

PODER JUDICIAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION

VOTOS particulares que formula la señora Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas en la Acción de Inconstitucionalidad 26/2006, promovida por Senadores integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso de la Unión, en contra del propio Congreso y del Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos.

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- Suprema Corte de Justicia de la Nación.- Secretaría General de Acuerdos.

VOTOS PARTICULARES QUE FORMULA LA SEÑORA MINISTRA OLGA SANCHEZ CORDERO DE GARCIA VILLEGAS EN RELACION CON LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL PLENO DE SIETE DE JUNIO DE DOS MIL SIETE EN LA QUE SE RESOLVIO LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 26/2006 PROMOVIDA POR SENADORES INTEGRANTES DE LA QUINCUAGESIMA NOVENA LEGISLATURA DEL CONGRESO DE LA UNION.

Por medio del presente, me permito formular los diferentes votos particulares que sostuve durante las sesiones del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que tuvieron lugar los días 21, 22, 24, 28, 29 y 31 de mayo, así como 4, 5, 6 y 7 de junio de 2007 y en las cuales se discutió y resolvió la acción de inconstitucionalidad al rubro citada.

En varios aspectos mis intervenciones fueron coincidentes con el criterio mayoritario que a la postre se reflejó en la ejecutoria, según consta en las actas respectivas.

Sin embargo, en otros tantos temas mi opinión fue disidente del criterio mayoritario y por esos motivos, con fundamento en los artículos 73, y por remisión de éste, 44, párrafo primero, *in fine*, ambos, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y 7o., último párrafo, de la Ley Reglamentaria del Poder Judicial de la Federación, formularé los siguientes votos particulares en donde haré constar los motivos de mis discrepancias con el criterio aprobado mayoritariamente.

Los temas específicos en los cuales formularé voto particular, son los siguientes:

1. Declaratoria de validez por la mayoría de los artículos 9-A, fracción XVI de la Ley Federal de Telecomunicaciones y 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión en lo relativo a las facultades de la Comisión Federal de Telecomunicaciones; 2. Declaratoria de validez por la mayoría del artículo 20, fracción II, de la Ley Federal de Radio y Televisión en lo tocante a las atribuciones de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes; 3. Declaratoria de inconstitucionalidad e invalidez del artículo 9-C, último párrafo, de la Ley Federal de Telecomunicaciones en donde se regula la aprobación o veto de censura del Senado de la República respecto de los nombramientos de los integrantes de la Comisión Federal de Telecomunicaciones; y 4. Disidencia con el criterio mayoritario respecto de la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad para impugnar omisiones legislativas.

I.

INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTICULOS 9-A, FRACCION XVI, DE LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES Y 16 DE LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISION EN LO RELATIVO A LAS FACULTADES DE LA COMISION FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

Los artículos mencionados fueron impugnados en la acción de inconstitucionalidad relacionada con este voto particular y sus textos son los siguientes:

LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

“Artículo 9-A.- La Comisión Federal de Telecomunicaciones es el órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría, con autonomía técnica, operativa, de gasto y de gestión, encargado de regular, promover y supervisar el desarrollo eficiente y la cobertura social amplia de las telecomunicaciones y la radiodifusión en México, y tendrá autonomía plena para dictar sus resoluciones. Para el logro de estos objetivos, corresponde a la citada Comisión el ejercicio de las siguientes atribuciones:

(...)

XVI. De manera exclusiva, las facultades que en materia de radio y televisión le confieren a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes la Ley Federal de Radio y Televisión, los tratados y acuerdos internacionales, las demás leyes, reglamentos y cualesquiera otras disposiciones administrativas aplicables, y (...)

LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISION**(REFORMADO, D.O.F. 11 DE ABRIL DEL 2006)**

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

Aun cuando en la votación final del asunto que se analiza, la que suscribe estuvo de acuerdo en la validez de varios aspectos relacionados con las facultades de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, específicamente en el punto que a continuación se detallará se manifiesta disidencia con el criterio de la mayoría.

De los dos artículos antes transcritos, se desprende lo siguiente:

- a) La **Comisión Federal de Telecomunicaciones**, se define por el párrafo primero del artículo 9-A de la Ley Federal de Telecomunicaciones como un **organismo desconcentrado** de la administración central y específicamente de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes; de lo cual se sigue que se trata de un órgano ubicado dentro de la estructura administrativa de dicha secretaría de estado que por ello se encuentra subordinado al titular de la dependencia. Además, por su naturaleza administrativa, los órganos desconcentrados carecen de personalidad jurídica y patrimonio propio y tienen una competencia o ámbito de actuación muy específico y limitado —en ocasiones incluso su limitación abarca el punto de vista territorial— a grado tal que los actos de estos órganos no se reputan emitidos en su nombre propio sino del titular de la dependencia, todo lo cual se desprende de las concepciones más frecuentes de esta forma de administración pública y del artículo 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal¹.
- b) No obstante ser un órgano desconcentrado (y que por ello se supone debería encontrarse subordinado al titular de la dependencia), el acápite del artículo 9-A de la Ley Federal de Telecomunicaciones establece que la Comisión Federal de Telecomunicaciones cuenta con **autonomía técnica, operativa, de gasto y de gestión**, y no solo eso, sino además **está encargada de regular, promover y supervisar el desarrollo** eficiente y la cobertura social amplia de las **telecomunicaciones y la radiodifusión en México**, e incluso dicho precepto hasta le reconoce **autonomía plena para dictar sus resoluciones**, todo lo cual, desde esta opinión, por principio de cuentas excede notoriamente a su naturaleza administrativa.
- c) Pero no sólo lo anterior, sino que además, éste órgano desconcentrado fue dotado por la fracción XVI del artículo 16 de la Ley Federal de Telecomunicaciones con las “facultades exclusivas” que en materia de radio y televisión se le confieren a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes por la Ley Federal de Radio y Televisión, los tratados y acuerdos internacionales, las demás leyes, reglamentos y cualesquiera otras disposiciones administrativas aplicables; es decir, el señalado precepto materialmente regula un traslado de las facultades normativas en materia de radio y televisión, de la señalada Secretaría, a la Comisión Federal de Telecomunicaciones y, en adición a todo ello, jurídicamente se rompe la relación de jerarquía y subordinación de dicha comisión con el titular de la dependencia al momento que dichas atribuciones que antes eran del Secretario, ahora se ejercerán, no en forma concurrente con el titular, sino de manera exclusiva por la Comisión. Esta situación, al parecer, representa un vaciado de atribuciones del Secretario en materia de radio y televisión, pues, dado lo relevante del contenido de estas atribuciones, me parece que las mismas deberían ser ejercidas por el titular de la Secretaría y no por la Comisión Federal de Telecomunicaciones.

Todo lo anterior, considero que resulta violatorio del principio de seguridad jurídica regulado a nivel constitucional, principalmente, por el artículo 16 del Pacto Federal; y también es contrario a los artículos 27, 28 y 90 de la Constitución Federal pues las decisiones en materia de radio y televisión, por su relevancia, deberían corresponder directamente al Presidente de la República o al Secretario de Comunicaciones y Transportes por involucrar al espectro radioeléctrico que se comprende en el espacio aéreo el cual es un bien del dominio directo de la nación y un área estratégica, además que, de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la administración centralizada será organizada conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso y las características de la Comisión Federal de Telecomunicaciones exceden en mucho el concepto de órgano desconcentrado del artículo 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

¹ Ley Orgánica de la Administración Pública Federal: **“ARTICULO 17.- Para la más eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de su competencia, las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos podrán contar con órganos administrativos desconcentrados que les estarán jerárquicamente subordinados y tendrán facultades específicas para resolver sobre la materia y dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso, de conformidad con las disposiciones legales aplicables.”**

II.

**INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 20, FRACCION II,
DE LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISION**

El artículo 20, fracción II de la Ley Federal de Radio y Televisión establece lo siguiente.

“ARTICULO 20.- Los permisos a que se refiere la presente Ley se otorgarán conforme al siguiente procedimiento:

I. Los solicitantes deberán presentar, cuando menos, la información a que se refieren las fracciones I, III, IV y V del artículo 17-E de esta Ley, así como un programa de desarrollo y servicio de la estación;

II. De considerarlo necesario, la Secretaría podrá sostener entrevistas con los interesados que hubiesen cumplido, en su caso, con los requisitos exigidos, para que aporten información adicional con relación a su solicitud. Lo anterior, sin perjuicio de la demás información que la Secretaría considere necesario recabar de otras autoridades o instancias, para el cabal conocimiento de las características de cada solicitud, del solicitante y de su idoneidad para recibir el permiso de que se trate.

III. Cumplidos los requisitos exigidos y considerando la función social de la radiodifusión, la Secretaría resolverá a su juicio sobre el otorgamiento del permiso.

La duración de los permisos no excederá de 20 años, renovables por plazos iguales.”

En la discusión plenaria del martes 29 de mayo de 2007 ratificada por los señores ministros en la votación final del 7 de junio siguiente, una mayoría de 5 ministros consideraron que la segunda parte de la fracción II del artículo 20 antes transcrito no resultaba inconstitucional, y específicamente estimaron que no se violaba la garantía de seguridad jurídica por el hecho de establecer que, de considerarlo necesario, la Secretaría estará facultada para sostener entrevistas con los interesados en obtener permisos de radio y televisión, en los casos en que los solicitantes hubieren cumplido los requisitos exigidos, en la inteligencia de que estas entrevistas tendrán la finalidad de que se aporte información adicional con relación a la solicitud e idoneidad del interesado y sin perjuicio de la demás información que la Secretaría considere necesario recabar de otras autoridades o instancias. Esa mayoría de 5 votos estuvo compuesta por los señores Ministros Aguirre Anguiano, Franco González-Salas, Azuela Güitrón, Valls Hernández y Presidente Ortiz Mayagoitia.

En cambio los Ministros Luna Ramos, Góngora Pimentel, Silva Meza y la suscrita, estimamos minoritariamente que dichas entrevistas adicionales para la expedición no de concesiones, sino de permisos, sí resultan violatorias del principio de seguridad jurídica regulado principalmente en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En principio estoy de acuerdo en que la Secretaría pueda sostener entrevistas con los interesados para que aporten información adicional con relación a su solicitud toda vez dicha facultad de realizar entrevistas, no es amplia o ilimitada, pues tiene acotaciones.

La entrevista no puede realizarse en cualquier momento, sino una vez que se ha verificado que los interesados cumplieron con los requisitos previstos en el artículo 17-E, fracciones I, III, IV y V de la Ley Federal de Radio y Televisión.²

Además debe tenerse presente que el artículo 20, fracción II, en análisis no está referido a concesionarios de radio y televisión, que explotan dicho servicio con fines comerciales, sino que se trata de permisionarios, quienes no tienen fines lucrativos.

Así, la información que puede ser objeto de la entrevista, lógicamente debe estar vinculada con la solicitud presentada, es decir, debe ser razonable.

² “ **ARTICULO 17-E.- Los requisitos que deberán llenar los interesados son:**

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

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

a) Descripción y especificaciones técnicas;

b) Programa de cobertura;

c) Programa de Inversión;

d) Programa Financiero, y

e) Programa de actualización y desarrollo tecnológico.

III. Proyecto de producción y programación;

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

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

Sin embargo, y aun aceptando que la radio y televisión representan un servicio de interés público; si un solicitante de un permiso ha cumplido con los requisitos legales establecidos, la valoración de los temas e información que sean objeto de las entrevistas e información adicional, no puede quedar “a juicio” o “al libre arbitrio” de la autoridad, sino que debe estar sujeta a aspectos objetivos en los que se tome en cuenta lo anterior y la naturaleza del permiso con fines “no lucrativos” que se pretende obtener.

Además, debe tenerse presente que los concesionarios de radio y televisión y los permisionarios de los mismos servicios no se encuentran en una situación de igualdad, ya que ambos persiguen finalidades diferentes (los primeros buscan obtener lucro mientras que los segundos están dedicados a otros aspectos académicos, de investigación e intercomunicación no comerciales), por lo que es razonable que se exijan diversos requisitos para unos y otros.

En adición a lo anterior, considero que no debe perderse de vista que el principio de seguridad jurídica exige que las facultades atribuidas a las autoridades encargadas de la aplicación de la ley estén determinadas y perfectamente acotadas en el propio texto legal, a fin de no dejar elemento alguno al arbitrio de la autoridad, con el objeto de que los gobernados conozcan de antemano qué es lo que les obliga por voluntad del Legislador, y cómo es que queda definido su marco de libertades, de suerte tal que la autoridad únicamente pueda actuar dentro de lo expresamente establecido por la norma.

Por ello, el establecimiento de una regulación donde se permita una actuación ilimitadamente discrecional y abierta para la autoridad, es insegura e inconstitucional, además que, por tratarse de permisionarios, creo que se instituye en su perjuicio una amplitud de actuación excesiva e incongruente con los fines perseguidos por esta regulación.

III.

CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 9-C, ULTIMO PARRAFO, DE LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES EN DONDE SE REGULA LA APROBACION O VETO DE CENSURA DEL SENADO DE LA REPUBLICA RESPECTO DE LOS NOMBRAMIENTOS DE LOS INTEGRANTES DE LA COMISION FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

En el voto de la mayoría se considera que el artículo 9-C de la Ley Federal de Telecomunicaciones en donde se prevén las facultades del Senado para objetar los nombramientos de los Comisionados de la Comisión Federal de Telecomunicaciones viola el principio de división de poderes porque se trata de funcionarios que forman parte de organismo de la Administración Centralizada y por ello, su designación únicamente puede corresponder al Ejecutivo conforme al artículo 89, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En forma opuesta a la mayoría, considero que resulta apegada al texto constitucional la regulación que instituye la intervención del Senado en el nombramiento de los miembros de la mencionada Comisión.

Se considera que la objeción del Senado se identifica con el procedimiento denominado “veto de censura” y su característica es que no invade las facultades del Ejecutivo ni restringe su libertad para nombrar funcionarios en términos del artículo 89, fracción II de la Constitución Federal.

Lo anterior es así, en virtud de que una vez que el Ejecutivo realiza el nombramiento de uno o varios comisionados, se da vista a la Cámara de Senadores, la cual tendrá un plazo de 30 días para “objetar” dichos nombramientos.

Es de gran relevancia tener presente que esta “objeción” no equivale a un “rechazo”, pero tampoco equivale a una actuación infructuosa por parte del Senado sin la producción de resultado alguno.

Lo que en realidad ocurre con esta modalidad de veto es que, en los casos en los cuales el Senado objete un nombramiento, éste deberá señalar explícitamente los motivos de dicha objeción, los cuales en su caso serán hechos del conocimiento del Ejecutivo para ver si éste insiste en la designación a pesar de que la persona a quien se nombró tenga impedimentos jurídicos o de hecho para desempeñar la función conferida.

Así, los motivos de la objeción en el veto de censura, deben ser jurídicos y razonables, de suerte tal que al ejercerse esta atribución, el Senado ponga de manifiesto la existencia de un motivo por el cual el funcionario nombrado se encuentre impedido jurídicamente o de hecho para ocupar el cargo con el objeto de que el Ejecutivo reconsidere su designación.

A este respecto, cabe señalar que la interpretación aquí formulada deriva del alcance del término léxico “objeción” que significa oponer reparo a una opinión o designio, y también significa oponer una RAZON a lo que se ha dicho o intentado; esto de acuerdo con el Diccionario de la Academia Española de la Lengua; de donde se sigue que el término “objeción” en el contexto jurídico del veto de censura puede ser entendido como una réplica, reparo, o argumentación razonable que se opone en contra de una opinión, acto, o designio y su utilización persigue impugnar una proposición.

En derecho, este término se utiliza, por ejemplo, para referirse a la objeción de una prueba, en donde el medio demostrativo ofrecido, como puede ser una documental pública o privada, tendrá eficacia mientras ésta no se objete o se demuestre su falsedad y en caso de que exista objeción, la parte objetante deberá demostrar jurídicamente las razones de su dicho con el propósito de que, a la postre, la prueba sea valorada o desechada.

Con una mecánica similar a la objeción jurídica de una prueba, creo que se puede objetar jurídicamente un nombramiento hecho por el Ejecutivo, donde el objetante será el Senado.

Otro ejemplo de objeción desde el punto de vista jurídico, y más específicamente en el derecho constitucional, lo es el derecho de veto con el que cuenta el Presidente de la República en el proceso legislativo y que se contiene en el artículo 72, inciso a) de la Constitución General de la República, en donde se reconoce al titular del Ejecutivo el derecho a formular observaciones en contra de los proyectos aprobados por el Congreso de la Unión.

Un elemento relevante del veto u objeción, es la preclusión del derecho; así, en materia constitucional si el Ejecutivo no hace observaciones “dentro de diez días útiles”, se reputará que el proyecto de ley no tiene observaciones; en materia probatoria, el documento no objetado en tiempo (3 días de acuerdo al Código Federal de Procedimiento Civiles, según el artículo 142) prueba a favor de la parte que quiere beneficiarse con él y contra su colitigante cuando éste no lo objeta (artículo 203 del Código Federal de Procedimientos Civiles); y me parece que en materia de objeciones del Senado o veto de censura, también se actualiza este aspecto preclusivo al disponerse en el artículo 9-C de la Ley Federal de Telecomunicaciones que vencido el plazo de 30 días que se instituye en dicho precepto, se entenderán como no objetados los nombramientos del Ejecutivo Federal.

Además, las objeciones o vetos de censura tienen la característica de que quien las infunde no es quien resuelve sobre la validez de sus razones, sino un órgano diverso; en el proceso legislativo esto ocurre porque al ejercerse el derecho de veto por el Presidente de la República, las observaciones del Presidente regresarán al órgano legislativo para ser tomadas en consideración; en el caso de las pruebas será el juez quien resuelva si la objeción es fundada o no y en el caso del artículo 9-C, me parece que finalmente quien debe resolver es el Presidente de la República al momento de insistir o no en el nombramiento de los comisionados.

Por lo anterior, desde esta opinión, el veto de censura o facultad de objeción de los nombramientos por la Cámara de Senadores, o en su caso de la Comisión Permanente, resulta constitucional.

IV.

PROCEDENCIA DE LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE OMISIONES LEGISLATIVAS

En ocasiones anteriores, quien suscribe este voto ha compartido el criterio mayoritario, en el sentido de que no es posible ejercer un control constitucional respecto de una omisión legislativa.

Sin embargo, he decidido firmemente cambiar de criterio en atención al contenido del voto particular emitido por el ministro Genaro David Góngora Pimentel, en la Acción de Inconstitucionalidad 7/2003, promovida por el Partido de la Revolución Democrática en contra de actos del Congreso del Estado de Tabasco y otras autoridades, resuelta por el Tribunal Pleno de la Corte, en la sesión de cinco de marzo del año dos mil tres.

En dicho voto particular el ministro Góngora Pimentel, deja en claro que con una declaratoria de inconstitucionalidad por omisión legislativa no siempre se condena al Poder Legislativo a emitir una ley.

Más bien, la inconstitucionalidad por omisión legislativa proviene de mandatos constitucionales que obligan inescrutablemente al Poder Legislativo a normar una determinada materia en los cuales, haciendo de lado una orden constitucional se hace caso omiso de emitir una disposición legislativa o adecuar la ya existente.

Un Tribunal Constitucional no puede dejar de incentivar la eficacia jurídica de una norma constitucional, pues en la medida en que no lo haga, estará permitiendo su propia vulneración; sin ánimo academista, pero con la responsabilidad de formar parte de un Tribunal Constitucional, debe insistirse sobre la eficacia jurídica de las normas constitucionales y el grado de obligación que despliega respecto al Legislador, uno de los destinatarios naturales de las normas constitucionales, ya que a él le corresponde desarrollar el contenido de normas constitucionales para lograr una mayor eficacia de las mismas.

En el caso concreto, considero que se presenta una inconstitucionalidad por omisión legislativa que viola los artículos 1o. y 2o. constitucionales ante la preterición del legislador de regular el acceso para la prestación del servicio de radiodifusión en relación con los pueblos y comunidades indígenas pues se estima que se

desatiende por el Congreso de la Unión una competencia **de ejercicio constitucional obligatorio** derivada del artículo 2o., apartado B, fracción VI, y último párrafo, constitucional que dispone, en esencia, que la ley debe establecer las condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen.

Así, como el Congreso de la Unión no ha emitido norma alguna para establecer las condiciones para que los indígenas, sus pueblos y comunidades, así como, cualquier otra comunidad equiparable a ellos, puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, es claro que ello redundaría en una omisión legislativa absoluta al ejercicio de una competencia obligatoria por mandato constitucional.

Y si bien es verdad que en el artículo 2o. constitucional (o en norma de tránsito alguna) no se estableció un plazo para que el legislador llevara a cabo el ejercicio de dicha facultad, se estima que al haber legislado en la materia, mediante la expedición del Decreto de reformas y adiciones a las Leyes Federal de Radio y Televisión y Federal de Telecomunicaciones, decidió hacer uso de su facultad legislativa en dicha área específica y fue ahí cuando incurrió en la omisión de prever las condiciones especiales de identidad indígena, comprensión y multiculturalismo referidas al ámbito de aplicación del referido artículo 2o. constitucional.

En suma a lo anterior y con el propósito de reforzar la argumentación en el sentido de que sí es jurídicamente posible hacer la declaratoria de inconstitucionalidad de una omisión legislativa cabe señalar que este Pleno, en varios pronunciamientos, ha reconocido que la sentencia de una acción de inconstitucionalidad que declara la invalidez de una norma general controvertida, exclusivamente tiene el efecto de expulsar del orden jurídico nacional la norma o la porción de ella que se declare inconstitucional; es decir, la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad equivale, en términos de razón práctica, a una “*derogación*”, efecto que ha sido denominado en la doctrina como “*atribución de legislación negativa del Tribunal Constitucional*”.

Así, parece difícil sustentar la procedencia de una inconstitucionalidad por omisión ¿Cómo sería posible expulsar del orden jurídico nacional una norma inexistente? También se ha dicho que la invalidez constitucional por ausencia normativa no resulta jurídicamente posible en acciones de inconstitucionalidad porque no se cuenta en el texto fundamental con una previsión expresa en ese sentido.

Pero no debe pasar inadvertido que, la misma ausencia de regulación para hacer posible la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión, se presenta en las controversias constitucionales y, sin embargo, esta propia Suprema Corte de Justicia ha reconocido esa posibilidad.

Es verdad que la naturaleza del procedimiento de controversia constitucional es diferente a la acción de inconstitucionalidad, ya que en ese procedimiento, el Tribunal cuenta con una jurisdicción de características distintas ya que se puede impugnar cualquier clase de actos y no solo normas generales, además que es posible —según lo ha reconocido la Corte— hacer la declaratoria de inconstitucionalidad por contravenciones de cualquier especie al Pacto Federal; en cambio en la acción de inconstitucionalidad la jurisdicción y los efectos de la sentencia son limitados.

Sin embargo, ¿No es verdad que el silencio del legislador viola la Constitución cuando desplaza con su acto a la voluntad del poder constituyente y con ello se alteran las intenciones del contenido normativo de la Constitución?

Reconozco la libertad de conformación del legislador para desarrollar su actividad.

Es verdad que la Constitución puede contener cláusulas constitucionales programáticas dirigidas al poder legislativo, para su cumplimiento discrecional u obligatorio, sin embargo, creo que en todos los casos debe tenerse en cuenta el margen de maniobra temporal y material que ostenta el legislador para articular el programa constitucional mediante la emisión de un acto legislativo al ritmo de actuación que permita la agenda legislativa.

Esto se acentúa en el caso concreto porque al valorar las particularidades del caso, queda de manifiesto que la Constitución Federal no fijó plazo alguno al Poder Legislativo para expedir las leyes a través de las cuales se establezcan las condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación en los términos que las leyes de la materia determinen.

No pasa inadvertido que al haberse legislado por el Congreso en materia de telecomunicaciones, se hace evidente la utilización de la facultad legislativa que a dicho ramo corresponde y al haberse omitido legislar el aspecto antes señalado en congruencia con el artículo 2o., apartado B, fracción VI, de la Constitución Federal, al parecer se actualizó el vicio de inconstitucionalidad; sin embargo, no me parece que en este caso el Congreso de la Unión hubiera hecho uso de sus facultades legislativas especiales en términos de dicho artículo 2o., apartado B, fracción VI, constitucional, sino que más bien se ejerció una competencia genérica en materia de legislación en telecomunicaciones; pero además, como la Constitución no señala un plazo de ejecución, creo que la cláusula constitucional programática es de tipo discrecional.

A esto debe sumarse que el establecimiento de condiciones para que pueblos y comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, bien pudo haberse abordado en otra norma y no necesariamente en la Ley Federal de Telecomunicaciones o en la Ley Federal de Radio y Televisión o incluso puede abordarse en esa misma norma cuando exista una iniciativa ex profeso para regular el tema, aspecto este último que confirma la discrecionalidad legislativa que existe en el caso.

Por todo lo anterior, aun cuando se admite la factibilidad de una declaratoria de inconstitucionalidad por omisión en determinadas condiciones, **me parece que en estos casos deben observarse reglas específicas.**

Es decir, tratándose de la aplicación del criterio plenario para declarar la inconstitucionalidad por omisión legislativa por incumplimiento o por defecto de una competencia legislativa obligatoria desde el punto de vista constitucional, creo que **la regla que fije la obligación normativa debe ser expresa**, tanto en plazo como en contenido, lo que debe tener esa claridad en virtud de que la inconstitucionalidad por omisión, resulta muy cuestionable en virtud de que la Suprema Corte de Justicia está instituida como Tribunal Constitucional para juzgar la inconstitucionalidad de leyes expedidas, mas no de situaciones de inconstitucionalidad meramente factibles.

Se trata de no reducir la omisión legislativa inconstitucional a un simple “no hacer”, sino a identificar una exigencia constitucional de acción que evidencie que el poder legislativo incurrió en incumplimientos de mandatos constitucionales que le atañen y que por su grado de concreción, lo vinculan de forma inaplazable.

En este punto creo que lo más importante es el factor temporal, pues al ser éste indeterminado, introduce incertidumbre y ello es incompatible con la certeza que se requiere para afirmar que existe una obligación legislativa inaplazable, aspecto indispensable para que una omisión pueda ser considerada inconstitucional.

Además, no debe perderse de vista que la ley es un acto de naturaleza positiva por antonomasia y la ausencia de una ley no puede considerarse un acto legislativo, por tanto, la preterición no se puede analizar bajo los esquemas procesales que se siguen regularmente para juzgar una ley, precisamente porque la ausencia de ley no es acto legislativo; es decir, una ley no puede ser un acto de los llamados “negativos”.

Sin embargo, aun reconociendo todo lo anterior, creo que en la especie sí existe un vicio ABSTRACTO de inconstitucionalidad por que, en su manifestación fáctica, el hecho de que no se desarrollen las decisiones constitucionales contenidas en el artículo 2o., apartado B, fracción VI, y último párrafo del mismo precepto constitucional reduce a meras ideologías los valores, aspiraciones y anhelos depositados en la norma fundamental.

En dicho artículo, la Constitución Federal le ordena al Estado, al Estado Mexicano, no nada más al Legislativo, sino al Estado Mexicano, al Poder Judicial y al Poder Ejecutivo y a los tres niveles de gobierno y al Estado, que establezcan las señaladas condiciones de manejo de medios a favor del grupo social conformado por los pueblos y comunidades indígenas.

En la especie el Poder Legislativo, con su silencio, desplazó y nulificó el señalado programa constitucional de establecer condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar o administrar medios de comunicación.

Ello es suficiente para evidenciar un vicio de constitucionalidad.

El mandato constitucional referido no tiene características que vinculen solamente al Poder Legislativo sino a todo el aparato estatal y, en cumplimiento a este principio fundamental de contenido colectivo y cultural, me parece que esta Suprema Corte, como Tribunal Constitucional, debe actuar como guardián de la Constitución y en esa virtud debe declarar que en la especie existe un vicio de constitucionalidad abstracto por el solo hecho de que, a la fecha, no se han establecido leyes para generar las condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación.

Por todos estos motivos, creo que debe declararse fundado el concepto de invalidez en la parte que se duele de que no se hayan concretado los objetivos constitucionales del artículo 2o., apartado B, fracción VI, y último párrafo del mismo precepto del Pacto Federal.

La Ministra, **Olga Sánchez Cordero de García Villegas**.- Rúbrica.

LICENCIADO JOSE JAVIER AGUILAR DOMINGUEZ, SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, CERTIFICA: Que esta fotocopia constante de trece fojas útiles, concuerda fiel y exactamente con su original que corresponde a los votos particulares que formula la señora Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas en la acción de inconstitucionalidad 26/2006, promovida por Senadores integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso de la Unión, en contra del propio Congreso y del Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos. Se certifica para su publicación en el Diario Oficial de la Federación.- México, Distrito Federal, a catorce de diciembre de dos mil siete.- Rúbrica.