoluciones y recomendaciones, en beneficio de su encomienda esencial y única que es la protección de los derechos humanos.

... Coincidimos plenamente con el propósito común de las iniciativas de reforma constitucional, en el sentido de fortalecer la autonomía de los organismos de protección de los derechos humanos, como una decisión política fundamental que permita incrementar la eficacia de sus resoluciones en beneficio de la protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano. Para señalar esta nueva etapa de protección, el organismo que al efecto establezca el Congreso de la Unión se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Asimismo, estas Comisiones consideran oportuno el fortalecimiento de dichos organismos protectores, otorgándoles a nivel constitucional plena autonomía de gestión y presupuestaria, así como personalidad jurídica y patrimonio propios, a efecto de evitar cualquier vinculación con alguna autoridad que pueda repercutir en el mejor desempeño de sus funciones.

4. Instituto Nacional de Estadística y Geografía, reforma del 2 de abril de 2006. En el dictamen de la Cámara de Diputados, en su calidad de cámara de origen, del 15 de diciembre de 2003, se precisó que

En una sociedad cada vez más compleja y en continuo proceso de transformación se hace necesario fortalecer las labores de captación, procesamiento y divulgación de la información estadística y geográfica que se genera en el país, por lo que es indispensable contar un organismo con autonomía que permita dar certidumbre y confianza a la información producida en esta materia.

... Actualmente el INEGI se ubica en la esfera del Poder Ejecutivo, dado que es órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; sin embargo, aunque mantiene una dependencia administrativa, cuenta con cierta autonomía en la toma de decisiones de carácter técnico.

... Por ello, al dotar al INEGI de autonomía constitucional, independiente de los Poderes, con personalidad jurídica y patrimonio propios y responsabilizarlo de los sistemas estadísticos y geográficos es profundizar en la nueva cultura de transparencia y acceso universal a la información.

Así mismo, la autonomía constitucional del organismo encargado de la función de los servicios de información que requieren los distintos grupos y sectores públicos, privados, académicos y profesionales refrenda el de evitar algún posible conflicto de intereses en relación con las personas que en su momento formaron parte y tuvieron una función importante y decisoria en el organismo encargado de la organización de los procesos electorales federales.

5. Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, reforma del 26 de febrero de 2013. En el dictamen de la Cámara de Diputados, en su calidad de cámara de origen, del 13 de diciembre de 2012, se expuso que



En ese sentido, con la autonomía constitucional del Instituto se podrá consolidar la política de Estado y su Rectoría en la educación, ya que los estudios e indicadores servirán de sustento en el diseño de estrategias, con la finalidad de que se logre la homogeneidad de las autoridades educativas federales y locales, consolidando una plena coordinación entre estos entes, a fin de cumplir las expectativas de calidad del sistema educativo.

... En otras palabras, consolidar al Instituto como un Órgano Constitucional que fortalezca el Sistema Educativo Nacional contribuyendo a mejorar la calidad de dicho proceso con la participación de todos los factores que intervienen –docentes, educandos, Estado, autoridades, programas, métodos y financiamiento.

6. Instituto Federal de Telecomunicaciones y Comisión Federal de Competencia Económica, reforma del 11 de junio de 2013. En la iniciativa de reforma del 11 de marzo de 2013, se indicó que

La relevancia y trascendencia de la actividad reguladora en las materias de competencia económica, telecomunicaciones y radiodifusión hacen conveniente que cuenten con absoluta autonomía en el ejercicio de sus funciones, sujetos a criterios eminentemente técnicos y ajenos a cualquier otro interés. Al respecto, la OCDE ha considerado importante que los Estados cuenten con organismos reguladores independientes de todas las partes interesadas para asegurar una competencia justa y transparente en el mercado.

7. Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, reforma del 7 de febrero de 2014. En el dictamen de la Cámara de Senadores, en su calidad de cámara de origen, del 19 de diciembre de 2012, se estableció que

En relación al principio de independencia, la configuración de los órganos garantes incluye una autonomía constitucional, ello

garantiza la independencia que existe entre el Ejecutivo Federal y el órgano encargado de solicitar y entregar información pública gubernamental, actualmente el órgano encargado de dicha tarea cuenta con una independencia subjetiva, pues de facto sigue siendo un órgano integrante de la Administración Pública Federal, como lo señala el actual artículo 33 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. Con la reforma constitucional que se propone, se garantizará su independencia al conformarse en un órgano plenamente autónomo, con lo que se garantiza la no dependencia del Ejecutivo Federal.

8. Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social y Fiscalía General de la República, reforma del 10 de febrero de 2014. En el dictamen de la Cámara de Senadores, en su calidad de cámara de origen, del 2 de diciembre de 2013, se precisó que

Para cumplir con eficiencia y eficacia sus importantes tareas, el CONEVAL requiere de autonomía y recursos suficientes para desarrollar sus funciones, además del respaldo jurídico para que los resultados de su trabajo sean efectivamente incorporados en la toma de decisiones. Por ello, es necesario dotarlo de las características necesarias para que ejerza su función con autonomía, en un ámbito distinto a la esfera de la Administración Pública Federal.

... Sin embargo, aún se percibe cierta dependencia política y operativa de la Procuraduría General de la República respecto del Poder Ejecutivo. Esto se debe a que el Presidente de la República tiene la facultad de designar al titular del Ministerio Público de la Federación, con la ratificación del Senado de la República, y de removerlo libremente.

... La autonomía del Ministerio Público es uno de los temas pendientes más importantes de la reforma del Estado. Su dependencia del Ejecutivo Federal genera desconfianza por parte



de la ciudadanía, por considerar que la procuración de justicia es usada para reprimir adversarios políticos y a los disidentes.

... Por todo lo anterior, puede concluirse que el Ministerio Público de la Federación, en un estado ideal, debe compartir la naturaleza de los órganos constitucionales autónomos, para llevar a cabo una función esencial del Estado: procurar justicia, libre de injerencias de otros poderes u órganos y, más aun, de influencias políticas.

Las anteriores referencias y argumentos esgrimidos dentro de los distintos procesos de reforma a la Constitución son solo una muestra de los razonamientos expuestos por el Poder Revisor de la Constitución y no pretenden ser exhaustivos. No obstante, comprimen la esencia de las causas por las que, en un momento determinado, se consideró necesario dotar de autonomía constitucional a diez órganos del Estado mexicano.

Como fue referido en el apartado que precede, las cualidades y características orgánicas de los órganos constitucionales autónomos se encuentran delimitadas y bien definidas. Su causa esencial se sustenta en la propia independencia, es decir, existe una conexión indisoluble entre la garantía institucional de autonomía, respecto a la función material que ejercen esos órganos. En ese sentido, su primera característica es la propia independencia del poder político y de las decisiones mayoritarias, tal y como se demuestra de los extractos de las exposiciones de motivos y dictámenes correspondientes. Sin embargo, de cara a un análisis integral de la naturaleza de los órganos con autonomía constitucional, que ofrezca un esquema metodológico que ordene su estudio y ofrezca un parámetro de análisis, la independencia es insuficiente. El propósito de la autonomía constitucional, si bien relevante, es solo una cualidad de forma. Dicho de otro modo, su razón de ser, en ese caso, se torna tautológica en tanto que la independencia como elemento es al mismo tiempo causa y consecuencia. De esta forma, la autonomía se sustenta en sí misma.

En esa medida, la proliferación de los órganos constitucionales con autonomía obliga a preguntarse si en cada caso se justifica su categoría, pues lo que la fundamenta es en principio el objeto material al que se abocan esos órganos. Visto desde otro ángulo, el cuestionamiento que debe responderse es si todas las materias objeto de regulación por conducto de los órganos con autonomía constitucional deben ser reguladas por órganos independientes. No se trata de un mero prurito académico, sino que de su valoración se podrá dotar de orden a las instituciones constitucionales y tomar con seriedad la creación de órganos autónomos.

La esencia que define a estos órganos es la materia respecto de la cual ejercen sus funciones, ya no el órgano y sus características, sino la función de Estado. Para ello resulta útil servirse de los conceptos de género próximo y diferencia específica. Como ya fue anotado, el género próximo de los diez órganos con autonomía constitucional es su independencia del poder político y de las decisiones mayoritarias, además de las características orgánicas descritas en el apartado anterior. Sin embargo, las diferencias específicas se refieren a la materialidad o fondo de sus funciones, es decir, el mandato sustancial de cada uno, referidas al sujeto al que se encuentran dirigidas. La independencia se vincula a la función, sin lo cual no se puede comprender la autonomía constitucional.

La autonomía se justifica a partir de la relevancia de la materia, pero solo en la medida en que esa autonomía sea necesaria, sobre la premisa de que el propio objeto deba ser apartado de las decisiones políticas y mayoritarias. Es decir, la autonomía de la materia solo se comprende en la medida en que sea necesaria respecto del sujeto del cual se busca la independencia, que son los poderes públicos o agentes regulados en un mercado deter-

La proliferación de órganos constitucionales con autonomía obliga a preguntar si se justifica su categoría.



minado. La autonomía constitucional encuentra sustento en el sujeto o destinatario de la actividad o función independiente. De esa forma, existen cuatro funciones que llevan a cabo los órganos con autonomía constitucional: autónomo en estricto sentido, controlador, evaluador y regulador.

- Al Banco de México y la Fiscalía General de la República corresponde la autonomía en estricto sentido, ya que su esencia se sustenta en la independencia de las decisiones políticas y mayoritarias. Son autónomos en causa y consecuencia, es decir, como órganos y como función. El bien jurídico que estos órganos tutelan es, en términos generales, la estabilidad financiera y la procuración de justicia, razón por la que la autonomía, en sí misma, es tanto el género como su especificidad.
- El Instituto Nacional Electoral, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, y el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos son órganos controladores, si bien en distintos grados, como es propio debido a las diferentes materias. La diferencia específica de estos cuatro órganos radica en el hecho de que los sujetos de su actuación son las instituciones del Estado. Son orgánicamente autónomos y en su función se oponen a los poderes públicos respecto de los que son independientes. Es decir, su función se dirige u opone a instituciones estatales o entidades de interés público, dígame la protección de derechos humanos en contra de violaciones que pueden cometer servidores públicos; la organización de elecciones para evitar interferencias de poderes constituidos o violaciones a los principios comiciales o del sufragio por parte de partidos políticos; la protección de la información, tanto en su acceso como en su generación, de una indebida utilización por parte de autoridades. En ese sentido, los órganos controladores precisan su diferencia y especificidad en cuanto a que los sujetos de su actuación son las propias instituciones del Estado y los actos de autoridad.

- El Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación y el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social tienen como propósito fundamental la medición y evaluación de programas, métodos, procesos y políticas públicas de parte de la actividad que realiza la Administración Pública Federal. Si bien sus funciones se desarrollan frente a la actividad que realiza el propio Estado, se trata esencialmente de actividades de análisis, revisión y prospectiva. Sin duda relevantes, pero se considera que no deberían de gozar de autonomía constitucional en su calidad instituciones evaluadoras. En relación al primer órgano mencionado, dice el artículo 3 constitucional que le corresponderá “evaluar la calidad, el desempeño y resultados del sistema educativo nacional en la educación preescolar, primaria, secundaria y media superior”.³⁶ Respecto al segundo órgano referido, dice el artículo 26 de la Constitución que tiene a su cargo la “medición de la pobreza y la evaluación de los programas, objetivos y acciones de las políticas de desarrollo social, así como emitir recomendaciones en los términos que disponga la Ley”. En ese sentido se considera que, bajo la misma racionalidad, todos los órganos evaluadores del país deberían de gozar de autonomía constitucional, es decir, su estatuto independiente no se justifica ni en causa, como órgano, ni en consecuencia, como función.

El Instituto Federal de Telecomunicaciones y la Comisión Federal de Competencia Económica son órganos reguladores, ya que su objeto material es la regulación técnica y especializada en dichos sectores. La diferencia específica de estos órganos es que su función autónoma no se dirige ni se opone al Estado o las autoridades públicas, sino que lo hace respecto a mercados e industrias. En esa medida, en relación a su

36 En lo que hace al INEE, para llevar a cabo sus funciones dice el propio artículo 3 constitucional que deberá diseñar y realizar las mediciones que correspondan a componentes, procesos o resultados del sistema; expedir los lineamientos a los que se sujetarán las autoridades educativas federal y locales para llevar a cabo las funciones de evaluación que les corresponden, y generar y difundir información y, con base en ella, emitir directrices que sean relevantes para contribuir a las decisiones tendientes a mejorar la calidad de la educación y su equidad, como factor esencial en la búsqueda de la igualdad social.



especificidad material, tienen un mayor grado de identidad con los órganos reguladores coordinados en materia energética –la Comisión Nacional de Hidrocarburos y la Comisión Reguladora de Energía– que con el resto de los órganos constitucionales autónomos.

De esa forma, los órganos constitucionales autónomos se pueden dividir para su estudio en cuatro grandes grupos: los órganos autónomos en estricto sentido, los órganos controladores, los órganos evaluadores y los órganos reguladores. Esto es relevante no solo a partir de un entendimiento funcional de la autonomía constitucional, sino que desde una perspectiva regulatoria es necesario distinguirlos en sus funciones materiales, ya que no es lo mismo, por ejemplo, un acuerdo de deter-

Los órganos evaluadores no deberían tener autonomía constitucional; podrían ser órganos desconcentrados.

minación de preponderancia y tarifas de interconexión que emita el Instituto Federal de Telecomunicaciones, que un acuerdo que expida el Instituto Nacional Electoral en relación a los conteos rápidos durante la jornada electoral. Ambos derivan de una competencia regulatoria, pero sus implicaciones jurídicas, y sobre todo el ámbito de deferen-

cia técnica, son distintos en función de las diferencias ínsitas de cada órgano. Así, el valor esencial de los órganos con autonomía radica en su capacidad de emitir actos de autoridad; por ello es necesario que se distingan de manera precisa las causas de la regulación, a partir de los principios de eficiencia que se encomiendan a un regulador especializado.

Entre otras cosas, se consideró que los órganos evaluadores no deberían tener reconocida autonomía constitucional, en tanto que su función predominante se centra en actividades de análisis, revisión y prospectiva. Se estima que por medio de la figura de la desconcentración administrativa, sobre todo por medio del reconocimiento de la autonomía técnica y operativa, que estos órganos podrían desarrollar sus funciones como

órganos desconcentrados, lo que no les restaría imparcialidad, eficiencia y oportunidad en su desempeño. Por otro lado, respecto a los órganos autónomos denominados reguladores, específicamente el Instituto Federal de Telecomunicaciones, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, en un estudio elaborado en 2012 sobre la industria en México^{36 bis}, sugirió que

La Cofetel carece de personalidad jurídica propia, ya que depende plenamente de la SCT, y no tiene control sobre su presupuesto ni autonomía, lo que implica que es en gran medida parte del gobierno. En este sentido, la entidad difiere de los reguladores del sector de telecomunicaciones de los países de la OCDE, que son mucho más autónomos y tienen facultades para imponer sanciones a las empresas y exigirles que cumplan con las decisiones de regulación. Por ejemplo, la Cofeco tiene muchas más facultades, goza de mucho mayor independencia de la Secretaría de Economía, puede imponer multas, tomar decisiones sobre prácticas que considere anticompetitivas y hacer cumplir tales decisiones. La Cofetel debe tener facultades similares para llevar a cabo su mandato en el sector de las telecomunicaciones... La Cofetel debe tener más autonomía en el desempeño de sus responsabilidades como regulador.

Esto es significativo, pues la reforma del 11 de junio de 2013 recogió estas consideraciones al dotar de autonomía constitucional al regulador de telecomunicaciones. Naturalmente, para garantizar la autonomía no era necesario instituirlo como órgano constitucional autónomo, ya que en este caso, como fue anotado, el énfasis de la independencia se encuentra respecto a mercados e industrias y no frente al Estado en sí mismo. Es decir, se busca evitar al máximo la cooptación del agente por las entidades reguladas. Eso pudo hacerse a través del fortalecimiento

36 bis OCDE (2012), *Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en México*, OCDE, París, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264166790-es>, p. 135.



institucional de la extinta Comisión, en su calidad de órgano desconcentrado. Sea como fuere, el hecho de que el regulador sea autónomo e independiente es en sí mismo un avance orgánico. El problema en este caso se suscitó no en la autonomía en sí misma, sino en el diseño constitucional, en tanto que se precisó que el único medio de defensa en la materia sería el amparo indirecto ante juzgados especializados, sin posibilidad de suspender el acto reclamado y, más aún, en la doble finalidad del propio Instituto, que consiste en la garantía de los derechos fundamentales de libre expresión, acceso a la información y acceso a las tecnologías de la información y la comunicación, y el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones y la radiodifusión, que generan tensiones estructurales como se verá más adelante.

Finalmente, como se propuso en otro lugar,³⁷ será pertinente que el Congreso de la Unión expida una ley orgánica relacionada con las características generales y las particularidades respecto al funcionamiento eficiente de los órganos constitucionales autónomos. Esto generará sin duda mayor ordenación a estos órganos, al tiempo que definirá los alcances y las cualidades de los actos de autoridad que emitan, de manera destacada, la regulación en sus distintas materias.

37 Domínguez y Sánchez de Tagle (2018, en proceso de publicación).

2.5 ÓRGANOS REGULADORES

Para efectos de delimitar el alcance y ámbito de actuación de los órganos reguladores, es preciso aclarar de manera preliminar un concepto relevante para los propósitos de este estudio. Se dijo que el Estado regulador se materializa a través de la expedición de normatividad técnica y especializada, que atiende a realidades sociales y económicas complejas, por parte de agencias u organismos del Estado. De igual forma a como se ha hecho hasta ahora, la función reguladora puede ser entendida desde un punto de vista formal u orgánico y uno material o sustantivo.

No toda la Administración Pública Federal es el Estado regulador, y no todos los órganos que nominalmente son o pueden ser integrantes del concepto de Estado regulador son parte de la Administración Pública Federal; lo mismo que en el caso de la regulación o las normas administrativas generales que componen la regulación en estricto sentido. Es decir, no todo aquello que hacen o expiden los órganos que integran el Estado regulador es regulación. Esto conduce al problema de las definiciones en que, como cualquier caso, se corre el peligro de insuficiencia. Sin embargo, es oportuno aventurar un esfuerzo por una clasificación que resulte útil, cuando menos preliminarmente, para el debido estudio y comprensión del Estado regulador.

Antes de proponer una definición, piénsese en el Estado regulador como un concepto transversal y dúctil, de constante adecuación, sobre todo por el Poder Judicial de la Federación, en el que múltiples agencias del Estado y normas generales conviven. Así, por ejemplo, son parte del Estado regulador el Instituto Federal de Telecomunicaciones, como órgano constitucional autónomo; la Comisión Nacional de Hidrocarburos, con reconocimiento constitucional como órgano regulador que depende directamente del Poder Ejecutivo; el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, como organismo descentralizado; la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, como órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, o la



Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud; y en última instancia, la Secretaría de Economía, como dependencia de la Administración Pública centralizada.

Desde el punto de vista orgánico, el Estado regulador se compone de órganos con autonomía constitucional, órganos reguladores con reconocimiento constitucional dependientes del Poder Ejecutivo, organismos descentralizados, órganos desconcentrados, e incluso secretarías de Estado. Así, el Estado regulador como tal no puede ser ubicado en una forma administrativa o en una cualidad institucional, sino que ha de ser referido, sobre todo, a la materialidad de su función y las consecuencias de sus actos generales administrativos. Desde otra perspectiva, la autonomía orgánica como elemento institucional no es hasta ahora el elemento definitorio de las agencias reguladoras. Debe ser, en cambio, la autonomía técnica, operativa y de gestión.

Desde el punto de vista formal u orgánico, el Estado regulador se compone de agencias del Estado o entidades públicas que tienen reconocida competencia especializada propia para expedir normas administrativas generales (incluyendo la capacidad de ejecución e interpretación), derivado de un mandato expreso de ley, que no irrumpe con las facultades legislativa y reglamentaria. Por su parte, desde la perspectiva material o sustantiva, el Estado regulador se compone de todas aquellas normas administrativas generales cuya finalidad se sustenta en la eficiencia de los mercados (o en remediar su distorsión) o en la protección de intereses públicos. La causalidad de ambos modelos, es decir, formal y material, consiste en la racionalidad técnica y eficiencia que, como se ha dicho, no es una cualidad de las asambleas mayoritarias.

Lo anterior produce un problema conceptual. Si el concepto de Estado regulador ha de ser útil y eficiente –sobre todo a partir de la consideración de una nómina propia de competencias especializadas para expedir normas administrativas generales,

sustentadas en la eficiencia y deferencia técnica, que deriven de cláusulas habilitantes, reforzadas por la deferencia judicial o incluso por disposición constitucional específica, como en el caso del Instituto Federal de Telecomunicaciones-, entonces la delimitación orgánica de las agencias y la función reguladora se torna un tema central como elemento del principio de legalidad y división funcional de competencias. Por ejemplo, ¿todos los órganos constitucionales autónomos son órganos reguladores? Cuando el Instituto Nacional Electoral emite normas vinculadas al proceso electoral –como en el caso del conteo de votos, que desde el punto de vista regulatorio es una consideración altamente técnica y compleja–³⁸ está expidiendo normas técnicas que tienden a la eficiencia, ¿se encuentran amparadas por el contexto jurídico del Estado regulador?

Se trata, en este caso como en cualquier otro, de un planteamiento que parte del reconocimiento de la autonomía no orgánica, sino material, del Instituto Nacional Electoral, sobre la premisa de la eficiencia y deferencia técnica. Esto tiene enormes consecuencias, ya que si se le considera un órgano regulador, entonces el estándar jurídico con el que se han de evaluar sus actos es diferente y modulado, lo que genera, a su vez, un tratamiento diferenciado respecto a la validez constitucional de sus actos. De esa forma, el Estado regulador debe ser concebido en sus orígenes, es decir, a partir del mandato otorgado a la agencia del Estado y sobre todo a la amplitud del acto primario de delegación.

La delegación no debe ser comprendida, en primera instancia, como un acto jurídico, sino político; es decir, como la decisión de excluir de la decisión mayoritaria un ámbito delimitado de competencia. Es una distinción no solo semántica, en tanto que el sustento del Estado regulador se da, en principio, no a partir de la delegación de facultades, sino de la asunción de competencias propias. Así, delegación se comprende en este caso como

38 Al respecto véase Zavala (2018).



“una decisión de autoridad, formalizada por medio del derecho público que (A) transfiere autoridad para la realización de políticas, alejada de los órganos representativos establecidos (aquellos directamente electos o controlados por representantes electos), a (B) una institución no mayoritaria”.³⁹ Se trata entonces de una decisión mayoritaria o política, a través de la cual se transfieren competencias de un órgano con legitimidad democrática a otro que fundamenta su legitimación en la eficiencia y la deferencia técnica.

El principio de delegación se da a partir del contexto teórico “principal-agente” y la “zona de discreción”. La primera reflexión que se presenta ante este parámetro conceptual se traduce en cuestionar la racionalidad del principal, es decir, el que delega, por la cual transfiere poder y competencias al agente, es decir, el que las recibe. Alec Stone y Mark Thatcher refieren que los principales constituyen agentes con una finalidad de asistencia y colaboración. De esa forma, un agente resuelve problemas derivados de compromisos hechos por los principales; se sobrepone a asimetrías de la información en áreas técnicas de gobierno; propicia la eficiencia de creación normativa; y evita a los principales asumir el costo de decisiones políticas no populares.⁴⁰ En síntesis, se puede aducir que la causa primera de la delegación es la eficiencia técnica por medio de la creación de competencias especializadas.

En México el problema institucional se sustenta en que no hay solamente un principal. Bien puede ser el Poder Reformador de la Constitución, el Poder Legislativo o el Ejecutivo. En ese sentido, la lógica entre el principal y el agente no es necesariamente de apoyo y colaboración, sino en muchas ocasiones, de control, colaboración, coordinación y complementación, principios propios de la división funcional de competencias. Esto ha hecho que el acto de delegación, en sí mismo, sea disímil y

39 Stone Sweet y Thatcher (2002), p. 3.

40 *Idem*, p. 4.

genere reguladores de naturalezas jurídicas muy variadas. El caso es que el acto primario de delegación es una decisión tanto política como técnica. En el primer caso, por desplazar costos políticos, y en el segundo, por ubicar cuestiones técnicas en instituciones especializadas.

Por otro lado, la delegación comprende la ubicación y/o creación de agencias reguladoras con cierto grado de independencia. Naturalmente, la extensión de esta independencia varía en cada caso y es consecuente con el modelo o diseño que se dote a esa nueva agencia. Esta independencia es orgánica o por diseño y material. En el primer caso, la independencia se protege o garantiza por las cualidades institucionales de la agencia que se crea o a la que se le delegan las competencias, como sería el caso de los órganos constitucionales autónomos. La independencia material se traduce en la zona de discreción que se atribuya a la agencia sobre cuestiones vinculadas a la racionalidad técnica de la regulación. Desde esta perspectiva, tendrá mayor independencia mientras mayor sea su zona de discreción, que se soporta, como ya se ha dicho, en la deferencia técnica y la eficiencia. En ese sentido, la garantía institucional a la que se hizo mención protege ambos principios, tanto la independencia orgánica como la material.

La independencia de una agencia depende de su modelo orgánico, zona de discreción y mecanismos de control.

Ahora, el acto de delegación es en sí mismo un diseño institucional cuyo propósito fundamental se traduce en la regulación de un sector o actividades de interés público y social. El grado de independencia de la agencia depende del modelo orgánico, la zona de discreción respecto a su funciones técnicas y, en última instancia, los mecanismos de control que conserva el principal frente a la agencia. Los mecanismos de control comprenden una doble derivada. Por un lado, tienden al balance de la propia independencia de la agencia reguladora, y por el



otro, a evitar la cooptación del regulador respecto al sujeto regulado. De esa forma, los mecanismos de control comprenden lo siguiente:

- Métodos de selección de los titulares de las agencias
- Causas de remoción de los titulares
- Número y distribución de titulares que pueden tomar decisiones
- Grado de dependencia jerárquica respecto al principal
- Obligaciones de transparencia con que deben conducir el proceso de toma de decisiones, así como el grado de participación tanto de los regulados como de la sociedad en general
- Informes que deben rendir a los órganos políticos
- Exclusividad de competencias
- Revocabilidad de sus decisiones y los órganos facultados para ello
- Control judicial

En cualquier caso, los mecanismos de control dependen en primer lugar del diseño institucional que se haya adoptado otorgar a determinada agencia, y en segundo lugar, la amplitud o extensión de su zona de discreción. Dice la Comisión Federal de Mejora Regulatoria que

... la plena independencia de las agencias reguladoras no es necesariamente deseable, si es que su marco institucional excluye mecanismos de control que blinde a los reguladores de ser capturados por la industria regulada. El debate en México se ha centrado más en la independencia de los reguladores y no en los controles. Esto puede resultar peligroso pues si la delegación de poderes del Estado a los reguladores se realiza sin controles adecuados, se correría el riesgo de que dichos

poderes se estarían delegando, en sí, a grupos de interés en perjuicio del bienestar de la sociedad, generando así el peor de los escenarios posibles.⁴¹

Por cuanto hace al control judicial que fue referido en el apartado relativo a la deferencia judicial, en México se ha desarrollado una categorización a partir de la discrecionalidad técnica o zona de discreción (mayor, intermedia y menor), en relación a la existencia de directrices o no, de la manera en que se debe conducir la política regulatoria, lo que a su vez se sustenta en el principio de deferencia técnica o competencia especializada. Asimismo, es preciso indicar que el control judicial se sustenta en los límites constitucionales y legales bajo los principios de supremacía y legalidad, y en la exigencia de proporcionalidad y razonabilidad de la decisión regulatoria.

Finalmente, la delegación, entendida como la decisión política de transferir facultades y competencias a una agencia del Estado, comprende ciertos grados de independencia a partir del diseño institucional que se decida establecer, así como una nómina propia de atribuciones regulatorias que se sustentan en la discrecionalidad, la deferencia técnica y la eficiencia. Así, los mecanismos de control son relevantes como elemento de la propia autonomía, con el propósito de evitar interferencias políticas en su gestión y cooptación de los sujetos regulados, así como en la materialización de sus competencias, es decir, en la implementación de regulación a través de la competencia especializada.

41 Comisión Federal de Mejora Regulatoria (2011).



2.6 ÓRGANOS REGULADORES: LEGITIMACIÓN

En el apartado que precede se vio que los órganos reguladores pueden adoptar distintas figuras institucionales como órganos constitucionales autónomos; órganos reguladores con reconocimiento constitucional, dependientes del Poder Ejecutivo; organismos descentralizados; órganos desconcentrados; e incluso dependencias de la Administración Pública centralizada, como secretarías de Estado. Además, con la reforma a la Constitución del 11 de junio de 2013 se elevó a rango constitucional el modelo de Estado regulador. Fue a partir de entonces que esta figura cobró plena vigencia como parte o rama del derecho constitucional, sobre todo, por medio de las competencias directas y de origen atribuidas al Instituto Federal de Telecomunicaciones y a la Comisión Federal de Competencia Económica, y también a través de la Comisión Nacional de Hidrocarburos y la Comisión Reguladora de Energía.

En cuanto a la finalidad material de los órganos reguladores, estos son clasificados en reguladores sociales, económicos y financieros. En cualquier caso, “el criterio inspirador de gran parte de la reglamentación es sin duda el de la eficiencia económica del mercado regulado”,⁴² sin importar, en principio, la modalidad regulatoria ante la que se encuentre. De esa forma, la regulación social “se encarga de proteger el interés público en áreas donde existen, principalmente, problemas de información o externalidades negativas como el riesgo asociado con la producción y comercialización de alimentos, medicamentos o equipos y aparatos”.⁴³ En esa medida, la regulación social se enfoca predominantemente a corregir efectos o calidades externas de distintas actividades económicas de interés social como la salud y salubridad, el medio ambiente, la seguridad, los derechos del consumidor y laborales, entre otros. Esta modalidad de regulación genera medidas de aplicación

42 Majone y La Spina, *op. cit.*, p. 228.

43 Comisión Federal de Mejora Regulatoria (2012).

general y no sectoriales; sus disposiciones son usualmente transversales y obligan a diversas industrias o sectores, que pueden incluso ser servicios de interés social. Además, parte de su esencia es producir condiciones de acceso generalizado al ejercicio de determinados derechos, a través de medidas de no discriminación.

Por su parte, la regulación económica “interviene en las decisiones del mercado imponiendo restricciones de precios, cantidades, servicios y barreras a la entrada, salida o movilidad con el objeto de buscar el mejoramiento de la eficiencia de los mercados”.⁴⁴ Uno de los propósitos de la regulación económica tiende a corregir o prevenir defectos en los mercados, como el poder monopólico, incluso por medio de restricciones tarifarias o de precios; regulación asimétrica; normas generales de prestación de servicios; mecanismos dificultados de acceso, como puede ser el proceso de licitación pública o restricción a la entrada, a través de concesiones o permisos; conservar el equilibrio de la competencia, entre otros. Por último, la regulación financiera tiene como finalidad la estabilidad del propio sistema financiero, ya que “además de perseguir la finalidad de la eficiencia en los mercados, tiene un sentido de protección a los intereses del público y a la estabilidad económica en general, ya que el sistema financiero canaliza los recursos de la sociedad y, en ese sentido, tiene un amplio impacto en la economía”.⁴⁵ Los reguladores financieros tienden a la generación de la disciplina del mercado, a la corrección de deficiencias y su supervisión, y procuran que los agentes regulados gestionen de manera prudente los riesgos inherentes del mercado.

Uno de los propósitos de la regulación económica tiende a corregir o prevenir defectos en los mercados, como el poder monopólico.

44 *Idem*, p. 28.

45 *Idem*, p. 29.



Esta categoría es meramente conceptual y su utilidad radica en la comprensión tanto del objeto regulado como de las facultades normativas que se otorgan a la agencia para llevar a cabo su mandato. Sin embargo, es común que se superponga la función regulatoria, sobre todo en el caso de la social y económica. Piénsese en el valor regulatorio en el acceso a los servicios públicos de interés general en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, y los consecuentes derechos de usuarios y consumidores; o en el caso, por ejemplo, de la regulación en materia sanitaria y de salud, en donde si bien su objeto principal es social, las medidas regulatorias tienen un elevado impacto económico. De esa forma, la regulación encuentra propósitos que coinciden en un mismo objeto, pero cuyas causas y consecuencias divergen.

Los mecanismos e instancias reguladores no deben ser consideradas como instrumentos redistributivos o mecanismos para el ejercicio de derechos humanos. Si bien tanto unos como otros son consecuencia derivada de la propia función reguladora, no es su mandato ni su causa primera. Lo contrario: no es característica del Estado regulador sino consecuencia de la rectoría económica del Estado y de decisiones políticas en torno a los medios para la satisfacción y ejercicio de los derechos humanos, ambos realizados en sede mayoritaria, no por conducto de las agencias reguladoras. A partir de esta consideración, surgen dos conflictos entre la función reguladora y la legitimación de las agencias que la llevan a cabo, y entre esa misma función y la garantía de los derechos humanos.

Ya sea regulación social, económica o financiera, el propósito del Estado regulador consiste en la eficiencia del objeto regulado. Es indiferente desde una perspectiva conceptual, como la que aquí se ofrece, si se está ante el mercado de capitales, de telecomunicaciones, de salud o energético; el propósito de la regulación será la eficiencia en el mercado y en los servicios de interés público. Ahora, en torno a la legitimación del Estado regulador, y en concreto de los órganos que lo integran y las normas administrativas generales que emiten en cumplimiento

a su mandato, se erige la crítica contra-mayoritaria. Esto quiere decir que carecen de legitimación democrática para emitir normas generales, abstractas e impersonales, como sí es el caso del Poder Legislativo.

Lo anterior es correcto bajo el entendido de que el Estado regulador se sustenta en normatividad que expiden agencias independientes con competencia especializada y no por las asambleas mayoritarias con legitimidad democrática. Como se vio en el apartado anterior, el sustento de la delegación como acto político se sustenta en tres grandes pilares: competencias especializadas, experiencia y conocimiento técnico, y eficiencia. En esa medida, la competencia especializada es el principio bajo el cual, en primera instancia, ya sea por disposición constitucional o mandato de Ley, se delega a una agencia independiente la regulación de una materia o sector altamente técnico y en cambio constante. Esta medida ha evolucionado en México a través de la desconcentración administrativa por medio de la creación de entidades especializadas en diversas ramas, ya sea como agencias independientes u órganos de la administración pública. Así, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno a la competencia especializada dijo que

El legislador válidamente puede emitir los principios o directrices en materia de regulación asimétrica, mientras que el regulador es el encargado de establecer e individualizar las medidas asimétricas en atención al principio de competencia especializada. Lo anterior es así, porque la fijación de regulación asimétrica requiere de un grado de especialización y efectividad que difícilmente podría garantizar el legislador mediante una ley, pues la vocación de permanencia de esta implica que no resulte idónea para expresar en cada momento las exigencias del mercado, lo que es propio de la función regulatoria del Instituto Federal de Telecomunicaciones.⁴⁶

46 TELECOMUNICACIONES Y RADIODIFUSIÓN. LA FACULTAD REGULATORIA DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES ES CONCURRENTES CON LA FACULTAD LEGISLATIVA DEL CONGRESO DE LA UNIÓN. Tesis: 2a. CLXV/2017 (10a.), énfasis añadido.



La experiencia y el conocimiento técnico es un concepto que deriva a su vez de la competencia especializada, como causa eficiente, y tiende a otorgar estabilidad a la regulación, con lo que se genera certeza en el mercado que se regula. Finalmente, el principio de eficiencia que se nutre tanto de la competencia especializada como de la experiencia y el conocimiento técnico “requiere que sean los órganos expertos y técnicos los que conduzcan esos principios de política pública a una óptima realización, mediante la emisión de normas operativas que no podrían haberse previsto por el legislador, o bien, si estableciéndolo, estarían en un constante peligro de quedar obsoletos, pues los cambios constantes de los sectores tecnificados obligaría a una constante adaptación poco propicia para el proceso legislativo y más apropiado para los procedimientos administrativos”.⁴⁷ Es decir, la eficiencia es concepto de resultado que deriva del conocimiento, razón por la cual la eficiencia deriva en una regulación empírica (costos o evidencia, por ejemplo) basada en resultados. Por ello, es que Giandomenico Majone dice que “la delegación de poderes regulatorios a instituciones independientes se justifica democráticamente solo en la esfera de la eficiencia”.⁴⁸

Es preciso referirse a las agencias reguladoras independientes como órganos contra-mayoritarios; si bien su acto de creación se sustenta en una decisión mayoritaria, no así las normas generales administrativas que expide en ejercicio de su función regulatoria. Es decir, su creación y acto de delegación es democrático, pero no su funcionamiento. Su legitimación sustantiva no proviene de las mayorías sino, en última instancia, de la eficiencia en la regulación respecto a mercados y servicios públicos de interés general. Esto, junto con su independencia orgánica y material, la responsabilidad por resultados y la regulación basada en evidencia, legitiman al Estado regulador.

47 Amparo Directo en Revisión 3508/2013, párrafo 139.

48 Majone y La Spina, *op. cit.*, p. 259.

Finalmente, la regulación económica y social se sobreponen como objeto último de la actividad reguladora, es decir, coinciden en el mandato de distintos órganos. Es así debido que el finalidad de los reguladores económicos consiste en el funcionamiento eficiente de los mercados, mientras que el propósito de los reguladores sociales comprende la protección de intereses públicos o los servicios públicos de interés general, y en ello se involucran de manera directa los derechos de los usuarios y consumidores. Un buen ejemplo de ello se da en la competencia constitucional del Instituto Federal de Telecomunicaciones, que en términos del párrafo 15 del artículo 28 constitucional, establece que

El Instituto Federal de Telecomunicaciones es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en los términos que fijan las leyes. Para tal efecto, tendrá a su cargo la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, así como del acceso a infraestructura activa, pasiva y otros insumos esenciales, garantizando lo establecido en los artículos 6 y 7 de esta Constitución.

Así, el Instituto Federal de Telecomunicaciones tiene un mandato doble. Por un lado, el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, y por el otro, la garantía del derecho a la libre expresión, el derecho a la información y el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación. Se trata de dos racionalidades diferentes que en su manifestación regulatoria y normativa no necesariamente conviven debido a sus diferencias estructurales. Es decir, si el Instituto emite un acuerdo por el cual determina la preponderancia de un agente en el sector de las telecomunicaciones, la finalidad de este acto normativo será la eficiencia del mercado. Lo mismo en el caso de imposición de medidas asimétricas o similares. Si bien



se puede considerar que con esas medidas se garantizan los derechos humanos, se trata de una consecuencia derivada o de segundo grado.

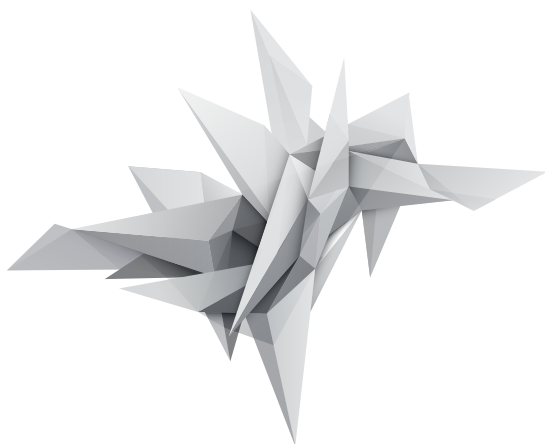
Esta tensión se hace aún más evidente ante el hecho de que la propia Constitución dispuso como mecanismo de defensa el amparo indirecto en contra de los actos del Instituto Federal de Telecomunicaciones y de la Comisión Federal de Competencia, sin posibilidad de otorgar la suspensión del acto reclamado. Es tensión en tanto que el quejoso aducirá violaciones a sus derechos fundamentales, es decir, derechos derivados ya sea de títulos de concesión, o en general, derechos

Las finalidades de la regulación social y económica se encuentran en constante pugna.

que corresponden a las personas morales, como debido proceso. De esta manera, cuando un juez resuelve en beneficio del peticionario de garantías, está privilegiando no solo sus propios derechos, sino que incluso podría restringir tanto el funcionamiento eficiente de los mercados como la garantía de los derechos humanos. Otro ejemplo, bajo riesgo de simplificación:

cuando la COFEPRIS decide reconocer la vigencia cuestionada de un registro de patente de un laboratorio, aun cuando sea un derecho legítimo de su titular, en realidad se está impidiendo a desarrolladores de medicamentos genéricos y a los usuarios del sector acceder a medicamentos más accesibles.

Las finalidades de la regulación social y económica se encuentran en constante pugna y confrontación. Esta es una de las cualidades del Estado regulador, puesto que su objetivo no es la redistribución ni la garantía de los derechos humanos. Estos últimos son, en su caso, consecuencias derivadas y de segundo grado. Esta tensión es una constante que debe ser resuelta caso por caso, dependiendo tanto de las facultades propias de la agencia independiente como de las finalidades de la regulación que se emita.







3.

EL ESTADO REGULADOR EN MÉXICO

Este capítulo se abocará a analizar el Estado regulador en la realidad mexicana. Para ello se hará referencia a la causalidad de la regulación, tal y como lo ha comprendido el Poder Judicial de la Federación, es decir, la racionalidad que justifica la cesión de competencias especializadas a distintos órganos reguladores independientes. Asimismo se intentará realizar una clasificación del propio Estado regulador, que va desde su reconocimiento constitucional hasta la emisión de normas que regulan un mercado determinado, así como las entidades que las expiden. Con esto se pretende introducir una categorización institucional como parte del derecho regulador, que es transversal tanto al derecho constitucional como al administrativo. Finalmente se abordarán los principios jurídicos que le son aplicables al Estado regulador y la forma en que el Poder Judicial de la Federación ha modulado su aplicación en la materia.



3.1 COMPETENCIA ESPECIALIZADA

El principio de deferencia o competencia especializada comprende la atribución a una agencia del Estado con alto grado de conocimiento técnico para expedir regulación o normas administrativas generales dirigidas a mercados, industrias o a servicios en concreto, sobre la racionalidad de consideraciones de alta complejidad. En torno a la deferencia técnica, dice el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que el

Estado Regulador, entendido como el modelo de diseño estatal insertado para atender necesidades muy específicas de la sociedad postindustrial (suscitadas por el funcionamiento de mercados complejos), mediante la creación de ciertas agencias independientes –de los órganos políticos y de los entes regulados– para depositar en estas la regulación de ciertas cuestiones especializadas sobre la base de disciplinas o racionalidades técnicas... descansa en la premisa de que esos órganos, por su autonomía y aptitud técnica, son aptos para producir normas en contextos de diálogos técnicos, de difícil acceso para el proceso legislativo, a las que puede dar seguimiento a corto plazo para adaptarlas cuando así se requiera, las cuales constituyen reglas indispensables para lograr que ciertos mercados y sectores alcancen resultados óptimos irrealizables bajo la ley de la oferta y la demanda.⁴⁹

El principio de deferencia técnica o competencia especializada en que se sustenta el Estado regulador tiene como corolario, en primer lugar, la habilitación legislativa sobre la premisa de la existencia de un mercado, industria o servicio especializado y complejo en constante modificación o evolución, que requiere de regulación adaptable, emitida por una agencia experimentada y con conocimiento sobre el tema. Esto genera a su vez que en sede jurisdiccional se reconozca la deferencia técnica a

49 Cfr. Nota 1.

partir del criterio de discrecionalidad, que depende en última instancia de la forma en que fue delegada la facultad de creación de normas administrativas generales a la entidad reguladora. De otra forma puede considerarse que ante la presencia de un mercado complejo, la asamblea mayoritaria opta por delegar la función regulatoria a una agencia especializada, y en el acto de delegación puede limitar el grado de discrecionalidad técnica en que esta fundamenta sus decisiones.

Esto lleva a considerar la racionalidad material de la competencia especializada, es decir, ¿más allá de la mera concepción técnica existe alguna racionalidad o fundamento genérico que permita anticipar o estructurar las materias que justifican regulación especializada en los términos aquí descritos? La respuesta a esta interrogante es relevante ya que en el siglo XXI prácticamente cualquier materia tiene un elevado grado de complejidad y requiere conocimiento técnico. Piénsese en las distintas ramas de la administración pública y los servicios de interés público; en prácticamente todos existe un elevado grado de complejidad técnica. Por mencionar algunos: salud, energía, transporte, servicios financieros y bancarios, medio ambiente, telecomunicaciones y radiodifusión, protección civil, seguridad industrial, industrias extractivas, comercio exterior, aduanas, educación, incluso el sector primario de la economía, en relación a cuotas, vedas, precios o normas de protección y seguridad, entre muchos otros. En ese sentido, la competencia especializada no se justifica a partir de la mera complejidad de la materia, en tanto que, como se puede concluir, no existe rama de la administración que no comprenda un alto grado de especificidad y conocimiento.

No existe un criterio material sostenible o definido que pueda permitir anticipar qué mercados o servicios deben ser objeto de deferencia y discrecionalidad técnica en la regulación. Se trata, en cambio, de un ejercicio a la inversa. Es el propio servicio o mercado el que con base en evidencia exige o requiere de intervención regulatoria, ya sea por medio de normas, restricciones



o el establecimiento de una agencia independiente. La racionalidad de la competencia especializada y deferencia técnica se halla en el interés público. Puede bien ser para corregir fallas, incluso potenciales, en un determinado mercado o para regular la prestación de un servicio público de interés general. En ambos casos, que corresponden a la regulación económica y financiera, y a la social, respectivamente, su nota distintiva es el constante cambio y la adaptación, así como la asimetría de información que se presenta tanto en mercados como en servicios. Además, no son las agencias reguladoras del Estado quienes proveen dichos servicios o participan en los mercados, sino que su función es la de ordenar la forma en que se despliegan.

No es la materia la que determina en sí misma la deferencia técnica, sino la forma o el modo en que se desarrolla el mercado de bienes o servicios, sus características y evolución, así como el interés público, lo que determina la competencia especializada para expedir política regulatoria. Es decir, se trata de la forma y no del fondo. Esto produce, como aquí se ha señalado, la necesidad de ubicar en entidades en concreto la facultad de elección y diseño de políticas regulatorias. De esto último es necesario puntualizar que la agencia reguladora, en su caso, determinará los medios y las formas en que ejecuta la regulación, pero la decisión sobre qué se regula y qué no, así como el grado de liberalidad o de intervención en un mercado o la provisión de un determinado servicio público, que son cuestiones relacionadas a la rectoría económica del Estado, compete a la asamblea democrática. Y en su configuración, determinará tanto la entidad encargada de regular, como el grado de discrecionalidad técnica de la que gozará.

3.2 DISEÑO INSTITUCIONAL

De lo hasta aquí visto se puede concluir que la decisión reguladora es una política de Estado que solo puede ser tomada en sede legislativa o constitucional. La determinación respecto a qué mercado o servicio debe ser regulado, dadas sus características intrínsecas, su grado de especialización y técnica, la experiencia y el conocimiento requeridos, así como su grado de evolución o maleabilidad, corresponde al Poder Legislativo, en tanto se trata de una decisión que se toma en sede democrática, como consecuencia de la rectoría económica y social de Estado. Es en dicha sede, en donde además de qué materias, mercados o servicios serán objeto de regulación, se decide a qué órgano o entidad pública corresponderá ejercer la regulación especializada, y en ello se determina de la misma forma el grado de deferencia y discrecionalidad técnica que se le reconocerá a la agencia. Muchas de las cualidades de la agencia derivarán del diseño institucional que en su momento se elija.

Pudiera resultar evidente, pero las decisiones mencionadas no son sistemáticas, ordenadas o consecuencia de un diálogo técnico. Al contrario, en la mayoría de las ocasiones son acuerdos políticos

y circunstancias específicas los que finalmente prescriben el alcance del modelo regulador adoptado. No hay una sistematización en relación a la estructura, desarrollo y modalidades del Estado regulador; más bien su evolución en México ha sido consecuencia de modificaciones graduales que reflejan tensiones políticas y económicas. El modelo del Estado regulador en el país es complejo porque su materialización normativa se distribuye en prácticamente todas las formas de autoridad pública existentes. Por ello, el Estado regulador como fenómeno institucional puede ser abordado por la consecuencia de

El Estado regulador en México ha sido consecuencia de modificaciones graduales que reflejan tensiones políticas y económicas.



su actividad, es decir, la regulación en sí misma considerada, que se asemejaría más al concepto de actividad reguladora del Estado o a partir de las agencias reguladoras.

La actividad reguladora del Estado puede ser conducida por órganos constitucionales autónomos, órganos reguladores con reconocimiento constitucional, organismos descentralizados, órganos desconcentrados e incluso por secretarías de Estado. Algunos ejemplos de esta clasificación son los siguientes:

Órganos constitucionales autónomos	Instituto Federal de Telecomunicaciones y Comisión Federal de Competencia Económica.
Órganos reguladores con reconocimiento constitucional	Comisión Nacional de Hidrocarburos y Comisión Reguladora de Energía.
Organismos descentralizados	Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI), Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), Instituto para la Protección del Ahorro Bancario (IPAB), Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT), Comisión Nacional de Vivienda (CONAVI), entre otros.
Órganos desconcentrados	Consejo Nacional de Acuicultura y Pesca (CONAPESCA), Servicio Nacional de Sanidad, Inocuidad y Calidad Agroalimentaria (SENASICA), Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS), Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF), Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (CONSAR), entre otros.
Secretarías de Estado	Todas las secretarías, en la medida que se les atribuye facultad para expedir normatividad y regulación en términos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, así como en lo dispuesto por la Ley Federal sobre Metrología y Normalización.

Lo anterior podría parecer anárquico al referirse a prácticamente todas las dependencias de gobierno. Sin embargo, el Estado regulador implica la intervención del Estado para remediar fallas en el mercado o con el propósito de proteger intereses públicos que corresponden respectivamente a la regulación económica y a la regulación social, y por su parte, que dicha intervención se da por medio de agencias del Estado con distintos grados de autonomía, por lo que la comprensión del Estado regulador atraviesa tanto a la entidad como órgano y como función. Así tenemos que existen órganos reguladores en estricto sentido y órganos que llevan actividad reguladora sobre la premisa esencial de la emisión de normas generales administrativas o actos de autoridad técnicos que derivan del reconocimiento y atribución de una competencia especializada. Si bien no es el propósito de este ensayo referir una a una las cualidades de cada una de las instituciones referidas, con la finalidad de ahondar en esta reflexión se desarrollarán a continuación las cualidades regulatorias de las entidades de Estado y de gobierno aludidas.

Órganos constitucionales autónomos. En cuanto al vínculo entre el Estado regulador y los órganos con autonomía constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho que

De la exposición de las razones del Constituyente Permanente en relación con la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013, se observa que el modelo constitucional adopta en su artículo 28 la concepción del Estado Regulador.⁵⁰

Mediante la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013 al artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, introdujo un modelo innovador de ingeniería constitucional para atender un estado de cosas a modificar, a través de la creación de un órgano regulador constitucionalmente autónomo en el sector de las telecomunicaciones y radiodifusión

50 ESTADO REGULADOR. EL MODELO CONSTITUCIONAL LO ADOPTA AL CREAR A ÓRGANOS AUTÓNOMOS EN EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Tesis: P./J. 46/2015 (10a.)



para atender las distorsiones de este, que de no atenderse sobre la base de criterios científicos y técnicos, impedirían lograr una eficiencia al mismo tiempo que un espacio óptimo para los derechos de libertad de expresión y acceso a la información.⁵¹

El Máximo Tribunal del país refirió que con la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y radiodifusión se introdujo el modelo de Estado regulador en la Constitución. Esto es correcto pero no necesariamente preciso, y aún menos clarificador, pues, como ya fue referido en el apartado correspondiente, actualmente existen diez órganos con autonomía constitucional reconocida, algunos de ellos incluso con mayor antigüedad que el Instituto Federal de Telecomunicaciones y la Comisión Federal de Competencia Económica. La referencia parecería excluir del contexto institucional del Estado regulador al resto de los órganos autónomos.

Las características orgánicas de los órganos constitucionales autónomos, sobre todo en relación a las garantías institucionales de independencia y competencia material, y el objeto de su actividad hacen que estos organismos expidan normatividad dirigida a regular aspectos especializados y en constante modificación. A su vez, su mandato constitucional y legal, en muchos casos, les defiere discrecionalidad técnica. Por supuesto que el grado y alcance de las facultades regulatorias de cada órgano constitucional difieren en intensidad y profundidad, pero en todos los casos atienden a “funciones primarias u originarias del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad”.⁵² Por otro lado, no llevan a cabo funciones de Estado y no tienen funciones jurídicas preponderantes, “sino que conjunta(n) las tres clásicas: la de producción de normas generales, la de aplicación y la de adjudicación”.⁵³

51 INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). SU FUNCIÓN REGULATORIA ES COMPATIBLE CON UNA CONCEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES EVOLUTIVA Y FLEXIBLE. Tesis: P./J. 45/2015 (10a.) énfasis añadido.

52 Cfr. Nota 35.

53 Controversia Constitucional 117/2014, parágrafo 230.

Se podría decir que por su diseño orgánico, los órganos con autonomía constitucional son reguladores naturales. Es decir, expiden normatividad con el propósito de regular el sector al cual se abocan sus competencias tanto orgánicas como materiales, y al mismo tiempo ostentan competencias ejecutivas y judiciales. No en todos los casos la extensión de la competencia regulatoria es la misma. Hay, por supuesto, graduaciones relevantes que dependen del grado de especialidad, elementos técnicos y experiencia en el desarrollo de sus funciones reguladoras. De ahí que se haya propuesto la clasificación de órganos autónomos en estricto sentido, órganos controladores, órganos evaluadores y órganos reguladores. Es decir, la materialidad de su función determinará el grado de autonomía regulatoria y la profundidad de la deferencia y discrecionalidad técnica.

Así, sin duda, el Instituto Federal de Telecomunicaciones y la Comisión Federal de Competencia Económica, en su calidad de órganos reguladores, gozan de mucho mayor discrecionalidad en su función reguladora que aquella que pueda tener el Instituto Nacional para la Evaluación Educativa e incluso que la Fiscalía General de la República, cuya facultad regulatoria es muy limitada. Como se vio, su racionalidad es diferente, por lo tanto, su integración al Estado regulador también lo es. Un análisis detallado sobre las competencias de cada uno de los órganos constitucionales autónomos podrá arrojar el grado o intensidad de su actividad regulatoria, así como la deferencia técnica reconocida por el Poder Revisor de la Constitución.

Es relevante considerar que el estándar más elevado de regulación deriva de la propia Constitución, a través de un reconocimiento expreso de competencias regulatorias a los dos órganos mencionados. Esto fue admitido incluso por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,

La extensión de la competencia regulatoria depende del grado de especialidad, elementos técnicos y experiencia de sus funciones reguladoras.



respecto a un conflicto de competencias entre el Congreso de la Unión y el Instituto Federal de Telecomunicaciones, en el que resolvió lo siguiente:

Habiendo reconocido la regla de concurrencia en el sector, deberá distinguirse necesariamente entre los que son principios o directrices en materia de regulación asimétrica y las medidas asimétricas en sí mismas consideradas; los primeros válidamente pueden ser establecidos por el legislador; las segundas solo pueden ser establecidas por el Instituto.

A fin de justificar la afirmación previa debe advertirse que el ejercicio legislativo contenido en la norma impugnada, contraría el principio de competencia especializada o deferencia técnica que en diversos precedentes ha sido recogido por esta Suprema Corte y que parte del reconocimiento de que las cuestiones técnicas deben ser necesariamente reservadas al Instituto; máxime cuando desde la norma constitucional se advierte, como es en el caso, la existencia de una competencia de carácter originario en materia de regulación asimétrica.⁵⁴

La Suprema Corte reconoció así la deferencia técnica y competencia especializada al órgano regulador en el sector de telecomunicaciones, en la medida en que así le está reconocida en determinadas materias en el artículo 28 de la Constitución, así como en el régimen transitorio de la reforma del 11 de junio de 2013. Es decir, el texto constitucional confiere de manera directa al Instituto Federal de Telecomunicaciones (y a la Comisión Federal de Competencia Económica) la facultad de emitir disposiciones administrativas de carácter general para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia.

En efecto, la reforma constitucional del 11 de junio de 2013 incorporó nuevos preceptos del Estado regulador y reforzó su insti-

54 Amparo en Revisión 1100/2015, párrafo 112, énfasis añadido.

tucionalidad al dotar de autonomía a los reguladores en materia de competencia, y telecomunicaciones y radiodifusión y, sobre todo, una nómina de competencias sustentadas en la deferencia técnica. Lo que aquí se sostiene es que el Estado regulador, en sí mismo, es preexistente a dicha reforma y que, en sede constitucional, encuentra diversas expresiones orgánicas a través de los órganos con autonomía. Así, el Estado regulador encuentra su mayor expresión jerárquica en el diseño orgánico y competencial de los órganos autónomos, en sede constitucional.

Órganos reguladores con reconocimiento constitucional. El artículo 28 de la Constitución establece que “el Poder Ejecutivo contará con los órganos reguladores coordinados en materia energética, denominados Comisión Nacional de Hidrocarburos y Comisión Reguladora de Energía, en los términos que determine la Ley”. La naturaleza jurídica de estos órganos es interesante, en tanto que no se ubican en ninguna de las categorías tradicionales de la administración pública. Es decir, no son órganos desconcentrados ni organismos descentralizados, sino solo se deberán coordinar con la Secretaría de Energía. Dicha ley establece en su artículo 1⁵⁵ que integran la Administración Pública centralizada. Por su parte, la ley en cita prevé lo siguiente:

Artículo 43 ter. La Administración Pública Centralizada contará con Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética, con personalidad jurídica propia y autonomía técnica y de gestión. Serán creados por ley, misma que establecerá su competencia así como los mecanismos de coordinación con la Secretaría de Energía.

Los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética se regirán por las disposiciones aplicables a la Administración Pública Centralizada y el régimen especial que, en su caso, prevea la ley que los regula.

55 El párrafo segundo de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, establece que la Oficina de la Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal y los Órganos Reguladores Coordinados integran la Administración Pública Centralizada.



De lo anterior se desprenden las cualidades institucionales de los órganos reguladores coordinados en materia energética, que consisten en contar con autonomía técnica, operativa y de gestión, y se regirán por las disposiciones aplicables de la Administración Pública centralizada, es decir, les son aplicables los principios de subordinación jerárquica al Ejecutivo y de competencias delegadas. Sin embargo, la propia disposición les reconoce personalidad jurídica propia, lo que de suyo es contrario a los principios que rigen la centralización administrativa. Más aun, el artículo 4 de la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética establece que “el Ejecutivo Federal ejercerá sus facultades de regulación técnica y económica en materia de electricidad e hidrocarburos” a través de esos órganos. Es decir, es un reconocimiento expreso a que se trata de funciones delegadas, por lo que en principio no actúan con personalidad jurídica propia. En ese sentido, la contradicción no deriva del carácter de su personalidad jurídica, sino que se le ubique dentro de la Administración Pública centralizada.

Al igual que los órganos constitucionales autónomos, los órganos reguladores coordinados en materia energética no tienen atribuida ninguna función jurídica preponderante, sino que reúnen las tres funciones tradicionales de creación de normas generales, ejecución e interpretación. Así, el artículo 22 de la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética establece que son facultades de dichos órganos las que siguen:

- Emitir sus actos y resoluciones con autonomía técnica, operativa y de gestión, así como vigilar y supervisar su cumplimiento.
- Expedir, a través de su Órgano de Gobierno, supervisar y vigilar el cumplimiento de la regulación y de las disposiciones administrativas de carácter general o de carácter interno, así como las normas oficiales mexicanas aplicables a quienes realicen actividades reguladas en el ámbito de su competencia.

- Emitir resoluciones, acuerdos, directivas, bases y demás actos administrativos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
- Interpretar, para efectos administrativos y en materia de su competencia, esta Ley y las disposiciones normativas o actos administrativos que emitan.
- Imponer las sanciones respecto de los actos u omisiones que den lugar a ello, así como imponer y ejecutar sanciones no económicas, en el ámbito de su competencia, de conformidad con las leyes aplicables.

De la referencia a algunas de las facultades de los órganos reguladores coordinados resulta claro que conjugan facultades ejecutivas, legislativas y judiciales. Más aún, a partir de la competencia para emitir regulación y disposiciones administrativas de carácter general, sobre materias técnicas y mercados en constante evolución, como es la electricidad y los hidrocarburos, es evidente que sus funciones son parte del Estado regulador, tanto en el diseño institucional como en la ejecución de sus funciones. Por otro lado, respecto al fondo de sus competencias, a la Comisión Reguladora de Energía corresponde fomentar el desarrollo eficiente de la industria, promover la competencia en el sector, proteger los intereses de los usuarios, propiciar una adecuada cobertura nacional, y atender a la confiabilidad, estabilidad y seguridad en el suministro y la prestación de los servicios.⁵⁶ Por lo que hace a la Comisión Nacional de Hidrocarburos, le compete, entre otros, regular y supervisar el reconocimiento y la exploración superficial, así como la exploración y la extracción de hidrocarburos, licitar y suscribir los contratos para la exploración y extracción de hidrocarburos, acelerar el desarrollo del conocimiento del potencial petrolero del país, elevar el factor de recuperación y la obtención del volumen máximo de petróleo crudo y de gas natural en el largo plazo.⁵⁷

56 Artículo 42 de la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética.

57 Artículos 38 y 39 de la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética.



No cabe duda alguna de que los órganos reguladores coordinados en materia energética constituyen parte esencial del Estado regulador. Así, “la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética se ubica dentro del marco del Estado regulador, donde la legislación orientada a la regulación de los mercados adquiere características sui géneris”.⁵⁸ Más allá de la mera denominación, la función regulatoria en materia energética por medio de los órganos reguladores coordinados colma las cualidades y características que aquí se han descrito respecto al Estado regulador, es decir, la existencia de agencias con independencia técnica, con facultades para emitir normas administrativas generales sobre aspectos especializados, con lo cual se les dota de deferencia y discrecionalidad técnica sobre materias eminentemente complejas y en constante cambio.

Organismos descentralizados⁵⁹ y órganos desconcentrados.

Como se indicó en el apartado correspondiente, los organismos descentralizados no se relacionan en términos jerárquicos con el Ejecutivo, sino que su vínculo es horizontal, mediato e indirecto. Tienen como objeto la realización de actividades correspondientes a las áreas estratégicas o prioritarias, la prestación de un servicio público o social, o la obtención o aplicación de recursos para fines de asistencia o seguridad social. La naturaleza jurídica de los órganos desconcentrados radica en la dependencia jerárquica hacia la cabeza de la Administración Pública Federal, es decir, el titular del Ejecutivo. Estos no cuentan con facultades propias, sino que se está, en principio, ante facultades delegadas.

58 RESOLUCIÓN RES/998/2015, POR LA QUE LA COMISIÓN REGULADORA DE ENERGÍA EXPIDE LA METODOLOGÍA PARA LA DETERMINACIÓN DE LOS PRECIOS MÁXIMOS DE GAS NATURAL OBJETO DE VENTA DE PRIMERA MANO. ES IMPROCEDENTE CONCEDER LA SUSPENSIÓN EN EL AMPARO INDIRECTO CONTRA SUS EFECTOS. Tesis: IV.2o.A.124 A (10a.)

59 La última relación de Entidades Paraestatales de la Administración Pública Federal, publicada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el Diario Oficial de la Federación el 15 de agosto de 2017, dispone que existe un total de 75 organismos descentralizados de la Administración Pública Federal.

Son tantos y tan diversos estos órganos y organismos que escapa por mucho el propósito de esta investigación hacer una relación de cada uno de ellos e incluso de los sectores a los que pertenecen. Sin embargo, es oportuno ofrecer algunas consideraciones al respecto y su vínculo con el Estado regulador. Una de las cualidades institucionales de los organismos descentralizados que pueden ser creados tanto por el Legislativo como por el Ejecutivo se halla en el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que dispone que tendrán personalidad jurídica y patrimonio propio. Esta es la diferencia orgánica entre la administración centralizada y la paraestatal, en tanto que los órganos que integran la primera, por definición, no cuentan con personalidad jurídica ni patrimonio propio. Esto, como ha sido ya referido, no excluye que de manera expresa, ya sea por medio de cláusulas habilitantes o deferencia judicial, se le reconozca una nómina propia de facultades regulatorias a un órgano desconcentrado.

La personalidad jurídica atribuida a una entidad pública implica que las facultades y competencias le son propias y no delegadas. Sin embargo, en la actualidad es frecuente que muchos de los órganos desconcentrados tengan reconocida autonomía técnica y de gestión, lo que en el ámbito material especializado les dota de atribuciones propias que muchas veces se traducen en regulación sectorial. En ese sentido, si bien el mayor grado de autonomía de los organismos descentralizados les concede una mayor eficiencia orgánica como parte del Estado regulador, no se debe perder de vista que su objeto material es la realización de actividades correspondientes a las áreas estratégicas o prioritarias, como es el caso de la Centro Nacional de Control de Energía, la prestación de un servicio público o social, por ejemplo, los Institutos Nacionales de Salud, o la obtención o aplicación de recursos para fines de asistencia o seguridad social, en el caso del Instituto del Fondo Nacional de la Vivien-

La personalidad jurídica atribuida a una entidad pública implica que las facultades y competencias le son propias y no delegadas.



da para los Trabajadores. No obstante, como fue ya referido, el Poder Judicial de la Federación reconoció de manera expresa al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial como órgano regulador, al disponer que además de contar con “autonomía y aptitud técnica, cuenta con el conocimiento apropiado para fungir como ente experto en dicho ámbito, es decir, actúa además, como órgano regulador”.⁶⁰

Por otro lado, los organismos descentralizados, por la naturaleza de su mandato, se constituyen más en medios directos de provisión de bienes y servicios públicos propios del Estado de bienestar, que en agentes regulatorios en sí mismos. Como se ha dicho, el Estado regulador no necesariamente depende de la independencia o autonomía de la entidad encargada de emitir normas administrativas generales en un mercado específico o respecto a un servicio público de interés general.

Por su parte, los órganos desconcentrados, si bien tienen una menor autonomía orgánica, comprenden el grueso de las entidades reguladoras en el país. Como se indicó, los órganos desconcentrados dependen jerárquicamente de la secretaría de Estado a la cual están adscritos. El cúmulo de órganos desconcentrados en la administración pública es tal, que por ejemplo, de la Secretaría de Salud dependen trece, de la Secretaría de Gobernación doce, y de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público cuatro, por mencionar algunos. El planteamiento se torna más complejo porque, si bien no todos los órganos desconcentrados ostentan las características para ser considerados como agencias reguladoras, en mayor o menor medida expiden regulación.

Por ejemplo, la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, que bien puede ser considerada en primera instancia como un regulador social con implicaciones económicas, cuenta con autonomía administrativa, técnica y operativa, y ejerce funciones de regulación, control y fomento sanitario, que original-

60 Cfr. Nota 23.

mente corresponden a la Secretaría de Salud, en términos del artículo 17 bis de la Ley General de Salud. Es decir, incluso en su calidad de desconcentrado, con personalidad jurídica delegada y ejerciendo funciones regulatorias que originariamente competen a la Secretaría de Salud, es innegable que se trata de un órgano regulador, en tanto que su objeto material se traduce en la emisión de normas administrativas generales, autorización y revocación de autorizaciones, ejercer control, vigilancia y sancionar en el ámbito de su competencia. Lo anterior, solo como muestra de una agencia reguladora que en el ejercicio de sus funciones es parte de la Administración Pública centralizada, como parte del Estado regulador.

No todos los organismos descentralizados ni los órganos desconcentrados forman parte del Estado regulador. Más bien se debe evaluar cada caso en particular para desprender el alcance de sus atribuciones reguladoras bajo los criterios de discrecionalidad y deferencia técnica reflejados en la norma de creación, así como en las interpretaciones del Poder Judicial de la Federación.

Secretarías de Estado. Las secretarías de Estado plantean un problema metodológico para el análisis del Estado regulador. Si consideramos que son parte integral del mismo, entonces toda la Administración Pública Federal sería Estado regulador, lo que no es el caso. Como fue referido, no todos los organismos descentralizados ni los órganos desconcentrados son o pueden ser considerados entidades reguladoras, como tampoco las secretarías de Estado. Es decir, la materialidad del Estado regulador es ajena a la administración pública aun cuando la presupone orgánicamente e, incluso, es parte de ella. Así, solo algunas de las entidades reguladoras son parte de la administración pública, ya sea centralizada o paraestatal.

En esa medida, el análisis de la secretarías de Estado implica, por un lado, la delegación de competencias especializadas sobre la premisa de deferencia y discrecionalidad técnica como fundamento del Estado regulador, o dicho de otra forma, en la mo-



alidad de la teoría “principal-agente”. Pero, por otro lado, dicho análisis obliga a referirse a las competencias materiales atribuidas a esas dependencias de gobierno. El primer aspecto del análisis ha sido ya materia de revisión en este estudio. Respecto al segundo, las facultades normativas, no reglamentarias, atribuidas a las secretarías de Estado, las convierten en un componente material del Estado regulador. Es decir, si bien desde una perspectiva orgánica no pertenecen al Estado regulador, en muchas ocasiones expiden regulación técnica, especializada y sujeta a constantes cambios. A manera de ejemplo y sin pretensión de exhaustividad, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal atribuye las siguientes competencias a las dependencias de gobierno, que pueden tener injerencia en determinados mercados:

DEPENDENCIA	MATERIA OBJETO DE COMPETENCIA REGULATORIA
Secretaría de Gobernación (artículo 27)	Servicios privados de seguridad; juegos, apuestas, sorteos, loterías y rifas; comunicación social; y contenidos de publicaciones impresas y transmisiones de radio y televisión.
Secretaría de Energía (artículo 33)	Fuentes de energía alternas a los hidrocarburos y seguridad nuclear.
Secretaría de Economía (artículo 34)	Distribución y consumo de bienes y servicios; protección al consumidor; inversión extranjera y transferencia de tecnología; desarrollo de la industria de la transformación; y explotación de salinas.
Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (artículo 35)	Flotas pesqueras.
Secretaría de Comunicaciones y Transportes (artículo 36)	Establecimiento y operación de servicios aéreos en territorio nacional; aeropuertos nacionales; sistema ferroviario; marina mercante; y comunicaciones y transportes por agua.

La anterior es una referencia somera a las facultades regulatorias que de manera expresa la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal confiere a dichas secretarías de Estado. En todos

los casos, el vocablo relevante es “regular”. Si bien algunas de las facultades regulatorias referidas han sido delegadas a órganos desconcentrados, muchas otras las ejecutan de manera directa la secretarías de Estado. Esto hace que las dependencias de la Administración Pública centralizada, por medio del ejercicio de sus competencias, formen parte del Estado regulador desde una perspectiva material o normativa. Al respecto, cobra relevancia el siguiente precedente emitido por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

REGLAS GENERALES ADMINISTRATIVAS. LAS DICTADAS EN EJERCICIO DE UNA FACULTAD CONFERIDA POR LA LEY A UNA SECRETARÍA DE ESTADO, NO PUGNAN CON EL PRINCIPIO DE DISTRIBUCIÓN DE ATRIBUCIONES ENTRE LOS ÓRGANOS DEL PODER PÚBLICO.

El primer párrafo del artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que “La administración pública federal será centralizada y paraestatal conforme a la ley orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las secretarías de Estado...”. De lo anterior se deduce que las reglas generales administrativas dictadas en ejercicio de una facultad conferida por una ley expedida por el Congreso de la Unión a una secretaría de Estado constituyen una categoría de ordenamientos que no son de índole legislativa ni reglamentaria, sino que se trata de cuerpos normativos sobre aspectos técnicos y operativos para materias específicas, cuya existencia obedece a los constantes avances de la tecnología y al acelerado crecimiento de la administración pública, por lo que su expedición no pugna con el principio de distribución de atribuciones entre los diferentes órganos del poder público. Lo anterior es así, porque los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes, cuya expedición compete al presidente de la República, en términos de lo dispuesto en el artículo 92 de la propia Carta Magna, tienen diferente forma y materia que las reglas citadas, y mientras el Congreso de la Unión no interfiera en la formación de aquellos actos, puede confe-



rir directamente a los secretarios de Estado la atribución de expedir reglas técnico-operativas dentro del campo de una ley específica; de manera que si el otorgamiento de atribuciones por la Norma Fundamental a los diferentes órganos gubernativos no puede extenderse analógicamente a otros supuestos distintos a los expresamente previstos en aquella, las reglas técnicas y operativas están fuera del ámbito exclusivo del titular del Poder Ejecutivo, al gravitar dentro de la potestad legislativa del Congreso de la Unión para autorizar su expedición mediante una ley a alguna o varias de las secretarías de Estado y departamentos administrativos, cuya

El Congreso de la Unión puede dotar de facultades para expedir normas administrativas generales a las secretarías de Estado.

distribución de competencias figura tanto en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, como en las demás leyes que le incumben al Congreso de la Unión.⁶¹

En ese sentido, el Congreso de la Unión puede dotar de facultades para expedir normas administrativas generales, bajo el criterio de eficiencia y racionalidad técnica, a las secretarías de Estado, que no son de naturaleza legislativa ni reglamentaria. Para efectos de ilustrar lo ex-

puesto, un ejemplo útil es la regulación en materia de transporte de pasajeros. En el ámbito local, la Secretaría de Movilidad de la Ciudad de México, dependiente de la administración central de dicha entidad federativa, lleva a cabo actos regulatorios en estricto sentido, aun cuando no se considere una agencia reguladora en sí misma. El servicio de transporte público es uno de orden público e interés general, que usualmente se presta por medio de concesiones y actos administrativos mixtos.⁶² Además de tener la facultad para otorgar, revocar y modi-

61 Tesis: P. XIV/2002

62 Son así denominados en tanto que contienen dos géneros de cláusulas. Unas a las que se les refiere contractuales, y su objeto es garantizar la inversión, la proyección económica y la estabilidad del titular de la concesión. Por otro lado, las cláusulas regulatorias se encuentran dirigidas a preservar el interés que subyace en el servicio de orden público.

ficar concesiones y permisos, tiene competencia para “regular, programar, orientar, organizar, controlar, aprobar y, en su caso, modificar, la prestación de los servicios público, mercantil y privado de transporte de pasajeros y de carga en el Distrito Federal”, de conformidad con el artículo 12 de la Ley de Movilidad del Distrito Federal.

En primera instancia, dicha atribución hace que las normas que expida la Secretaría de Movilidad constituyan regulación social, en tanto que se está frente a un servicio de interés público. Sin embargo, ante los avances y la innovación tecnológica, han ingresado al mercado regulado de transporte público empresas que prestan el servicio de transporte privado de pasajeros. Ante dicha novedad, la Secretaría de Movilidad expidió un acuerdo administrativo el 15 de julio de 2015, por medio del cual autoriza la operación de dicho servicio, no como público sino como privado. En ese sentido, son dos cosas las relevantes. Por un lado, que el fundamento legal del que se sirvió dicha dependencia de gobierno para expedir la norma administrativa fue, entre otros, la facultad regulatoria respecto a la prestación de los servicios de transporte privado de pasajeros.⁶³ En sí misma, la modalidad de transporte privado de pasajeros con chofer, habilitado por una empresa de redes de transporte, no está contemplado en la ley. Así, fue en ejercicio de una facultad técnica y discrecional a cargo de la Secretaría que se expidió dicho acuerdo administrativo.

Por otro lado, el servicio de transporte de pasajeros, por ser de orden público e interés general, corresponde originalmente a la administración pública, ya sea por sí o por medio de concesionarios. En este caso, el servicio privado de transporte de pasajeros se erigió como participante en un mercado que escapa a la modalidad tradicional, puesto que son particulares quienes prestan el servicio, solo mediante un perm-

63 Esto es importante porque la modalidad de servicio privado de transporte en la Ciudad de México no permite que se ofrezca al público en general, como sí lo hacen las empresas de redes de transporte como Uber, Cabify y otras.



so otorgado por la Secretaría de Movilidad. En consecuencia, además de constituir regulación social, también es regulación económica.⁶⁴ En el caso se está frente a un regulador con nula autonomía, lo que desde el punto de vista orgánico lo excluye del Estado regulador, pero lo integra desde el punto de vista normativo. De otra forma, la materia de transporte en la Ciudad de México se encuentra regulada por una dependencia con mal diseño regulatorio.⁶⁵

Para concluir, las secretarías de Estado tienen competencias regulatorias reconocidas en la facultad para expedir normas oficiales mexicanas que, en términos del artículo 3 de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, constituyen “la regulación técnica de observancia obligatoria expedida por las dependencias competentes..., que establece reglas, especificaciones, atributos, directrices, características o prescripciones aplicables a un producto, proceso, instalación, sistema, actividad, servicio o método de producción u operación, así como aquellas relativas a terminología, simbología, embalaje, marcado o etiquetado y las que se refieran a su cumplimiento o aplicación”. Así, las normas oficiales mexicanas son parte de la regulación técnica que emite el Estado, por conducto de las secretarías de Estado.

De lo anteriormente expuesto es viable establecer que la secretarías de Estado llevan a cabo funciones regulatorias, ya sea

64 Un concepto relevante en materia de transporte, que escapa a los efectos de este ensayo, lo constituye el hecho de que a partir de la reforma constitucional del 11 de junio de 2013 se reconoció en el artículo 6 el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, incluidas la banda ancha e internet. Esta nueva nómina de derechos de acceso implica, en su caso, un derecho de acceso a los servicios que se pueden disfrutar como consecuencia del mismo. Es decir, en su modalidad instrumental, los derechos de acceso liberan el potencial de otros derechos, como en este caso es la movilidad. Así, las restricciones que existen en el mercado regulado de transporte privado de pasajeros por innovación tecnológica, generados tanto por las propias empresas de redes de transporte, véase la sentencia de la acción de Inconstitucionalidad 63/2016, en donde se resolvió la constitucionalidad de la Ley de Transporte del Estado de Yucatán. Para un análisis de la misma, véase: Sánchez de Tagle, Gonzalo (2017).

65 Para efectos de la forma en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado respecto al servicio privado de transporte de pasajeros por medio de una empresa de redes de transporte, véase la sentencia de la acción de Inconstitucionalidad 63/2016, en donde se resolvió la constitucionalidad de la Ley de Transporte del Estado de Yucatán. Para un análisis de la misma, véase: Sánchez de Tagle, Gonzalo (2017).

a través de las facultades en específico que les atribuye la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal o por medio de la expedición de normas oficiales mexicanas en los términos referidos. Asimismo, como en el ejemplo de la Secretaría de Movilidad de la Ciudad de México, la regulación sobre un mercado altamente regulado respecto a nuevos agentes económicos fue emitida a partir de una deferencia técnica asumida por la propia dependencia, en tanto que dicha modalidad no se encuentra expresamente reconocida por la ley de la materia. De esta manera se puede concluir que la Administración Pública centralizada, en su modalidad de secretarías de Estado, es parte del Estado regulador, no desde un punto de vista orgánico, sino a partir del ejercicio material de sus funciones. Lo contrario, es decir, considerar a las secretarías como parte integral del Estado regulador, haría ociosa dicha categoría cuando menos desde una perspectiva institucional, puesto que toda la administración pública sería parte del Estado regulador.

A modo de conclusión, el Estado regulador se compone de dos elementos, el orgánico y el material. El primero se refiere a todas aquellas agencias, como órganos constitucionales autónomos, órganos reguladores con reconocimiento constitucional, organismos descentralizados y órganos desconcentrados, que cuentan con cierto grado de autonomía institucional, y sobre todo, que tienen reconocida competencia técnica y especializada. Sin embargo, no todos los órganos reguladores cuentan con el mismo grado de autonomía, razón por la que esta no es una característica indispensable, sino deseable. Por otro lado, respecto al elemento material, el Estado regulador se compone de la regulación en sentido estricto, es decir, de normas administrativas generales cuyo fundamento es la deferencia técnica y que se encuentran dirigidas a regular un mercado o un servicio público de interés general en concreto. Esta normatividad, sea de manera expresa o debido a interpretación administrativa o judicial, deriva del principio de deferencia y discrecionalidad técnica, que es en donde se fundamenta el Estado regulador.



3.3 INTERPRETACIÓN DEL ESTADO REGULADOR

En última instancia, el Estado regulador debe ser analizado bajo el parámetro de los principios de supremacía constitucional, división de poderes y legalidad. El Poder Judicial de la Federación ha abordado, a través de múltiples ejecutorias, la manera en que le son aplicables estos principios a las distintas agencias reguladoras. Se debe tener en cuenta que el escrutinio judicial al que se refiere este apartado parte de la revisión normativa de donde emanan el mandato y la competencia regulatoria atribuidos a la entidad, es decir, cuáles son los extremos y los alcances de la facultad para expedir normas administrativas generales y, en su caso, el potencial conflicto que la materialización del ejercicio de esas competencias pueda tener frente al Poder Legislativo y Ejecutivo.

Se trata de un análisis respecto a los parámetros de validez de las normas expedidas por los órganos reguladores. En ese sentido se analizará la aplicabilidad al Estado regulador del principio de legalidad, en su expresión de reserva de ley, subordinación jerárquica y tipicidad, así como el de división funcional de competencias. Para ello, la modulación de estos principios depende, en términos generales, del mandato de ley que se haya otorgado a la propia agencia y a las características orgánicas de la misma, por cuanto hace a su independencia y autonomía. Existe un vínculo entre el principio de legalidad y el principio de eficiencia, que indica que

El modelo de Estado regulador supone un compromiso entre principios: el principio de legalidad requiere que la fuente legislativa, con legitimidad democrática, sea la sede de las decisiones públicas desde donde se lleve a cabo la rectoría económica del Estado, pero el principio de eficiencia y planificación requiere que sean los órganos expertos y técnicos los que conduzcan esos principios de política pública a una óptima realización, mediante la emisión de normas operativas que no podrían

haberse previsto por el legislador, o bien, si estableciéndolo, estarían en un constante peligro de quedar obsoletos, pues los cambios constantes de los sectores tecnificados obligaría a una constante adaptación poco propicia para el proceso legislativo y más apropiado para los procedimientos administrativos.⁶⁶

En la medida del compromiso entre el principio de legalidad y el de eficiencia, la Suprema Corte de Justicia ha dicho que el primero se aplica de manera modulada al Estado regulador. De esta forma, siendo que el Poder Revisor de la Constitución haya reservado una materia expresa para el legislador, entonces en el ámbito de esa materia en específico opera el principio de reserva de ley, bajo el que los actos de ella derivados deben de adecuarse a su sentido normativo. Sin embargo, en el ámbito regulador, si una facultad no fue expresamente reservada al legislador o bien, fue atribuida a una entidad reguladora, entonces no es aplicable dicho principio. Dice así la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto al Instituto Federal de Telecomunicaciones:

Por excepción, a las mencionadas disposiciones de carácter general emitidas por el IFT, será aplicable el sub-principio de reserva de ley, cuando en la Constitución se observe expresada la intención de reservar al legislador la facultad exclusiva de resolver la suerte de una cuestión suscitada al interior del sector de telecomunicaciones y radiodifusión, en cuyo caso se debe garantizar que el IFT no invada la competencia del legislador. Fuera de estos casos de excepción, con fundamento textual en la Constitución, el principio de reserva de ley no es aplicable a las reglas emitidas por el IFT.⁶⁷

Es dable aclarar que aun cuando se trata de una materia constitucional, al estar previsto en la Constitución el regulador en materia de telecomunicaciones, esto no obsta para considerar

66 Amparo Directo en Revisión 3508/2013, parágrafo 139.

67 Controversia Constitucional 117/2014, parágrafo 373.



que las directrices generales le son aplicables al resto de los reguladores, pues aunque no les sea reconocida autonomía constitucional, de igual forma les es aplicable el principio de eficiencia y deferencia técnica. Como es evidente, en estos casos el escrutinio y parámetro de validez será más estricto en la medida que su competencia no deriva de la Constitución sino de una ley. La regla general que se desprende es que si no existe una materia reservada para el legislador, entonces no es aplicable el principio de legalidad al regulador. Esto cobra consistencia si se aprecia la finalidad de la regulación, sustentada en la eficiencia técnica dirigida a mercados, sectores o servicios de interés general complejos, dinámicos y cambiantes.

Se está frente a una cuestión de competencia, puesto que la modulación del principio de legalidad dependerá, en última instancia, de a qué órgano le sea atribuida la facultad para emitir normas generales. Este parecería ser un orden claro que distingue las facultades regulatorias de las legislativas, sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en un caso en cuyo fondo se contentió la competencia del Instituto Federal de Telecomunicaciones respecto a la portabilidad numérica, estableció que

... en caso de existir una ley en la materia y un cuerpo de disposiciones administrativas de carácter general del IFT, debe concluirse que ambas fuentes no se encuentran en paridad, pues, conforme a lo demostrado, las reglas del IFT se encuentran en un peldaño normativo inferior, por lo que en caso de conflicto la disposición del IFT debe ceder frente a la ley. En este sentido, este Pleno concluye que las disposiciones administrativas de carácter general del IFT deben respetar la exigencia normativa de no contradicción con las leyes.

Por tanto, a las disposiciones administrativas generales del IFT, les resulta aplicable el principio de supremacía jerárquica de la ley (en la forma de la exigencia normativa de no contradicción) no así, por regla general, el principio de reserva de ley, ya que la función de este es inhibir lo que busca propiciar el artículo

28, vigésimo párrafo, fracción IV constitucional: la regulación propia de un ámbito material competencial para desarrollar un cuerpo de reglas que avance los fines estructurales y de protección de derechos a la libertad de expresión y acceso a la información en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, en un espacio independiente de las presiones políticas que impulsan el proceso democrático, así como de los intereses de los entes regulados.⁶⁸

El máximo Tribunal dispuso que, con independencia del mandato normativo otorgado a la agencia reguladora, en caso de que exista una ley, las normas administrativas generales se encuentran en una escala jerárquica inferior a ella. Es decir, le es aplicable el principio de supremacía jerárquica de la ley en su forma de no contradicción. Esto contradice el criterio primeramente referido de distribución de competencias, que parecía aclarar el orden regulatorio frente al principio de legalidad, por lo que, en caso de conflicto, la regulación debe en estricto sentido ceder frente a la ley. Parece contradictorio en tanto que, de aplicarse el principio de supremacía jerárquica de la ley, se derrotaría el mandato otorgado al regulador, ya sea en sede constitucional, como en materia de telecomunicaciones en el artículo 28 o en distintas provisiones legales a partir de las cláusulas habilitantes. Sin embargo, en un Amparo en Revisión posterior, relacionado con la facultad del Instituto Federal de Telecomunicaciones para declarar la preponderancia en el sector y regulación asimétrica, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia estableció lo siguiente:

Habiendo reconocido la regla de concurrencia en el sector, deberá distinguirse necesariamente entre los que son principios o directrices en materia de regulación asimétrica y las medidas asimétricas en sí mismas consideradas; los primeros válidamente pueden ser establecidos por el legislador; las segundas solo pueden ser establecidas por el Instituto.

68 Controversia constitucional 117/2014, párrafo 368 y 369.



A fin de justificar la afirmación previa debe advertirse que el ejercicio legislativo contenido en la norma impugnada, contraría el principio de competencia especializada o deferencia técnica que en diversos precedentes ha sido recogido por esta Suprema Corte y que parte del reconocimiento de que las cuestiones técnicas deben ser necesariamente reservadas al Instituto; máxime cuando desde la norma constitucional se advierte, como es en el caso, la existencia de una competencia de carácter originario en materia de regulación asimétrica.⁶⁹

La vinculación entre legislador y regulador no se da a partir de una relación de jerarquía sino de competencias.

Así, la Suprema Corte parece volver al criterio de competencia a partir de dos valoraciones. En primer lugar, ante la existencia de concurrencia, se debe distinguir entre los principios y directrices, como en el caso de regulación asimétrica y las medidas en sí mismas consideradas. De tal forma que, bajo el criterio de competencia, resolvió que

los primeros corresponden al legislador, y los segundos al regulador sectorial. En consecuencia no le resulta aplicable el principio de reserva de ley ni el de supremacía jerárquica, en tanto que el conflicto se resuelve en función de criterios competenciales y no jerárquicos. Es decir, en el caso se trata de facultades originarias. A continuación, lo que se estableció en la misma ejecutoria:

Ahora bien, respecto del principio de subordinación jerárquica, la interpretación que sostiene la recurrente la lleva a desconocer, al igual que lo hizo la Juez de Distrito, la existencia constitucional de competencias regulatorias de carácter originario y no delegado a cargo del Instituto; específicamente, en lo relativo a la regulación asimétrica relativa a tarifas de interconexión aplicables al servicio de terminación de tráfico tratándose del preponderante.

69 Amparo en Revisión 1100/2015, párrafo 112.

De ahí que esta Segunda Sala haya concluido que la regulación asimétrica en su núcleo de regulación, a la luz del principio de división de poderes, y más específicamente de los de garantía institucional de autonomía y competencia especializada, debe ser una atribución garantizada al Instituto Federal de Telecomunicaciones.⁷⁰

En esa medida y ante la existencia de una nómina de facultades regulatorias propias es que la vinculación entre legislador y regulador, como en el caso que se ejemplifica, no se da a partir de una relación de jerarquía sino de competencias. Este criterio no es aplicable ante la existencia de competencias propias del Legislativo, en cuyo caso el principio de reserva de ley y subordinación jerárquica será plenamente aplicable. Además, deberá ser modulado frente a otros órganos reguladores que no gocen de competencias constitucionales reconocidas, sino en ley, en cuyo caso el vínculo, en principio, favorece al legislador. Sin embargo, “no puede derivarse una regla general para todos los conflictos de competencia entre el IFT y el legislador federal”,⁷¹ como no podría derivarse un criterio o regla general para todos los reguladores, sino que debe analizarse caso por caso. Incluso así se considera que el principio de competencia es un parámetro correcto de análisis y validez, por cuanto hace al Estado regulador. Así, “... lo relevante es determinar si el caso en cuestión implica un ámbito material respecto del cual existe una concurrencia de competencias entre el IFT y el Congreso de la Unión, en donde opere la superioridad jerárquica de la fuente legal; sin embargo, si se tratara de un ámbito material respecto del cual el artículo 28 constitucional otorga al IFT una facultad en exclusividad no puede concluirse que resulte aplicable el principio jerárquico, sino aquel de competencia”.⁷²

70 Amparo en Revisión 1100/2015, párrafos 147 y 149.

71 Amparo en Revisión 952/2016, párrafo 52.

72 *Idem*, párrafo 61.



Ahora bien, a los órganos reguladores que tienen otra naturaleza orgánica, el principio de legalidad aplica, en principio, de manera diversa. Es así porque no es la Constitución de donde derivan sus facultades regulatorias, sino de la propia ley. De esta manera, los principios de reserva de ley y subordinación jerárquica son aplicables en la medida en que en el ejercicio de la función regulatoria no puede ir más allá de lo expresado por la ley. Esto no implica que la norma administrativa general que prevé elementos técnicos y especializados deba de sujetarse a la ley, lo que significaría, de suyo, derrotar el sentido de la facultad regulatoria y de la cláusula habilitante en sí misma. A modo de ejemplo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación a las facultades del Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, estableció

INSTITUTO FEDERAL DE ESPECIALISTAS DE CONCURSOS MERCANTILES. LA FACULTAD QUE LE CONFIERE EL ARTÍCULO 311, FRACCIÓN XIII, DE LA LEY RELATIVA, PARA DICTAR REGLAS TÉCNICO-OPERATIVAS DE OBSERVANCIA GENERAL, NO CONSTITUYE UN ACTO DELEGATORIO DEL CONGRESO DE LA UNIÓN. De los artículos 49 y 73, fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que con el establecimiento del principio de división de poderes se reservó al Poder Legislativo la potestad necesaria para emitir los actos legislativos de mayor jerarquía en el orden jurídico nacional, por ser estos, constitucionalmente, la fuente primordial de regulación respecto de las materias de especial trascendencia en la esfera jurídica de los gobernados; sin embargo, esa atribución no implica que dicho órgano legislativo sea el único facultado para emitir la totalidad de las normas, ni impide al Congreso de la Unión otorgar a un órgano auxiliar la atribución para expedir reglas generales sujetas al principio de primacía de la ley, pues la regulación de esas normas de rango inferior no puede derogar, limitar o excluir lo dispuesto en los actos formalmente legislativos. En este sentido, el grado de especialización requerido para

el desarrollo de la función jurisdiccional auxiliar desplegada por el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles exige el establecimiento de las estructuras necesarias que le permitan dictar determinadas reglas con respecto a su funcionamiento y operatividad. Por ello, las atribuciones a él conferidas en el artículo 311, fracción XIII, de la Ley de Concursos Mercantiles, no entrañan propiamente una delegación de facultades legislativas, sino la asignación directa por parte del Congreso de la Unión, de una atribución para allanar la aplicación técnico-operativa de la ley dentro de su ámbito específico; es decir, el hecho de que el Congreso de la Unión establezca dichas estructuras habilitando al Instituto para regular una materia concreta y específica, de acuerdo con los principios y lineamientos convenidos en la propia norma, no implica una delegación legislativa, sino una habilitación para la emisión de reglas sobre cuestiones técnicas, administrativas u operativas. Lo anterior en virtud de que mediante la atribución conferida al mencionado Instituto por el Poder Legislativo este no se despoja a sí mismo de una facultad propia, sino que asigna directamente a un ente especializado una tarea técnico-operativa para que cuente con las atribuciones necesarias para dar agilidad, firmeza y precisión a los actos de aplicación que le encomienda la Ley de Concursos Mercantiles.⁷³

De este precedente jurisprudencial se desprende que el Congreso de la Unión tiene la potestad para habilitar a una entidad reguladora, con la facultad de emitir reglas sobre cuestiones técnicas, administrativas y operativas. Así, a dicha entidad le es aplicable el principio de reserva de ley, por cuanto hace al alcance de sus facultades regulatorias, pero no así respecto al fondo de las mismas. En un criterio diverso, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto a las facultades en materia aduanal de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, dispuso lo que sigue:

73 Tesis: 1a./J. 172/2005, énfasis añadido.



ADUANAS, CUENTAS DE GARANTÍA. EL ARTÍCULO 86-A, FRACCIÓN I, DE LA LEY ADUANERA QUE FACULTA A LA SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO PARA ESTABLECER MEDIANTE REGLAS GENERALES LOS PRECIOS ESTIMADOS QUE SIRVEN DE BASE AL SISTEMA DE DEPÓSITOS EN AQUELLAS, NO CONLLEVA EL EJERCICIO DE LA FACULTAD REGLAMENTARIA CONFERIDA AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN EL ARTÍCULO 89, FRACCIÓN I, CONSTITUCIONAL. Al habilitar el artículo 86-A, fracción I, de la Ley Aduanera, a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para expedir reglas generales en las que establezca los precios estimados que sirven de sustento al sistema de depósitos en cuentas aduaneras de garantía, no contraviene lo dispuesto en el artículo 89, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que con exclusión de las facultades que confiere al Presidente de la República, el Congreso de la Unión puede expedir leyes donde autorice a los secretarios de Estado para dictar reglas técnico-operativas dentro del ámbito de su competencia; esto es, mientras el mencionado órgano legislativo no interfiera en la formación de los decretos, reglamentos, acuerdos u órdenes, que corresponde al titular del Poder Ejecutivo, puede otorgar directamente a las secretarías de Estado la atribución para emitir reglas operativas de observancia general dentro del campo de una ley específica, las que de ninguna manera conllevan el ejercicio de la facultad reglamentaria reservada al Ejecutivo Federal, pues incluso se encuentran sujetas a los principios de primacía de la ley y preferencia reglamentaria.⁷⁴

De este criterio se obtiene que la habilitación que realiza el Congreso de la Unión a una secretaría de Estado no contraviene ni su propia competencia legislativa ni la reglamentaria del Ejecutivo, al tratarse de cuestiones técnico-operativas, y sin embargo, dicha regulación está sujeta a los principios de primacía de la ley y preferencia reglamentaria. Lo que aquí se

74 Tesis: 2a. CLVII/2002 énfasis añadido.

quiere señalar es que, en el ámbito regulatorio, el principio de legalidad aplica de manera diferenciada en función del origen normativo de la facultad y del órgano facultado. En el caso de los órganos constitucionales autónomos, cuya competencia es originaria, no les es aplicable el principio de reserva de ley, sino que su vínculo es competencial y no jerárquico. Por su parte, los distintos órganos reguladores, ya sean desconcentrados, descentralizados e incluso dependencias, les es aplicable el principio de reserva de ley e incluso reglamentaria, bajo la subordinación jerárquica y no contradicción, respecto al ejercicio de la propia facultad, pero no respecto al fondo de la misma. Lo contrario sería contravenir la esencia fundante de la propia habilitación.

Por otro lado, dentro del derecho administrativo sancionador, el principio de tipicidad que “requiere una predefinición normativa clara y precisa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes”,⁷⁵ es igualmente aplicable de manera diferenciada en el Estado regulador, a través de los denominados tipos administrativos en blanco, lo que implica una modulación en la aplicabilidad del principio de reserva de ley. De esta forma es permisible que la descripción del tipo correspondiente no se encuentre en una ley formal y material, expedida por el legislador, y en cambio, que en la integración del tipo exista una remisión reglamentaria. Dice la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que

El principio de legalidad aplica de manera diferenciada en función del origen normativo de la facultad y del órgano facultado.

75 PREVENCIÓN Y LA GESTIÓN INTEGRAL DE RESIDUOS DEL ESTADO DE QUINTANA ROO. LOS ARTÍCULOS 120, FRACCIÓN IX Y 121, FRACCIÓN X, DEL REGLAMENTO DE LA LEY RELATIVA, AL ESTABLECER QUE EL NO PRESENTAR DOCUMENTOS, INFORMES O AVISOS EN TIEMPO Y FORMA ANTE LAS AUTORIDADES CORRESPONDIENTES CONSTITUYE UNA INFRACCIÓN Y QUE UNA DE LAS SANCIONES APLICABLES ES LA REVOCACIÓN DE LAS AUTORIZACIONES, PERMISOS O LICENCIAS OTORGADAS, NO TRANSGREDEN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD NI SUS SUBPRINCIPIOS DE RESERVA DE LA LEY MÍNIMO Y TIPICIDAD. Tesis: XXVII.3o.25 A (10a.)



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

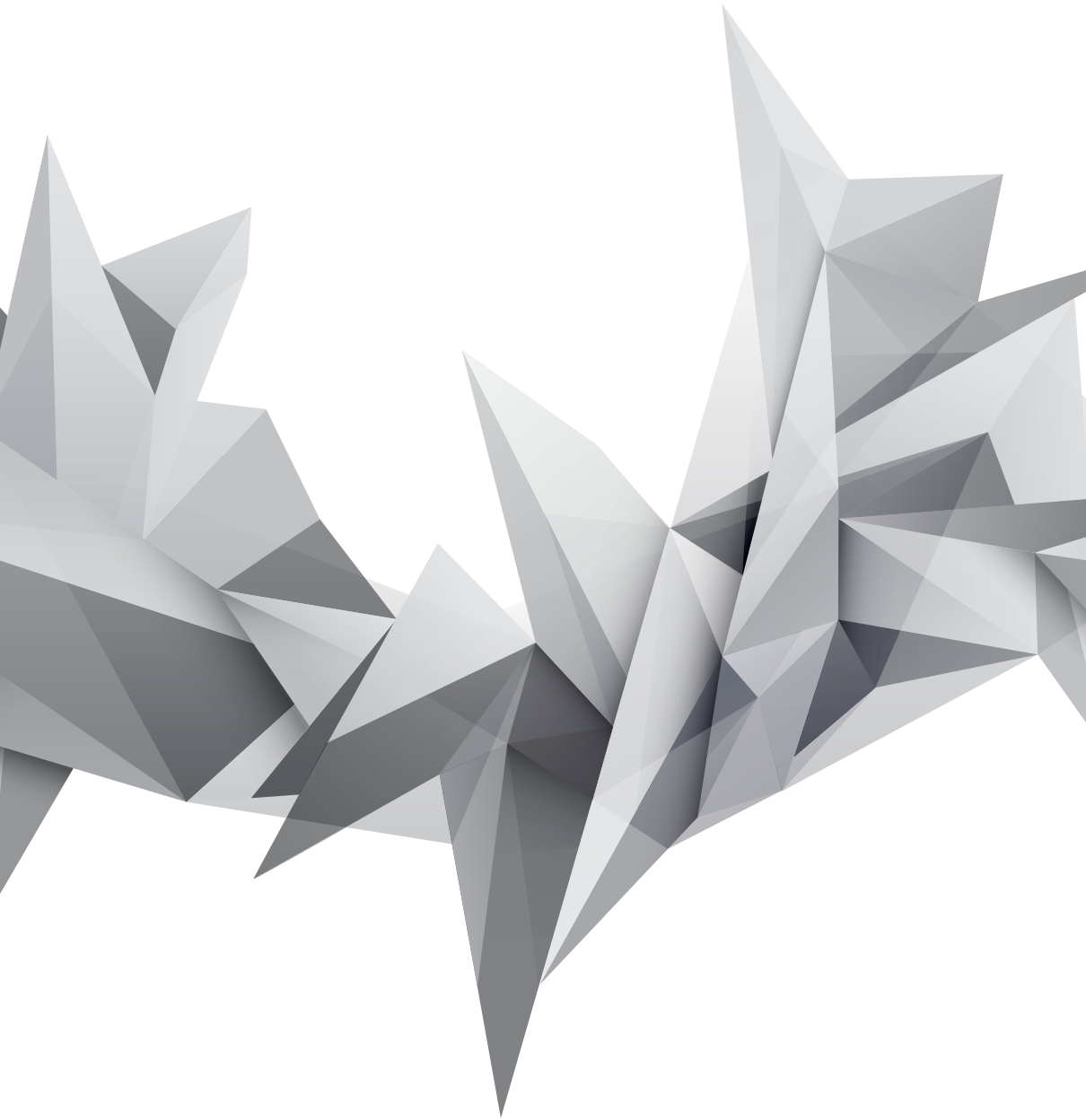
Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido los tipos penales en blanco como aquellos supuestos hipotéticos en los que la conducta delictiva se precisa en términos abstractos y requiere de un complemento para integrarse plenamente, los cuales son inconstitucionales si su integración debe realizarse mediante la remisión a normas reglamentarias, pues ello equivale a delegar a un poder distinto al legislativo la potestad de intervenir decisivamente en la determinación del ámbito penal, cuando es facultad exclusiva e indelegable del Congreso de la Unión legislar en materia de delitos y faltas federales. Ahora bien, esta conclusión no puede transportarse en automático al derecho administrativo sancionador, pues la remisión a fuentes infralegales no es un vicio de invalidez constitucional en todos los ámbitos que la integran, por lo que es necesario considerar la específica modulación del principio de legalidad exigido por el balance precisado de los valores constitucionales en juego que cada ámbito demanda; en el caso del modelo de Estado regulador, el principio de legalidad no exige un grado de satisfacción absoluto del principio de reserva de ley, ya que la regulación de ciertas cuestiones técnicas requiere de la coparticipación del Ejecutivo o de ciertos órganos constitucionales autónomos, por lo que el principio de legalidad sigue teniendo aplicación en sus dos vertientes, pero de forma diferenciada: el principio de tipicidad sigue exigiendo la predeterminación inteligible de la conducta; sin embargo, el principio de reserva de ley deja de ser absoluto para ser relativo. De ahí que los tipos administrativos en blanco son constitucionales si se justifican en el modelo de Estado regulador.⁷⁶

Con lo anterior se desprende que incluso cuando el principio de tipicidad sigue exigiendo una predeterminación clara de la conducta, es posible que la integración del tipo, debido a

76 Tesis: 1a. CCCXIX/2014 (10a.)

los elementos técnicos que se desarrollan en la actividad del Estado regulador, se realice mediante una remisión a normas reglamentarias, razón por la cual el principio de reserva de ley se relativiza.

En esa medida, el Poder Judicial de la Federación ha modulado la aplicabilidad de diversos principios constitucionales, de manera destacada el de legalidad, en su acepción de reserva de ley, subordinación jerárquica y tipicidad, sustentado en la deferencia técnica del Estado regulador. Así, ante la presencia de competencias originarias, como en el caso de los órganos constitucionales autónomos, el vínculo no se da a partir del principio de reserva de ley ni de jerarquía normativa, sino en función de criterios competenciales. Respecto a otros órganos reguladores, como son órganos desconcentrados, organismos descentralizados o secretarías de Estado, el vínculo es diverso, ya que el principio de reserva de ley es aplicable solo en función del ejercicio de su competencia regulatoria, pero no, en principio, respecto a la normatividad emitida en ejercicio de esa competencia habilitada. Es decir, si bien están sujetos al principio de reserva de ley y jerarquía normativa, lo están en función de su habilitación legal y en tanto no se excedan de lo facultado. Pero en la medida que observen la legalidad de su función reguladora habilitada, tendrán libertad técnica de configuración.



CONCLUSIÓN

Este ensayo ha hecho un repaso de los conceptos que predominan en la configuración del Estado regulador. Es viable concluir que el Estado regulador es una construcción normativa y jurisprudencial que evoluciona conforme a las necesidades de los mercados y los servicios públicos de interés general. Es una institución que se ha desarrollado como respuesta a la exigencia que implica la existencia de mercados y servicios técnicos en constante cambio. Ante ello, el Poder Legislativo ha hallado, en la habilitación de facultades regulatorias a ciertas agencias independientes, la forma en que el Estado puede hacer frente a los retos que implica la regulación especializada. Ahora bien, existen tensiones derivadas del mandato otorgado a los reguladores, que consiste en la eficiencia respecto a la garantía y protección de los derechos humanos, lo que en última instancia es resuelto por el Poder Judicial.

El Estado regulador comprende regulación técnica, cuya fuente de legitimación material no se halla en la democracia sino en la eficiencia y en los resultados. Múltiples instancias de gobierno llevan a cabo funciones reguladoras; en algunos casos, su mandato es claro en relación a la discrecionalidad y deferencia técnica. Para asir de manera correcta el concepto de Estado regulador se debe de partir en primer lugar de la norma reguladora, y posteriormente de la agencia que la emite, siempre dentro del marco de los principios de supremacía constitucional y legalidad. Por su parte, la competencia especializada ha hecho que la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya desarrollado una modulación en la aplicación de los principios de reserva de ley, subordinación jerárquica y tipicidad.

Para asir de manera correcta el concepto de Estado regulador se debe partir en primer lugar de la norma reguladora, y después de la agencia que la emite.



Este ensayo no se propuso diseccionar las facultades y competencias de las distintas agencias reguladoras, sino más bien desprender los principios que corresponden al modelo de regulación técnica, que exige distintos grados de aproximación normativa. Una constante en este ejercicio fue diferenciar tanto a instituciones como poderes, en órganos y facultades. A partir de esta distinción es posible comprender no solo al Estado regulador, sino sus funciones, alcances e interpretaciones. Así se hizo en el caso de las agencias reguladoras, en las que se buscó diferenciar su autonomía, como una característica orgánica, de las competencias estrictamente regulatorias, para expedir normas administrativas de carácter general.

Con todo, el Estado regulador es un concepto dúctil que evolucionará de manera paralela a las exigencias del mercado y de los servicios públicos de interés general. A partir de las llamadas reformas estructurales, en las que orgánicamente se instituyeron diversos organismos con facultades regulatorias en sectores de alta complejidad técnica, el Poder Judicial de la Federación ha hecho un esfuerzo considerable por detallar y organizar los alcances y límites de la función reguladora del Estado. Por ello, es de esperar que muchos de los conceptos y definiciones aquí expresadas sean moduladas o modificadas en el futuro.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

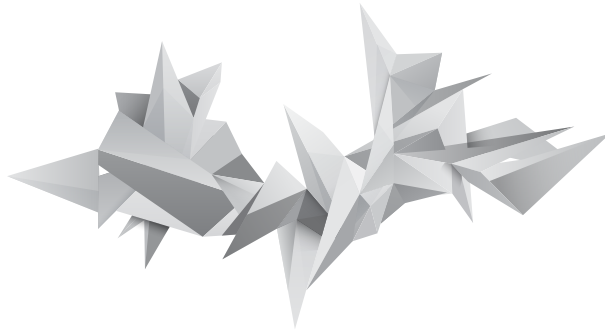
- Alexy, Robert, *El concepto y validez del derecho*, Ed. Gedisa, Argentina.
- Comisión Federal de Mejora Regulatoria (2011), “Fortaleza institucional de los reguladores sociales en México”, Documentos de Investigación en Regulación, núm. 2011-06, septiembre de 2011, disponible en <http://www.cofemer.gob.mx/varios/adjuntos/12.09.2011/REGULADORES%20SOCIALES%20PAPER%20FINAL.PDF> (revisado el 15 de mayo de 2018).
- Comisión Federal de Mejora Regulatoria (2012), “Fortaleza institucional de las agencias reguladoras en México”, Documento de Investigación en Regulación, núm. 2012-03, p. 27, disponible en http://www.cofemer.gob.mx/varios/adjuntos/01.II.2012/fortaleza_layout_int-cd%2030%20oct%20final.pdf (revisado el 15 de mayo de 2018).
- Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Manuel Lucero Espinosa (2002), *Compendio de derecho administrativo*, Porrúa, México.
- Domínguez, Julián y Gonzalo Sánchez de Tagle (2018, en proceso de publicación), *Reforma constitucional de telecomunicaciones, El modelo de Estado regulador en México*, Tirant lo Blanch, México.
- Ferrajoli, Luigi (2009), *Pasado y futuro del estado de derecho*, en Neoconstitucionalismo(s), Miguel Carbonell (coord.), Ed. Trotta, Madrid.
- Ferrajoli, Luigi (2010), *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid.
- Giddens, Anthony (2001), *Más allá de la izquierda y la derecha, el futuro de las políticas radicales*, Cátedra, España.
- Guastini, Riccardo (2007), *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México.
- Maciej, Bernatt (2014), *The Compatibility of Deferential Standard of Judicial Review in the EU Competition Proceedings with Article 6 of the European Convention on Human Rights* (10 de junio de 2014), Institute for Consumer Antitrust Studies Working Papers, Loyola University Chicago, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2447884> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2447884>.
- Majone, Giandomenico y Antonio La Spina (1993), *El Estado Regulador, Gestión y Política Pública*, vol. II, núm. 2, julio-diciembre.
- Majone, Giandomenico (1996), *Regulatory Legitimacy*, en Brownen Morgan y Karen Yeung (2007), *An Introduction to Law and Regulation*, Cambridge University Press, New York, p. 257.

Polibio (2008), *Historia de Roma*, Ed. Alianza, Madrid.

Sánchez de Tagle, Gonzalo (2017), *Uber, servicio de castas*, CIDE, Derecho en acción, 1 de junio de 2017, disponible en <http://derechoenaccion.cide.edu/suprema-corte-uber-un-servicio-de-castas/>

Stone Sweet, Alec y Mark Thatcher (2002), “Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions”, *Faculty Scholarship Series*, 74, p. 3, disponible en http://digitalcommons.lawyale.edu/fss_papers/74

Zavala, Juan Ignacio (2018), *¿Cómo contar los votos? Una defensa de la autonomía constitucional del INE*, disponible en <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=7774>



En las últimas décadas ha cobrado relevancia en México el Estado regulador, cuya finalidad es ordenar y orientar mercados y servicios públicos altamente complejos y cambiantes a través de agencias con cierto grado de independencia y un elevado conocimiento técnico.

Este estudio analiza las instituciones en las que se sustenta el Estado regulador: el principio de división de poderes, la desconcentración administrativa, las cláusulas habilitantes, la deferencia judicial, los órganos constitucionales autónomos, el principio de competencia especializada y sus fuentes de legitimación, entre otros, a la par de las interpretaciones del Poder Judicial de la Federación.

El Instituto Belisario Domínguez es un órgano especializado en investigaciones legislativas aplicadas. Contribuye a profesionalizar el quehacer legislativo y a que la ciudadanía disponga de información que le permita conocer y examinar los trabajos del Senado. Así, su trabajo ayuda a fortalecer la calidad de la democracia en México.

