

CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS, A.C.



LIMITES, ALCANCES E IMPLICACIONES DE LA FACULTAD

REGULATORIA DE COFECE E IFT

TESINA

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

GERMÁN RICARDO MACÍAS SALAS

DIRECTOR DE LA TESINA: DR. JOSÉ ANTONIO CABALLERO JUÁREZ

CIUDAD DE MÉXICO

MAYO, 2018

A mi Papá, con todo mi amor

AGRADECIMIENTOS

A mi Mamá. Gracias por ser tan fuerte y darme tu apoyo en todos los proyectos y despropósitos que he hecho en mi vida. Gracias por creer en mí desde siempre, y enseñarme que siempre se puede ser mejor. Eres la mejor, te amo.

A mis hermanos Adrián, Orlando e Isaac. Gracias por todas las risas y por todos los buenos momentos que hemos compartido. Gracias por siempre cuidar de mí y estar a mi lado. Los quiero mucho.

A María José. Gracias por acompañarme en esta etapa, ser mi mejor amiga y por darme tu cariño siempre. Gracias por todo, en serio. Te amo, muchísimo.

A mis compañeros del CIDE. Gracias por todo su apoyo y compañía en estos 4 años, son unos grandes amigos.

A mis profesores. Muchas gracias por todas sus enseñanzas dentro y fuera del salón de clases, les debo muchísimo. En particular, a José Antonio Caballero y Javier Ángulo, por escucharme en todo momento, apoyarme y darme sus consejos siempre que los necesité. A Alfonso Pasapera, Juan Cortiñas, Werner Vega y Carlos Chávez por enseñarme tanto de esta profesión y transmitirme su pasión a la misma.

A mis compañeros de White & Case. Muchas gracias por su amistad y compañerismo. En especial, a Henri Capin, por guiarme y enseñarme cada día a cómo ser un mejor abogado. A Manuel Groenewold y Sergio Márquez, por sus consejos y haberme incluido a este gran equipo. A Fer Vázquez-Chelius, por tus consejos jurídicos y extrajurídicos. A mi *chicken* gracias por soportarme, hacerme reír tanto y, en general, hacer más agradables mis días.

A mis excompañeros de COFECE. Gracias por sus enseñanzas y amistad.

A todos los que fueron parte de mi vida estos 4 años, ¡muchas gracias!

ÍNDICE

	PÁGINA
CAPÍTULO I	1
I. INTRODUCCIÓN	1
I.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
I.2 MÉTODO DE ANÁLISIS	23
CAPÍTULO II	24
II. LAS FACULTADES LEGISLATIVAS DEL ORDEN JURÍDICO MEXICANO EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA	24
II.1 A MANERA DE INTRODUCCIÓN	24
II.2 ANÁLISIS CONCEPTUAL	25
II.2.1 FACULTAD LEGISLATIVA <i>LATO SENSU</i>	25
II.2.2 FACULTAD LEGISLATIVA <i>STRICTO SENSU</i>	27
II.2.3 FACULTADES MATERIALMENTE LEGISLATIVAS	33
II.2.3.1 FACULTAD REGLAMENTARIA	33
II.2.3.2 CLÁUSULAS HABILITANTES	35
II.2.3.3 FACULTAD REGULATORIA	37
II.3 ANÁLISIS DEL ÁMBITO NORMATIVO DE LAS FACULTADES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA	42
II.3.1 FACULTAD LEGISLATIVA <i>STRICTO SENSU</i>	42
II.3.2 FACULTAD REGLAMENTARIA	49

II.3.3	CLÁUSULAS HABILITANTES.....	51
II.3.4	FACULTAD REGULATORIA.....	52
CAPÍTULO III	53
III.	POR UNA MEJOR REGULACIÓN EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA (UNA APROXIMACIÓN)	53
III.1	TEST DE PROPORCIONALIDAD.....	54
III.1.1	MARCO NORMATIVO ACTUAL	54
III.1.1.1	FIN CONSTITUCIONALMENTE VALIDO	54
III.1.1.2	IDONEIDAD.....	55
III.1.1.3	NECESIDAD.....	56
III.1.1.4	PROPORCIONALIDAD EN ESTRICTO SENTIDO.....	57
III.1.2	MARCO NORMATIVO PROPUESTO.....	59
III.1.2.1	FIN CONSTITUCIONALMENTE VALIDO	59
III.1.2.2	IDONEIDAD.....	59
III.1.2.3	NECESIDAD.....	59
III.1.2.4	PROPORCIONALIDAD EN ESTRICTO SENTIDO.....	60
III.2	GARANTÍA INSTITUCIONAL	60
CAPÍTULO IV	62
IV.	CONCLUSIONES	62
	BIBLIOGRAFÍA	63

I. INTRODUCCIÓN

La creciente influencia de poderes fácticos frecuentemente reta la vida institucional del país y se constituye en un obstáculo para el cumplimiento de las funciones del Estado mexicano.

Visión del Pacto por México, 2012

I.1 Planteamiento del problema

1. El dos de diciembre de dos mil doce se firmó el «*Pacto por México*»: acuerdo político, el cual se consagró como un parteaguas en las negociaciones entre los partidos políticos y el Ejecutivo Federal. Este acuerdo tuvo como eje rector¹ concretar diversas reformas estructurales como la energética; educativa; financiera; telecomunicaciones, entre otras. En específico, una de las reformas concretadas es la que ocasionó el problema que da vida a este texto: la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones del once de junio de dos mil trece que, a su vez, ocasionó que se reformará el marco jurídico en materia de competencia económica.

2. Los puntos de mayor trascendencia de estas reformas, desde nuestro punto de vista, son aquellos concernientes a la labor constitucional y naturaleza jurídica de los nuevos organismos constitucionalmente autónomos, la Comisión Federal de Competencia Económica (“**Cofece**”) e Instituto Federal de Telecomunicaciones (“**IFT**”). Particularmente, nos referimos a los compromisos 37 y 40 del Pacto por México, los cuales establecieron que esa reforma tendría como objetivo:²

• Fortalecer a la Comisión Federal de Competencia (CFC)

Se dotará a la [Comisión Federal de Competencia] de mayores herramientas legales mediante las reformas necesarias para determinar y sancionar posiciones dominantes de mercado en todos los sectores de la economía, particularmente se

¹ Cabe destacar que el texto del Pacto por México, en su Visión, no señala como eje rector la concretización de distintas reformas estructurales, sino que señala que sus tres ejes rectores son: **(i)** el fortalecimiento del Estado Mexicano; **(ii)** la democratización de la economía y la política, así como la ampliación y aplicación eficaz de los derechos sociales y, **(iii)** la participación de los ciudadanos como actores fundamentales en el diseño, la ejecución y la evaluación de las políticas públicas. Sin embargo, más adelante, en el desarrollo de sus cinco acuerdos, señala que la manera de lograr dichos propósitos es a través de reformas estructurales. Por tal motivo, concluimos que el eje rector subyacente es la concretización de reformas estructurales.

² Compromisos 37 y 40 del Pacto por México.

le otorgará la facultad para la partición de monopolios. Se precisarán en la ley los tipos penales violatorios en materia de competencia y se garantizarán los medios para hacerlos efectivos, así mismo se acotarán los procedimientos para dar eficacia a la ley. (Compromiso 37)

• **Reforzar autonomía de la [Comisión Federal de Telecomunicaciones]**

Se reforzará la autonomía y la capacidad decisoria de la Comisión Federal de Telecomunicaciones para que opere bajo reglas de transparencia y de independencia respecto de los intereses que regula. (Compromiso 40)

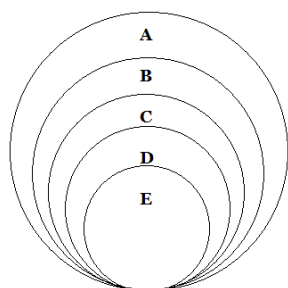
3. Como se puede apreciar del texto de los compromisos 37 y 40 del Pacto por México, la iniciativa de reforma inicialmente tenía la vocación de fortalecer el actuar de la Comisión Federal de Competencia (“Cofeco”) y Comisión Federal de Telecomunicaciones (“Cofetel”), organismos desconcentrados de la Secretaría de Economía (“SE”) y de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (“SCT”), respectivamente.

4. Sin embargo, el análisis de cómo realizar dicho fortalecimiento llevo a los congresistas involucrados a determinar que la manera idónea, para cumplir con tales objetivos, era segregando a Cofeco y a Cofetel de la administración pública centralizada, y convertirlos en Órganos Constitucionales Autónomos (“OCAs”) a saber, respectivamente: la Cofece y el IFT.

5. Antes de la reforma, las instituciones referidas eran órganos desconcentrados de la SE y de la SCT, denominados Cofeco y Cofetel. Por tal situación jurídica su discrecionalidad era muy limitada; en específico, esto se debía a que su actuar —para ser considerado legal (inmediatamente) y constitucionalmente (mediatamente) valido— tenía que estar circunscrito a un ámbito subyacente a lo determinado por: (a) el legislador en la legislación; (b) la reglamentación emitida por el Ejecutivo Federal; y (c), por el reglamento interno de la secretaría a la cual estuvieran adscritos.

6. Gráficamente podemos representar estos ámbitos de discrecionalidad de la siguiente manera:

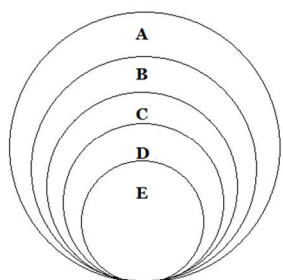
Gráfica 1. Ámbito de discrecionalidad de Cofeco.



- A. Ámbito de la Constitución.
- B. Ámbito de la Ley Federal de Competencia Económica de 1992.
- C. Ámbito del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica.
- D. Ámbito del Reglamento Interno de la Secretaría de Economía
- E. Ámbito de discrecionalidad de Cofeco

Fuente: Elaboración propia.

Gráfica 2. Ámbito de discrecionalidad de Cofetel.



- A. Ámbito de la Constitución
- B. Ámbito de la Ley Federal de Telecomunicaciones de 1995.
- C. Reglamentos en materia de telecomunicaciones.
- D. Ámbito del Reglamento Interno de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.
- E. Ámbito de discrecionalidad de Cofetel.

Fuente: Elaboración propia.

7. Los diagramas anteriores, representan el marco jurídico al cual debían adecuarse las actuaciones de Cofeco y Cofetel (ámbito subyacente) pues, de lo contrario, serían considerados ilegales o inconstitucionales según el ordenamiento que estuvieran violando en el caso en concreto, ya sea por ir en contra de dichas disposiciones o actuar *ultra vires* a ellas.

8. Esta circunscripción de la discrecionalidad de estos órganos al marco jurídico señalado es correcta y adecuada dada su naturaleza de organismos auxiliares (desconcentrados) de una dependencia administrativa centralizada, en cierta labor. En específico, esta circunscripción se debe a la subordinación que tenían las facultades de Cofeco y Cofetel frente aquellas de la SE; la SCT; el Congreso de la Unión; y del Ejecutivo Federal, cuya fuente es (i) de mayor

jerarquía o **(ii)**, en el caso de las Secretarías, les brinda una mayor jerarquía frente a sus facultades, en ciertos aspectos, frente a las de Cofeco y Cofetel.

9. Los órganos desconcentrados —como lo eran Cofeco y Cofetel— para el cumplimiento de su función auxiliar cuentan con autonomía técnica, esto con la finalidad de que puedan desarrollar libremente las actividades que estimen necesarias para cumplir su objetivo. Estas actuaciones se estiman validas siempre que estén cumplimiento a la legislación de la materia. Afirmación similar podemos encontrar en el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (“**LOAPF**”) que a la letra dispone:

Para la más eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de su competencia, las Secretarías de Estado podrán contar con órganos administrativos desconcentrados que les estarán jerárquicamente subordinados y tendrán facultades específicas para resolver sobre la materia y dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso, de conformidad con las disposiciones legales aplicables.

10. Ahondando lo anterior, de acuerdo con Roldán Xopa las características de este tipo de órganos son que:³

- (i)** Forman parte de una dependencia administración centralizada;
- (ii)** Mantienen subordinación jerárquica del titular del ramo;
- (iii)** Poseen autonomía para el ejercicio de la competencia otorgada;
- (iv)** Deben ser creados, modificados o extintos por un instrumento de derecho público (ley, reglamento, acuerdo o decreto);
- (v)** Su competencia se limita a cierta materia o territorio, y
- (vi)** En la mayoría de los casos, carecen de personalidad jurídica.

11. En ese sentido, podemos concluir que no existía ningún problema, al menos en términos de invasión de esferas competenciales, entre las funciones de Cofeco y Cofetel⁴

³ Roldán Xopa, *Derecho Administrativo*, Primera Edición (México: Oxford, 2017). 231. En sentido similar, Cfr. Josefina Cortés Campos, «La Administración Pública: Una Categoría Normativa en Reconstrucción», en *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Primera Edición, Tomo II: Estudios Jurídicos (México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Instituto Belisario Domínguez., 2017). 77.

respecto de las del Congreso, el Ejecutivo Federal, la SE y la SCT. Lo anterior se debía a que el Congreso, el Ejecutivo Federal y la Secretaría correspondiente, eran quienes fijaban los límites y alcances al campo de actuación de Cofeco y Cofetel. Dicho de otra manera, no había problemas de invasión de facultades porque Cofeco y Cofetel no tenían facultades asignadas directamente por la Constitución, sino que sus facultades le eran asignadas (delegadas) por otros organismos públicos y, por ende, estaban subordinados a dichos órganos.

12. Sin embargo, el problema surge en el momento que se dotó a estos órganos de autonomía constitucional y que la misma Carta Magna los haya facultado para “*emitir disposiciones administrativas de carácter general exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia*”, pues ello generó varias interrogantes tales como: ¿es distinta esta faculta a la legislativa del Congreso de la Unión o a la Reglamentaria del Ejecutivo Federal? ¿Se encuentran jerárquicamente subordinadas a las normas emitidas por el Congreso; o, de los Reglamentos expedidos por el Ejecutivo Federal; o, ¿están en un mismo nivel? ¿Esta facultad tiene un ámbito que le sea exclusivo y oponible al órgano legislativo, o puede el órgano legislativo vaciar de contenido esta facultad mediante ley? Entre otras tantas preguntas que siguen sin respuesta satisfactoria, esto debido a que las normas que dieron lugar a ellas, la Ley Federal de Competencia Económica (“**LFCE**”) y la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (“**LFTR**”), nunca fueron controvertidas y el plazo para que los Plenos de la Cofece e IFT lo hicieran prescribió hace tiempo, pues dichas leyes se emitieron el veintitrés de mayo de dos mil catorce y catorce de julio de dos mil catorce, respectivamente.

13. Estas interrogantes pudieron haber sido resueltas en la controversia constitucional 117/2014, promovida por el Senado de la República, en contra del Acuerdo mediante el cual el Pleno del IFT emite las Reglas de Portabilidad Numérica y Modifica el Plan Técnico Fundamental de numeración, el Plan Técnico Fundamental de Señalización y las especificaciones operativas para la implantación de Portabilidad de Números Geográficos y

⁴ Cabe resaltar que si bien hubo controversias constitucionales en los que estuvieron involucrados, directa e indirectamente, Cofeco y Cofetel como la controversia 1/2001 —en el caso de Cofeco, quien fue parte directa en la controversia— y en la 7/2009 —en el caso de Cofetel, quien aunque no fue parte de la parte en la controversia, los efectos de la resolución de ésta tuvieron un impacto en sus facultades—, están versaban más en **(i)** determinar los alcances de sus resoluciones; y **(ii)** en conflictos competenciales entre los órganos jerárquicamente superiores a ellos, actos los cuales modificaban de forma transitorio el ámbito de discrecionalidad de estos órganos auxiliares hasta en tanto no hubiera una resolución de la SCJN.

No Geográficos. Ese acuerdo derivó del ejercicio de la facultad regulatoria de IFT, y lo cuestionado por el Senado de la República era el alcance de esa misma facultad, en razón que distintos artículos de las reglas de portabilidad eran contrarias a lo establecido por el Congreso y regulaban cosas que éste no había hecho, pero a juicio del Senado de la República era al Congreso de la Unión a quien le correspondía hacerlo de forma exclusiva.

14. La Litis que planteaba el Senado se puede resumir en que, a su parecer, el IFT con esas reglas estaba haciendo las veces de legislador,⁵ lo cual excede su facultad regulatoria, dado que ésta debe ser conforme a lo establecido por las leyes. En ese sentido, las preguntas generales del Senado se pueden catalogar y formular de la siguiente manera:

- (i) ¿El IFT puede hacer las veces de legislador?
- (ii) ¿Sobre qué cuestiones puede hacer las veces de legislador?
- (iii) ¿Al hacer las veces de legislador tiene que actuar conforme a las leyes?
- (iv) ¿En qué consiste esa conformidad legal?

15. Con las respuestas a las interrogantes del párrafo anterior también pudieron haberse resuelto las preguntas mencionadas anteriormente en el párrafo 12, y los límites y alcances de la facultad regulatoria de Cofece e IFT estarían definidos, o al menos tendrían una base sobre la cual pudieran definirse en caso de colisión con las facultades de otros órganos.

16. No obstante, la controversia constitucional 117/2014 no resolvió de forma directa esas cuatro preguntas generales, sino que, tangencialmente, realiza un análisis *sui generis* de la constitucionalidad de las reglas de portabilidad. De dicho análisis podemos obtener que las respuestas, implícitas, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (“SCJN”) son las siguientes:

- (i) A la primera pregunta, podemos concluir que la 117/2014 considera que el IFT puede hacer las veces de *cuasi*-legislador, en el sentido que, en efecto, sus disposiciones son de carácter general, abstracto e impersonal, que no se agotan con una única aplicación, sino que están diseñadas para servir como reglas para un

⁵ Esto en el sentido que, a su consideración, la facultad establecida en favor del Congreso de la Unión en el artículo 73, fracción, XVII, estaba siendo invadida por el Ifetel debido a un actuar *ultra vires* de su facultad regulatoria.

número indeterminado de aplicaciones,⁶ pero se encuentran en un “peldaño inferior”⁷ a las leyes que emita el Congreso, y por ello subordinadas a éstas.

- (ii) En la segunda pregunta, se remite al artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (“**Constitución de México**” o “**Constitución Mexicana**”) por encontrarse en él definidos expresamente los sectores de competencia de IFT.
- (iii) Para la tercera pregunta, al igual que el Senado de la República, la 117/2014 concluye que IFT al hacer uso de su facultad regulatoria tiene que actuar conforme a las leyes, por así disponerlo de forma expresa la Constitución.
- (iv) Por último, la conformidad legal con la que ha de actuar IFT al hacer uso de esta facultad consiste, de conformidad con la jurisprudencia emanada de la 117/2014, en una aplicación «*modulada*» del principio de legalidad.

17. A nuestra consideración, las respuestas a la segunda y tercera pregunta son correctas por remitirse directamente a la Constitución que sobre esos puntos es muy clara. Por el contrario, la interpretación adoptada por la SCJN en la controversia constitucional 117/2014, aplicable a la primera y cuarta pregunta, resultan incorrectas como se pretende enmendar, indirectamente, en la resolución del amparo en revisión 1100/2015. Al respecto, argumentaremos más detalle en los capítulos siguientes, los alcances de la facultad regulatoria de Cofece e IFT partiendo del criterio que el IFT —y, por transitividad, la Cofece— tiene facultades regulatorias originarias y exclusivas establecidas directamente en la Constitución, mismo que fue adoptado por la Segunda Sala de la SCJN en la resolución del amparo en revisión 1100/2015.

18. En primer término, consideramos que es inadecuado determinar que la facultad regulatoria es *cuasi*-legislativa, pues que no sea ejercida por el Congreso ello no implica que el aspecto material legislativo del producto de la facultad regulatoria sea “menos” legislativo que aquél de la facultad legislativa *stricto sensu*⁸ del Congreso. Asimismo, que ello resulta

⁶ Párrafo número 80 de la ejecutoria de la controversia constitucional 117/2014, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁷ Párrafo número 240 de la ejecutoria de la controversia constitucional 117/2014, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁸ Dicho término se acuña en el capítulo IV del presente documento.

contrario a lo dispuesto por la SCJN respecto de la facultad reglamentaria del Ejecutivo Federal y de las cláusulas habilitantes, cuyos productos normativos ha calificado en varias ocasiones como facultades materialmente legislativas sin el calificativo “*cuasi*” y que son similares a aquellos de la facultad regulatoria de Cofece e IFT.

19. Después, en segundo término, la interpretación realizada por la SCJN concerniente a que al producto de la facultad regulatoria de Cofece e IFT, no le son aplicables los principios de reserva de ley y de subordinación jerárquica⁹ —los cuales sí resultan aplicables a la facultad reglamentaria del Ejecutivo Federal establecida en los artículos 89, fracción I, y 92 de la Constitución—, es imprecisa. Lo anterior se debe a que, por lado, la jurisprudencia emitida a partir de la resolución de la controversia constitucional 117/2014 establece que:¹⁰

[...] la jurisprudencia de la [SCJN] ha sostenido que la ley y el reglamento se relacionan mediante dos principios que dan cuenta no sólo de la superioridad jerárquica de la ley, sino también de la imposibilidad de los reglamentos de producir innovaciones de contenidos en el ordenamiento jurídico, esto es, los principios de reserva de ley y de subordinación jerárquica. *Ahora bien, cuando el principio de división de poderes se proyecta sobre la relación entre el [IFT] y el Congreso de la Unión, se rechaza que estos dos principios -en todo su alcance- constituyan un parámetro de control constitucional de las normas generales emitidas por aquél con fundamento en la fracción IV del párrafo vigésimo del artículo 28 constitucional, pues la racionalidad que sustenta el diseño de los reglamentos no es transportable a esta relación, ya que responde a una narrativa estatal diversa, que justamente busca el fortalecimiento de un órgano regulador autónomo con el poder suficiente de regulación que innove el ordenamiento jurídico.*

[Énfasis añadido]

⁹ Estos criterios son visibles en la tesis de jurisprudencia con rubro: **INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). NO EXISTE RAZÓN PARA AFIRMAR QUE ANTE LA AUSENCIA DE UNA LEY NO SEA DABLE CONSTITUCIONALMENTE QUE EMITA REGULACIÓN AUTÓNOMA DE CARÁCTER GENERAL, SIEMPRE Y CUANDO SEA EXCLUSIVAMENTE PARA CUMPLIR SU FUNCIÓN REGULADORA EN EL SECTOR DE SU COMPETENCIA.** Tesis: P./J. 47/2015 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 26, enero de 2016, Tomo I, página 444, con número de registro: 2010882.

¹⁰ Ídem.

20. Por consiguiente, la SCJN determinó en ese mismo criterio que *“los precedentes referidos a la facultad reglamentaria del Ejecutivo, conforme al artículo 89, fracción I, constitucional, no son aplicables a las disposiciones de carácter general del [IFT] por una razón de diseño institucional”*;¹¹ esto debido a que *“a diferencia del reglamento, en las normas administrativas de carácter general del regulador sí se deposita un umbral de poderes de decisión que invisten a ese órgano de un poder de innovación o configuración normativa ausente en el Ejecutivo.”*¹²

21. En ese sentido, concluye la SCJN que:¹³

[d]icha facultad es regulatoria y constituye una instancia de producción normativa diferenciada de la legislación, conforme al artículo 73 constitucional, de los reglamentos del Ejecutivo del artículo 89, fracción I, de la Ley Suprema, y de las cláusulas habilitantes que el Alto Tribunal ha reconocido que puede establecer el Congreso de la Unión para habilitar a ciertos órganos administrativos para emitir reglamentación, con fundamento en los artículos 73, fracción XXX, y 90 de la Constitución Federal. Por tanto, en principio, no existe razón para afirmar que ante la ausencia de una ley no sea dable constitucionalmente que el órgano constitucional autónomo emita regulación autónoma de carácter general, siempre y cuando sea exclusivamente para cumplir su función reguladora en el sector de su competencia.

22. Hasta este momento, los argumentos sustentados por la SCJN expuestos con anterioridad, nos parecen adecuados pues determinan que: **(i)** los principios de subordinación jerárquica y de reserva de ley frente al producto normativo del Congreso de la Unión no constituyen, en todo su alcance, un parámetro de validez del producto normativo de la facultad regulatoria del IFT; y **(ii)** la facultad regulatoria es una instancia de producción normativa diferenciada de todas las demás del ordenamiento jurídico mexicano. Estos razonamientos son, incluso, compatibles con aquellos de la resolución al amparo en revisión 1100/2015 que reconocen la facultad originaria y exclusiva del IFT para emitir regulación asimétrica.

¹¹ Ídem.

¹² Ídem.

¹³ Ídem.

23. En perjuicio de lo anterior, estos argumentos se tornan imprecisos en el momento que la SCJN desarrolla, en la resolución de la controversia 117/2014, como opera la «*supuesta*» inaplicación de los principios de reserva de ley y de subordinación jerárquica —en todo su alcance— de la facultad regulatoria frente al producto normativo del Congreso de la Unión. Esto significa, en términos de la SCJN, una aplicación distinta a aquella que se realiza a la facultad reglamentaria; es decir, una aplicación «*modulada*» del principio de legalidad.

24. En específico, se establece que al producto de la facultad regulatoria sólo le aplicará el principio de subordinación jerárquica y no así el de reserva de ley.¹⁴ Esto debido a que, desde la óptica de la SCJN:¹⁵

[...] con motivo de los artículos 73, fracción XVII, 6o. y 28 constitucionales, a las disposiciones aludidas del [IFT] *les resulta aplicable el principio de subordinación jerárquica con las leyes, entendido de una forma diferenciada acotada a la expresión del artículo 28 constitucional, que establece que las facultades de éste deben entenderse conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en los términos que fijen las leyes; atendiendo a su carácter diferenciado, este principio no implica que necesariamente deba existir una ley precedida que sea la medida de sus disposiciones de carácter general, pues constitucionalmente, de existir una inactividad legislativa sobre la materia, el órgano regulador podría emitir dichas disposiciones y autónomamente lograr validez si no exceden las delimitaciones internas del indicado artículo 28; no obstante, de existir una ley en la materia y un cuerpo de disposiciones administrativas de carácter general, debe concluirse que ambas fuentes no se encuentran en paridad, pues las normas administrativas de carácter general del [IFT] se encuentran en un peldaño normativo inferior, por lo que en caso de conflicto deben ceder frente a la ley; luego, deben respetar la exigencia normativa de no contradicción con las leyes. Sin embargo, esta modulación*

¹⁴ Estos criterios son visibles en la tesis de jurisprudencia con rubro: **INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). A SUS DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL LES RESULTA APLICABLE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD MODULADO CONSTITUCIONALMENTE POR EL MODELO DE ESTADO REGULADOR.** Tesis: P./J. 48/2015 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 25, diciembre de 2015, Tomo I, página 34, con número de registro: 2010669.

¹⁵ Ídem.

exige reconocer la no aplicación del principio de reserva de ley, ya que su función es inhibir lo que busca propiciar el artículo 28, vigésimo párrafo, fracción IV, constitucional, esto es, la regulación propia de un ámbito material competencial para desarrollar un cuerpo de reglas que avance los fines estructurales y de protección de derechos a la libertad de expresión y acceso a la información en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, en un espacio independiente de las presiones políticas que impulsan el proceso democrático, así como de los intereses de los entes regulados. Por tanto, por regla general, en sede de control ha de evaluarse la validez de las disposiciones de carácter general del órgano regulador a la luz del principio de legalidad, considerando que, de los dos subprincipios que lo integran, sólo el de subordinación jerárquica de la ley resulta aplicable de una forma diferenciada (atendiendo a la exigencia de no contradicción) y no el de reserva de ley, a menos de que en el texto constitucional se disponga expresamente lo contrario.

[Énfasis añadido]

25. Disentimos de estos criterios finales adoptados por la SCJN en la resolución de la controversia 117/2014, debido a que no estimamos adecuado el racional para eliminar la aplicación del principio de reserva de ley y determinar que el producto normativo del IFT está por debajo de aquél del Congreso de la Unión.

26. Elucidando lo anterior, la SCJN determinó que la jerarquía del producto normativo del IFT es inferior al de producto del Congreso de la Unión, por el hecho que interpretó que el párrafo décimo quinto del artículo 28 de la Constitución al establecer que el IFT tiene “*por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en los términos que fijen las leyes*”, ello significa una superioridad jerárquica de la normativa creada por el Congreso de la Unión, esto sin conceder una alternativa de colaboración entre dichos órganos —como lo podría ser una reserva de ley de menor intensidad— y contrario a lo previamente establecido por la SCJN al analizar la naturaleza y características de los OCAs.

27. En específico, la SCJN había determinado previamente que los OCAs contaban con las siguientes características:¹⁶

ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. SUS CARACTERÍSTICAS. Con motivo de la evolución del concepto de distribución del poder público se han introducido en el sistema jurídico mexicano, a través de diversas reformas constitucionales, órganos autónomos cuya actuación no está sujeta ni atribuida a los depositarios tradicionales del poder público (Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial), a los que se les han encargado funciones estatales específicas, con el fin de obtener una mayor especialización, agilización, control y transparencia para atender eficazmente las demandas sociales; sin que con ello se altere o destruya la tradicional doctrina de la división de poderes, pues la circunstancia de que los referidos organismos guarden autonomía e independencia de los poderes primarios, no significa que no formen parte del Estado mexicano, ya que 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. Ahora bien, aun cuando no existe algún precepto constitucional que regule la existencia de los órganos constitucionales autónomos, éstos deben: a) estar establecidos y configurados directamente en la Constitución; b) mantener con los otros órganos del Estado relaciones de coordinación; c) contar con autonomía e independencia funcional y financiera; y, d) atender funciones coyunturales del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad.*

[Énfasis añadido]

28. En ese sentido, los OCAs son órganos a la par de los poderes tradicionales y, al igual que éstos, son creados directamente de la Constitución con el objetivo de atender a una función específica del Estado con autonomía e independencia funcional y financiera en coordinación con los demás órganos del Estado.

¹⁶ Época: Novena Época, Registro: 170238, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVII, Febrero de 2008, Tesis: P./J. 12/2008, Página: 1871.

29. Sin embargo, la subordinación jerárquica propuesta en la controversia constitucional 117/2014 inhibe la coordinación y la independencia funcional pues subordina la creación normativa por parte del IFT a lo establecido en la legislación emitida por el Congreso de la Unión, cuestión contraria a lo deseado por el Constituyente al implementar la reforma constitucional como analizamos previamente.

30. Tal inconsistencia no pasó inadvertida en la SCJN al ser analizada en la resolución del amparo en revisión 1100/2015 en la Ponencia del nuevo Ministro Javier Laynez Potisek. Por tal motivo, los criterios emitidos de esa resolución buscaron, en cierta medida, enmendar la plana de la controversia constitucional 117/2014 al reconocer la garantía institucional de autonomía en favor del IFT, como se muestra en el siguiente criterio:¹⁷

GARANTÍA INSTITUCIONAL DE AUTONOMÍA. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado el principio de división de poderes, contenido en el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como un mecanismo de racionalización del poder público por la vía de su límite y balance, con el fin de garantizar el principio democrático, los derechos fundamentales y sus garantías, a través de un régimen de cooperación y coordinación de competencias, a manera de control recíproco, limitando y evitando el abuso en el ejercicio del poder público. Dicho principio es evolutivo y a través de su desarrollo se han establecido nuevos mecanismos para controlar el poder, con la finalidad de hacer más eficaz el funcionamiento del Estado; de ahí que se haya dotado a ciertos órganos, como los constitucionales autónomos, de las facultades necesarias para alcanzar los fines para los que fueron creados y en atención a la especialización e importancia social de sus tareas. *Ahora bien, los órganos constitucionales autónomos forman parte del Estado mexicano sin que exista a su favor una delegación total de facultades de otro cuerpo del Estado, sino que su función es parte de un régimen de cooperación y coordinación a modo de control recíproco para evitar el abuso en el ejercicio del poder público; no obstante, debe advertirse que cuentan con*

¹⁷ Época: Décima Época, Registro: 2015478, Tipo de Tesis: Aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 48, Noviembre de 2017, Tomo I, Tesis: 2a. CLXVI/2017 (10a.), Página: 603.

garantías institucionales, las cuales constituyen una protección constitucional a su autonomía y, en esa medida, se salvaguardan sus características orgánicas y funcionales esenciales; de forma que no podría llegarse al extremo de que un poder público interfiera de manera preponderante o decisiva en las atribuciones de un órgano constitucional autónomo pues, de lo contrario, se violentaría el principio de división de poderes consagrado en el artículo 49 de la Constitución Federal.

[Énfasis añadido]

31. Desde nuestro punto de vista, esto trató, de forma implícita, revertir lo establecido en la resolución de la controversia 117/2014. Sin embargo, derivado del precedente que dio origen a estos razonamientos de la Segunda Sala de la SCJN, los criterios tienen el carácter de tesis aislada y no de jurisprudencia como sí lo tienen aquellos de la controversia 117/2014.

32. No obstante lo anterior, nos parecen más adecuados estos nuevos razonamientos, los cuales parecen descartar, de forma implícita, la presunta subordinación de los productos normativos de la facultad regulatoria del IFT, optando por una postura de concurrencia a manera de “*mecanismo de racionalización del poder público por la vía de su límite y balance, con el fin de garantizar el principio democrático, los derechos fundamentales y sus garantías, a través de un régimen de cooperación y coordinación de competencias, a manera de control recíproco, limitando y evitando el abuso en el ejercicio del poder público.*”¹⁸

33. Lo anterior, denota la existencia de una concurrencia entre diferentes niveles de gobierno para regular estas materias (i.e. telecomunicaciones y competencia económica). No obstante, el problema de entender de este concepto deviene en lo inexplorado que son las facultades concurrentes en el sistema jurídico mexicana con OCAs de por medio. En específico, la SCJN ha ahondado en el estudio de este tipo de facultades pero solamente a niveles de: **(i)** Federación; **(ii)** Entidades Federativas; **(iii)** Municipios; y **(iv)** Distrito Federal, como se muestra en el siguiente criterio jurisprudencial:

FACULTADES CONCURRENTES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. SUS CARACTERÍSTICAS GENERALES. Si bien es cierto que

¹⁸ Ídem.

el artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que: "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.", también lo es que el Órgano Reformador de la Constitución determinó, en diversos preceptos, la posibilidad de que el Congreso de la Unión fijara un reparto de competencias, denominado "facultades concurrentes", entre la Federación, las entidades federativas y los Municipios e, inclusive, el Distrito Federal, en ciertas materias, como son: la educativa (artículos 3o., fracción VIII y 73, fracción XXV), la de salubridad (artículos 4o., párrafo tercero y 73, fracción XVI), la de asentamientos humanos (artículos 27, párrafo tercero y 73, fracción XXIX-C), la de seguridad pública (artículo 73, fracción XXIII), la ambiental (artículo 73, fracción XXIX-G), la de protección civil (artículo 73, fracción XXIX-I) y la deportiva (artículo 73, fracción XXIX-J). ***Esto es, en el sistema jurídico mexicano las facultades concurrentes implican que las entidades federativas, incluso el Distrito Federal, los Municipios y la Federación, puedan actuar respecto de una misma materia, pero será el Congreso de la Unión el que determine la forma y los términos de la participación de dichos entes a través de una ley general.***

[Énfasis añadido]

34. Este criterio es trasladable a la relación de concurrencia existente entre el Congreso de la Unión y el IFT —y por transitividad con Cofece (ello omitiendo el hecho que el Congreso de la Unión no tiene facultades expresas en materia de competencia económica). Sin embargo, el problema surge en que el Congreso de la Unión, al estar en el mismo nivel que el IFT, no puede ser quién determine la forma y los términos de la participación de dichos entes a través de una ley, pues regresaríamos al problema de subordinación.

35. Por consiguiente, una interpretación menos conflictiva es utilizar lo regulado directamente por la Constitución para determinar la forma y los términos de la participación de dichos entes. Debido a que está regulación casi es nula, tenemos que el primer parámetro de validez de los productos normativos de dichos órganos (i.e. Congreso de la Unión, IFT y Cofece), es el objeto establecido para Cofece e IFT en los párrafos décimo cuarto a décimo séptimo del artículo 28 de la Constitución. El segundo parámetro de validez serán las

facultades asignadas para el Congreso de la Unión en la Constitución y que se relacionen con el objeto de Cofece e IFT (e.gr. artículo 73, fracción XVII, para el caso del IFT y ninguna, directa, para el caso de Cofece). El último parámetro de validez son las demás facultades asignadas al Congreso de la Unión en la Constitución, las cuales, si bien no están relacionadas con el objeto de Cofece e IFT, directamente, inciden en su actuar sancionatorio.

36. Tomando en consideración lo anterior, la concurrencia normativa opera en función de los dos primeros parámetros de validez enunciados en el párrafo anterior, con ello obtenemos que la innovación normativa en materia de telecomunicaciones y competencia económica es facultad de IFT y Cofece, respectivamente. Todo lo que no esté comprendido dentro del objeto de Cofece e IFT será facultad del Congreso de la Unión, si esté cuenta con facultades expresas para ello. Para cerrar con este punto, el hecho que Cofece e IFT tengan que adecuar sus actuaciones a los términos establecidos en las leyes, distante de ser una subordinación jerárquica de las facultades de éstos órganos frente al Congreso, es un contrapeso para realizar sus actuaciones conforme a los procedimientos establecidos en las leyes; es decir, éstas deben de establecer las bases jurídicas mínimas para que Cofece e IFT puedan hacer uso efectivo de sus facultades y con ello cumplir con su objeto (i.e. reserva legal complementaria).¹⁹

37. Por tales razonamientos y como advertimos antes, lo determinado por la SCJN en la controversia 117/2014 resulta impreciso pues, en un primer momento, señaló que es dable constitucionalmente que el IFT emita regulación autónoma y que la intención de que no aplique el principio de reserva de ley es evitar que se reprima la innovación jurídica que busca propiciar el artículo 28, párrafo vigésimo, fracción IV, de la Constitución.

38. Después, en otro momento, establece que cuando el legislador haya regulado previamente y el IFT emita regulación contraria a las leyes, dichas disposiciones deberán ceder frente a estas últimas, por la exigencia normativa de no contradicción con las leyes, lo cual reprime, de *facto*, la innovación jurídica que pretendía obtener el constituyente al facultar a estos órganos.

39. Podemos concluir que la sentencia le dio un tratamiento de organismo descentralizado a IFT y a sus disposiciones las equiparó de *facto* con la facultad reglamentaria del Ejecutivo Federal pues, a pesar de establecer textualmente lo contrario, una de sus determinaciones fue

¹⁹ Sobre este punto ahondaremos más a detalle en el Capítulo III.

posicionarlas jerárquicamente en un peldaño inferior a las leyes federales y establecer que en caso de contradicción deban ceder frente a las leyes, tal y como funcionan los principios de subordinación jerárquica y de reserva de ley en la relación ley-reglamento.

40. Lo anterior con la ligera salvedad que, en caso de inactividad legislativa, el IFT podrá —y por transitividad la Cofece— emitir regulación libremente, dentro del ámbito de su competencia, a nivel de disposiciones regulatorias, ello debido a que no hay regulación previa a nivel de legislación emitida por el Congreso de la Unión. Como mencionamos esta interpretación desconoce la paridad jerárquica que tienen las facultades del IFT y el Congreso de la Unión, cuestión que busca enmendar la resolución del amparo en revisión 1100/2015, y que señaló el Ministro José Ramón Cossío en su voto aclaratorio en la resolución a la controversia 117/2014, al señalar que:²⁰

Es por lo anterior que debe entenderse que las funciones regulatorias de estos dos últimos órganos (IFTel y COFECE) tienen la misma relación jerárquica con las leyes, no en virtud del artículo 133, sino porque el artículo 28 constitucional que establece sus facultades y sus limitaciones, así como sus relaciones con las leyes emitidas por el legislador así lo determina. Las relaciones de las funciones regulatorias de cada uno de estos órganos con las Leyes perfectamente podrían ser distintas, al no depender de un mismo párrafo del artículo que las establece y las limita. Consideré que ahí debería limitarse el estudio del proyecto y no acudir al sistema de jerarquía de fuentes que extrae del 133, ya que desde mi óptica el mismo sólo establece aquellas normas que son “Ley Suprema de la Unión” y no la relación de estas hacia las demás normas. Todas estas relaciones quedan fuera del ámbito de aplicación del 133, son normas que se relacionan con las Leyes emitidas por el legislador de manera particular y específica mediante sus propias definiciones constitucionales. Aun si la relación entre la función regulatoria y la legislativa pudiese resultar en una restricción de esta última, esto es, que pueda considerarse que el legislador se extralimitó en su función a legislar sobre un ámbito eminentemente regulatorio que le corresponde al OCA, en mi opinión no se vulneraría o socavaría el

²⁰ Páginas 3 a 5 del voto aclaratorio del Ministro José Ramón Cossío en la resolución a la controversia constitucional 117/2014.

artículo 133, cuya función es determinar cuál es la Ley Suprema aplicable a la totalidad del territorio y no definir las relaciones de las Leyes con las normas administrativas generales.

Luego también, el proyecto retomaba el principio de supremacía jerárquica de la Ley indicando que el mismo sí resulta aplicable a las Disposiciones Administrativas Generales (DAG) del IFTel. Además, generaba un estándar de dos pasos en donde se preguntó: a) si existe ley previa, entonces las DAG sólo pueden ser inválidas si contradicen a la Ley (este es el paso de subordinación jerárquica tradicional); b) si no hay ley, la DAG será válida siempre que sea razonable a la luz de los fines institucionales.

Es desde el primer paso de este estándar, donde no pude estar de acuerdo. Como inmediatamente lo expondré, me parece que la manera adecuada de analizar la potencial oposición de una norma legislativa con una DAG, es definir de inicio si esta debe estar en una relación subordinada o si es una relación de delegación habilitante, o si la misma corresponde a un ámbito regulatorio exclusivo que corresponda al IFTel y que no pueda ser invadido por la Ley. De hecho, en el caso concreto se presentó justamente este dilema; hay por un lado una Ley que regula ciertos aspectos del ámbito de las telecomunicaciones emitida por el Legislador y tenemos unas DAG emitidas por el IFTel que son impugnadas por ir más allá de lo determinado por aquéllas.

Por ello propuse que el proyecto, para ser consecuente, debía quedarse hasta el primer paso de su estándar y debía realizar un contraste de legalidad tradicional; con lo cual no era necesario analizar las DAG impugnadas del IFTel bajo un criterio de razonabilidad, criterio que supuestamente y bajo su mismo estándar sólo aplica en el caso de que no hubiese una ley con la cual contrastar la DAG impugnada. (Dicho análisis de razonabilidad fue efectivamente eliminado en la sentencia).

Dicho lo anterior, sostuve que el estándar de revisión para la disposición impugnada debe partir del artículo 28 constitucional que establece facultades propias del órgano constitucional autónomo, el IFTel, en cuanto a la emisión de

DAG que se encuentran en la fracción IV del párrafo 20 y que se refiere “exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia”. El objeto de esta función regulatoria se encuentra en el mismo artículo 28 en su párrafo 15 en donde se establece que las facultades de regulación del IFTel son para el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, así como el acceso a infraestructura activa, pasiva y otros insumos esenciales. Así, la regulación de todos esos usos, aprovechamientos y explotaciones es para el cumplimiento de su objeto: “el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones”. No debemos desconocer que desde el objeto de la función regulatoria hasta el objeto del propio IFTel, el propio artículo 28 señala que se deberá estar conforme a lo dispuesto en la Constitución y en los TÉRMINOS que fijen las leyes las cuales se emiten con base en la facultad del congreso establecida en el art. 73, fracción XVII de la Constitución.

[Énfasis añadido]

41. Sin embargo, el Ministro Cossío no señala cómo se debe resolver —lo cual es parte de la labor del presente trabajo— esta relación entre las facultades legislativas del IFT con aquellas del Congreso de la Unión, sino que se limita a señalar que:²¹

Me resulta claro que es desde el mismo artículo 28 de donde se debe extraer el estándar para resolver las preguntas anteriores y este debe resultar de un balance entre sus párrafos 11, 15 y 20, fracción IV; desde los cuales resulta:

- a) qué ámbito del objeto del IFTel pertenece la materia de la Ley o de la regulación,
- b) si la regulación debe estar subordinada a lo establecido por el legislador o si la misma es producto de una delegación mediante cláusula habilitante específica,

²¹ Página 5 del voto aclaratorio del Ministro José Ramón Cossío en la resolución a la controversia constitucional 117/2014.

- c) si es posible que la regulación sea de competencia exclusiva del IFTel por ser materia propia de su facultad regulatoria y si esto previene el ejercicio de la facultad legislativa en este ámbito específico, y
- d) si es autónoma por falta de ley.

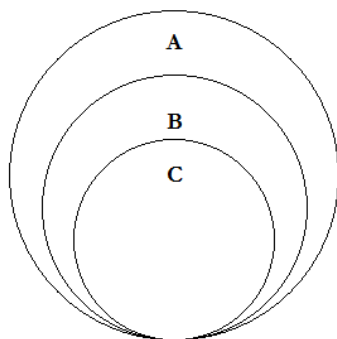
Esta es la forma en que propuse analizar el presente asunto a fin de delimitar los extremos del ámbito de competencia constitucional en materia regulatoria reservado al IFTel en el artículo 28 y su relación con la facultad legislativa del Congreso establecida en el artículo 73 fracción XVII.

42. En ese sentido conforme, la regulación que se emitan y depositen en disposiciones regulatorias no se encontrarían en un peldaño inferior a aquella establecida en legislación emitida por el Congreso de la Unión, por no existir dicha regulación en un instrumento normativo de ese tipo y, en tales circunstancias, no deberá de observarse el principio de legalidad modulado a que hace referencia la ejecutoria de la controversia 117/2014.

43. Aunado lo anterior, en la sentencia de la controversia 117/2014 se establecen algunas cuestiones que serán utilizadas en este trabajo para dotar de significado a la facultad regulatoria de Cofece e IFT y poder responder las preguntas referidas previamente.

44. Retomando la apreciación gráfica del ámbito de discrecionalidad planteado para Cofeco y Cofetel anteriormente, para el caso de Cofece e IFT, de conformidad con lo establecido en la ejecutoria de la controversia constitucional 117/2014 y los criterios resultantes de la misma, es de la siguiente manera:

Gráfica 3. Ámbito de discrecionalidad de Cofece e IFT



- A. Ámbito de la Constitución.
- B. Ámbito de la Ley Federal de Competencia Económica de 2014 y Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión de 2014.
- C. Ámbito de las Disposiciones Regulatorias emitidas por la Cofece e Ifetel, así como de su discrecionalidad.

Fuente: Elaboración propia.

45. Esto implica que, conforme a los criterios referidos, la única diferencia entre ámbito de discrecionalidad de Cofece e IFT respecto de aquellos de Cofeco y Cofece, es que los primeros ya no tienen que sujetarse a un reglamento emitido por el Ejecutivo Federal, ni a un Reglamento Interno de alguna Secretaría del Estado, sino que emiten su propio estatuto orgánico y Disposiciones Regulatorias, que a la luz de las tesis referidas, de *facto*, las veces del reglamento. Por tales motivos, sus disposiciones deben apegarse a los principios de subordinación jerárquica, y, como expusimos, también, al de reserva de ley; esto es, el principio de legalidad modulado a que hace referencia la SCJN.

46. Tomando en consideración lo anterior, una de las hipótesis del presente trabajo es que el producto normativo de la facultad regulatoria de Cofece e IFT está al mismo nivel que aquel emitido por el Congreso de la Unión cuyos ámbitos normativos son distintos y oponibles entre sí.

47. Cabe destacar que dicha hipótesis fue, recientemente, adoptada por la Segunda Sala de la SCJN en la resolución al amparo en revisión 1100/2015. Dicha sentencia determinó que el IFT, en su carácter de OCA, tiene competencia originaria y exclusiva, y no delegada, para emitir regulación asimétrica respecto de la tarifa de interconexión correspondiente al servicio de terminación en redes fijas y móviles para el caso del preponderante.²²

48. Como parte de esa determinación, la Segunda Sala de la SCJN sostiene que las facultades regulatorias del IFT son originarias y exclusivas, y por tal motivo es que cuentan con una garantía institucional de autonomía reconocida en el inciso l) del artículo 105, fracción I, de la Constitución, el cual establece como sujeto activo de la controversia constitucional a los OCAs, frente a: **(i)** otro OCA; **(ii)** el Ejecutivo Federal, y **(iii)** el Congreso de la Unión.²³ Esto a efecto de hacer oponible sus facultades frente a los demás órganos que pudieran invadir su esfera competencial.

49. En adición a lo anterior, también precisamos que el ámbito de discrecionalidad de la facultad regulatoria es distinto al de las facultades de investigación, y jurisdiccionales de dichos órganos, a pesar de sea el mismo órgano, pero en diferentes instancias, quien lo ejerza.

²² Razonamiento visible en los párrafos 37 y 97 de la sentencia del amparo en revisión 1100/2015, resuelto por la Segunda Sala de la SCJN.

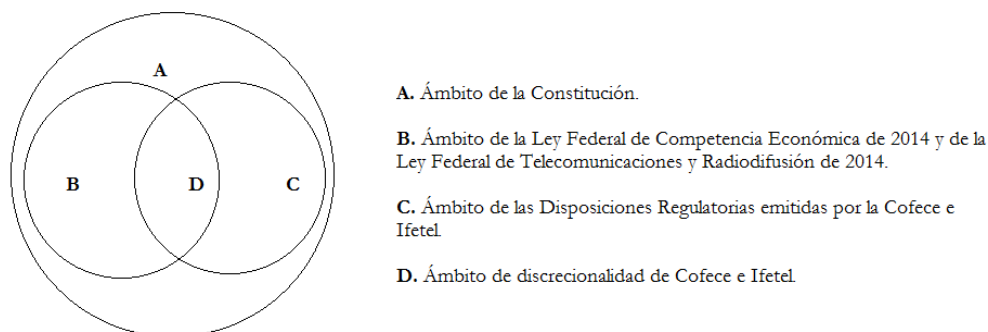
²³ Razonamiento visible en el párrafo 96 de la sentencia del amparo en revisión 1100/2015, resuelto por la Segunda Sala de la SCJN.

Lo anterior, en atención a una interpretación garantista del artículo 28, párrafo vigésimo, fracción V, de la Constitución, el cual establece que:

V. Las leyes garantizarán, dentro de cada organismo, la separación entre la autoridad que conoce de la etapa de investigación y la que resuelve en los procedimientos que se sustancien en forma de juicio.

50. Por consiguiente, para que su actuación de investigación y de jurisdicción sean constitucionalmente válidas, en el marco jurídico actual, éstas deberán encontrarse apegadas a la Constitución, a las leyes federales y a las disposiciones regulatorias que ellos mismos emiten. De conformidad con lo anterior, el marco jurídico y los ámbitos de discrecionalidad de dichos órganos es el siguiente:

Gráfica 4. Ámbito de discrecionalidad de Cofece e IFT propuesto



Fuente: Elaboración propia.

51. Lo que se desprende de esta gráfica es que, las disposiciones regulatorias que emitan Cofece e IFT están al mismo nivel jerárquico que las leyes federales aplicables a la materia y estando, la emisión de las mismas, solamente subordinadas a la Constitución. También en esta gráfica se muestra que el ámbito de las disposiciones regulatorias es exclusivo y oponible a las del legislador, ello guardando un grado de coordinación pues la ley deberá determinar cuestiones no técnicas de la LFCE y LFTR; esto es, en ese ámbito sólo podrá emitir disposición alguna Cofece e IFT, y si el legislador emite disposiciones sobre cuestiones técnicas que son parte del objeto de Cofece e IFT se encontrará invadiendo la esfera competencial de estos órganos.

I.2 Método de Análisis

52. Las demás hipótesis de este trabajo tienen como objetivo principal determinar cuáles son los límites, alcances e implicaciones de la facultad regulatoria de Cofece e IFT. Para ello en los cuatro capítulos subsecuentes analizaremos: **(i)** cuál es el objeto para que estos órganos tengan esa facultad; **(ii)** cómo tiene que ser la interacción del producto normativo de la facultad regulatoria con el de las demás facultades legislativas, y **(iii)** qué implicaciones orgánicas externas e internas genera la tenencia de esa facultad.

53. En específico, en el capítulo siguiente definiremos, conceptualmente, los distintos tipos de facultades legislativas existentes que a nuestro juicio interactúan, o podrían interactuar, con la facultad regulatoria de Cofece e IFT, con ello se busca obtener un marco teórico que facilitará el análisis de los siguientes tópicos a tratar. Asimismo, propondremos cuál tiene que ser la interacción de los productos normativos de las distintas facultades legislativas, en esa propuesta se establecerán los límites y alcances de cada uno de ellos con el fin de establecer cuál es el contenido normativo que deben tener los distintos productos legislativos. Lo anterior, en atención al nivel de protección que debe tener la libre competencia y concurrencia en el sistema jurídico mexicano.

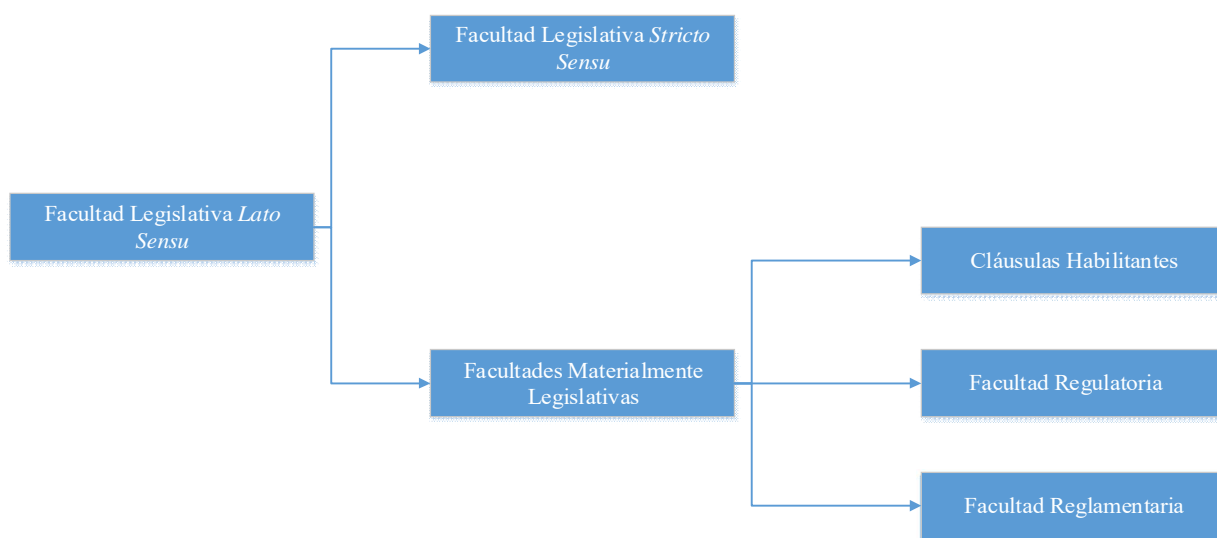
54. Para el tercer capítulo analizaremos qué marco normativo e institucional es más eficiente y menos gravoso para los derechos humanos que se ven restringidos ante una resolución de la Cofece o del IFT. Posteriormente, a efecto de no dejar nada en el tintero y a manera de corolario, esbozaremos lo que, desde nuestro punto de vista, debe de ser reformado para garantizar una mejor protección de la libre competencia y concurrencia en México. Finalmente, en el cuarto y último capítulo, presentaremos una serie de conclusiones generales de los argumentos expuestos a lo largo de este documento.

II. LAS FACULTADES LEGISLATIVAS del ORDEN JURÍDICO MEXICANO EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA²⁴

II.1 A manera de introducción

55. El presente capítulo inicia la resolución de los problemas planteados en la introducción de este trabajo de investigación. Para ello se realizará un planteamiento conceptual de las facultades legislativas en sentido amplio reconocidas por el ordenamiento jurídico mexicano. Podemos dividir este tipo de facultades en dos tipos, las primeras son aquellas facultades legislativas en estricto sentido, que corresponden únicamente a aquellas ejercidas por el órgano depositario original del poder legislativo, el Congreso de la Unión. Las segundas corresponden a las facultades que habilitan a un órgano distinto al Congreso de la Unión a producir una norma carácter general, abstracto e impersonal; esto es, facultades materialmente legislativas. A su vez, este segundo tipo de facultades puede dividirse en tres sub-tipos: **(i)** facultad reglamentaria; **(ii)** cláusulas habilitantes, y **(iii)** la facultad regulatoria. De manera gráfica podemos catalogar, de una primera forma, las facultades conforme al siguiente esquema:

Esquema 1. Facultades legislativas



Fuente: Elaboración propia.

²⁴ Las facultades legislativas en sentido amplio aquí referidas sólo contemplan aquellas ejercidas por órganos que pudieran situarse en un conflicto competencial en términos del artículo 105, fracción I, inciso I), con un órgano constitucional autónomo. En el presente caso, con Cofece e Ifetel.

56. Esta distinción sirve para catalogar las distintas facultades legislativas que pueden ejercer los órganos públicos en materia de competencia económica, lo cual servirá como un primer acercamiento para realizar un estudio más detallado de los caracteres de cada una de esas facultades.

57. Posteriormente, analizaremos el ámbito material de aplicación de las facultades legislativas aludidas en materia de competencia económica, esto en aras de determinar cuál es la debida interacción que deben de tener cada una de estas facultades entre sí en esa materia. Por último, analizaremos las formas en que pueden ejercerse esas facultades. Es decir, cuando son utilizadas de forma constitucional o legamente válida, así cuando no lo son.

58. Esto servirá para generar un bagaje teórico para el análisis de capítulos posteriores tendientes a cuestionar que facultad ha ejercido Cofece e IFT al implementar sus disposiciones regulatorias, así como argumentar por qué necesitamos que dichos órganos cuenten con facultades materialmente legislativas.

II.2 Análisis conceptual

59. Siguiendo el planteamiento previo, conviene proceder a definir cada una de las facultades legislativas anteriormente enunciadas de forma conceptual, señalando las características de cada una de ellas.

II.2.1 Facultad legislativa *lato sensu*

60. En primer lugar, el género de todas las facultades previamente enunciadas es la facultad legislativa en sentido amplio. Esta facultad debemos entenderla como aquella que al ejercerla tendrá como resultado una norma jurídica. Siguiendo el criterio de Biscaretti di Ruffia estas normas se materializan “*en prescripciones abstractas, innovadoras*²⁵ *del derecho positivo vigente, que atribuyen a uno, o más hechos, carácter jurídico determinado.*”²⁶

61. Para complementar lo anterior sirve la jurisprudencia con rubro “**LEYES PRIVATIVAS, CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE**” relativa a definir algunos

²⁵ El término innovador utilizado por Biscaretti di Ruffia en el sentido que son normas inéditas en el sistema jurídico; esto es, normas que no se encontraban antes en el sistema de forma explícita, ello incluye las modificaciones a un ordenamiento ya existente. Por el contrario, el sentido de innovación que utiliza la controversia constitucional 117/2014 hace referencia a nuevas disposiciones que crean, modifican o extinguen derechos y/o obligaciones.

²⁶ Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, Primera Edición (Madrid: Editorial Tecnos, 1973), p. 214.

caracteres de las leyes, así como de las leyes privativas, motivo por el cual los criterios utilizados en este último concepto a contrario sensu nos ayudan a definir qué es una ley, producto del ejercicio de la facultad legislativa en sentido amplio. Las partes conducentes de esa jurisprudencia son las siguientes:²⁷

Es carácter constante de las leyes, que sean de aplicación general y abstracta (es decir, que deben contener una disposición que no desaparezca después de aplicarse a un caso previsto y determinado de antemano, sino que sobreviva a esta aplicación y, se apliquen sin consideración de especie o de persona, a todos los casos idénticos al que previenen, en tanto que no sean abrogadas). Una ley que carece de esos caracteres, va en contra del principio de igualdad garantizado por el artículo 13 constitucional, y aún deja de ser una disposición legislativa, en el sentido material, puesto que le falta algo que pertenece a su esencia. Las leyes pueden considerarse como privativas, tanto las dictadas en el orden civil como en cualquier otro orden, pues el carácter de generalidad, se refiere a las leyes de todas las especies, y contra la aplicación de las leyes privativas, protege el ya expresado artículo 13 constitucional.

El análisis doctrinario de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conduce necesariamente a estas conclusiones: *a) La ley es privativa, si la materia de que se trata desaparece después de aplicarse a un caso previsto y determinado de antemano; b) La ley es también privativa cuando menciona individualmente (nominalmente) a las personas a las que se va aplicar; c) La ley no es privativa cuando se aplica sin consideración de especie o de personas a todos los casos que previene; d) La ley no es privativa cuando comprende a un determinado número de individuos; y e) Las leyes relativas a cierta clase de personas como los mineros, los fabricantes, los salteadores, los propietarios de alguna clase de bienes no son disposiciones privativas, porque comprenden a todos los individuos que se encuentran o lleguen a encontrarse en la clasificación establecida.*

[Énfasis añadido]

²⁷ Séptima Época, Registro: 388040, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, *Informes: Informe 1969*, Página: 58. México.

62. De esto podemos concluir que el producto de la facultad legislativa en sentido amplio, además de ser abstracta y nueva en el sistema jurídico vigente, debe: **(a)** ser general; **(b)** no agotarse al ser aplicado a un caso concreto; **(c)** ser impersonal e imparcial; **(d)** ser abstracta; **(e)** innovadora; y, **(f)** de observancia obligatoria.²⁸ Estos requisitos que el producto de la facultad legislativa debe estar dirigida a todos los individuos ubicados en una clasificación previamente establecida, su aplicación, por regla general, no tiene que implicar su agotamiento, no puede ser dirigida a un individuo o individuos en lo particular, debe prever cuáles serán los hechos que la actualicen la hipótesis normativa, y no debe encontrarse previamente en el sistema jurídico mexicano.

63. Por consiguiente, podemos definir a esta facultad como aquella que al ser ejercida tendrá, por regla general, como producto una norma jurídica nueva, abstracta, general, impersonal e imparcial, de observancia general, que no se agotará en su aplicación a casos concretos y que estará inserta al sistema jurídico mexicano. Con esta definición cumplimos con los caracteres reconocidos por la doctrina y los precedentes nacionales. Sin perjuicio de lo anterior, pueden llegar existir productos normativos derivados del ejercicio de esa facultad que tengan distintos caracteres a los enunciados, pero ellos constituirán casos de excepción, los cuales deberán ser analizados, individualmente, para determinar la constitucional o legalidad, según aplique, de los mismos.

II.2.2 Facultad legislativa *stricto sensu*

64. En segundo lugar, definido el género de las facultades legislativas previstas por el ordenamiento mexicano la continuación consiste en definir las distintas especies de ésta. Ello servirá para distinguir los principios y características de cada una de ellas, esto en aras de poder determinar cuál es el tipo de interacción de cada una de ellas con las otras.

65. Consideramos que lo más adecuado para efectos de mayor comprensión es comenzar con el estudio de la facultad legislativa en estricto sentido, por ser aquella que naturalmente cuenta con mayores similitudes al género anteriormente planteado. Esto se debe a que, como se tratará más adelante, esta facultad es ejercida por el Congreso de la Unión, el cual es el

²⁸ Este último requisito no se desprende explícitamente de los párrafos del criterio recién citado. Sin embargo, este es propio de todas las facultades legislativas como se enunciará y se hará visible al definir las demás facultades.

único órgano habilitado por la Constitución para ejercer facultades legislativas en sentido formal y material.²⁹

66. En consecuencia, para determinar cuáles son los caracteres de la facultad legislativa en estricto sentido sirven los criterios que se transcribirán en los párrafos continuos a éste. Estos criterios versan principalmente sobre la facultad reglamentaria, pero que al definir ésta indican cuál es su relación y diferencias frente al producto de la facultad legislativa ejercida por el Congreso de la Unión, por lo que resultan aplicables a nuestro estudio. Los criterios de mérito son los siguientes:

FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL. SUS PRINCIPIOS Y LIMITACIONES. La Suprema Corte ha sostenido reiteradamente que el artículo 89, fracción I, de la Constitución Federal establece la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo Federal, la que se refiere a la posibilidad de que dicho poder provea en la esfera administrativa a la exacta observancia de las leyes; es decir, el Poder Ejecutivo Federal está autorizado para expedir las previsiones reglamentarias necesarias para la ejecución de las leyes emanadas por el órgano legislativo. Estas disposiciones reglamentarias, aunque desde el punto de vista material son similares a los actos legislativos expedidos por el Congreso de la Unión en cuanto que son generales, abstractas e impersonales y de observancia obligatoria, se distinguen de las mismas básicamente por dos razones: la primera, porque provienen de un órgano distinto e independiente del Poder Legislativo, como es el Poder Ejecutivo; la segunda, porque son, por definición constitucional, normas subordinadas a las disposiciones legales que reglamentan y no son leyes, sino actos administrativos generales cuyos alcances se encuentran acotados por la misma Ley. Asimismo, se ha señalado que la facultad reglamentaria del Presidente de la República se encuentra sujeta a un principio fundamental: el principio de legalidad, del cual derivan, según los precedentes, dos principios subordinados: el de reserva de ley y el de subordinación jerárquica a la misma. El primero de ellos evita que el reglamento

²⁹ Esta razón descansa en el artículo 50 de la Constitución el cual establece que “[e]l poder legislativo de los Estados Unidos Mexicanos se deposita en un Congreso general, que se dividirá en dos Cámaras, una de diputados y otra de senadores”.

aborde novedosamente materias reservadas en forma exclusiva a las leyes emanadas del Congreso de la Unión o, dicho de otro modo, prohíbe a la ley la delegación del contenido de la materia que tiene por mandato constitucional regular. El segundo principio consiste en la exigencia de que el reglamento esté precedido de una ley, cuyas disposiciones desarrolle, complemento o detalle y en los que encuentre su justificación y medida. Así, la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo Federal tiene como principal objeto un mejor proveer en la esfera administrativa, pero siempre con base en las leyes reglamentadas. Por ende, en el orden federal el Congreso de la Unión tiene facultades legislativas, abstractas, amplias, impersonales e irrestrictas consignadas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para expedir leyes en las diversas materias que ésta consigna; por tanto, en tales materias es dicho órgano legislativo el que debe materialmente realizar la normatividad correspondiente, y aunque no puede desconocerse la facultad normativa del Presidente de la República, dado que esta atribución del titular del Ejecutivo se encuentra también expresamente reconocida en la Constitución, dicha facultad del Ejecutivo se encuentra limitada a los ordenamientos legales que desarrolla o pormenoriza y que son emitidos por el órgano legislativo en cita.³⁰

FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. PRINCIPIOS QUE LA RIGEN. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el artículo 89, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, faculta al Presidente de la República para expedir normas reglamentarias de las leyes emanadas del Congreso de la Unión, y aunque desde el punto de vista material ambas normas son similares, aquéllas se distinguen de éstas, básicamente, en que provienen de un órgano que al emitir las no expresa la voluntad general, sino que está instituido para acatarla en cuanto dimana del Legislativo, de donde, por definición, son normas subordinadas, de lo cual se sigue que la facultad reglamentaria se rige por dos principios: el de reserva de ley y el de subordinación jerárquica a la misma. El principio de reserva de ley

³⁰ Novena Época, Registro: 166655, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXX, Agosto de 2009, Tesis: P./J. 79/2009, Página: 1067. México.

que encuentra su justificación en la necesidad de preservar los bienes jurídicos de mayor valía de los gobernados (tradicionalmente libertad personal y propiedad), prohíbe que en el reglamento se aborden materias reservadas en exclusiva a las leyes del Congreso, como son las relativas a la definición de los tipos penales, las causas de expropiación y la determinación de los elementos de los tributos, mientras que el principio de subordinación jerárquica, exige que el reglamento esté precedido por una ley cuyas disposiciones desarrolle, complemente o pormenorice y en las que encuentre su justificación y medida.³¹

FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. PRINCIPIOS QUE LA RIGEN. Según ha sostenido este Alto Tribunal en numerosos precedentes, el artículo 89, fracción I, constitucional, faculta al presidente de la República para expedir normas reglamentarias de las leyes emanadas del Congreso de la Unión, y aunque desde el punto de vista material ambas normas son similares, aquéllas se distinguen de éstas básicamente, en que provienen de un órgano que al emitir las no expresa la voluntad general, sino que está instituido para acatarla en cuanto dimana del Legislativo, de donde, por definición, son normas subordinadas, de lo cual se sigue que la facultad reglamentaria se halla regida por dos principios: el de reserva de ley y el de subordinación jerárquica a la misma. El principio de reserva de ley, que desde su aparición como reacción al poder ilimitado del monarca hasta su formulación en las Constituciones modernas, ha encontrado su justificación en la necesidad de preservar los bienes jurídicos de mayor valía de los gobernados (tradicionalmente libertad personal y propiedad), prohíbe al reglamento abordar materias reservadas en exclusiva a las leyes del Congreso, como son las relativas a la definición de los tipos penales, las causas de expropiación y la determinación de los elementos de los tributos, mientras que el principio de subordinación jerárquica, exige que el

³¹ Novena Época, Registro: 171459, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVI, Septiembre de 2007, Tesis: 1a./J. 122/2007, Página: 122. México.

reglamento esté precedido por una ley cuyas disposiciones desarrolle, complemente o pormenore y en las que encuentre su justificación y medida.³²

[Énfasis añadido]

67. Considerando tales criterios podemos definir a la facultad legislativa en estricto sentido como aquella ejercida por el Congreso de la Unión que tiene, por regla general, como producto una norma jurídica nueva, abstracta, general, impersonal e imparcial, de observancia general, que no se agotará en su aplicación a casos concretos y que estará inserta en el sistema jurídico mexicano. Como podrá percatarse el lector esta definición es la misma empleada para la definición de la facultad legislativa en sentido amplio con la reserva que en ésta se señaló el órgano que la ejerce. Esto más allá de una simple adición de diecisiete letras a la definición tiene una serie de efectos prácticos. Estas implicaciones se materializan en acotar el alcance material legislativo que podrá tener el producto de la facultad, ello resulta de una interpretación de las competencias del órgano emisor. En el caso que nos ocupa implica que la delimitación del alcance material legislativo que podrá ser contenido en las normas emitidas encontrará su límite en la propia Constitución, por tratarse de un órgano de creación constitucional directa. Lo anterior significa que la facultad legislativa en estricto sentido también está sujeta a los principios de subordinación y reserva frente a la Constitución, ya sea directa o convencionalmente.

68. Esta sujeción a los principios referidos se obtiene del principio de supremacía constitucional que aplica en nuestro sistema jurídico. Sirve de esclarecimiento a lo expuesto el siguiente criterio:

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE 10 DE JUNIO DE 2011, RESPETA ESTE PRINCIPIO.

La reforma al artículo 1o. de la Carta Magna, publicada el 10 de junio de 2011, en modo alguno contraviene el principio de supremacía constitucional consagrado desde 1917 en el artículo 133 del propio ordenamiento, que no ha sufrido reforma desde el 18 de enero de 1934, y en cuyo texto sigue determinando que "Esta

³² Novena Época, Registro: 194159, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo IX, Abril de 1999, Tesis: 2a./J. 29/99, Página: 70. México.

Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión", lo cual implica que las leyes y los tratados internacionales se encuentran en un plano jerárquicamente inferior al de la Constitución, pues en el caso de las leyes claramente se establece que "de ella emanan" y en el de los tratados "que estén de acuerdo con la misma". Por otra parte, la reforma de 2011 no modificó los artículos 103, 105 y 107 constitucionales, en la parte en que permiten someter al control constitucional tanto el derecho interno, como los tratados internacionales, a través de la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional y el juicio de amparo. Además, el propio artículo 1o. reformado dispone que en nuestro país todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, pero categóricamente ordena que las limitaciones y restricciones a su ejercicio sólo pueden establecerse en la Constitución, no en los tratados; disposición que resulta acorde con el principio de supremacía constitucional. Principio que también es reconocido en el ámbito internacional, en el texto del artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, al prever la posibilidad de aducir como vicio en el consentimiento la existencia de una violación manifiesta que afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.³³

69. Este precedente significa que en atención al contenido de los artículos 1, 103, 105, 107 y 133 de la Constitución podemos determinar que todo tipo de producto emitido por alguna facultad legislativa, incluidos aquellos que emita el Congreso de la Unión, se encuentran por debajo de la Constitución. Por tanto, esto implica que todo producto legislativo encuentra su validez directa o indirectamente en la Constitución, y por ese hecho es que deben acatar lo que en ella se disponga.

³³ Décima Época, Registro: 2002065, Tipo de Tesis: Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 3, Tesis: 2a. LXXV/2012 (10a.), Página: 2038. México.

II.2.3 Facultades materialmente legislativas

II.2.3.1 Facultad reglamentaria

70. Continuando con el método de conceptualización proseguimos a definir a la facultad reglamentaria, esto por ser la facultad legislativa material más antigua en nuestro sistema y por ello la más estudiada. En atención a lo ya expuesto podemos, sin necesidad de acudir a más criterios, concluir que la facultad reglamentaria es aquella ejercida por el Ejecutivo Federal que tiene, por regla general, como producto una norma jurídica nueva, abstracta, general, impersonal e imparcial, de observancia general, que no se agotará en su aplicación a casos concretos, la cual deberá desarrollar, complementar o pormenorizar una ley previa en la cual encuentre su justificación y delimitación material legislativa,³⁴ y que estará inserta en el sistema jurídico mexicano.

71. Al igual que las anteriores definiciones, esta último sólo desarrolla nuevos elementos a considerar sobre la original. En este caso se actualiza el sujeto emisor por ser el Ejecutivo Federal el habilitado constitucionalmente para emitir reglamentos generales. Asimismo, se adiciona al texto de la definición la sujeción a los principios de subordinación jerárquica frente a la ley, y reserva de ley. Esto se debe a que los reglamentos emitidos por el Ejecutivo Federal, a diferencia de las leyes emitidas por el Congreso de la Unión, debe obedecer no sólo a una subordinación y reserva frente a la Constitución, sino que también deberá hacerlo frente a las leyes del Congreso de la Unión.

72. Esta determinación tiene como resultado que los reglamentos no puedan actuar *ultra vires* a la ley que esté desarrollando, complementando o pormenorizando, según sea el caso. Ello implica que la relación de leyes y reglamentos es de coordinación, donde la ley, en un grado de superioridad, podrá establecer los límites al desarrollo material legislativo del reglamento; o bien podrá no hacerlo, caso en el cual se estará en el entendido que la discrecionalidad del Ejecutivo Federal será mayor, pero sin que ello implique dejar de observar los principios de subordinación jerárquica frente a la ley y de reserva de ley.

³⁴ Esto aplica por regla general, pues existen ciertos reglamentos anómalos, denominados autónomos, que no cumplen el requisito de tener una ley previa que los justifique y fije la delimitación material legislativa que tendrán.

73. Las conclusiones anteriores se obtuvieron del desarrollo doctrinario y de precedentes judiciales en torno a la facultad reglamentaria. Estos desarrollan el significado del artículo 89, fracción I, de la Constitución, el cual se transcribe a continuación para su explicar el sentido de esos análisis:

Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes: [...]

I. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia. [...]

74. En palabras de Alfonso Nava Negrete, el reglamento deriva directamente de este artículo, pero como podrá apreciar el lector, dicho artículo no menciona de manera explícita la facultad legislativa que tendrá el Ejecutivo Federal para emitir reglamento.³⁵ Sin embargo, adelanta que esto se debe al desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han sido unánimes al interpretar que el artículo 89, fracción I, indica la facultad del Ejecutivo Federal de emitir reglamentos.³⁶ Desde un punto de vista teórico podría ser cuestionable esa conclusión, pero como señala Nava Negrete “[e]n la práctica así sucede, sin discusión”,³⁷ y ello no es equivoco por las razones prácticas que se describirán en el párrafo siguiente.

75. El hecho que se conceda que de tal artículo se desprende una facultad legislativa atiende a la razón práctica que mediante un producto normativo de una facultad carácter es el medio idóneo para asegurar su observancia y facilitación en la ejecución que tendrán las dependencias de la administración pública de la ley. Esta afirmación es acorde al sistema de división de poderes pues, como afirma Gabino Fraga, el artículo 89, fracción I, al decir “en la esfera administrativa, “indica que las disposiciones de carácter general que hayan de dictarse sean expedidas, no por el Poder Legislativo, sino por el Poder Ejecutivo, dentro de su esfera normal de acción, que no es otra que la esfera administrativa”.³⁸ Ello viene a “demostrar que la facultad reglamentaria constituye una facultad normal del Poder Ejecutivo que no deriva de

³⁵ Alfonso Nava Negrete, *Derecho administrativo mexicano*, Tercera Edición (México: Fondo de Cultura Económica, 2014).

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ Fraga, *Derecho Administrativo*. 103.

ninguna delegación legislativa, sino que la tiene directamente por habérsela otorgado la Constitución”,³⁹ para facilitar la ejecución de las leyes por parte de la administración pública.

II.2.3.2 Cláusulas habilitantes

76. Retomando nuestro análisis conceptual sigue analizar y definir que se ha de entender por cláusulas habilitantes. Para ello debemos acudir a los siguientes precedentes para elucidar el significado de 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 aquél 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 específico y complejo que por sus características requiere la previsión de soluciones a situaciones dinámicas que no pueden preverse con absoluta precisión en la ley.⁴⁰

CLÁUSULAS HABILITANTES. SU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL RESIDE EN LOS ARTÍCULOS 73, FRACCIÓN XXX, Y 90 DE LA

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ Décima Época, Registro: 2010829, Tipo de Tesis: Aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 26, Enero de 2016, Tomo IV, Tesis: I.1o.A.E.110 A (10a.), Página: 3167. México.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada P. XXI/2003, esgrimió las razones por las cuales se justifica que el Poder Legislativo dote a funcionarios ajenos a él, principalmente insertos en la Administración Pública, de atribuciones de naturaleza normativa (cláusulas habilitantes) para hacer frente a situaciones dinámicas y altamente especializadas. Asimismo, precisó que tales cláusulas tienen la naturaleza jurídica de actos formalmente legislativos por medio de los cuales el legislador habilita a un órgano del Estado para regular una materia concreta y específica precisando un cuadro o marco de acción definido en donde aquél se deberá desenvolver. En ese sentido, la atribución de dichas facultades normativas a través de un acto formalmente legislativo tiene su fundamento en los artículos 73, fracción XXX, y 90 de la Ley Fundamental que prevén, por una parte, la facultad (residual e implícita) del Congreso de la Unión para expedir toda clase de leyes que estime necesarias con el objeto de hacer efectivas las facultades que se le atribuyen y que le son propias, e incluso, para hacer efectivas todas las demás facultades concedidas por el mismo texto constitucional a los Poderes de la Unión y, por otra, que la Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el mismo Congreso, que regulará la distribución de los negocios del orden administrativo y definirá las bases generales de creación de los órganos administrativos.⁴¹

77. Tomando en consideración lo anterior podemos definirla como aquella ejercida por un órgano de la Administración Pública, habilitado por el Congreso de la Unión, que tiene, por regla general, como producto una norma jurídica nueva, abstracta, impersonal e imparcial, de observancia general, que no se agotará en su aplicación a casos concretos, la cual deberá hacer frente a situaciones dinámicas y altamente especializadas, y que estará inserta en el sistema jurídico mexicano.

78. Con esta definición podemos incorporar al concepto multicitado los conceptos característicos de la cláusula habilitante. Eso es, que son normas emitidas por un órgano de la

⁴¹ Décima Época, Registro: 2000202, Tipo de Tesis: Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, Tesis: 1a. XXII/2012 (10a.), Página: 649. México.

Administración Pública habilitado por el Congreso de la Unión con base en los artículos 73, fracción XXX y 90 de la Constitución, en razón de que el legislador considero que el desarrollo eficiente de la legislación no podría ocurrir en sede legislativa en estricto sentido por su especificidad y dinamismo.⁴² Por tales motivos es que las cláusulas habilitantes son utilizadas sin que ello implique una violación al principio de división de poderes o un menoscabo a derechos fundamentales como veremos en el capítulo siguiente.

II.2.3.3 Facultad regulatoria

79. Por último, nos queda por definir que ha de entenderse por facultad regulatoria. Para ello resultan oportunos los siguientes precedentes derivados del asunto referido:

INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). SU FUNCIÓN REGULATORIA ES COMPATIBLE CON UNA CONCEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES EVOLUTIVA Y FLEXIBLE. El principio de división de poderes previsto en el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es útil para controlar las relaciones jurídicas entre los Poderes; no obstante, sus implicaciones normativas no se obtienen mediante la modalidad de interpretación literal de la Norma Fundamental, por resultar insuficiente para capturar la integridad del parámetro de control de la validez a que da lugar. Por ello, en tanto elemento articulador del Estado, es necesario acudir a sus fines como un instrumento de limitación y de ordenación del poder público -tanto negativa, en cuanto lo limita, como positiva, en cuanto genera posibilidades creativas de actuación-, para poder apreciar sus consecuencias normativas. Así, al tratarse de un principio evolutivo, con un contenido flexible, puede adaptarse a cada momento histórico y proyectar su ideal regulativo de pesos y contrapesos a cada arreglo institucional constitucional, toda vez que la arquitectura del poder público no es estática, sino dinámica. *Pues bien, el Constituyente Permanente, atento a las necesidades de la sociedad, mediante la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013 al*

⁴² Algunos precedentes judiciales consideran que las normas jurídicas producidas en virtud de una cláusula habilitante constituyen actos formal y materialmente legislativos (Tesis con rubro: “**CLÁUSULAS HABILITANTES. CONSTITUYEN ACTOS FORMALMENTE LEGISLATIVOS**”). Al respecto consideramos esta conclusión errónea como esgrimiremos adelante.

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 para atender las distorsiones de éste, 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. En consecuencia, cuando el artículo 28, párrafo vigésimo, fracción IV, de la Constitución Federal establece que el IFT podrá emitir disposiciones administrativas de carácter general exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia, debe reconocer a este órgano constitucional que tiene la facultad cuasi legislativa necesaria para su fin institucional, denominada facultad regulatoria, cuyos límites en relación con las facultades de producción normativa de los otros Poderes, por ejemplo del Legislativo, deben determinarse caso por caso, buscando siempre un balance. Sin embargo, cualquier afirmación en torno a que no puede ejercer una facultad de producción normativa de carácter general, por la única razón de que la facultad legislativa sea monopolio exclusivo del Poder Legislativo debe rechazarse, ya que el órgano regulador tiene asignada en el texto constitucional una facultad regulatoria que debe garantizarse en el margen necesario para cumplir sus fines institucionales a costa de lo que decidan en contrario los otros Poderes, lo que incluye necesariamente la capacidad de emitir reglas generales, abstractas e impersonales, condicionándose la validez competencial de sus actos y normas a que se inserten en el ámbito material de la regulación y no se extralimite invadiendo la facultad legislativa del Congreso de la Unión, definida en el artículo 73 constitucional. Así, el principio de división de poderes busca limitar el poder mediante la idea reguladora de pesos y contrapesos, esto es, a través de una cierta idea de balances que impida la concentración del poder, al mismo tiempo que posibilite la generación creativa de competencias públicas para la realización del bien común, balance que debe buscarse

progresivamente, para determinar el alcance de las facultades del IFT en cada caso concreto.⁴³

INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). CARACTERIZACIÓN CONSTITUCIONAL DE SUS FACULTADES REGULATORIAS. Del listado de facultades previstas en el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte que el IFT no tiene asignada una función jurídica preponderante, sino que conjunta las tres clásicas: la de producción de normas generales, la de aplicación y la de adjudicación, siendo la primera la que corresponde propiamente a su función regulatoria, respecto de la cual en la norma constitucional hay referencia textual a dos tipos: 1) internas; y, 2) externas. Ahora bien, el precepto indicado, en su párrafo vigésimo, fracción III, establece que aquél emitirá su propio estatuto orgánico, esto es, producirá regulación interna; por su parte, la fracción IV del párrafo y artículo aludidos establece que podrá emitir disposiciones administrativas de carácter general exclusivamente para cumplir su función regulatoria en el sector de su competencia, es decir, expedirá regulación externa. Ahora bien, estas normas regulatorias tienen un límite material, por el cual sólo puede emitir normas generales en el ámbito de competencias en el que tiene poderes regulatorios, ya que la norma constitucional establece: "exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia"; por tanto, para determinar cuál es su sector de competencia es necesario precisar el criterio rector de su ámbito material de actuación, lo que prevén los párrafos décimo quinto y décimo sexto del artículo 28 mencionado en tres rubros: a) El desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones; b) 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 6o. y 7o. de la Constitución; y, c) En materia de competencia económica de los sectores de

⁴³ Décima Época, Registro: 2010672, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, Tesis: P./J. 45/2015 (10a.), Página: 38. México.

radiodifusión y telecomunicaciones. Por otra parte, sus facultades regulatorias tienen un límite jerárquico, pues el artículo 28 citado precisa que las disposiciones administrativas de carácter general que puede emitir dentro del sistema de fuentes jurídicas se encuentran por debajo de la Constitución y, en un peldaño inferior, también debajo de las leyes emitidas por el Congreso de la Unión. Así, el órgano referido tiene la facultad constitucional de emitir disposiciones administrativas de carácter general exclusivamente para cumplir su función regulatoria en el sector de su competencia, constituyendo sus disposiciones generales una fuente jurídica jerárquicamente inferior a las leyes emitidas por el Congreso con fundamento en el artículo 73, fracción XVII, de la Constitución Federal, a cuyos términos debe ajustarse dicho órgano constitucional autónomo, en términos del invocado artículo 28.⁴⁴

INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES. LOS ACUERDOS MEDIANTE LOS CUALES EL PLENO DE ESE ÓRGANO EMITE LA METODOLOGÍA PARA EL CÁLCULO DE COSTOS DE INTERCONEXIÓN Y DETERMINA LAS TARIFAS PARA CIERTOS PERIODOS, TIENEN LA NATURALEZA DE RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS DE CARÁCTER TÉCNICO INSERTAS EN EL RÉGIMEN REGULATORIO. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la controversia constitucional 117/2014, estableció que en términos del artículo 28, párrafo vigésimo, fracciones III y IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Instituto Federal de Telecomunicaciones, dada la habilitación de que constitucionalmente se le dotó como órgano regulador autónomo en el sector de su competencia, cuenta con atribuciones para expedir ordenamientos normativos propios, que corresponden a sus ámbitos interno y externo. En cuanto al primero, esa autoridad tiene el poder de emitir su estatuto orgánico y, por lo que toca al segundo, puede expedir disposiciones administrativas de carácter general en temas técnicos y especializados para el cumplimiento de sus funciones, entre las que se encuentran

⁴⁴ Décima Época, Registro: 2010670, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, Tesis: P./J. 44/2015 (10a.), Página: 36. México.

los acuerdos por los que el Pleno de dicho instituto emite la metodología para el cálculo de costos de interconexión y determina las tarifas para ciertos periodos, con base en los artículos 15, fracción I, 131 y 137 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión. Por su naturaleza, estas resoluciones no agotan sus efectos por su aplicación en un caso particular, sino que están insertas en el régimen regulatorio, integrado por un conjunto de directrices técnicas y metodologías a utilizarse en esquemas normativos generales, impersonales y abstractos, aplicables cada vez que la autoridad resuelva desacuerdos de interconexión entre concesionarios en materia de telecomunicaciones.⁴⁵

[Énfasis añadido]

80. Asimismo, consideramos que muchos de los elementos que utilizaremos para definirla pueden provenir del párrafo 80 de la controversia constitucional 117/2014, el cual establece que las disposiciones regulatorias tienen como producto un “*cuerpo de reglas generales, abstractas e impersonales, que no se agotan con una única aplicación, sino justamente están diseñadas para servir como reglas para un número indeterminado de aplicaciones, ya que buscan reglamentar [el sector de su competencia].*”

81. Por consiguiente, podemos definir a la facultad regulatoria como aquella ejercida por Cofece o IFT que tiene, por regla general, como producto una norma jurídica nueva, abstracta, general, impersonal e imparcial, de observancia general, que no se agotará en su aplicación a casos concretos, para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia, y que estará inserta en el sistema jurídico mexicano.

82. En nuestra definición obviamos la parte establecida en los precedentes y en la misma controversia constitucional 117/2014, los cuales determinan que la facultad regulatoria se encuentra sujeta a los principios de subordinación jerárquica de ley y reserva de ley —*de facto*. Ello se debe a que estimamos esa sujeción como incorrecta como hablaremos en el capítulo siguiente al diferenciar cada una de estas con base en las definiciones planteadas, así como en la doctrina y precedentes aplicables.

⁴⁵ Décima Época, Registro: 2012276, Tipo de Tesis: Aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 33, Agosto de 2016, Tomo IV, Tesis: I.1o.A.E.168 A (10a.), Página: 2584. México.

II.3 Análisis del ámbito normativo de las facultades legislativas en materia de competencia económica

II.3.1 Facultad legislativa *stricto sensu*

83. En atención a las facultades de innovación normativa que tiene el Congreso de la Unión en otras materias distintas a competencia, y en vista del marco jurídico actual en materia de competencia económica podríamos concluir que la facultad legislativa *stricto sensu*, es aquella con la mayor libertad de innovación normativa y mayor jerarquía posible.

84. Sin embargo, la aseveración anterior, en materia de competencia económica es inadecuada. Esto debe a que el hecho que el marco jurídico actual establecido por la LFCE haga suponer eso, se debe a un ejercicio inconstitucional —que nunca fue controvertido por Cofece o el IFT como mencionamos en el primer capítulo— de sus facultades legislativas, y no porque sea la facultad legislativa *stricto sensu* con mayor libertad de innovación normativa y mayor jerarquía posible; al contrario, esta facultad y la facultad regulatoria de Cofece e IFT se encuentran en un mismo nivel jerárquico como analizamos en el capítulo introductorio.

85. A manera de ejemplo de este ejercicio inconstitucional de las facultades legislativas del Congreso de la Unión, realizamos una comparación de preceptos contenidos en la Constitución contra algunos contenidos en la LFCE en los párrafos siguientes.

86. En primer lugar, el artículo 28, párrafo decimocuarto, de la Constitución establece lo siguiente:

El Estado contará con una Comisión Federal de Competencia Económica, que será un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tendrá por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, en los términos que establecen esta Constitución y las leyes. ***La Comisión contará con las facultades necesarias para cumplir eficazmente con su objeto, entre ellas las de ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; regular el acceso a insumos esenciales, y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los***

agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos.

87. En la parte conducente se establece que la Cofece, y por transitividad el IFT, en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, contará con las facultades necesarias para: **(i)** ordenar las medidas para eliminar las barreras a la competencia y libre concurrencia y, **(ii)** regular el acceso a insumos esenciales. Esto quiere decir que una vez detectada una barrera a la competencia y libre concurrencia podrá la Cofece o el IFT ordenar su eliminación, ya sea a un ente público o a un gobernado pues el texto constitucional no hace ninguna distinción sobre ello. Para el segundo supuesto, una vez determinado que existe un insumo esencial en cierto sector la Cofece o el IFT, podrá regular el acceso al mismo.

88. Sin embargo, ello en la práctica no ha sucedido y posiblemente no suceda puesto que el artículo 94, fracción VII, incisos a) y c), de la LFCE establece lo siguiente:

a) Recomendaciones para las Autoridades Públicas.

Las resoluciones en las que la Comisión determine la existencia de disposiciones jurídicas que indebidamente impidan o distorsionen la libre concurrencia y competencia en el mercado, deberán notificarse a las autoridades competentes para que, en el ámbito de su competencia y conforme los procedimientos previstos por la legislación vigente, determinen lo conducente. Estas resoluciones deberán publicitarse; [...]

c) La determinación sobre la existencia de insumos esenciales y lineamientos para regular, según sea el caso, las modalidades de acceso, precios o tarifas, condiciones técnicas y calidad, así como el calendario de aplicación, o [...]

89. Lo que muestra este precepto es una disolución de las facultades otorgadas directamente de la Constitución a Cofece e IFT. En el primer caso, a diferencia de lo que establece la Constitución, Cofece e IFT no pueden ordenar la eliminación de barreras a la competencia y libre concurrencia, en caso que estas sean ocasionadas por autoridades públicas, sino que sólo podrá determinar que una disposición jurídica está impidiendo o distorsionando indebidamente la libre concurrencia y competencia en el mercado. Después de esa determinación deberá notificar a la autoridad competente —i.e. autoridad emisora de la barrera—, para que ésta determine lo conducente, que bien podría ser no eliminar la barrera e

incluso intensificar dicha barrera. En el segundo caso acontece lo mismo, en caso de determinar la existencia de un insumo esencial dará cuenta de ello y propondrá los lineamientos para regularlo, en los cuales, en su caso, establecerá las formas de acceso, los precios o tarifas, condiciones técnicas y calidad que deba prestarse dicho bien o servicio. Posteriormente, la Cofece o el IFT deberá dar cuenta de esa resolución a las autoridades emisoras e involucradas para que resuelvan lo conducente. Ello, a nuestro juicio, representa una transgresión al texto constitucional, pero que no fue controvertido en tiempo y forma por Cofece o el IFT mediante una controversia constitucional, o por medio de un juicio de amparo promovido por algún agente económico involucrado en algún proceso de estos órganos.

90. Estas afirmaciones se sustentan en el hecho que el Congreso de la Unión no cuenta con facultades de configuración normativa amplia en materia de competencia económica, como sí lo tiene en otras materias. En específico, basta una simple lectura del artículo 73 de la Constitución para dar cuenta que en ninguna fracción se prevé la facultad de legislar en materia de competencia económica.

91. Sin embargo, la forma de sustentar la validez parcial de la LFCE, a pesar de una ausencia de facultad expresa para regular en materia de competencia económica, se encuentra en la fracción XXX, del artículo 73 de la Constitución, dado que ese precepto establece que el Congreso de la Unión tiene facultad para “[p]ara expedir todas las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores, y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión.”

92. En ese sentido, el Congreso de la Unión, a pesar de no contar con la facultad expresa, si puede emitir una ley en materia de competencia económica, pero ello no implica que el contenido será de configuración normativa innovadora y amplia en la materia, sino que deberá acotarse a hacer efectivas las facultades concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión, dentro de los cuales, por la imposibilidad de contradicción de la Constitución, se encuentran Cofece e IFT.

93. En atención a lo anterior, la ley que debió emitir el Congreso de la Unión, más que asemejarse a la actual LFCE, se tuvo que haber asemejado a una ley cuyo objetivo sea el de desarrollar los procedimientos y herramientas de la Cofece e IFT. Esto se debe a que habilita las facultades legislativas de un órgano en específico, no sólo otorga facultades, sino que

implícitamente determina el contorno de los límites del ejercicio de la misma. En el caso que nos ocupa la habilitación de las facultades legislativas del Congreso de la Unión se encuentra: en sentido positivo (norma habilitantes), el artículo 73, fracción XXX, y, en sentido negativo (norma restrictiva, i.e. facultades legislativas exclusivas de Cofece y el IFT en materia de competencia económica) en el artículo 28, párrafos decimocuarto y decimosexto; en específico, los objetos de Cofece y del IFT⁴⁶ ambos de la Constitución.

94. Siguiendo ese orden de ideas, podemos concluir que en virtud de los preceptos señalados, la ley que emita el Congreso de la Unión deberá desarrollar: **(i)** las facultades y procedimientos necesarios para, eficazmente, garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados;⁴⁷ y, **(ii)** dentro de éstas no puede omitir las de poder ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; regular el acceso a insumos esenciales, así como la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos.⁴⁸ Lo anterior, sin trastocar, aquellos elementos que se consideren dentro del objetivo de Cofece e IFT que deba ser regulado por éstos mediante su facultad regulatoria.

95. Aunque, aparentemente podemos encontrar esos elementos en la actual LFCE; estos no son cumplidos a cabalidad debido a dos cuestiones. La primera es que, el mandato constitucional establece que el Congreso de la Unión debe desarrollar, en la ley que emita, las facultades necesarias para que Cofece e IFT cumplan su objeto de forma eficaz; situación que no acontece en la LFCE actual desde nuestra óptima, como indicaremos en el capítulo siguiente. Y, la segunda, como hemos adelantado en los párrafos anteriores, es que la LFCE: **(i)** diluye las facultades que la norma constitucional establece de forma explícita en favor de Cofece e IFT; y **(ii)** regula el ámbito normativo que podrá acaparar la facultad regulatoria, contrario a lo previsto por la Constitución.

⁴⁶ No incluimos el párrafo decimoquinto del artículo 28 de la Constitución en este análisis por ser distinta la situación de la regulación en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, a aquella en materia de competencia económica.

⁴⁷ Artículo 28, párrafo decimocuarto de la Constitución.

⁴⁸ Ídem.

96. Hay quienes argumentan que, en efecto, la LFCE está por encima de las disposiciones regulatorias y por ello las segundas deben limitarse a lo establecido por las primeras, salvo que no haya nada establecido. Diferimos con esa opinión siguiendo la “teoría de la intensidad de la reserva”.⁴⁹ La teoría de la intensidad de la reserva analiza el grado que tiene una u otra reserva en determinada situación jurídica, y distingue que, en ciertas situaciones, la intensidad con la que opere una reserva podrá ser mayor o menor, según sea el caso. En relación con esto, el ahora Ministro del Tribunal Constitucional de Chile, Gonzalo García Pino, identificó cuatro clasificaciones (tipos) de reservas, a saber:⁵⁰

“(i) **Reservas complementarias:** ellas se caracterizan, en general, por un mandato constitucional en donde el núcleo del derecho lo define el propio texto fundamental abandonando su complemento a otra facultad legislativa, de modo que el derecho se ve perfeccionado cuando un producto normativo que regula dicho derecho existe. El ámbito de otra facultad materialmente legislativa, es aquí mucho menor.

(ii) **Reservas limitativas:** se caracterizan por el hecho de que el constituyente autoriza a un órgano para establecer deslindes al contenido del derecho. Es una reducción impuesta exteriormente al contenido del derecho o libertad objeto de reconocimiento constitucional, mediante la exclusión de determinados supuestos fuera del ámbito de protección en virtud de una expresa habilitación constitucional. Otra facultad materialmente legislativa, tiene también aquí un ámbito de creatividad estrecho.

(iii) **Reservas regulatorias:** se caracterizan por el mandato constitucional, que le permite a un órgano guiar la configuración de derecho supeditado siempre a los

⁴⁹ Esta tesis es sostenida por Gonzalo García Pino, Ministro del Tribunal Constitucional de Chile, en Gonzalo García Pino, *La Reserva Legal de los Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo Contra la Administración?*, Primera Edición, Tesis de Posgrado (Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho., 1995). Citado por: Carlos Carmona Santander, «Un nuevo estadio en la relación Ley-Reglamento: el ámbito del reglamento», *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, 2001. 187-188.; y por Jorge Grunberg Pilowsky, «La Potestad Reglamentaria del Tribunal de Defensa de la Competencia: Un Tema Conflictivo en la Reforma al Decreto Ley 211», *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, 66 (2004). 233-234.

⁵⁰ La siguiente clasificación fue obtenida de Carmona Santander, «Un nuevo estadio en la relación Ley-Reglamento: el ámbito del reglamento». 187 y 188. Citando a García Pino, *La Reserva Legal de los Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo Contra la Administración?* 227-229. Las adiciones a estas definiciones fueron en el sentido de indeterminar al sujeto que las emitía a efecto de hacerlas más aplicables a la situación que distintos órganos son dotados con facultades materialmente legislativas desde la Constitución.

finos y objetivos que la Constitución le establece, entre otros, el respeto a la esencia del derecho. En consecuencia, ese órgano es quien determina qué cuestiones precisas quedan subordinadas a su producto normativo, y en aquellos aspectos que no puedan ser resueltos por ella, justificadamente, se las entrega a otra facultad materialmente legislativa, para perfeccionar la regulación y que sea posible su eficacia. Aquí las otras facultades materialmente legislativas, tiene un espacio mayor.

(iv) Reservas negativas: ellas constituyen claramente prohibiciones; ello implica que al órgano designado se le limita explícitamente para atribuir competencias en la materia que precisa la Constitución, v. gr. “la ley no podrá establecer diferencias arbitrarias”. Las otras facultades materialmente legislativas, tiene en este tipo de reserva la misma restricción que la ley que ejecuta; por lo mismo, su grado de intervención es menor.”⁵¹

97. De estos cuatro tipos de reservas, tres⁵² son catalogadas como reservas absolutas, lo cual significa que la Constitución “exige a [una facultad materialmente legislativa] una regulación exhaustiva, de modo que el espacio no lo llene [una facultad legislativa distinta].”⁵³ Por lo que hace a la reserva regulatoria, ésta es clasificada como reserva relativa, pues la Constitución establece, en esos casos, que “la [facultad materialmente legislativa] sólo debe abordar las materias que [...] expresamente le encargo abordar. Y dentro de esas, sólo debe regular las bases esenciales del ordenamiento jurídico lo demás, queda entregado [otra facultad materialmente legislativa]”.⁵⁴

98. En ese sentido, el producto de la facultad legislativa *stricto sensu* le debe a la Constitución, en materia de competencia económica, reserva legal complementaria, pues el texto constitucional desarrolla en un primer momento en el contenido de las facultades de Cofece e IFT y deja a la ley, en un segundo tiempo, la tarea de seguir desarrollándolas y complementándolas. Ahora, por lo que respecta a la facultad legislativa *stricto sensu* ésta tiene

⁵¹ Ídem.

⁵² Las complementarias, limitativas y negativas.

⁵³ Grunberg Pilowsky, «La Potestad Reglamentaria del Tribunal de Defensa de la Competencia: Un Tema Conflictivo en la Reforma al Decreto Ley 211». 230.

⁵⁴ Ídem.

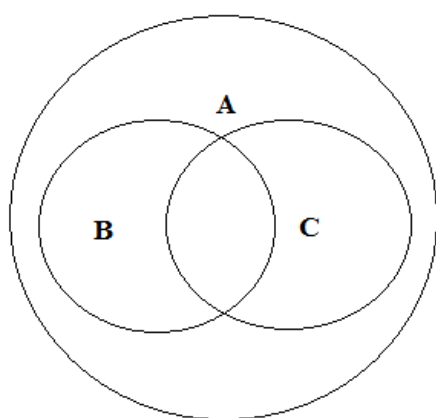
a su favor un deber de reserva regulatoria por parte del producto de la facultad regulatoria establecido por el Constituyente.

99. En esa situación la LFCE es el instrumento en donde se establecerán los procedimientos y desarrollará las facultades necesarias y adicionales a las establecidas en el texto constitucional para Cofece e IFT para cumplir eficazmente con su objeto en materia de competencia económica. Sin embargo, como señalábamos esa reserva de tipo negativo, o cualquier otra, no es transportable al ejercicio de la facultad regulatoria, pues es distinto el ámbito de discrecionalidad de Cofece e IFT cuando sanciona o crea normas administrativas de carácter general.

100. Por tanto, la Cofece y el IFT, en uso de su facultad regulatoria, tendrá que emitir la regulación exhaustiva que requiera la materia de competencia económica de conformidad con sus objetos establecidos en los párrafos decimocuarto y decimosexto del artículo 28 de la Constitución, y no el Congreso de la Unión como sucede actualmente con su regulación *ultra vires*.

101. En atención a lo anterior, podemos concluir que el ámbito normativo que puede configurar el Congreso de la Unión debe ser desarrollar las facultades constitucionales de Cofece e IFT, así como establecer procedimientos a que deberán ceñirse estos OCAs. De forma gráfica, esto se puede visualizar de la siguiente manera:

Gráfica 6. Ámbito de la facultad legislativa *stricto sensu* y de la facultad regulatoria



A. Ámbito de libertad de configuración normativa de la Constitución.

B. Ámbito de libertad de configuración normativa de la LFCE.

C. Ámbito de libertad de configuración normativa de las Disposiciones Regulatorias.

Fuente: Elaboración propia.

II.3.2 Facultad reglamentaria

102. De manera preliminar, cabe destacar que a nuestro considerar Cofece e IFT son parte de la administración pública, así como otros OCAs. Ello lo determinamos en función de las facultades que tenga dicho órgano, por lo que en el caso de Cofece e IFT sus facultades regulatorias son administrativas, en ese sentido debemos entender que los estos OCAs son de naturaleza administrativa. Por el contrario, existen otros OCAs de distinta naturaleza como lo es el Tribunal Electoral, el cual tiene naturaleza judicial.

103. La facultad reglamentaria del Ejecutivo Federal tras la reforma constitucional ha sido considerada, por algunos,⁵⁵ como extinta o absorbida por Cofece e IFT, por medio de las disposiciones regulatorias. Aunque el marco normativo actual de competencia económica, ausente de reglamento, haga suponer eso consideramos que no es adecuado estimar que la facultad reglamentaria del Ejecutivo Federal fue absorbida por Cofece e IFT.

104. Esto se debe a que, en primer lugar, la facultad reglamentaria del Ejecutivo Federal no se puede entender como absorbida por Cofece e IFT porque: **(i)** nunca fue delegada de forma expresa por parte del Ejecutivo Federal a esos órganos; y, **(ii)** las disposiciones regulatorias no pueden ser consideradas como un reglamento, ya que éstas son habilitadas por un precepto constitucional distinto y su ámbito no se acota a desarrollar y ejecutar una ley.

⁵⁵ Cfr. Josefina Cortés Campos, «La Administración Pública: Una Categoría Normativa en Reconstrucción», en *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Primera Edición, Tomo II: Estudios Jurídicos (México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Instituto Belisario Domínguez., 2017). 85, quien en ese momento opinó que:

[d]e esta forma, se ha producido una reasignación de la facultad reglamentaria; mientras que en el modelo constitucional previo a las reformas el Ejecutivo era el único órgano que ejercía, con fundamento en el artículo 89, la citada facultad, hoy se acepta constitucionalmente que la facultad reglamentaria sea ejercida, por los órganos constitucionales autónomos (entre ellos la Comisión Federal de Competencia Económica, y el Instituto Federal de Telecomunicaciones) y con la correspondiente limitación (exclusión) del poder reglamentario del Ejecutivo Federal.

Esto es contrario a la postura del Ministro José Ramón Cossío, en su voto aclaratorio en la resolución de la controversia 117/2014; en específico, de la siguiente parte en la cual señala que no puede entenderse la facultad regulatoria como la facultad reglamentaria contenida en el artículo 89, fracción I, de la Constitución:

[a]sí tampoco me parece adecuado el término “facultad reglamentaria” del IFTel usado en la sentencia pues induce a pensar que su facultad regulatoria pudiese derivarse del artículo 89 I, lo cual también es incorrecto, pues como ya lo dijimos, la facultad regulatoria del IFTel surge de manera directa del balance de los distintos párrafos del artículo 28 en particular en fracción IV del párrafo 20, y su párrafos 11 y 15, por lo que la facultad de emisión de disposiciones generales en ejercicio de su competencia podría denominarse, simplemente, facultad regulatoria en materia de telecomunicaciones.

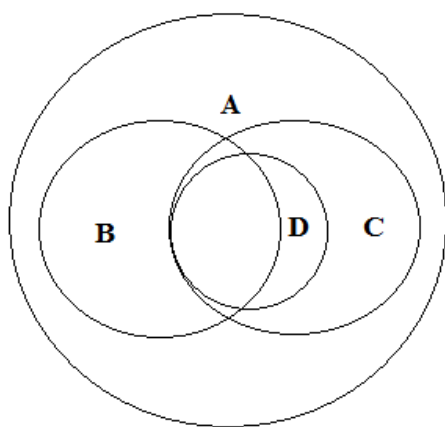
105. En segundo lugar, tampoco se puede entender que la facultad reglamentaria está extinta por corresponderle la aplicación de la LFCE a dos órganos constitucionales autónomos, pues ello no significa que Cofece e IFT no sean parte de la administración pública federal a que hace referencia los artículos 89, fracción I y 90 de la Constitución.⁵⁶

106. Por consiguiente, el ejercicio de la facultad reglamentaria en materia de competencia económica será idéntico al de cualquier otra materia. Ello significa que el reglamento que llegue a existir de la LFCE, desarrollará y ejecutará los procedimientos y las facultades que haya atribuido adicionalmente la ley a Cofece e IFT.

107. En ese sentido, la relación que tendrán los órganos encomendados en materia de competencia económica con el reglamento será aplicable a su discrecionalidad ejercida en sus facultades de investigación, y resolución, pero no a las facultades regulatorias.

108. Lo anterior se debe a que la discrecionalidad que cuenta Cofece e IFT para ejercer su facultad regulatoria es distinto a aquel en sus facultades de investigación y resolución — materialmente jurisdiccionales y ejecutivas—, siendo que en la materialmente legislativa su validez se encuentra de forma directa en la Constitución, y subsidiariamente en la LFCE.

Gráfica 7. Ámbito de la facultad reglamentaria.



A. Ámbito de libertad de configuración normativa de la Constitución.

B. Ámbito de libertad de configuración normativa de la LFCE.

C. Ámbito de libertad de configuración normativa de las Disposiciones Regulatorias.

D. Ámbito de libertad de configuración normativa de la facultad reglamentaria.

Fuente: Elaboración propia.

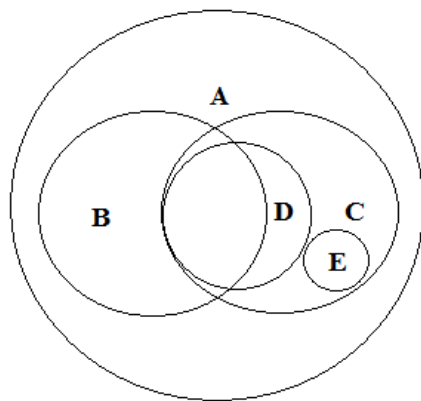
⁵⁶ En específico, consideramos que Cofece e Ifotel son parte de la administración pública federal porque sus facultades reciben la connotación de “administrativas” de forma directa en la Constitución, como se muestra en el párrafo vigésimo, fracción IV, del artículo 28. No obstante, cabe resaltar que esto es una discusión abierta en la que aún no ha habido pronunciamiento jurisdiccional o doctrinal al respecto.

II.3.3 Cláusulas habilitantes

109. El ámbito que pueden llegar a tener las cláusulas habilitantes en materia de competencia económica será aquél que el Congreso de la Unión en uso de sus facultades legislativas *stricto sensu* decida brindarle, el cual podrá ser sólo igual o menor a aquellas del legislador. Esto significa que la habilitación que se pueda realizar a otro órgano público podrá configurar la normativa aplicable de la misma forma que el legislador, o menos que éste si así lo prevé, pero no podrá tener mayor libertad configurativa que el órgano que lo facultó.

110. En ese sentido, la relación que pueda llegar a tener el producto de las cláusulas habilitantes con las demás facultades materialmente legislativas, dependerá de la libertad que el Congreso de la Unión le otorgue. En el escenario en que el legislador ceda la totalidad de sus facultades a otro órgano, la relación que este tenga con el reglamento será la misma que tiene la ley, y lo mismo ocurriría con las facultades sancionatorias de Cofece e IFT. Por el contrario, si el legislador no cede en su totalidad sus facultades a ese órgano, el producto de las cláusulas habilitantes deberá verificar los requisitos de validez establecidos por el Congreso de la Unión, y dependiendo de su ámbito de libertad configurativa podrá hacer las veces de la ley en relación con el reglamento y las facultades sancionatorias de Cofece e IFT.

Gráfica 8. Ámbito de las cláusulas habilitantes.⁵⁷



A. Ámbito de libertad de configuración normativa de la Constitución.

B. Ámbito de libertad de configuración normativa de la LFCE.

C. Ámbito de libertad de configuración normativa de las Disposiciones Regulatorias.

D. Ámbito de libertad de configuración normativa de la facultad reglamentaria.

E. Ámbito de libertad de configuración normativa de las cláusulas habilitantes.

Fuente: Elaboración propia.

⁵⁷ Cabe resaltar que en algunos casos E podría estar afuera de C y dentro de A, cuando sus facultades sean otorgadas directamente en la constitución.

II.3.4 Facultad regulatoria

111. Como hemos adelantado la facultad regulatoria de Cofece e IFT cuenta con una mayor libertad configurativa y distinta a como ha sido ejercida. Para este tipo de facultades el Constituyente fue el que estableció de forma directa que su ejercicio debía ser en los términos determinados por la Constitución y por las leyes. Sin embargo, como hemos indicado, el ámbito de discrecionalidad con el que cuenta Cofece e IFT en este tipo de facultades no puede considerarse idéntico a aquel con el que investiga, y en su caso resuelve.

112. Por tanto, hemos de distinguir con qué intensidad aplica la reserva legal en cada caso. Para la facultad regulatoria es una reserva regulatoria, pues el Constituyente señaló de forma expresa qué vocación tendría la ley que emitiera el legislador. Siendo esas las circunstancias la materia debe ser desarrollada por la facultad regulatoria, y el marco genérico para dar cumplimiento al fin constitucionalmente válido, por la ley. Por lo que respecta a las facultades sancionatorias corresponde una sujeción al principio de jurisdicción, pues el actuar de Cofece e IFT en esos tópicos debe circunscribirse al área delimitada por: **(i)** la Constitución; **(ii)** las leyes; **(iii)** las disposiciones regulatorias emitidas y, **(iv)** y, en su caso, por el reglamento y el producto de las cláusulas habilitantes.

113. Esto último se debe a que las materias en que pueden incidir Cofece e IFT en su actuar sancionatorio no es solo en materia de competencia económica y, por tal motivo, debe ser más regulado y encontrar más contrapesos en la normativa emitida por distintos órganos, pues se relaciona con distintos derechos fundamentales. En cambio, la facultad regulatoria sólo será utilizada para emitir las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a su función regulatoria en el sector de su competencia.

114. Estas disposiciones para ser constitucionalmente válidas deberán dedicarse a establecer cuestiones técnicas y no auto-otorgarse más facultades o regular los procedimientos bajo los cuales sancionará en otro momento. Esto significa, que el contenido del producto de la facultad regulatoria será únicamente para establecer cuáles serán sus criterios de análisis para dar cumplimiento a su objeto constitucional.

III. POR UNA MEJOR REGULACIÓN EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA (UNA APROXIMACIÓN)

"There you have it -- reforms on unprepared ground, and copied from foreign institutions as well -- nothing but harm!"⁵⁸

El Diablo, en Fyodor Dostoevsky, *The Brothers Karamazov*, Libro 11, Capítulo 9.

115. En este capítulo analizaremos las implicaciones, en materia de derechos humanos, del ejercicio actual de las facultades materialmente legislativas en competencia económica. En la actualidad sólo se han utilizado dos facultades: **(i)** la legislativa *stricto sensu*; y, **(ii)** la regulatoria. Por lo que respecta a la primera, como habíamos señalado en el capítulo anterior, ha sido utilizada de forma *ultra vires* a su objeto constitucional, y, por lo que hace a la facultad regulatoria, ha sido ejercida en forma similar al de una cláusula habilitante; es decir, sólo ha regulado lo que la ley le ha indicado.

116. Esta situación genera una serie de implicaciones en materia de derechos humanos pues, como mostraremos adelante, el artículo 28 de la Constitución establece un derecho humano a la libre competencia y concurrencia de los mercados,⁵⁹ el cual se ve garantizado en el momento que se inhiben y sancionan prácticas anticompetitivas. En oposición a este derecho tenemos a otros dos derechos humanos: **(i)** la libertad de trabajo,⁶⁰ y, **(ii)** la libertad de asociación.⁶¹ El goce de estos derechos es restringido cuando se considera que una práctica empresarial es anticompetitiva,⁶² en aras de optimizar el goce del derecho a la libre competencia y concurrencia de los mercados.

117. Para esto, con base en las características planteadas en el capítulo anterior analizaremos, con base en un «*test de proporcionalidad*», si con un marco normativo en el que

⁵⁸ Traducción libre al español: "Ahí lo tienes – reformas sin preparación, así como copiadas de instituciones de otros países –, ¡no son más que dañinas!".

⁵⁹ En ese mismo sentido opina que se encuentra un derecho fundamental en ese artículo Castro, Juventino V., Amparo y Garantías, (buscar edición) y Tron Petit, Jean Claude, Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana I, 741 y sigs.

⁶⁰ Este derecho se encuentra contenido en el artículo 5 de la Constitución.

⁶¹ Este derecho se encuentra contenido en el artículo 9 de la Constitución.

⁶² I. e. cuando se demuestra que una conducta como el establecimiento de descuentos por lealtad, la fusión con una empresa competidora, la negociación de tarifas o estándares de calidad entre competidores, etcétera, tiene mayores efectos anticompetitivos que sus posibles ganancias en eficiencia.

se empleen todas las facultades materialmente legislativas habría una restricción constitucionalmente válida a las libertades de trabajo y de asociación, así como una mejor optimización del derecho a la libre competencia y concurrencia de los mercados. En este punto haremos especial hincapié en discernir si es mejor que la LFCE regule los aspectos técnicos en materia de competencia económica o lo haga Cofece e IFT en ejercicio de su facultad regulatoria, o bien se establezca, en su defecto, estándares abiertos para dichos propósitos.

118. En esencia, lo que proponemos es que, ante la indeterminación de los alcances de las distintas facultades legislativas, se emplee un test de proporcionalidad a efecto de determinar el marco regulatorio más efectivo y menos lesivo en una materia correspondiente.

III.1 Test de proporcionalidad⁶³

III.1.1 Marco normativo actual

III.1.1.1 Fin constitucionalmente válido

119. La LFCE actual y las disposiciones regulatorias buscan garantizar la libre competencia y concurrencia de los mercados, lo cual está reconocido por el artículo 28 de la Constitución. Por consiguiente, sí se cumple con la primera etapa de este test, pues dichos productos legislativos persiguen una finalidad reconocida de forma directa por la Carta Magna.

120. Al respecto la Primera Sala de la SCJN determinó que:

PRIMERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. IDENTIFICACIÓN DE UNA FINALIDAD CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA. Para que las intervenciones que se realicen a algún derecho fundamental sean constitucionales, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, además de que debe lograr en algún grado la consecución de su fin, y no debe limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Ahora bien, al realizar este

⁶³ En esta sección nos basamos en la tesis de Robert Alexy sustentada en Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, Segunda Edición (España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014). 91 y ss.; y su desarrollo por parte de Carlos Bernal Pulido en Carlos Bernal Pulido, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Cuarta Edición (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2014). 779 y ss. Asimismo, la SCJN ha reconocido la aplicación del mismo en los criterios emanados del amparo en revisión 237/2014 conocido por la Segunda Sala de ese Máximo Tribunal.

escrutinio, debe comenzarse por identificar los fines que persigue el legislador con la medida, para posteriormente estar en posibilidad de determinar si éstos son válidos constitucionalmente. Esta etapa del análisis presupone la idea de que no cualquier propósito puede justificar la limitación a un derecho fundamental. En efecto, los fines que pueden fundamentar la intervención legislativa al ejercicio de los derechos fundamentales tienen muy diversa naturaleza: valores, intereses, bienes o principios que el Estado legítimamente puede perseguir. En este orden de ideas, los derechos fundamentales, los bienes colectivos y los bienes jurídicos garantizados como principios constitucionales, constituyen fines que legítimamente fundamentan la intervención del legislador en el ejercicio de otros derechos.⁶⁴

III.1.1.2 Idoneidad

121. Tanto la LFCE actual, como las disposiciones regulatorias vigentes, han logrado garantizar el fin constitucionalmente válido señalado en la primera etapa de este test. Por tales motivos, podemos concluir que esta etapa también se cumple. Esto se debe a que, en efecto, el marco normativo actual ha servido para, en mayor o menor medida, garantizar el derecho reconocido en el 28 constitucional.

122. Sobre este punto la Primera Sala de la SCJN determinó que:

SEGUNDA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA IDONEIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA. Para que resulten constitucionales las intervenciones que se realicen a un derecho fundamental, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, lograr en algún grado la consecución de su fin y no limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Por lo que hace a la idoneidad de la medida, en esta etapa del escrutinio debe analizarse si la medida impugnada tiende a alcanzar en algún grado los fines perseguidos por el legislador. En este sentido, el examen de idoneidad presupone la existencia de una relación

⁶⁴ Décima Época, Registro: 2013143, Tipo de Tesis: Aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Tesis: 1a. CCLXV/2016 (10a.), Página: 902. México.

entre la intervención al derecho y el fin que persigue dicha afectación, siendo suficiente que la medida contribuya en algún modo y en algún grado a lograr el propósito que busca el legislador. Finalmente, vale mencionar que la idoneidad de una medida legislativa podría mostrarse a partir de conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas.⁶⁵

III.1.1.3 Necesidad

123. En esta etapa sostenemos que la alternativa al marco normativo actual es el propuesto, el cual se deberá configurar por una LFCE menos técnica, unas disposiciones regulatorias que aborden cuestiones relacionadas directamente con el objeto constitucional de Cofece e IFT, un reglamento y, en su caso, el producto de cláusulas habilitantes.

124. Este marco normativo, a nuestro parecer, sería menos restrictivo para las libertades de trabajo y asociación, pues se prevendría de sancionar falsos positivos en la menor medida posible dado que el análisis para ser legal y constitucional tendría que atender a la teoría prevaleciente, la cual se ha dedicado a buscar la forma de sólo sancionar a quién, en efecto, se le pueda imputar responsabilidad en términos de la legislación en materia de competencia económica.

125. Al respecto la Primera Sala de la SCJN determinó que:

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

⁶⁵ Décima Época, Registro: 2013152, Tipo de Tesis: Aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Tesis: 1a. CCLXVIII/2016 (10a.), Página: 911. México.

en primer lugar, si existen otros medios igualmente idóneos para lograr los fines que se persiguen y, en segundo lugar, determinar si estas alternativas intervienen con menor intensidad el derecho fundamental afectado. Lo anterior supone hacer un catálogo de medidas alternativas y determinar el grado de idoneidad de éstas, es decir, evaluar su nivel de eficacia, rapidez, probabilidad o afectación material de su objeto. De esta manera, la búsqueda de medios alternativos podría ser interminable y requerir al juez constitucional imaginarse y analizar todas las alternativas posibles. No obstante, dicho escrutinio puede acotarse ponderando aquellas medidas que el legislador consideró adecuadas para situaciones similares, o bien las alternativas que en el derecho comparado se han diseñado para regular el mismo fenómeno. Así, de encontrarse alguna medida alternativa que sea igualmente idónea para proteger el fin constitucional y que a su vez intervenga con menor intensidad al derecho, deberá concluirse que la medida elegida por el legislador es inconstitucional. En caso contrario, deberá pasarse a la cuarta y última etapa del escrutinio: la proporcionalidad en sentido estricto.⁶⁶

126. Por consiguiente, consideramos que esta etapa no se cumple. Siendo esa la situación, de acuerdo, con los criterios emitidos por la SCJN deberá estimarse que la medida legislativa es inconstitucional, y no procederse al análisis de la siguiente etapa. Sin embargo, para efectos de claridad en nuestra exposición realizaremos el análisis de la última etapa de este test para robustecer nuestro argumento que el marco normativo actual es el más gravoso para las libertades señaladas y ese agravio no se ve reflejado en un beneficio proporcional al derecho de la libre competencia y concurrencia de los mercados.

III.1.1.4 Proporcionalidad en estricto sentido

127. Para acreditar que esta etapa tampoco se cumple con el marco normativo actual, remitimos al lector a la sección de estudios de casos del presente capítulo con la siguiente pregunta: ¿si no hay punibilidad en términos de la teoría de la competencia económica se está garantizando el derecho a la libre competencia y concurrencia de los mercados con la sanción al presunto responsable?

⁶⁶ Décima Época, Registro: 2013154, Tipo de Tesis: Aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Tesis: 1a. CCLXX/2016 (10a.), Página: 914. México.

128. Al respecto la Primera Sala de la SCJN determinó que:

CUARTA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO DE LA MEDIDA LEGISLATIVA. Para que resulten constitucionales las intervenciones que se realicen a algún derecho fundamental, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, lograr en algún grado la consecución de su fin y no limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Así, una vez que se han llevado a cabo las primeras tres gradas del escrutinio, corresponde realizar finalmente un examen de proporcionalidad en sentido estricto. Esta grada del test consiste en efectuar un balance o ponderación entre dos principios que compiten en un caso concreto. Dicho análisis requiere comparar el grado de intervención en el derecho fundamental que supone la medida legislativa examinada, frente al grado de realización del fin perseguido por ésta. En otras palabras, en esta fase del escrutinio es preciso realizar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen, frente a los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados. De este modo, la medida impugnada sólo será constitucional si el nivel de realización del fin constitucional que persigue el legislador es mayor al nivel de intervención en el derecho fundamental. En caso contrario, la medida será desproporcionada y, como consecuencia, inconstitucional. En este contexto, resulta evidente que una intervención en un derecho que prohíba totalmente la realización de la conducta amparada por ese derecho, será más intensa que una intervención que se concrete a prohibir o a regular en ciertas condiciones el ejercicio de tal derecho. Así, cabe destacar que desde un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, sólo estaría justificado que se limitara severamente el contenido prima facie de un derecho fundamental si también fueran muy graves los daños asociados a su ejercicio.⁶⁷

⁶⁷ Décima Época, Registro: 2013136, Tipo de Tesis: Aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Tesis: 1a. CCLXXII/2016 (10a.), Página: 894. México.

129. Posiblemente la respuesta sea afirmativa a la pregunta señalada en el párrafo 127, y ello es adecuado pues, si se está sancionando al agente económico que presuntamente es responsable de una conducta anticompetitiva y punible en términos de la LFCE, esto debe materializarse de alguna forma en un posible beneficio al derecho de la libre competencia y concurrencia de los mercados, o incluso en un perjuicio a ese derecho sí, por el contrario, a lo argumentado por la Cofece o el IFT la conducta de ese agente si generaba beneficios a la competencia.

130. Ante dicha incertidumbre de qué efectos puede acarrear sancionar falsos positivos no podemos concluir que la restricción a las libertades de trabajo y asociación sea proporcional al beneficio del derecho de la libre competencia y concurrencia de los mercados. Por tal, podemos concluir que dicha etapa del presente test tampoco se cumple.

III.1.2 Marco normativo propuesto

III.1.2.1 Fin constitucionalmente valido

131. Al igual que el marco normativo actual, el propuesto persigue que se garantice el derecho contenido en el artículo 28 de la Constitución. Por tanto, en este escenario también la primera etapa del test se cumple.

III.1.2.2 Idoneidad

132. Con el marco normativo propuesto también se busca garantizar el derecho a la libre competencia y concurrencia de los mercados, restringiendo para ello las libertades de trabajo y asociación cuando éstas sean anticompetitivas. Por consiguiente, esta segunda etapa del test también se acreditaría.

III.1.2.3 Necesidad

133. En esta etapa, como habíamos adelantado en la sección anterior, el marco normativo propuesto es menos gravoso que el actual dado que permitiría adoptar de una forma más efectiva las teorías y criterios prevalecientes en materia de competencia económica. Aun en el caso que los criterios adoptados llegaran a considerarse deficientes por nuevos avances en la materia, este marco normativo permitiría una evolución más rápido que el actual, pues la LFCE, que requiere un proceso deliberativo mayor al de emisión de las disposiciones regulatorias, sólo regularía cuestiones genéricas como establecer la tipicidad antijurídica y el

procedimiento de defensa y prueba, más no el análisis y elementos necesarios para demostrar que la conducta es anticompetitiva.

134. Por tales motivos consideramos que esta tercera etapa también se cumple. Esto debido a que el marco normativo propuesto, dada su flexibilidad y adopción de estándares más amplios de análisis, permite que la restricción a las libertades de trabajo y asociación opere sólo en aquellos casos que se acredite que la conducta fue anticompetitiva acorde a los criterios prevalecientes, en el momento que se resuelva la investigación.

135. A mayor detalle, conceder que la facultad regulatoria tenga una mayor libertad configurativa permitirá al marco regulatorio adaptarse a las nuevas tendencias y avances de dicha materia, como lo es el cuestionamiento del uso del mercado relevante⁶⁸ o de las prácticas consideradas *per se* ilegales.⁶⁹

III.1.2.4 Proporcionalidad en estricto sentido

136. Por último, esta etapa del test también se cumple pues, como hemos señalado a lo largo de este apartado, el marco normativo propuesto permite que sólo se restinga las libertades indicadas cuando, en efecto, se acredite que son anticompetitivos de acuerdo con los criterios prevalecientes internacionalmente en materia de competencia económica. Con ello, se eliminaría la incertidumbre, en mejor medida que con el marco normativo actual, de si la sanción a los agentes económicos que se determinen responsables, acorde a la nueva normativa, esté garantizando el derecho a la libre competencia y concurrencia de los mercados.

III.2 Garantía Institucional

137. Aunque somos partidarios en que la facultad regulatoria de Cofece e IFT sea reconocida con el mismo nivel jerárquico de una ley, y se determine que tiene un ámbito propio y oponible a cualquier facultad materialmente legislativa, estimamos que dicha facultad puede resultar un incentivo perverso dado el diseño institucional de esos órganos.

⁶⁸ Cfr. Kaplow, Louis. «On the Relevance of Market Power», Harvard Law Review, Volumen 130, n.o 5 (marzo de 2017); Kaplow, Louis. «Why (ever) Define Markets?», Harvard Law Review, Volumen 124 (diciembre de 2010).; y Carlton, Dennis W. «Market Definition: Use and Abuse», Abril de 2007.

⁶⁹ Cfr. Weg, Adam. «Per Se Treatment: An Unnecessary Relic of Antitrust Litigation», Hastings Law Journal, Volumen 60 (2009 - 2008).

138. En primer lugar, esto se debe a que no hay una división clara, ni una independencia normativa y fáctica, entre los órganos internos de Cofece e IFT que ejercen las facultades legislativas, ejecutivas o jurisdiccionales. Esto sin obviar que el estatuto y la LFCE establecen que la Autoridad Investigadora es quien instruye la investigación, para que posteriormente presentarla al Pleno como parte del juicio o emisor del dictamen.

139. En segundo lugar, la Autoridad Investigadora no cuenta con plena independencia pues, en caso de querer cerrar una investigación o llegar a ciertas medidas con los agentes, estas deben ser aceptadas por el Pleno, quién podrá revertir las decisiones del órgano instructor de la investigación. Por el contrario, lo conveniente en esos casos sería que la Autoridad Investigadora presente las pruebas que lo llevaron a determinar que lo conducente era cerrar la investigación y darle vista a las partes para que manifiesten lo que a su derecho convenga, y con base en ello resuelva el Pleno. En esa situación, si con las pruebas aportadas no pudiera resolver el Pleno se le faculte de proveerse de las mismas para poder resolver, con ello no tendría que haber un reenvío viciado a la autoridad instructora, quien, en un primer momento, ya estaba pensando en cerrar.

140. Por último, la aglomeración de los poderes legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales en materia de competencia económica genera el incentivo perverso de propiciar las condiciones más favorables para poder sancionar agentes económicos. Esto se debe a que todos estos poderes en materia de competencia económica son ejercidos de forma fáctica por un mismo órgano Cofece e IFT, aunque dentro de estos se subdivide las tareas. Por consiguiente, proponemos que se escindan estos órganos en distintas instituciones independientes entre sí, que ejerzan de forma clara una u otra facultad.

IV. CONCLUSIONES

141. A lo largo del presente trabajo hemos presentado una serie de argumentos para acreditar nuestra hipótesis inicial, que las disposiciones regulatorias de Cofece e IFT están al mismo nivel jerárquico que una ley, las cuales tienen un ámbito propio y oponible a las demás facultades materialmente legislativas. En el camino, resolvimos otras interrogantes accesorias a la inicial, pero igual de importantes, tales como cuál es el impacto en materia de derechos humanos con el hecho de que las disposiciones regulatorias tenga una mayor libertad configurativa, así como si la facultad reglamentaria sigue viva en materia de competencia económica, entre otras cuestiones. Todo ello, aunque parezca accesorio, es fundamental para entender cuáles son los límites, alcances e implicaciones de la facultad regulatoria que la Constitución confirió a Cofece e IFT. Por consiguiente, de lo expuesto en los capítulos anteriores podemos concluir que:

- (i) El producto de las disposiciones regulatorias en materia de competencia económicas están al mismo nivel jerárquico que una ley, y a ésta sólo le deben una reserva regulatoria, misma que fue establecida por el Constituyente;
- (ii) El ámbito material de la LFCE es menor y distinto al que ejerce actualmente y lo que ésta debe establecer sólo son los procedimientos para que Cofece e IFT cumplan con su objeto en materia de competencia económica, así como reconocer las facultades que la Constitución le confiere a estos órganos y otorgarle las demás facultades necesarias para cumplir su objeto;
- (iii) Que la facultad reglamentaria en materia de competencia económica está vigente, y el ámbito de ésta se acotará a ejecutar y desarrollar lo establecido por la LFCE;
- (iv) El ámbito normativo actual es más gravoso en cuanto a las restricciones que le impone a las libertades de trabajo y asociación, pues es más impreciso y contrario a los criterios prevalecientes y reconocidos internacionalmente, que el marco normativo propuesto; y,
- (v) El diseño institucional de Cofece e IFT requiere un cambio estructural que no incentive el abuso de las facultades conferidas.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Segunda Edición. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, libro V.
- Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, Octava Edición. México: Editorial Fontamara, 2014.
- Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones Civiles*. Sexta Edición. México: Oxford, 2010.
- Bernal Pulido, Carlos. «Derechos Fundamentales». En *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Primera Edición. Vol. Volumen Uno. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas., 2015.
- . *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Cuarta Edición. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Beuchot, Mauricio y Javier Saldaña, en *Derechos Humanos y Naturaleza Humana*. Primera Edición. México: UNAM, 2000.
- Biscaretti di Ruffia, Paolo. *Derecho Constitucional*. Tercera Edición. España: Tecnos, 1987.
- Borja Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. 21a. México: Editorial Porrúa, 2014.
- Burgoa Orihuela, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 41ª. México: Editorial Porrúa, 2009.
- Carlton, Dennis W. «Market Definition: Use and Abuse», Abril de 2007.
- Carmona Santander, Carlos. «Un nuevo estadio en la relación Ley-Reglamento: el ámbito del reglamento», *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, 2001.
- Castro y Castro, Juventino Víctor. *Garantías y Amparo*. 15ª. México: Editorial Porrúa, 2011.
- Cianciardo, Juan. *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Primera Edición. Argentina: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.
- Córdova Vianello, Lorenzo. *Derecho y Poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. Primera Edición. México: Fondo de Cultura Económica, 2013.
- Cortés Campos, Josefina. «La Administración Pública: Una Categoría Normativa en Reconstrucción». En *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Primera Edición. Tomo II: Estudios Jurídicos. México: Universidad

- Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Instituto Belisario Domínguez., 2017.
- Cossío Díaz, José Ramón. *La Controversia Constitucional*. 1a ed. México: Editorial Porrúa, 2014.
- De la Peza Muñoz Cano, José Luis. *De las Obligaciones*. Séptima Edición. México: Editorial Porrúa, 2014.
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Décima Segunda Edición. Argentina: Hispania Libros, 2009.
- Faúndez Ledesma, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y procesales*. Tercera Edición. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
- Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Cuarta Edición. España: Trotta, 2009.
- . *Principia iuris. Teoría del derecho y de la Democracia. Tomo I. Teoría del Derecho*. Primera Edición. España: Trotta, 2007.
- Fix-Zamudio, Héctor. *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. Primera Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México., 1993.
- Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*. 48a ed. México: Editorial Porrúa, 2017.
- Galindo Garfias, Ignacio. *Teoría de las Obligaciones*. Tercera Edición. México: Editorial Porrúa, 2015.
- Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil. Primer Curso*. 29a. México: Editorial Porrúa, 2015.
- García de Enterría, Eduardo, y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo I*. Décima Quinta Edición. España: Civitas-Thomson Reuters, 2011.
- García Máynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. 53a ed. México: Editorial Porrúa, 2002.
- García Pino, Gonzalo. *La Reserva Legal de los Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo Contra la Administración?* Primera Edición. Tesis de Posgrado. Chile: Pontificia Universidad Católica de Chila. Facultad de Derecho., 1995.

- Gaudemet, Eugene. *Teoría General de las Obligaciones*. Cuarta Edición. México: Editorial Porrúa, 2010.
- Grunberg Pilowsky, Jorge. «La Potestad Reglamentaria del Tribunal de Defensa de la Competencia: Un Tema Conflictivo en la Reforma al Decreto Ley 211», *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, 66 (2004).
- Guastini, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. Cuarta Edición. México: Editorial Fontamara, 2013.
- Hervada J. *Lecciones propedéuticas de Filosofía del derecho*, Primera Edición. España: Eunsa, 1992
- Huerta Ochoa, Carla. *Conflictos Normativos*. Segunda Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas., 2017.
- . *Mecanismos Constitucionales para el Control del Poder Político*. Tercera Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México., 2010.
- Kaplow, Louis. «On the Relevance of Market Power», *Harvard Law Review*, Volumen 130, n.º 5 (marzo de 2017).
- . «Why (ever) Define Markets?», *Harvard Law Review*, Volumen 124 (diciembre de 2010).
- Kelsen, Hans. *Compendio de Teoría General del Estado*. Primera Edición. México: Colofón, 2007.
- . *La Teoría Pura del Derecho. El método y los conceptos fundamentales*. Primera Edición. México: Colofón, 2012.
- . *Teoría General del Estado*. Quinta Edición. México: Ediciones Coyoacán, 2015.
- Merkel, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Primera Edición. México: Ediciones Coyoacán, 2014.
- Müller, Friedrich. *La Positividad de los Derechos Fundamentales. Cuestiones para una Dogmática Práctica de los Derechos Fundamentales*. Primera Edición. España: Dykinson, 2016.
- Nava Negrete, Alfonso. *Derecho administrativo mexicano*. Tercera Edición. México: Fondo de Cultura Económica, 2014.
- Ortiz Urquidi, Raúl. *Derecho Civil*. Segunda Edición. México: Editorial Porrúa, 1982.

- Otto, Ignacio de. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Primera Edición. España: Ariel, 2012.
- Palacios Prieto, Alejandra y José Nery Pérez Trujillo, *Reforma en Materia de Competencia Económica*, Primera Edición, México: Fondo de Cultura Económica, 2017.
- Rico Álvarez, Fausto, Patricio Garza Bandala, y Mischel Cohen Chicurel. *Tratado Teórico-Práctico de Derecho de Obligaciones*. Primera Edición. México: Editorial Porrúa, 2013.
- Ross, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. Sexta Edición. México: Editorial Fontamara, 2014.
- Sánchez Medel, Ramón, *De los Contratos Civiles*, Vigésimo quinta Edición. México: Editorial Porrúa, 2015.
- Schmidt-Assmann, Eberhard. *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. Primera Edición. España: Marcial Pons, 2003.
- Tron Petit, Jean Claude. «Artículo 28. Prohibición de monopolios». En *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitución e Interamericana II*, Primera Edición. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Universidad Nacional Autónoma de México. Konrad Adenauer Stiftung., 2013.
- Tron Petit, Jean Claude, y Gabriel Ortiz Reyes. *La Nulidad de los Actos Administrativos*. 5ª. México: Editorial Porrúa, 2015.
- Weg, Adam. «Per Se Treatment: An Unnecessary Relic of Antitrust Litigation», *Hastings Law Journal*, Volumen 60 (2009 - 2008).
- Windscheid, Bernhard. *Tratado de Derecho Civil Alemán. (Derecho de Pandectas)*. Primera Edición. Vol. Tomo I, Volumen I. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1976.
- Xopa, Roldán. *Derecho Administrativo*. Primera Edición. México: Oxford, 2017.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Décima Edición. España: Trotta, 2011.