

IFT/100/PLENO/OC-ACT/0076/2017

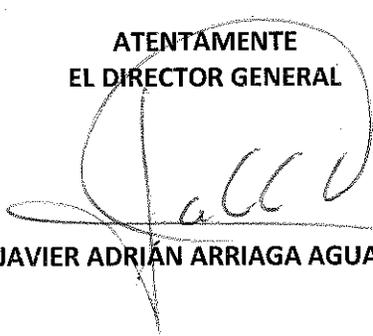
Ciudad de México, a 12 de diciembre de 2017.

JUAN JOSÉ CRISPÍN BORBOLLA
SECRETARIO TÉCNICO DEL PLENO
INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES
P R E S E N T E.

Por instrucciones del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, y para los efectos conducentes, remito a la Secretaría Técnica a su digno cargo, el voto particular formulado por el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de los *“Propuesta que presentan las Comisionadas Ma. Elena Estavillo Flores y Adriana Sofía Labardini Inzunza al Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones para promover una demanda de controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en contra del Congreso de la Unión y el Titular del Ejecutivo de la Unión por la expedición y promulgación, respectivamente, del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicado el 31 de octubre del 2017 en el Diario Oficial de la Federación (“El Decreto”); correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la LII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 11 de Diciembre de 2017, mismo que consta de diecisiete fojas.*

Sin otro particular, le envío un cordial saludo.

ATENTAMENTE
EL DIRECTOR GENERAL



JAVIER ADRIÁN ARRIAGA AGUAYO

2013

Instituto Federal de Telecomunicaciones	
R	con anexo
	12 DIC. 2017
RECIBIDO	
AREA	STP
NOMBRE Y HORA Juan 18:15 hrs.	

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de Propuesta que presentan las Comisionadas Ma. Elena Estavillo Flores y Adriana Sofía Labardini Inzunza al Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones para promover una demanda de controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en contra del Congreso de la Unión y el Titular del Ejecutivo de la Unión por la expedición y promulgación, respectivamente, del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicado el 31 de octubre del 2017 en el Diario Oficial de la Federación ("El Decreto"); correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la LII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 11 de diciembre de 2017.

Ciudad de México, a 12 de diciembre de 2017.

Tal como lo anuncié durante la LII Sesión Ordinaria del Pleno de este Instituto, celebrada el día 11 de diciembre del año en curso, en relación con el asunto indicado al rubro, me permito presentar mi voto particular, en los términos siguientes:

ANTECEDENTES

- 1.- En la XLII Sesión Ordinaria de fecha 29 de noviembre de 2016, el Pleno del Instituto aprobó por unanimidad en lo general el Acuerdo mediante el cual fueron emitidos los Lineamientos Generales sobre la Defensa de las Audiencias ("Lineamientos de las Audiencias"), lo cuales fueron publicados en el Diario Oficial de la Federación ("DOF") el 21 de diciembre de 2016.
- 2.- Con fecha 31 de enero de 2017, el Congreso de la Unión (por conducto de la Cámara de Senadores), presentó ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación ("SCJN") la demanda de controversia constitucional donde reclama la invalidez de los Lineamientos de las Audiencias, así como en específico los artículos 13, fracción I, 15 y 46, fracción VII de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión ("LFTyR").
- 3.- El 31 de enero de 2017, el Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal en representación del Presidente de la República, interpuso también la controversia constitucional donde reclama la invalidez de los artículos 15, fracción LIX, 216, fracción II, y 256 al 261 de la LFTyR, en virtud de su primer acto de aplicación consistente en la emisión de los Lineamiento de las Audiencias por parte del Instituto.
- 4.- El 31 de octubre de 2017, se publicó en el DOF el "DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión," ("Decreto

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de Propuesta que presentan las Comisionadas Ma. Elena Estavillo Flores y Adriana Sofía Labardini Inzunza al Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones para promover una demanda de controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en contra del Congreso de la Unión y el Titular del Ejecutivo de la Unión por la expedición y promulgación, respectivamente, del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicado el 31 de octubre del 2017 en el Diario Oficial de la Federación ("El Decreto"); correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la LII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 11 de diciembre de 2017.

de Reforma") reformando las fracciones LIX y LXI del artículo 15; las fracciones II y IV del artículo 216; las fracciones II, IV y X así como el párrafo segundo del artículo 256; el segundo, tercero y quinto párrafos del artículo 259; el primer párrafo del artículo 260; el tercero y quinto párrafos del artículo 261; el quinto párrafo del artículo 297, y la denominación del Capítulo IV del Título Décimo Quinto para quedar como "Sanciones en materia de Transmisión de Mensajes Comerciales y Derechos de las Audiencias"; asimismo se adicionan un tercero y un cuarto párrafos al artículo 256; y se derogan la fracción III del artículo 256 y la fracción II del inciso c) del artículo 311, todos de la LFTyR.

Propuesta de Controversia Constitucional

1.- El planteamiento de Controversia Constitucional propone controvertir los siguientes artículos del Decreto de Reforma:

- Artículo 15 fracciones LIX y LXI;
- Artículo 216, fracción II;
- Artículo 256 primer párrafo, fracción IV, segundo, tercero y cuarto párrafos;
- Artículo 259 párrafos segundo y tercero;
- Artículo 297, último párrafo, y
- Artículo Segundo Transitorio.

Lo anterior, en virtud de que, afirman las proponentes, éstos se contraponen a lo dispuesto en el párrafo décimo quinto del artículo 28 constitucional, el cual establece que el Instituto tiene a su cargo la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, entre otros, garantizando lo establecido en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

OBSERVACIONES

I. En relación con la procedencia de una Controversia Constitucional

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de Propuesta que presentan las Comisionadas Ma. Elena Estavillo Flores y Adriana Sofía Labardini Inzunza al Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones para promover una demanda de controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en contra del Congreso de la Unión y el Titular del Ejecutivo de la Unión por la expedición y promulgación, respectivamente, del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicado el 31 de octubre del 2017 en el Diario Oficial de la Federación ("El Decreto"); correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la LII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 11 de diciembre de 2017.

Se estima probable que la SCJN determine la improcedencia de la controversia constitucional planteada, sustancialmente porque este mecanismo de protección constitucional tiene por objeto el de resolver conflictos competenciales entre autoridades constituidas del Estado mexicano, mientras que el fondo de los argumentos planteados en la controversia que se analiza versan sustancialmente sobre posibles contradicciones entre lo establecido en el texto constitucional y lo dispuesto por la LFTyR reformada, con lo cual probablemente se actualizaría lo dispuesto por el artículo 105, fracción II de la Constitución que textualmente señala:

"Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

(...)

I. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto **plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.**

(...) [Énfasis añadido]

En efecto, la LFTyR es un ordenamiento jurídico formal y materialmente legislativo emitido por el Congreso de la Unión, en ejercicio de una facultad expresa contenida en el artículo 73, fracción XVII, de la Constitución. Consecuentemente, es el Congreso de la Unión el único facultado constitucionalmente para modificar el contenido de dicha Ley, de modo que al haberse culminado el proceso legislativo, las modificaciones propuestas pasan a ser parte del texto legal y, por tanto, parte del orden jurídico nacional vigente y eficaz.

En cambio, si bien es cierto que la SCJN ha interpretado a través de diversa jurisprudencia que la facultad regulatoria del IFT le permite emitir disposiciones generales aún sin que le resulte aplicable el subprincipio de reserva de ley, también lo es, que se ha reconocido que tales disposiciones se encuentran un escalón por debajo de la Ley, de modo que subsiste el subprincipio de no contradicción con ésta.

Conforme a ello, pareciera que no puede existir conflicto competencial alguno entre el Congreso de la Unión y el Instituto Federal de Telecomunicaciones que pueda derivar de una Reforma a la LFTyR

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de Propuesta que presentan las Comisionadas Ma. Elena Estavillo Flores y Adriana Sofía Labardini Inzunza al Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones para promover una demanda de controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en contra del Congreso de la Unión y el Titular del Ejecutivo de la Unión por la expedición y promulgación, respectivamente, del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicado el 31 de octubre del 2017 en el Diario Oficial de la Federación (“El Decreto”); correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la LII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 11 de diciembre de 2017.

—que siguió un proceso legislativo hasta su promulgación—, toda vez que el Instituto no cuenta con facultad de legislar en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, sino que cuenta con una facultad regulatoria sujeta al principio de legalidad modulado por el modelo de Estado Regulador, que le sujeta únicamente al subprincipio de no contradicción y no así al de reserva de ley.

Aunado a lo anterior, tenemos que conforme al artículo 6º Constitucional los derechos de las audiencias serán establecidos en la Ley, por lo que su determinación y los mecanismos para su protección resultan ser facultad exclusiva del Congreso de la Unión.

“Artículo 6º.- (...)

B. (...)

VI. La ley establecerá los derechos de los usuarios de telecomunicaciones, **de las audiencias, así como los mecanismos para su protección.**” [Énfasis añadido]

En tal sentido, al no tratarse en el fondo de un conflicto competencial, sino de una posible contradicción entre el texto legal y lo previsto en la constitución, la SCJN podría decretar la improcedencia de la vía, ya que en el caso específico, lo procedente sería interponer una acción de inconstitucionalidad prevista en la fracción II del artículo 105 Constitucional, para cuya interposición el Instituto Federal de Telecomunicaciones no se encuentra legitimado.

II. Oportunidad de impugnación

Ahora bien, debe decirse que el Instituto sí cuenta con legitimación para promover Controversias Constitucionales como la que se propone, tal cual lo dispone el artículo 105, fracción I, inciso I), de la CPEUM, por lo que cabe alguna posibilidad de que dicha controversia sea admitida por la SCJN a efecto de estudiar el fondo del caso concreto. Lo anterior, cuenta habida de que el actual Pleno de la SCJN ha mostrado reiteradamente en decisiones precedentes su espíritu de innovación y su disposición para analizar el fondo de los asuntos planteados, más allá de aspectos meramente procedimentales. Así lo demuestra la siguiente Jurisprudencia:

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de Propuesta que presentan las Comisionadas Ma. Elena Estavillo Flores y Adriana Sofía Labardini Inzunza al Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones para promover una demanda de controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en contra del Congreso de la Unión y el Titular del Ejecutivo de la Unión por la expedición y promulgación, respectivamente, del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicado el 31 de octubre del 2017 en el Diario Oficial de la Federación ("El Decreto"); correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la LII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 11 de diciembre de 2017.

"CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LAS VIOLACIONES SUSCEPTIBLES DE ANALIZARSE EN EL FONDO SON LAS RELACIONADAS CON EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES O CON LA CLÁUSULA FEDERAL, SOBRE LA BASE DE UN CONCEPTO DE AFECTACIÓN AMPLIO. La controversia constitucional es un medio de regularidad disponible para los Poderes, órdenes jurídicos y órganos constitucionales autónomos, para combatir normas y actos por estimarlos inconstitucionales; sin embargo, atento a su teleología, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado que no toda violación constitucional puede analizarse en esta vía, sino sólo las relacionadas con los principios de división de poderes o con la cláusula federal, delimitando el universo de posibles conflictos a los que versen sobre la invasión, vulneración o simplemente afectación a las esferas competenciales trazadas desde el texto constitucional. Ahora bien, en la aplicación del criterio referido debe considerarse que, en diversos precedentes, este Alto Tribunal ha adoptado un entendimiento amplio del principio de afectación, y ha establecido que para acreditar esta última es necesario que con la emisión del acto o norma general impugnados exista cuando menos un principio de agravio en perjuicio del actor, el cual puede derivar no sólo de la invasión competencial, sino de la afectación a cualquier ámbito que incida en su esfera regulada directamente desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como las garantías institucionales previstas en su favor, o bien, de otro tipo de prerrogativas como las relativas a cuestiones presupuestales; no obstante, a pesar de la amplia concepción del principio de afectación, debe precisarse que dicha amplitud siempre se ha entendido en el contexto de afectaciones a los ámbitos competenciales de los órganos primarios del Estado, lo que ha dado lugar a identificar como hipótesis de improcedencia de la controversia constitucional las relativas a cuando las partes aleguen exclusivamente violaciones: 1. A cláusulas sustantivas, diversas a las competenciales; y/o, 2. De estricta legalidad. En cualquiera de estos casos no es dable analizar la regularidad de las normas o actos impugnados, pero ambos supuestos de improcedencia deben considerarse hipótesis de estricta aplicación, pues en caso de que se encuentren entremezclados alegatos de violaciones asociados a las órbitas competenciales de las partes en contienda, por mínimo que sea el principio de afectación, el juicio debe ser procedente y ha de estudiarse en su integridad la cuestión efectivamente planteada, aunque ello implique conexamente el estudio de violaciones sustantivas a la Constitución o de estricta legalidad."¹ [Énfasis añadido]

Conforme a ello, dejando de lado el tema de la posible improcedencia de la vía intentada, se estima pertinente agotar la instancia que tiene a su disposición este Instituto para instar a que la SCJN se manifieste sobre una eventual contradicción entre la Reforma a la LFTR y a la CPEUM y, por ende, la vulneración de las atribuciones del IFT contenidas en el artículo 28 de la CPEUM, tendentes a

¹ Tesis P./J. 42/2015 (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Número 2010668. Pleno. Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I. Página 33. Jurisprudencia (Constitucional).

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de Propuesta que presentan las Comisionadas Ma. Elena Estavillo Flores y Adriana Sofía Labardini Inzunza al Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones para promover una demanda de controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en contra del Congreso de la Unión y el Titular del Ejecutivo de la Unión por la expedición y promulgación, respectivamente, del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicado el 31 de octubre del 2017 en el Diario Oficial de la Federación (“El Decreto”); correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la LII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 11 de diciembre de 2017.

garantizar lo dispuesto en los diversos 6º y 7º constitucionales, los cuales no se limitan a los derechos de las audiencias.

En efecto, es preciso tomar en cuenta que este Instituto es garante de lo dispuesto por el legislador en los artículos 6º y 7º constitucionales, y al ser atribución propia, no puede el Congreso mediante una Ley vulnerar el *telos* de dichos artículos, y es justo ahí, en esa vulneración donde invade competencias del IFT y podría actualizarse la procedencia de la controversia planteada.

De otro modo, se correría el riesgo de que las disposiciones contenidas en los artículos 6º y 7º Constitucionales –que no son sólo los derechos de la audiencias–, pierdan eficacia afectando el proyecto de Nación que fue establecido en la Reforma Constitucional en materia de Telecomunicaciones de 2013.

Incluso, se estima que del modo en que fue redactado el decreto de reforma a la LFTyR, se advierte con claridad la intención del legislador de formular prohibiciones al Instituto, lo que rompe en primer término el diseño normativo previsto en el principio de legalidad, conforme al cual, las autoridades únicamente pueden hacer aquello para lo que se encuentran expresamente facultadas, y revela un reconocimiento tácito que se incorpora al texto legal, de que la Constitución sí establece facultades amplias para el Instituto en el ejercicio de su facultad regulatoria para garantizar lo dispuesto por los artículos 6º y 7º Constitucionales, de modo que para cancelarlas era necesario establecer prohibiciones expresas.

Ejemplo de ello son las siguientes:

“Artículo 15. (...)”

I. (...)”

LXI. Ordenar la suspensión precautoria de las transmisiones que violen las normas previstas en esta Ley en las materias a que se refiere la fracción LX de este artículo, previo apercebimiento; **sin que esta facultad sea aplicable a programas noticiosos (...)**”

“Artículo 256.- (...)”

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de Propuesta que presentan las Comisionadas Ma. Elena Estavillo Flores y Adriana Sofía Labardini Inzunza al Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones para promover una demanda de controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en contra del Congreso de la Unión y el Titular del Ejecutivo de la Unión por la expedición y promulgación, respectivamente, del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicado el 31 de octubre del 2017 en el Diario Oficial de la Federación ("El Decreto"); correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la LII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 11 de diciembre de 2017.

El Código de Ética será emitido libremente por cada concesionario y no estará sujeto a convalidación o a la revisión previa o posterior **del Instituto o de otra autoridad, ni a criterios, directrices, lineamientos o cualquier regulación o acto similar del mismo Instituto u otra autoridad.** [Énfasis añadido]

III. Comentarios sobre la propuesta de Controversia Constitucional:

De conformidad con el párrafo décimo quinto del artículo 28 Constitucional, el Instituto se encuentra facultado para, en el ejercicio de sus atribuciones, garantizar lo establecido en los artículos 6° y 7° de la Constitución.

Sobre el particular, dichos artículos establecen lo siguiente:

"Artículo 6o. [...]

El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios.

Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo se observará lo siguiente:

B. En materia de radiodifusión y telecomunicaciones:

VI. La ley establecerá los derechos de los usuarios de telecomunicaciones, de las audiencias, así como los mecanismos para su protección."

"Artículo 7o. Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. No se puede restringir este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la transmisión y circulación de ideas y opiniones.

Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni coartar la libertad de difusión, que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 6o. de esta Constitución. En ningún caso podrán

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de Propuesta que presentan las Comisionadas Ma. Elena Estavillo Flores y Adriana Sofía Labardini Inzunza al Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones para promover una demanda de controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en contra del Congreso de la Unión y el Titular del Ejecutivo de la Unión por la expedición y promulgación, respectivamente, del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicado el 31 de octubre del 2017 en el Diario Oficial de la Federación (“El Decreto”); correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la LII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 11 de diciembre de 2017.

secuestrarse los bienes utilizados para la difusión de información, opiniones e ideas, como instrumento del delito.” [Énfasis añadido]

En ese sentido, se estima que existen diversas cuestiones comprendidas dentro de los artículos 6º y 7º constitucionales que pueden ser afectadas por el Decreto de Reforma y que no necesariamente son derechos de las audiencias.

Lo anterior en virtud de que, como ya fue señalado, el mismo texto constitucional establece en el artículo 28 Constitucional que deben existir mecanismos para garantizar lo establecido en dichos artículos, sin que un vacío legal implique el que el legislador haya dejado el cumplimiento de dichos derechos a la voluntad de los particulares.

En ese sentido, se considera que en el Decreto de Reforma existen numerosas limitaciones a las facultades del Instituto como garante de los derechos establecidos en los artículos 6º y 7º constitucionales, como se observa a continuación:

III.1. Sobre controvertir lo dispuesto por el artículo 256 primer párrafo, fracción IV.

El apartado B, fracción IV del artículo 6 constitucional establece lo siguiente:

“Artículo 6o. [...]

...

B. En materia de radiodifusión y telecomunicaciones:

...

IV. Se prohíbe la transmisión de publicidad o propaganda presentada como información periodística o noticiosa; se establecerán las condiciones que deben regir los contenidos y la contratación de los servicios para su transmisión al público, incluidas aquellas relativas a la responsabilidad de los concesionarios respecto de la información transmitida por cuenta de terceros, sin afectar la libertad de expresión y de difusión.” [Énfasis añadido]

Por otro lado, de conformidad con el Decreto de Reforma, el artículo 256, primer párrafo, fracción IV, establece lo siguiente:

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de Propuesta que presentan las Comisionadas Ma. Elena Estavillo Flores y Adriana Sofía Labardini Inzunza al Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones para promover una demanda de controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en contra del Congreso de la Unión y el Titular del Ejecutivo de la Unión por la expedición y promulgación, respectivamente, del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicado el 31 de octubre del 2017 en el Diario Oficial de la Federación (“El Decreto”); correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la LII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 11 de diciembre de 2017.

“Artículo 256. (...)”

IV. Que los concesionarios se abstengan de transmitir publicidad o propaganda presentada como información periodística o noticiosa. **Se entenderá que se transmite publicidad o propaganda como información periodística o noticiosa**, cuando un concesionario **inserta dentro de su programación informativa** un análisis o comentario editorial cuyo tiempo de transmisión ha sido contratado por un anunciante, sin que tal circunstancia se haga del conocimiento de la audiencia. En su Código de Ética, los concesionarios señalarán los elementos y prácticas que observarán para prevenir y evitar incurrir en la prohibición a que se refiere esta fracción;

[...]” [Énfasis añadido]

Sobre el particular, se estima que el Decreto de Reforma fue más allá de lo establecido por la Constitución al establecer que dicha publicidad o propaganda se entenderá como información periodística o noticiosa la insertada en su programación informativa, en virtud de que el texto constitucional no limita la prohibición a dicha programación.

En ese sentido, no se comparte la interpretación contenida en la Propuesta de Controversia Constitucional, que se opone a que el reformado artículo 256 primer párrafo, fracción IV de la LFTyR establezca una excepción a dicho mandato constitucional, al definir que “se entenderá que se transmite publicidad o propaganda como información periodística o noticiosa, cuando un concesionario inserta dentro de su programación informativa un análisis o comentario editorial cuyo tiempo de transmisión ha sido contratado por un anunciante, **sin que tal circunstancia se haga del conocimiento de la audiencia**”; lo que permite a contrario sensu que los concesionarios sí transmitan publicidad presentada como información noticiosa, siempre y cuando lo hagan de conocimiento de las audiencias.

Al respecto, no se encuentra inconsistencia alguna con lo establecido por el citado artículo 6, apartado B, fracción IV Constitucional, pues al permitir que el concesionario transmita publicidad en su programación informativa, siempre y cuando lo haga de conocimiento de las audiencias, no transgrede la prohibición constitucional, sino que la transgresión radica, en mi concepto, en que se limite la obligación a ese tipo de programación, dejando abierta la posibilidad de que se transmita publicidad –sin que se haga del conocimiento de la audiencia– en programación de entretenimiento,

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de Propuesta que presentan las Comisionadas Ma. Elena Estavillo Flores y Adriana Sofía Labardini Inzunza al Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones para promover una demanda de controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en contra del Congreso de la Unión y el Titular del Ejecutivo de la Unión por la expedición y promulgación, respectivamente, del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicado el 31 de octubre del 2017 en el Diario Oficial de la Federación ("El Decreto"); correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la LII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 11 de diciembre de 2017.

infantil, cultural, etcétera. Esto, en el sentido de que se impediría al Instituto revisar y sancionar la transgresión de la no distinción entre propaganda e información periodística o noticiosa en programas distintos de los informativos.

III.2. Sobre controvertir lo establecido en el Artículo Segundo Transitorio del Decreto de Reforma.

El artículo Segundo Transitorio del Decreto de Reforma, establece lo siguiente:

"SEGUNDO.- Se abrogan las disposiciones reglamentarias y administrativas que se opongan al presente Decreto." [Énfasis añadido]

Sobre el particular, la Propuesta de Controversia Constitucional establece que el Congreso de la Unión ha excedido el estándar competencial fijado por la SCJN en la Controversia Constitucional 117/2014, pues el citado artículo Segundo Transitorio en vez de derogar sólo las normas o disposiciones administrativas del IFT que contradigan lo dispuesto con la LFTR; decide abrogar totalmente los cuerpos normativos que contengan una o más disposiciones contrarias a lo dispuesto en esta nueva reforma de la LFTR.

Lo anterior implica, de conformidad con la citada nota, la cesación de la eficacia total de los Lineamientos de las Audiencias, emitidos por el Instituto, en ejercicio de sus facultades constitucionales, pues los preceptos de dicha disposición administrativa general se considerarían opuestos al Decreto de Reforma.

Sobre el particular, no se comparte que dicho Transitorio contemple la abrogación completa de los Lineamientos, toda vez que con independencia del fraseo utilizado en el texto del dispositivo transitorio en comento, en atención al principio de no contradicción, los Lineamientos únicamente se encontrarían derogados en lo que se opongan a la Ley, como se observa en la tesis P./J. 48/2015, en donde la SCJN señaló que al IFT le aplica el principio de legalidad modulado y, en específico, que no le aplica el principio de reserva de ley; pero sí le aplica el principio de no contradicción:

Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de Propuesta que presentan las Comisionadas Ma. Elena Estavillo Flores y Adriana Sofía Labardini Inzunza al Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones para promover una demanda de controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en contra del Congreso de la Unión y el Titular del Ejecutivo de la Unión por la expedición y promulgación, respectivamente, del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicado el 31 de octubre del 2017 en el Diario Oficial de la Federación ("El Decreto"); correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la LII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 11 de diciembre de 2017.

"INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). A SUS DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL LES RESULTA APLICABLE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD MODULADO CONSTITUCIONALMENTE POR EL MODELO DE ESTADO REGULADOR. Si bien a las disposiciones administrativas de carácter general emitidas por el IFT no les son aplicables los principios del artículo 89, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como sí lo son a los reglamentos del Ejecutivo, lo cierto es que les resulta aplicable el principio de legalidad, pero de una manera modulada, acorde al modelo de Estado Regulador, para reflejar la intención del Constituyente de depositar en aquél un poder de creación normativa suficiente para innovar o configurar el ordenamiento jurídico exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia. En este sentido, en primer lugar, cabe precisar que, con motivo de los artículos 73, fracción XVII, 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 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.**"²

² Tesis P./J. 48/2015 (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Número 2010669. Pleno. Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I. Página 34. Jurisprudencia (Constitucional).

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de Propuesta que presentan las Comisionadas Ma. Elena Estavillo Flores y Adriana Sofía Labardini Inzunza al Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones para promover una demanda de controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en contra del Congreso de la Unión y el Titular del Ejecutivo de la Unión por la expedición y promulgación, respectivamente, del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicado el 31 de octubre del 2017 en el Diario Oficial de la Federación (“El Decreto”); correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la LII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 11 de diciembre de 2017.

III.3. Consideraciones en relación con controvertir el artículo 256, párrafos segundo, tercero y cuarto de la LFTyR.

El citado artículo establece lo siguiente:

“Artículo 256. [...]

Los concesionarios de radiodifusión o de televisión o audio restringidos deberán contar con un Código de Ética, que, bajo un principio de autorregulación, tendrán por objeto informar al público en general la forma detallada como el propio concesionario se compromete a respetar y promover todos y cada uno de los derechos de las audiencias enumerados en el presente artículo. Los Códigos de Ética se difundirán en el portal de Internet de cada concesionario; serán presentados al Instituto para su inscripción en el Registro Público de Concesiones 15 días después de su emisión por parte del concesionario; registrarán integralmente la actuación del defensor de la audiencia, e incluirán los principios rectores que se compromete a respetar el concesionario ante la audiencia.

El Código de Ética será emitido libremente por cada concesionario y no estará sujeto a convalidación o a la revisión previa o posterior del Instituto o de otra autoridad, ni a criterios, directrices, lineamientos o cualquier regulación o acto similar del mismo Instituto u otra autoridad.” [Énfasis añadido]

Sobre el particular, se considera que no es correcto que la actuación del defensor de las audiencias se sujete exclusivamente al Código de Ética del Concesionario, impidiendo que el Instituto ejerciera, en caso de ser necesario, facultades para garantizar lo establecido en los artículos 6º y 7º constitucionales.

Adicionalmente, se estima que en congruencia con la tesis P./J. 48/2015, la facultad regulatoria del Instituto está sujeta al principio de legalidad modulado por el modelo de Estado Regulador, que le sujeta únicamente al subprincipio de no contradicción y no así al de reserva de ley.

En ese sentido, se reitera que establecer prohibiciones expresas al IFT por parte del Congreso de la Unión vulnera las facultades del Instituto, situación que el texto reformado de la LFTyR aborda al menos en dos casos distintos, el que nos ocupa tocante a la expedición del Código de Ética y el que se abordará en el siguiente apartado.

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de Propuesta que presentan las Comisionadas Ma. Elena Estavillo Flores y Adriana Sofía Labardini Inzunza al Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones para promover una demanda de controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en contra del Congreso de la Unión y el Titular del Ejecutivo de la Unión por la expedición y promulgación, respectivamente, del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicado el 31 de octubre del 2017 en el Diario Oficial de la Federación ("El Decreto"); correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la LII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 11 de diciembre de 2017.

Lo anterior, implicaría que el Congreso de la Unión estaría eliminando la facultad regulatoria del Instituto para este caso, cuando ésta se debe entender, de conformidad con la citada tesis, limitada únicamente al principio de no contradicción con la LFTyR. Ello es especialmente riesgoso para el Instituto por cuanto supone que el Congreso asume que está facultado para establecer limitaciones o prohibiciones ad hoc a las facultades de órganos constitucionales derivadas del texto supremo.

En tal sentido, el marco jurídico resultante de la Reforma a la LFTyR impide en el caso de mérito el ejercicio de la facultad regulatoria del IFT, mediante una norma que perjudica indebidamente al prohibir la intervención regulatoria conferida al Instituto, cuyo único límite estriba en no contradecir la normatividad del sector, por lo que toda prohibición expresa, como la que nos ocupa, supone una inconstitucional limitación al ejercicio de las facultades conferidas por nuestra Carta Magna.

III.4. Consideraciones en relación con controvertir el artículo 259, párrafos segundo y tercero de la LFTyR.

Dicho artículo establece lo siguiente:

"Artículo 259. [...]

La actuación del defensor de la audiencia se sujetará, exclusivamente, al Código de Ética del concesionario, y únicamente rendirá cuentas a la audiencia y a las instancias que, en su caso, prevea el propio Código de Ética.

Cada concesionario que preste servicio de radiodifusión fijará el periodo de encargo del defensor de la audiencia, el que podrá ser prorrogable por dos ocasiones. **Los concesionarios designarán libremente al defensor de la audiencia**, sin que el Instituto u otra autoridad tengan facultades para intervenir u opinar de manera previa o posterior a ello.

La actuación de los defensores de las audiencias **se ajustará a los criterios de imparcialidad e independencia**, cuya prioridad será la de hacer valer los derechos de las audiencias, según los códigos de ética que haya firmado o a los que se haya adherido cada concesionario.

[.....]"[Énfasis añadido]

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de Propuesta que presentan las Comisionadas Ma. Elena Estavillo Flores y Adriana Soffa Labardini Inzunza al Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones para promover una demanda de controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en contra del Congreso de la Unión y el Titular del Ejecutivo de la Unión por la expedición y promulgación, respectivamente, del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicado el 31 de octubre del 2017 en el Diario Oficial de la Federación ("El Decreto"); correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la LII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 11 de diciembre de 2017.

Al respecto, y como fue mencionado en el inciso anterior, no se estima adecuado que la actuación del defensor de las audiencias se sujete exclusivamente al Código de Ética del Concesionario, sino que estimo que el Instituto debe contar con mecanismos para garantizar lo dispuesto en los citados artículos 6º y 7º constitucionales.

De igual forma, se considera que los criterios de imparcialidad e independencia no pueden estar a merced del propio concesionario, sino que, de ser necesario para proteger el interés público, deben poder ser revisados.

No obstante lo anterior, se considera adecuada la limitación realizada en el tercer párrafo del citado artículo 259 de la Ley, en virtud de que se estima que los concesionarios deben designar libremente al defensor de la audiencia en atención al principio de independencia.

III.5. Consideraciones en relación con controvertir el artículo 15, fracción LIX de la LFTyR.

Dicho artículo, establece lo siguiente:

"Artículo 15. Para el ejercicio de sus atribuciones corresponde al Instituto:

LIX. Ejercer las facultades de vigilancia en materia de derechos de las audiencias para, en su caso, **imponer las sanciones a que se refiere el artículo 311, incisos b) y c),** de la presente Ley;" [Énfasis añadido]

De igual forma, el último párrafo del artículo 297 de la LFTyR, dispone lo siguiente:

"Artículo 297. [...]

[....]

El Instituto sancionará el incumplimiento de los tiempos máximos establecidos para la transmisión de mensajes comerciales y lo relativo a la materia de derechos de las audiencias, **únicamente conforme a lo dispuesto en el Capítulo IV de este Título.**" [Énfasis añadido]

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de Propuesta que presentan las Comisionadas Ma. Elena Estavillo Flores y Adriana Sofía Labardini Inzunza al Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones para promover una demanda de controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en contra del Congreso de la Unión y el Titular del Ejecutivo de la Unión por la expedición y promulgación, respectivamente, del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicado el 31 de octubre del 2017 en el Diario Oficial de la Federación ("El Decreto"); correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la LII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 11 de diciembre de 2017.

Sobre el particular se considera que lo dispuesto en la citada fracción LIX del artículo 15 de la LFTyR no impide que el Instituto imponga sanciones en términos del inciso a) del artículo 311 del mismo ordenamiento que a continuación se transcribe:

"Artículo 311. Corresponde al Instituto sancionar conforme a lo siguiente:

- a) Con multa por el equivalente al doble de los ingresos obtenidos por el concesionario derivados de rebasar los topes máximos de transmisión de publicidad establecidos en esta Ley;"

No obstante lo anterior, el artículo 216, fracción II del Decreto de Reforma, establece lo siguiente:

"Artículo 216. Corresponde al Instituto:

[...]

II. Ejercer las facultades de vigilancia en materia de derechos de las audiencias para, en su caso, imponer las sanciones a que se refiere el artículo 311, incisos b) y c), de la presente Ley;

[...]" [Énfasis añadido]

En ese sentido, se coincide con la Propuesta de Controversia Constitucional, en razón de que se estima necesario que la SCJN se pronuncie en relación a la facultad del Instituto de sancionar en materia de audiencias en términos del inciso a) del artículo 311.

Por su parte, el artículo 15, fracción LXI de la LFTyR, establece lo siguiente:

"Artículo 15. Para el ejercicio de sus atribuciones corresponde al Instituto:

LXI. Ordenar la suspensión precautoria de las transmisiones que violen las normas previstas en esta Ley en las materias a que se refiere la fracción LX de este artículo, previo apercibimiento; sin que esta facultad sea aplicable a programas noticiosos;"

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de Propuesta que presentan las Comisionadas Ma. Elena Estavillo Flores y Adriana Sofía Labardini Inzunza al Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones para promover una demanda de controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en contra del Congreso de la Unión y el Titular del Ejecutivo de la Unión por la expedición y promulgación, respectivamente, del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicado el 31 de octubre del 2017 en el Diario Oficial de la Federación ("El Decreto"); correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la LII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 11 de diciembre de 2017.

Sobre el particular, se coincide con la Propuesta de Controversial Constitucional en tanto que condicionar la suspensión de transmisiones a que no se trate de programas noticiosos, limita las facultades constitucionales del Instituto.

SENTIDO DE LA VOTACIÓN.

Conforme a lo anterior, respecto a los **artículos 15, fracciones LIX y LXI, 216, fracción II, 297, último párrafo y Segundo Transitorio**, todos de la Ley, mi voto fue a favor de que se impugnaran en los términos propuestos.

Ahora bien, por cuanto hace al **artículo 256, primer párrafo, fracción IV**, mi voto fue a favor de que se impugnara, pero por razones diversas a las propuestas, ya que en mi concepto la transgresión radica en limitar a la programación noticiosa la prohibición de transmitir publicidad o propaganda sin hacerlo del conocimiento de las audiencias, pues la prohibición prevista en el artículo 6º, apartado B, fracción IV es genérica y no se limita a la programación noticiosa, sino que en mi opinión abarca también al resto de la programación, como lo es entretenimiento infantil, cultural, etcétera.

Por cuanto hace al **artículo 256, párrafos segundo, tercero y cuarto**, voto a favor de que se impugne únicamente el párrafo tercero artículo 256, pues considero que no es correcto que la actuación del defensor de las audiencias se sujete exclusivamente al Código de Ética del Concesionario, además, estimo que el Instituto debe contar con mecanismos para garantizar lo dispuesto en los artículos 6º y 7º constitucionales.

Sin embargo, voto en contra de impugnar los **párrafos segundo y cuarto del artículo 256**, pues aunque entiendo los argumentos jurídicos invocados en el proyecto, estimo que la autorregulación es una alternativa que el Poder Legislativo bien puede determinar para ser aplicada a los Códigos de

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de Propuesta que presentan las Comisionadas Ma. Elena Estavillo Flores y Adriana Sofía Labardini Inzunza al Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones para promover una demanda de controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en contra del Congreso de la Unión y el Titular del Ejecutivo de la Unión por la expedición y promulgación, respectivamente, del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicado el 31 de octubre del 2017 en el Diario Oficial de la Federación ("El Decreto"); correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la LII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 11 de diciembre de 2017.

Ética, lo que en modo alguno debería implicar la cancelación de las facultades que le permitan garantizar lo dispuesto por los artículos 6º y 7º Constitucionales.

Respecto al **artículo 259, párrafos segundo y tercero**, acompaño en lo general su impugnación, toda vez que no estimo adecuado que la actuación del defensor de las audiencias se sujete exclusivamente al Código de Ética del Concesionario. Sin embargo, considero adecuada y me apartaría de votar a favor de se impugne la **parte del tercer párrafo del citado artículo 259** de la Ley, que se refiere a que los concesionarios pueden designar libremente al defensor de la audiencia, ello en atención al principio de independencia, cuya aplicación en el presente caso –como lo señalé en el voto particular que formulé al Acuerdo mediante el cual el Pleno del IFT emitió los Lineamientos Generales para Defensa de las Audiencias–, puede acreditarse a través del ejercicio cotidiano de sus funciones y no únicamente por medio de imponer restricciones en cuanto a sus características personales.

ATENTAMENTE,

**ADOLFO CUEVAS TEJA
COMISIONADO**