EFICACIA Y EFICIENCIA EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL MODELO DE ESTADO REGULADOR, A TRAVÉS DE ESTÁNDARES

Por A. Cecilia Orozco Ibarra

RESUMEN: El papel que juega la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Estado Constitucional de Derecho es fundamental en la implementación del funcionamiento de las reformas estructurales como la que se implementa a partir de la reforma constitucional en materia de competencia económica y telecomunicaciones de 2013 la cual tiene como eje central fomentar el crecimiento económico del país. Es primordial, pues a través del establecimiento de estándares que dirijan una política judicial adecuada contribuye al establecimiento de lo que la propia Corte llama modelo de estado regulador, en el que converge un nuevo diseño institucional, incluyendo a nuevos actores del esquema funcional de distribución de poderes, Órganos Constitucionales Autónomos con función regulatoria (COFECE e IFT), que descansa en la premisa de que esos órganos, por su autonomía y aptitud técnica, son idóneos para producir normas en contextos de diálogos técnicos, de difícil acceso para el proceso legislativo, a las que puede dar seguimiento a corto plazo para adaptarlas cuando así se requiera, las cuales constituyen reglas indispensables para lograr que ciertos mercados y sectores alcancen resultados óptimos irrealizables bajo la ley de la oferta y la demanda, con lo cual al introducirse el modelo de estado regulador en la Constitución, se apuntala un nuevo parámetro de control para evaluar la validez de los actos y normas de los Órganos Constitucionales Autónomos, quienes tienen el encargo institucional de regular técnicamente ciertos mercados o sectores de manera independiente únicamente por referencia a racionalidades técnicas especializadas, al gozar de una nómina propia de facultades regulatorias, cuyo fundamento ya no se encuentra en la ley ni se condiciona a lo que dispongan los poderes clásicos.[1] En ese sentido, los estándares que establezca la SCJN pueden funcionar como puente para implementar la reforma estructural teniendo como reto establecer un sano equilibrio entre Estado y mercado, a través de una regulación e intervención que atienda causas legítimas de política pública, favoreciendo inversión y libre empresa, pero en un ambiente de equidad de mercado, es decir, buscar un mercado cuyas fallas sean corregidas por el Estado, y un Estado cuyas fallas sean atemperadas por esquemas que eleven eficacia y eficiencia de instituciones y políticas públicas, para lo cual se tiene que dar deferencia técnica al órgano especializado que tiene la mejor información, experiencia y pericia para resolver estos asuntos y debe gozar de discrecionalidad en su área, y el Poder Judicial, que

1 Tesis jurisprudencial P./J. 46/2015 (10a.), registro de IUS 2010881, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 26, Enero de 2016, Tomo I, Pag. 339.

Revista 42.indb 255 13/11/18 11:40

debe ser respaldo y a su vez garante de la razonabilidad de las determinaciones alcanzadas por los reguladores, sin abusar de activismo judicial.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. RELACIÓN ESTADO-ECONOMÍA. 3. CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN Y EL MODELO DE ESTADO. 4. ESTÁNDARES EN LA REVISIÓN JUDICIAL. 5. ESTÁNDARES DEL MODELO DE ESTADO REGULADOR. 6. APLICACIÓN PRÁCTICA POR LA SEGUNDA SALA DE LA SCJN. 7. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se piensa en fortalecer la economía del país, forzosamente debe pensarse en temas de competencia económica. Reducir la desigualdad requiere de una decidida y fortalecida promoción de la competencia, la eficiencia en el gasto, la superación de la pobreza y el combate a la corrupción necesitan que se eliminen las barreras a la competencia. La política de competencia es un instrumento que promueve la democracia de los mercados, y aporta al bienestar social.

Cuando se piensa en cambios, se piensa en nuevas interpretaciones y resulta indispensable hablar de argumentación jurídica.

En 2013 se dio una de las reformas constitucionales más ambiciosas en el ámbito de competencia económica y telecomunicaciones; como sabemos, se crearon dos órganos constitucionales autónomos con nuevas facultades y con facultades regulatorias. Una reforma ambiciosa que busca alinear incentivos que permitan el crecimiento económico del país, atraigan la inversión y contribuyan al bienestar social.

En la actualidad, hay consenso en ver a la Constitución Mexicana como una norma jurídica, y por ende sujeta de interpretación jurídica, y que el último intérprete de la misma es precisamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Podemos afirmar que, como estableció Holmes hace ya varios siglos atrás, "La Constitución es lo que la Corte dice que es". Al respecto, es de recordarse que las consecuencias de una norma jurídica se manifiestan en el patrimonio de una persona, en condiciones de desarrollo socio político de una sociedad.

Las estructuras constitucionales, garantes de la División de Poderes en una democracia liberal, fueron discutidas, diseñadas y perfeccionadas por jueces instruidos en el estudio de la ley; en este sentido, la jurisprudencia ha establecido importantes avances en la teoría de Estado pues precisamente mediante el establecimiento de estándares se ha reflexionado sobre el diseño organizacional y funcional del Estado como una cuestión de política judicial analizando tanto los mecanismos regulativos como los consensos económicos que hacen visible la materialización de este modelo de Estado, y no es que deba elegir mirar hacia el modelo de Estado o atender el discurso de los Derechos Humanos, sino que los Derechos Humanos, al ser el parámetro del control,

Revista 42.indb 256 13/11/18 11:40

convergen, junto con el modelo de Estado, al realizarse el fallo judicial en la que se establecen estándares para su implementación.

El Estado mexicano ha optado por la implementación de un nuevo modelo de Estado y una implementación de políticas públicas a nivel constitucional en la cual, mediante la Reforma Constitucional en materia de Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones de 2013, se constitucionalizó la materia de la función regulatoria, de los órganos reguladores y de reglas y principios especiales, en particular las reglas aplicables a la revisión judicial y sus propósitos de eficiencia económica.

Todos estos conceptos jurídicos indeterminados contenidos en los artículos 25 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos conceden, por naturaleza, espacios importantes de discrecionalidad a la autoridad para la aplicación de "conceptos jurídicos indeterminados" caso por caso.

Al respecto, el Poder Judicial tiene una función crítica al controlar la validez de las políticas públicas, los Órganos Jurisdiccionales son un actor clave de las iniciativas de promoción de la Competencia y es una buena práctica en muchas jurisdicciones que las autoridades de Competencia, los reguladores y las secretarías de Estado traten de acercar los conceptos económicos y de la Competencia a los órganos jurisdiccionales a través de ellas.

En este sentido, el Poder Judicial, sin incurrir en determinaciones técnicas que no le corresponden, debe velar por un correcto enfoque de las políticas públicas, pues como se ha dicho anteriormente, las sentencias emitidas por el Poder Judicial ha influido al llevar acabo, por ejemplo, la implementación del Estado regulador sujeto a la figura del crecimiento de independencia que le dio desde el 2006 a la entonces Comisión Federal de Telecomunicaciones (en adelante Cofetel) en la acción de inconstitucionalidad 26/2006; en este sentido, la manera de dar significado y continuidad a esta políticas por medio del Poder Judicial es mediante el esclarecimiento de conceptos jurídicos indeterminados, sin llevar a cuestiones técnicas que son competencia propiamente del regulador, pero estableciendo directrices claras.

Estas directrices claras se pueden llevar a cabo mediante el establecimiento de estándares, pues los estándares permiten la planificación de modificaciones a su operación con el propósito de hacerla más independiente, transparente, eficaz, uniforme y predecible en beneficio de los consumidores, los participantes de mercado y la economía mexicana en general.

2. RELACIÓN ESTADO-ECONOMÍA

Estado y economía son un binomio indisoluble que, aunque con altas y bajas a lo largo del desarrollo de las sociedades modernas nunca han sido ajenos uno al otro. Durante décadas nos hemos planteado la interrogante de cuál debe ser el papel del Estado en la economía.

Revista 42.indb 257 13/11/18 11:40

El Estado ha ido adaptándose a las necesidades sociales. Por esa razón existió una evolución de la antigua *Política de Pobres* inglesa, a los postulados pro-*Estado Benefactor*, que fueron tan criticados por Milton Friedman en favor del libre mercado y el adelgazamiento estatal que se caracterizaron por defender la contracción económica del Estado, auspiciar la libertad de mercado y fomentar el individualismo, su andamiaje teórico fueron argumentos esencialmente económicos que buscaban reducir el gasto estatal a lo esencial para garantizar la seguridad, la soberanía del Estado y el sistema jurídico normativo.

El liberalismo, como respeto del proyecto de los demás, tiene múltiples aplicaciones y es un punto de partida vital para comprender las ideas de la libertad. En el liberalismo, las instituciones importan, y la economía de mercado, basada en derechos de propiedad, estado limitado y mínimos niveles de coacción, es una institución en sí misma que alinea incentivos individuales y sociales, promoviendo la mejora de todos.

La economía no es un juego de suma cero, siempre y cuando las instituciones cumplan con su función; sin embargo, si las instituciones que prevalecen no son éstas, entonces las situaciones de suma cero sí serán frecuentes.

En términos generales, alrededor del mundo, las últimas décadas han marcado una clara transición de la relación de los Estados y la economía pasando el Estado de un rol de proveedor a un rol secundario pero importante como regulador de la economía. En México desde la década de los 40´s a los primeros años de la década de los 80´s transitamos por un Estado con un rol protagónico en la economía en que se cerró el comercio al mercado interno, se centralizó la economía y el Estado tenía la propiedad de los activos; posteriormente, en la década de los 80´s transitamos a una apertura comercial que requería de un Estado con un rol menos protagónico en el que su función fue delegándose más hacia la de un supervisor para así poder congeniar con el mercado exterior al que se estaba abriendo. En este sentido, para que una economía de libre mercado produzca resultados sociales óptimos es fundamental que el Estado establezca las reglas del juego y que cuente con autoridades capaces de aplicarlas, que tutelen objetivos públicos fundamentales, que hagan respetar los derechos de propiedad, corrijan las fallas del mercado, protejan al consumidor y así propicien y promuevan la libre competencia. A este rol del Estado lo llamamos modelo de estado regulador, que consiste en abstenerse de invertir cuando ello no contribuya a objeto público alguno y actuar de manera efectiva, idónea y proporcional cuando exista una justificación legítima.

Las relaciones entre el Estado y el mercado ocupan un capítulo importante en las ideologías políticas. Desde una perspectiva económica, el Derecho, el Estado de Derecho y su resultado: la seguridad jurídica, cumplen una función importante pues contribuyen a un clima propio para la inversión al brindar estabilidad y certeza. Un marco regulatorio adecuado es capaz de generar un ambiente que propicie el crecimiento económico por medio de mayor certidumbre para la inversión privada, asimismo, una

Revista 42.indb 258 13/11/18 11:40

regulación eficiente alinea los incentivos de las empresas para proveer servicios o productos de buena calidad y a precios competitivos.

A partir de 2006 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) fue fortaleciendo a la entonces Cofetel ratificando las atribuciones que ya tenía mediante la resolución de casos específicos (amparos, acciones y controversias) como la acción de inconstitucionalidad 26/2006[2] en la que la SCJN reconoció que la Cofetel tenía características especiales que la diferenciaban de la tradicional concepción de órgano desconcentrado, al tener por ley autonomía técnica, operativa, de gasto y de gestión, la controversia constitucional 7/2009,[3] en la cual el Pleno de la SCJN reconoció a la Cofetel como autoridad administrativa única y máxima en materia de radiodifusión, y una noción de autonomía más evolucionada, la controversia constitucional 74/2010.[4]

El *Pacto por México* señala como parte de los compromisos 37 y 40, el fortalecimiento de la Comisión Federal de Competencia y el reforzamiento de la autonomía de la Comisión Federal de Telecomunicaciones. Tales compromisos políticos se tradujeron en la Reforma Constitucional de 2013 en el que convirtieron a dichas comisiones en Órganos Constitucionales Autónomos.[5]

Un problema histórico de los reguladores mexicanos, particularmente visible en la extinta Cofetel, había sido la parálisis regulatoria vía la excesiva judicialización de las decisiones administrativas. Los tiempos de revisión eran muy largos y las oportunidades para aniquilar la medida o dilatar su aplicación de forma indefinida enormes, lo que quita el poder práctico al regulador.[6]

El modelo de estado regulador en México se desprende de los artículos 25 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es entendido como *un modelo de estado que hace compatible la existencia de órganos reguladores desvinculados de los poderes clásicos para atender técnicamente segmentos especializados de política pública, de una manera compatible con el compromiso de la Constitución con el principio de autogobierno democrático*[7].

---

2 Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 26/2006, resuelta el 6 de mayo de 2007.

3 Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Controversia Constitucional 7/2009, resuelta el 24 de noviembre de 2009.

4 Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Controversia Constitucional 74/2010, resuelta el 15 de noviembre de 2011.

5 Presidencia de la República, *Pacto por México*, México, 2 de diciembre de 2012.

6 Faya Rodríguez, Alejandro, *De la COFETEL al IFETEL: la historia de un violento péndulo*, México, CIDAC, 2013, p. 31. Disponible en http://www.cidac.org http://reddecompetencia.cidac.org. Consultado el 19 de junio de 2018.

7 García Sarubbi, David, "Modelo de estado regulador: su aparición en la jurisprudencia nacional" en *Art. 105. Dilemas de Control Constitucional*, 2016, núm. 1, p. 67.

Revista 42.indb 259 13/11/18 11:40

3. CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN Y EL MODELO DE ESTADO

Al estar ante un modelo implementado construccionalmente tenemos que hablar de control judicial de la Constitución, el cual solo tiene cabida en un entendimiento de la Constitución en términos normativos, y no como un mero pacto político. En México, a raíz de la Reforma Judicial de 1994, el control judicial de la Constitución empezó a jugar un papel protagónico, y más la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que como órgano contra mayoritario por excelencia es el guardián de la Constitución.

El constitucionalismo fue concebido, y es visto como aquella ideología, o tecnología que hace posible el gobierno moderado y la limitación del poder. Los jueces, de acuerdo con la nueva arquitectura institucional del Estado democrático, tienen que convertirse en garantes de la normatividad de la Constitución, pero ahora defensores de las minorías frente a las demandas del pueblo. Siendo los jueces constitucionales los directos responsables de garantizar que el poder público o privado tenga límites y no se exacerbe.

Por disposición constitucional, las actuaciones de los Órganos Constitucionales Autónomos con función regulatoria son impugnables vía juicio de amparo indirecto y, como cualquier órgano que participa en el esquema de división funcional de poderes, puede verse inmiscuida en una controversia constitucional o en una acción de inconstitucionalidad, lo que nos lleva directamente al ámbito de competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La Reforma Constitucional es muy ambiciosa en cuanto a conceptos técnicos, es una nueva regulación, plagada de un cúmulo de indeterminaciones semánticas de conceptos tales como agente económico preponderante, agente con poder sustancial, insumo esencial. Se estima que, a su vez, su regulador es la autoridad con los mejores conocimientos y especialistas para decidir lo que más conviene al interés público.

El Poder Judicial tiene una función clave al controlar la validez material de las políticas públicas. Como atinadamente establece Richard Fallon, el control judicial está justificado no porque los jueces sean mejores para interpretar, sino porque mediante litigios específicos se pueden identificar riesgos que no pudieron ser vistos por el legislador.[8]

Por lo tanto, los Órganos Jurisdiccionales son un actor importante en la promoción de la competencia y es una buena práctica en muchas jurisdicciones que las autoridades de competencia, los reguladores y las secretarías de Estado traten de acercar los conceptos económicos y de la competencia a los órganos jurisdiccionales a través de ellas.

Para hablar del control judicial de la Constitución debemos de entender la Constitución en términos normativos, y no como un mero pacto político. Para afirmar lo

8 Richard H. Fallon, "The core of an uneasy case for judicial review", *Harvard Law Review*, Vol. 121, No. 7, 2008, pp. 1700-1710.

Revista 42.indb 260 13/11/18 11:40

anterior nos debemos remitir al antiguo debate entre Schmitt y Kelsen, que data de la tercera década del siglo XX, entre si la Constitución debe ser entendida como norma jurídica o como una mera decisión política.[9] Es de explorado Derecho que este debate, después de la Segunda Guerra Mundial, se decantó por entender a la Constitución como norma jurídica con la aparición de los tribunales constitucionales. Por su parte en el sistema norteamericano esto tuvo su desarrollo de forma diferente con la doctrina del *Judicial Review* mediante la emblemática sentencia de Marbury vs. Madison en la que se enunciaron los principios básicos del control de constitucionalidad. Por su parte, en México la concepción de la Constitución como norma jurídica tuvo la siguiente evolución:

La Constitución puede tener dos entendimientos, uno político en el que se entiende ésta como un texto meramente político en el cual, si bien pueden existir reglas jurídicas, estas son muy limitadas y son aquellas que están formuladas en forma que permiten una subsunción por parte del juez. Carl Schmitt nos enuncia que tenemos valores, principios y conceptos políticos, que están en la Constitución, que no admiten una subsunción porque tienen que ver con la determinación de conceptos morales, y por ende no son Derecho, por lo tanto no le corresponden a los tribunales. En México, al parecer de 1917 a 1994, había un entendimiento preponderantemente político de la Constitución y sólo por excepción un entendimiento normativo enfocado en las garantías individuales; pero desde 1994 a la fecha se ha venido fraguando un entendimiento de la Constitución preponderantemente jurídico, o normativo, y marginalmente político, pues actualmente se acepta que la mayor parte de las disposiciones constitucionales son Derecho y sólo por excepción tenemos ciertas cuestiones políticas.

De lo anterior podemos afirmar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación es el guardián de la Constitución. Es decir, si la Constitución es norma jurídica, y por excepción norma política, entonces la división clásica de la Constitución entre parte dogmática y orgánica se diluye, pues si la Constitución es norma jurídica, es justiciable. En este sentido, es importante destacar que en las sentencias se resuelven casos sobre la base de lo dispuesto en las normas jurídicas, especialmente, la Constitución, cuando se trata de órganos terminales como la Suprema Corte de Justicia de la Nación que a la luz del caso concreto dotan de significado a las reglas jurídicas, que generalmente tienen indeterminación semántica. En esta operación es en la que tiene cabida el conjunto de estándares normativos prescritos por el ordenamiento jurídico. Por lo que podemos afirmar que la Constitución es un conjunto de enunciados normativos que tienen que interpretarse para que produzcan normas, es decir las normas son los productos de los procesos interpretativos, lo que está contenido en las sentencias.

Si la Constitución es Derecho, entonces es criterio de validez y puede ser criterio de validez en tres vertientes en cuanto establece procedimientos, competencias y conteni-

9 Herrera, Carlos Miguel, "La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución" en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), octubre-diciembre de 1994, núm. 86, p. 195-227.

Revista 42.indb 261 13/11/18 11:40

dos. La Corte ha ido explorando estos tres criterios de validez, en los que ha integrado como un parámetro de control. A partir de la Reforma de 2011, hubo un cambio en el concepto de Derechos Humanos y esto significó un cambio en el parámetro de control para pasar del constitucionalismo clásico a un neoconstitucionalismo.

En ese sentido, dado que el Derecho se formula como enunciados normativos, las normas se dan mediante la interpretación de esos enunciados normativos que tienen indeterminación semántica como vaguedades, ambigüedades y conceptos esencialmente controvertidos.

Dejando esto establecido, es claro que es útil la conceptualización que hace Ricardo Guastini sobre el lenguaje jurídico, pues, si asimilamos que la Constitución es norma jurídica, es susceptible de interpretación el análisis de la disociación entre enunciados normativos ("disposiciones") y significados ("normas"); es claro que la disposición y la norma son dos conceptos distintos, pero que en la práctica viven de manera conjunta en cada precepto legal, y que el control de constitucionalidad no puede prescindir ni de una ni de la otra, pues las sentencias que declaran la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una disposición inciden, ya sea de forma directa o indirecta, sobre su contenido normativo. Por ello, la distinción entre disposición y norma es un recurso procesal de gran utilidad para la conservación y composición del ordenamiento jurídico, en ese sentido no puede entenderse que el objeto del control de constitucionalidad sea exclusivamente la disposición, o la norma.

Cuando el Tribunal Constitucional ha de valorar la constitucionalidad de uno o varios preceptos legales, ineludiblemente ha de interpretarlos, al igual que ha de interpretar la Constitución.[10]

Si la Constitución es Derecho, hay que ver cómo se aplica la Constitución (distinción entre disposición normativa y norma). En respuesta a la problemática establecida por Carl Schmitt, en esta línea argumentativa, se entiende que todo el Derecho está formulado a manera de disposiciones normativas y es la interpretación de estas disposiciones lo que nos genera una norma. Esto es así porque toda disposición normativa es un enunciado lingüístico que tiene, al menos, tres problemas de interpretación semántica, ambigüedad, vaguedad y conceptos esencialmente controvertidos; entonces, es la resolución de esos problemas semánticos lo que te da la norma. Contrario a lo establecido por Schmitt, no hay una diferencia de estructura lógica entre los principios, valores y las reglas, pues los tres se formulan como enunciados lingüísticos, entonces, todo el Derecho es interpretable.

Bajo la misma línea argumentativa, la Constitución, asumiendo que hay enunciados normativos y que las normas se obtienen cuando se interpretan los enunciados, debe

10 Díaz Revorio, Francisco Javier. *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional,* Lima, Palestra Editores, 2003, p.78.

Revista 42.indb 262 13/11/18 11:40

indicar cuál es el parámetro de control que fija la misma para dicho ejercicio, el cual lo encontramos en el artículo 1° constitucional,[11] mismo que nos delimita el parámetro de control constitucional a todos los enunciados normativos que estén en la Constitución, así como las jurisprudencias del Poder Judicial de la Federación, pero también los Tratados Internacionales, en materia de Derechos Humanos, mismos que también son enunciados normativos que forman parte del parámetro de control junto con la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante IDH).[12]

Refuerza la argumentación anterior la teoría de Mitchell Berman, en la cual establece que, bajo la distinción entre disposición normativa y norma, lo que tenemos que hacer es extraer significados y estándares de escrutinio (los dos outputs) de solución de indeterminación semántica, esto explica por qué hay condiciones razonables de aplicación judicial de lo que Schmitt denominaba principios o valores que no admiten subsunción.

Tenemos una Constitución que es Derecho, si es Derecho, es un criterio de validez o parámetro de control; siendo Derecho, se formula a través de enunciados normativos que se plantean en lenguaje natural, que tienen indeterminación semántica; de esos enunciados normativos extraemos normas y esas normas para implementarlas requieren de estándares o lineamientos que indiquen como deben ser implementados.

Como habíamos señalado en párrafos anteriores Guastini estableció que aceptar la naturaleza jurídica de la Constitución conlleva reconocer que el Derecho se formula por enunciados lingüísticos y eso es lo que tenemos como Derecho escrito, esas disposiciones lingüísticas, por estar formuladas en leguaje natural, tienen problemas de indeterminación semántica, por tanto deben de ser interpretadas para que tengamos una norma; al respecto, es importante señalar que no hay una relación unívoca entre disposición y norma, más aún, puede haber normas sin disposición, como son las normas que se extraen implícitamente de toda la Constitución –ejemplo, el libre desarrollo de la personalidad-

La Interpretación es el proceso de extracción de significados de las disposiciones normativas, lo que según el autor se lleva a cabo en dos etapas. Una primera etapa que admite predicados de verdad y falsedad y consiste en detectar enunciados normativos, a la que llama científica, y la política, que consiste en la elección del significado correcto descartando los restantes.[13]

---

11 Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos…
Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

12 Como se deprende de las siguientes sentencias emitidas por la SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación): varios 912/2010, la Contradicción de tesis 293/2011, Contradicción de tesis 21/2011.

13 Guastini, Ricardo, "Interpretación y construcción jurídica" en *Isonomía*, octubre de 2015, núm. 43, p. 11-48, disponible en http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363643925005, consultado 05/06/2018.

Revista 42.indb 263 13/11/18 11:40

Este modelo básico ha sido retomado y mejorado por diversos teóricos, por ejemplo Ronald Dworkin, en su "Teoría interpretativa del Derecho", quien identifica una etapa pre interpretativa en la cual, al igual que en el modelo básico de Guastini, se detectan los enunciados normativos, y posteriormente una a la que denomina propiamente interpretativa en la que trata de averiguar cuál es el sentido de la practica social; lo importante a destacar de esta teoría es que, como nos señala el teórico norteamericano en su parte pre interpretativa, además de la detección de los enunciados normativos debe existir un acuerdo inicial de qué prácticas son jurídicas de la manera que los juristas puedan posteriormente argumentar sobre la mejor interpretación, es decir, en la detección de candidatos a normas hay que ver previamente si ya fue resuelto por jurisprudencia o criterio vinculante y, asimismo, acudir a las prácticas convencionales para la elección de candidatos, lo que Dworkin identifica en dos pasos a seguir: un primer paso, que es la adecuación con el sistema jurídico, en el cual se busca que el candidato a norma sea consistente con el sistema y no cree problema de instancia o incoherencia con el sistema jurídico al que aspira a ser insertado, y un segundo paso, en el cual, de entre los candidatos que cumplen con el paso anterior, se selecciona al que justifica de mejor manera el sistema.[14]

Berman nos plantea que el modelo simple, propuesto en párrafos anteriores, en el cual arroja un significado como interpretación constitucional, es incompleto pues, en realidad, al llevar a cabo la labor interpretativa, y su posterior aplicación al caso concreto, el juzgador arroja dos resultados, lo que él denomina la tesis de las dos salidas (u outputs).[15]

Su modelo presupone que, entre la interpretación del significado y la aplicación, se construye un estándar o marco de implementación que permite identificar cuándo ese significado se cumple, o no, en el caso concreto.

En ese sentido, Berman propone que la labor de un juez constitucional no es únicamente una labor interpretativa y de aplicación, sino que, además, las sentencias emiten reglas que dan guía a los juzgadores para en posteriores sentencias sepan cómo aplicarla, es decir reglas mediadoras de implementación, a esas reglas les podemos llamar estándares o test.[16]

Respecto al tema de la creación de derecho por parte de los jueces, véase la polémica entre Kelsen, Atria, Hart, MacCormick y Ruiz Manero en el texto: Bulygin, Eugenio, "Los jueces ¿crean Derecho?" en *Isonomía*, abril 2003, núm. 18, p. 7-25.

14 Dworkin, Ronald, *El imperio de la Justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clase de la teoría y práctica*, trad. Claudia Ferrari, Barcelona, GEDISA, 1988, p. 90-91.

15 Berman, Mitchell N., "Constitutional decision rules"en *Virginia Law Review*, marzo de 2004, vol. 90, núm. 1, p. 38.

16 Berman, Mitchell N., Constitutional constructions and constitutional decision rules: thoughts in the carving of the implementation space"en *Constitutional Commentary*, marzo de 2010, vol. 27, p. 62.

Revista 42.indb 264 13/11/18 11:40

Entender la revisión constitucional en una forma simple de dos pasos: en primer lugar, interpretar la Constitución para producir normas de aplicación general que denominamos Derecho Constitucional; en segundo lugar, aplicar esas normas generales a los hechos de un caso particular para llegar a una determinación sobre el caso es acertada, pero incompleta pues es solamente una parte - una determinación acerca de si la ley o la acción cuestionada está constitucionalmente permitida o no-, lo que sería sólo un resultado o "output", pero las sentencias constitucionales arrojan dos resultados, o dos outputs, pues los Jueces Constitucionales elaboran las doctrinas para administrar o implementar las normas constitucionales que son producto de un proceso adecuadamente denominado "interpretación". Esto es, las sentencias tienen como resultado la creación de dos normas complejas que median entre la constitución y el fallo: la norma legal interpretada y la doctrina creada por la corte que permite la implementación.

En el modelo de las dos salidas de Berman se tienen los productos, la interpretación de la disposición constitucional, y además se crean reglas judiciales que van dirigidas a establecer una guía para los juzgadores para saber mediar entre la interpretación y su aplicación, para la creación de estas reglas no se utiliza la interpretación, contrario a la interpretación, que va dirigida al público en general, los estándares van dirigidos principalmente a los juzgadores.[17]

Como nos menciona Mitchell Berman, todas las sentencias arrojan dos resultados: entre la interpretación del significado y la aplicación, se construye un estándar o marco de implementación que permite identificar cuándo ese significado se cumple, o no, en el caso concreto. También se le conoce como la teoría de los dos outputs, pues los jueces constitucionales elaboran las doctrinas para administrar o implementar las normas constitucionales que son producto de un proceso adecuadamente denominado "interpretación". Esto es, las sentencias tienen como resultado la creación de dos normas complejas que median entre la constitución y el fallo: la norma legal interpretada y la doctrina creada por la corte que permite la implementación.

En ese sentido, Berman propone que la labor de un juez constitucional no es únicamente una labor interpretativa y de aplicación, sino que, además, las sentencias emiten reglas que dan guía a los juzgadores para en posteriores sentencias sepan cómo aplicarla, es decir reglas mediadoras de implementación, a esas reglas les podemos llamar estándares.

En el modelo de las dos salidas de Berman se tienen los dos productos, la interpretación de la disposición constitucional, y además se crean reglas judiciales que van dirigidas a establecer una guía para los juzgadores para saber mediar entre la interpretación y su aplicación. Para la creación de estas reglas no se utiliza la interpretación, contrario a la interpretación, que va dirigida al público en general, los estándares van dirigidos principalmente a los juzgadores.[18]

---

17 *Ibid*.

18 Berman, Mitchell N., "Constitutional constructions and constitutional decision rules: Thoughts on the Carving of Implementation Space", en *Constitutional Commentary*, marzo de 2010, vol. 27, p. 39-69.

Revista 42.indb 265 13/11/18 11:40

En ese sentido consideramos que Berman nos recuerda las razones por las cuales la interpretación constitucional convoca inevitablemente temas centrales como las visiones sobre las bases de la autoridad de la Constitución. Este autor, al hablar de interpretación e implementación, muestra cómo distinguir conceptualmente varias piezas dentro de la aplicación constitucional, lo que puede ayudarnos a tener una visión más adecuada de lo que es legítimo o ilegítimo en materia interpretativa, así como sentar las condiciones para percibir, por ejemplo, que las razones por las cuales algunos se oponen a reglas de decisión, o cuándo se debe tener una visión más abierta a interpretes extrajudiciales que pueden colaborar en la implementación de una Constitución. Lo que, sin duda, nos invita a reflexionar con mayor profundidad sobre el *status* de la doctrina interpretativa o estándares de la Suprema Corte.

4. ESTÁNDARES EN LA REVISIÓN JUDICIAL

Estos estándares o directrices uniforman la política judicial, le dan sentido, eficiencia y calidad a las sentencias; asimismo, sirven para controlar que el Poder Judicial no caiga en un exceso de activismo judicial que termine por ser un obstáculo para la implementación de reformas, para lo cual se requiere una deferencia técnica, como las que ha establecido la Corte, y los tribunales especializados, lo que permite que pueda funcionar la reforma en los términos en que fue planteada y planeada, es decir permitir al regulador intervenir de manera eficaz y efectiva sin enfrentarse a un problema de parálisis regulatoria derivado de un retraso en la revisión judicial y al mismo tiempo que los agentes económicos y los órganos del Estado tengan la certeza de que el Poder Judicial velará por la racionalidad en la implementación de políticas públicas, así como el respeto de Derechos Fundamentales, el debido proceso y la propiedad.

La lógica de la adjudicación constitucional sostiene que las normas interpretadas regulan a los actores no judiciales, mientras que las reglas de decisión constitucional les dicen a las Cortes cómo decidir si esas normas son cumplidas. Esta es una disposición en forma de regla particularmente clara, pero no únicamente, pues tanto la norma interpretada como la doctrina construida están dirigidas y pueden ser aplicadas tanto por las cortes como a los actores judiciales cuando estamos hablando de reglas profilácticas que está dirigida a los legisladores y funcionarios del poder ejecutivo por igual, y también lo están los niveles de escrutinio que constituyen la doctrina constitucional construida judicialmente.

Es una metodología que le indica a los jueces como resolver los casos para saber cuándo esos significados que todos tiene claro son vulnerados y los estándares atienden a una razón de eficacia y eficiencia pues reducen al mínimo y de mejor forma los errores totales en la adjudicación, minimizan los errores calificados, entre falsos positivos y falsos negativos.

No deben confundirse los estándares, que son reglas dirigidas a juzgadores para mediar entre la interpretación y la aplicación, con el establecimiento de reglas profilácticas.

Revista 42.indb 266 13/11/18 11:40

Una regla profiláctica es una regla de creación judicial que puede ser violada bajo circunstancias en las cuales la regla constitucional que protege no es violada, es una doctrina creada por los jueces que extralimita la interpretación judicial de la norma constitucional, es decir, que la doctrina puede ser violada incluso cuando la verdadera norma constitucional no lo sea,[19] un claro ejemplo de estas normas son los denominados "Miranda Rights" en el que los jueces: Clarence Thomas, y Scalia al redactar su voto disidente en la sentencia de Dickerson v. United States, 530 U.S. 428 (2000) establecieron:

> la corte hoy insiste en que la decisión Miranda es "constitucional", que tiene una "base y un origen constitucional", que "estaba basada en la constitución", y que "estableció una regla constitucional". este es un, dijo, juego de palabras; pero lo que hace que una decisión sea "constitucional" en el sentido que importa aquí –en el sentido que no pueda ser reemplazado por la legislación del congreso como la sección 3501– es la determinación que la constitución contiene el resultado que la sentencia establece, pero que la ley ignora[20][énfasis añadido].

Es decir, son reglas impuestas por la Corte para dar mayor protección a un Derecho y vinculan a funcionarios, legisladores y público en general. Estas reglas están ligadas con el rechazo al activismo judicial, pues son por muchos académicos consideradas ilegítimas, porque imponen, sobre las ramas del gobierno nacional, y de los Estados, obligaciones que exceden lo que la Constitución dispone. Sin que sea el objetivo de este trabajo abordar sobre el tema del activismo judicial, y hasta dónde está permitido que los jueces creen Derecho, se consideró preciso hacer la distinción entre estándares y reglas profilácticas para identificarlas como género y especie, pues no todo estándar es una regla profiláctica. En ese sentido, pues si bien ambas se crean mediante el ejercicio de adjudicación, que llevan a cabo los jueces constitucionales, atienden, sin embargo, a fines distintos pues los estándares no tienen la función de maximizar la tutela de un Derecho, sino que van únicamente dirigidos a los jueces y a las personas que siguen de cerca la labor de la Corte, pues la idea misma de los estándares apunta a que la metodología utilizada -el tipo de preguntas, elementos fácticos, consideraciones de los expertos- es esencial para arribar al mejor resultado entre los posibles, a que maximiza de la mejor manera el mandato constitucional, que es, al final del día, el objetivo último de la revisión judicial.[21]

Los estándares dicen la metodología de cómo resolver choques entre principios, pero el Estándar es una metodología para resolver casos de si se cumple o no un significado.

---

19 Israel, Jerold H, Kamisar, Yale, LaFave, Wayne R., *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica*, trad. Juan Luis Gómez Colomer, et. al., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 503-685.

20 *Apud* Berman, Mitchell N., "La doctrina colombiana de la conexidad como regla constitucional de decisión" en Zamora Fabra, Jorge Luis, García Jaramillo, Leonardo, (coord.), *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales*, México, UNAM, 2015, p. 376.

21 Sirva de ejemplo la creación jurisprudencial de los denominados Miranda Rights, véase: Caminker, Evan H., "Miranda and some puzzles of 'Prophilactic' Rules" en *U. Cin. L. Rev*., 2001, vol. 70, no. 1, p. 24.

Revista 42.indb 267 13/11/18 11:40

Por ejemplo, el Estándar de protección dual no dice qué se entiende por cada una de las disposiciones en juego, sino cómo resolver el choque o coalición entre estos dos derechos. Es decir, el Estándar no dice la interpretación propiamente hablando de las disposiciones constitucionales, sino que tiene que ver con un proceso muy distinto, en el que no se extraen contenidos, sino que se crean metodologías acorde al principio y fin de ese contenido, pero la metodología es para hacerlo aplicable u operable en casos concretos.

Los estándares pueden ser aplicables para un derecho en específico o pueden ser transversales; por ejemplo, el derecho a la no autoincriminación es un estándar exclusivo de un enunciado normativo y los transversales son metodológicamente generales, que nacieron principalmente para respaldar la validez de las leyes y se fue incorporando para la validez de los actos. Los estándares transversales sirven para enunciados normativos cuya estructura lógica es la de los principios, en oposición a las reglas

Para que un estándar sea vinculante tiene que cumplir con ciertos requisitos, por ejemplo, en el caso de amparo están plasmados en jurisprudencia, en el caso de controversias constitucionales requiere únicamente votación calificada para que sea vinculante.

Solamente mediante estándares es como se puede entender el dialogo jurisprudencial pues puede ser que los enunciados normativos tengan diferentes indeterminaciones semánticas de constitución a constitución y la extracción de significados varíe, pero los estándares tienen que ver con una racionalidad judicial donde no importan los enunciados normativos.

En todas las sentencias hay estándares implícitos, o explícitos, pues siempre se requiere una metodología, y es lo que permite llegar a consensos en las Cortes pues esta metodología de estándares es aceptada por casi todos los ministros de la Corte.

En el Derecho Comparado, y en el Derecho Constitucional Mexicano, podemos encontrar muchos estándares que van desde el escrutinio estricto, intermedio, ordinario, el test de deferencia Chevron, el test de proporcionalidad español, el de real malicia por mencionar algunos.

Incluso, como señala Vicky Jackson, los estándares son perfectibles pues en el Derecho norte americano, en el que la autora encuentra a raíz de una investigación en varios países, se puede afirmar que, contrario a lo que existe en otras latitudes, en la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos hay lo que la autora llama una *Cultura de Autoridad*, en contraposición a una *Cultura de la Justificación*, donde la legitimidad de la acción gubernamental depende de sus razones, los Estados Unidos de América tienen una *Cultura de Autoridad*, en la que la única pregunta es si el actor gubernamental tiene jurisdicción.[22] El discurso norteamericano generalmente no distingue entre el

22 Jackson, Vicki C., "Thayer, Holmes, Brandeis: conceptions of judicial review, factfinding and proportionality"en *Harvard Law Review*, 2017, vol. 130, p. 2367.

Revista 42.indb 268 13/11/18 11:40

Derecho y las justificaciones para infringirlo, aunque existan intentos por hacer lo contrario.[23]

En ese sentido la autora propone el uso de un estándar transversal parecido al de la proporcionalidad de Robert Alexy. Jackson afirma haber sustentado que la revisión de proporcionalidad impone una transparencia de disciplina en la adjudicación de derechos constitucionales, mientras que en algunas áreas acerca a la ley a la justicia constitucional construyendo puentes entre las Cortes y las Legislaturas.[24]

Como se puede ver, no hay una sola forma de hacer estándares, no todo está dicho, los estándares tienen que ver con un tema de política judicial, con el modelo de estado.

Sin embargo, Mitchell Berman establece algunos factores, que él ha observado, que siguen los jueces para la creación de estándares en los Estados Unidos –taxonomía de estándares-.

Hay factores analíticamente distintos a considerar por el juez al crear una regla de decisión constitucional, según Berman:

a) Preventivos o disuasivos, que eviten que un derecho se viole de manera sistemática y evitar el abuso de autoridad.

b) Tutelares o protectores que son el anverso de los preventivos, pues es para proteger a los más desventajados en un proceso.

   Están son las dos especies de un género más amplio de consideraciones que podemos llamar guías de promoción.

c) Factor institucional, que sirve para preservar o fomentar la autoridad moral de la Corte reduciendo el desgaste entre poderes, es decir, protege la división de poderes como el Estado regulador o los estándares de deferencia administrativa.

d) Sustantivos, que sirven para optimizar la operación constitucional de normas y políticas y hacerlas inteligibles.

e) Fiscalizador, que busca reducir los gastos privados y gubernamentales del litigio

f) De administración judicial, buscan minimizar errores contenciosos o errores ponderados de adjudicación tomando en consideración una diferencia entre los falsos positivos y los falsos negativos – sobreproteger o desproteger- buscar la eficiencia de la adjudicación judicial.

---

23 Young, Katharine G., „Proportionality and equality“ en Jackson, Vicki C., Tushnet, Mark, (eds.) *Proportionality. New frontiers, new challenges*, Toronto, Cambridge University Press, 2017, p. 250.

24 Jackson, Vicki C., "Constitutional Law in an age of proportionality" en *Yale Law Journal*, 2015, vol. 124, núm. 8, p. 3094, 3097-98, 3102-05, 3147-48.

Revista 42.indb 269 13/11/18 11:40

La adopción de un estándar es una cuestión de política judicial de valoración de los cuatro principios subyacentes en cada constitución de que se trate,[25] pues el papel de la Corte es ser el guardián de la Constitución y, por ende, debe propugnar por que se cumplan los pre-compromisos y aislarlos de las decisiones democráticas cuando éstos sean contrarios a los valores de la democracia sustancial.

5. ESTÁNDARES DEL MODELO DE ESTADO REGULADOR

El modelo de Estado regulador que se sustenta en los enunciados normativos de los artículos 25 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que como nos señala García Sarubbi: *"es un modelo de estado que hace compatible la existencia de órganos reguladores desvinculados de los poderes clásicos para atender técnicamente segmentos especializados de política pública, de una manera compatible con el compromiso de la Constitución con el principio de auto-gobierno democrático, el cual exige que las decisiones más importantes en la sociedad sean tomadas por representantes populares sujetos a elecciones periódicas."*[26]

Tiene que ver con un tema contemporáneo de teoría del Estado. Si admitimos que la Constitución es Derecho, tenemos que recordar que las consecuencias de una norma jurídica se manifiestan en el patrimonio de una persona, en condiciones de desarrollo socio político de una sociedad, el carácter coactivo de un orden jurídico va más allá de abstracción de modelos económicos y de estadística pues es posible verificar un proceso por el cual se pretende encuadrar el ser en el deber ser.

Las estructuras constitucionales, garantes de la división de poderes en una democracia liberal, fueron discutidas diseñadas y perfeccionadas por eruditos en el estudio de la ley. Contrario a lo que sostiene Rodríguez Maldonado, no existe un olvido de teoría del Estado por la jurisprudencia derivado del enfoque que se le ha dado al discurso de los Derechos Humanos, pues precisamente mediante el establecimiento de estándares se ha reflexionado sobre el diseño organizacional y funcional del Estado como una cuestión de política judicial analizando tanto los mecanismos regulativos como los consensos económicos que hacen visible la materialización de este modelo de Estado y no es que deba elegir mirar hacia el modelo de Estado o atender el discurso de los Derechos Humanos, sino que los Derechos Humanos, al ser el parámetro del control, convergen, junto con el modelo de Estado, al realizarse la adjudicación judicial en la que se establecen estándares para su implementación.[27] En el estado regulador, los insumos básicos para realizar su función son las libertades y sus capacidades correcti-

25 En el caso de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Federalismo, División de Poderes, Democracia y Derechos Humanos.

26 García Sarubbi, David, „Modelo de estado regulador: su aparición en la jurisprudencia nacional" en *Art. 105. Dilemas de Control Constitucional*, 2016, núm. 1, p. 67.

27 Rodriguez Maldonado, Armando David, *Poder Ejecutivo y Estado Administrativo. El caso comparado de México y los Estados Unidos*, México, Tirant lo Blanch., 2014, *passim*.

Revista 42.indb 270 13/11/18 11:40

vas, constructivas y creadoras. En tal sentido, y recogiendo lo dicho por Vanberg[28], el orden del mercado, en tanto que definido por su marco institucional, es una cuestión de elección constitucional.

Vistas las Reformas Constitucionales como decisiones para resolver problemas sociales, que comparten la lógica de la política pública, se está ante un proceso de reforma constitucional por políticas, lo que sin duda va a impactar en la interpretación sistemática de la Constitución.

El Estado es un generador de regulaciones dirigidas a los agentes económicos, y a la vez es un ejecutor de tales regulaciones; no se está ante una Constitución neutral de economía de mercado en el entendimiento más liberal. La normativa, la narrativa jurisprudencial y el discurso constitucional están permeados por el Estado social y sus consideraciones a la igualdad social, la protección a los consumidores, el acceso a los productos de primera necesidad y, más recientemente la presencia de una dualidad mercancías/derechos. En este sentido, si apreciamos la regulación de conductas por el lado de la oferta, las libertades económicas consideradas como derechos fundamentales, estarían sujetas a sus principios de interpretación y aplicación; si se consideran sólo como libertades o derechos es probable que entren en conflicto o en tensión en zonas de confluencia.

Sin que se llegue a pensar que la definición de modelo de Estado sea algo que se abstraiga de la Democracia, sino que únicamente se tiene una esperanza en los jueces como canal institucional que juega un papel fundamental en la implementación de dicho modelo de Estado adoptado por la democracia, que, como guardián de la Constitución, coadyuva con las demás ramas de gobierno para modificar problemas estructurales de política púbica tomando en consideración a estos nuevos actores constitucionales autónomos.[29]

El estándar de estado regulador se inició con los órganos de la administración pública dependientes del Ejecutivo y tuvo un posterior desarrollo en 2014, con la creación de los Órganos Constitucionales Autónomos.

La primera etapa es explicativa del principio de división de poderes en la democracia, misma que se fue flexibilizando en razón de buscar un eficiencia en la implementación de ciertas políticas públicas estructurales para el Estado en el que la fundamentación y motivación cedió paso a justificaciones técnicas, para posteriormente en una segunda etapa, en la que se busca un justo equilibrio entre el principio de legalidad y el princi-

28 Vanberg, Viktor J., "Mercados y regulación. El contraste entre el liberalismo de libre mercado y el liberalismo constitucional" en Isonomía, octubre de 2002, núm. 17, p. 79-116. Disponible en http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n17/1405-0218-is-17-00079.pdf. Consultado el 09/06/2018.

29 *Cfr.* Cossío Díaz, José Ramón, "Reingeniería constitucional: Administración Pública" en *El Universal*, Sección Opinión, 22/05/2018. Disponible en: http://www.eluniversal.com.mx/articulo/jose-ramon-cossio-diaz/nacion/reingenieria-constitucional-administracion-publica. Consultado 09/06/2018.

Revista 42.indb 271 13/11/18 11:40

pio de eficiencia con nuevos jugadores con facultades diferenciadas de los demás órganos de gobierno, que sin embargo, suelen ser tangenciales y que, a mi juicio, aún está en construcción. El estado regulador es el compromiso entre el principio de legalidad y el principio de eficiencia. Son los factores para determinar el equilibrio justo entre el principio de división de poderes y la democracia.

En el caso de México, la doctrina del estado regulador es un modelo transversal que se remonta a los primeros precedentes de fundamentación y motivación; sin embargo, el cambio o flexibilización de éstos se fue construyendo desde la Primera Sala con dos precedentes: ADR 3508/2013 y ADR 4371/2013, entendiendo una evolución en la forma del Estado policía o Derecho Administrativo Sancionador, en el cual aplican todas las garantías en su máxima intensidad contra la arbitrariedad de ese Estado policía, en el cual encontramos reserva de ley. El principio de legalidad en su máxima expresión pasó a un esquema más flexible en el cual encontramos al Estado planificador que atiende a las necesidades regulatorias del Siglo XXI, que busca el justo equilibro en la eficiencia de la implementación de las políticas públicas, incluso en el caso de la regulación en materia de telecomunicaciones, podemos advertir cómo desde que se resolvió la acción de inconstitucionalidad 26/2006 se fue forjando la autonomía del regulador, lo que sentó las bases para la creación mediante la Reforma Constitucional de 2013 de Órganos Constitucionales Autónomos con funciones diferenciadas de los tres clásicos Poderes de la Unión. Lo que ha obligado a la Corte a modificar y replantearse sus estándares.

Un problema histórico de los reguladores mexicanos, particularmente visible en la extinta Cofetel, había sido la parálisis regulatoria vía la excesiva judicialización de las decisiones administrativas. Los tiempos de revisión eran muy largos y las oportunidades para aniquilar la medida o dilatar su aplicación de forma indefinida enormes, lo que quita el poder práctico al regulador.[30]

El sistema judicial mexicano se caracteriza por dar un énfasis desmesurado al aspecto formal y, en cambio, descuida o elude resolver los conflictos en su esencia. El problema se exacerba ante materias complejas. Esto aunado a la falta de especialidad generaba criterios dispersos o contradictorios y propiciaba una forma de trabajo ineficiente, donde no se concentraba ni se aprovechaba el conocimiento como lo expuso el estudio de la OCDE que fue tomado en consideración para el *Pacto por México*.[31]

---

30 Faya Rodríguez, Alejandro, *De la COFETEL al IFETEL: la historia de un violento péndulo*, México, CIDAC, 2013, p. 31. Disponible en http://www.cidac.org http://reddecompetencia.cidac.org. Consultado el 19 de junio de 2018.

31 OCDE, *La resolución de asuntos de competencia por órganos de jurisdicción especializada y general: Balance de experiencias internacionales*, México, Secretaría de Economía, 2016, p. 1-120. Disponible en http://www.oecd.org/daf/competition/Resolucion-competencia-organos-de-jurisdiccion-especializada-y-general-2016.pdf. Consultado el 20 de junio 2018.

Revista 42.indb 272 13/11/18 11:40

Es también importante hacer notar que las leyes de telecomunicaciones y competencia conceden, por naturaleza, espacios importantes de discrecionalidad a la autoridad para la aplicación de "conceptos jurídicos indeterminados" caso por caso, por lo que pueden existir diversas maneras de ver un mismo asunto.[32]

Hoy, a cinco años de la Reforma Constitucional que materializa la existencia de tribunales especializados en temas económicos cuyo rol es no sustituir el criterio técnico de la autoridad reguladora, sino meramente controlar desvíos de poder y actuaciones caprichosas o arbitrarias, lo que no es menor al estar ante una reforma que fue muy extensa y se elevaron a rango constitucional numerosos conceptos de índole técnica, lo que hace patente la necesidad de estándares claros que se emitan en la sentencias.

La interpretación judicial en México va sentando algunas guías sobre la deferencia al regulador, en cuestiones meramente técnicas, que ciertamente continuarán construyéndose con decisiones futuras de los Órganos Jurisdiccionales, con esquemas más claros en los Tribunales Colegiados de Circuito Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, lo que plantea niveles de discrecionalidad entendiendo las pautas dadas por el Congreso.[33]

Actualmente, como nos menciona el ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, la Suprema Corte enfrenta los siguientes desafíos: ¿Cómo controlar la validez material de las políticas públicas? Lo que plantea un reto enorme para el modelo Constitucional Democrático ante el incremento de intervención regulatoria del Estado mediante Órganos Constitucionales Autónomos en sectores y mercados donde son los órganos técnicos no elegidos democráticamente los que deben dirimir en primer término.[34]

En ese sentido, es imperioso establecer un balance necesario para que se dé un control propicio de estos órganos técnicos, a los cuales la Constitución les dio la tarea de regular sectores clave para la economía, para lograrlo es necesario profundizar en temas de suma importancia como la deferencia, la discrecionalidad y su control y, por supuesto, la otra cara de la moneda: el activismo judicial, para así establecer cuál es la relación entre el debilitamiento y fortalecimiento de cada uno de los Poderes, sus consecuencias e impacto en el Estado constitucional de Derecho.

La interpretación judicial en México define directrices respecto al regulador en atención a su deferencia, esto es un proceso continuo que descansa sobre las futuras resoluciones de los Órganos Jurisdiccionales. A manera de ejemplo, podemos citar al Primer Tribunal Colegiado Especializado en Materia de Competencia Económica Radiodifu-

32 Faya Rodríguez, Alejandro, *De la COFETEL al IFETEL: la historia de un violento péndulo*, México, CIDAC, 2013, p. 31. Disponible en http://www.cidac.org http://reddecompetencia.cidac.org. Consultado el 19 de junio de 2018.

33 Álvarez, Clara Luz, *Telecomunicaciones y Radiodifusión en México*, México, UNAM, 2018, p. 356-359.

34 Gutiérrez Ortiz Mena, Alfredo, "Prólogo" en Breyer, Stephen, *Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un Juez*, trad. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, México, FCE, 2017, p.26.

Revista 42.indb 273 13/11/18 11:40

sión y Telecomunicaciones, que en el amparo en revisión 65/2014, resolvió que cuando el IFT (Instituto Federal de Telecomunicaciones) cuente con facultades discrecionales de naturaleza técnica, el escrutinio debe de ser bajo, en tal sentido, los tribunales deben limitar su actuar a corregir acciones arbitrarias o abusivas; por su parte, la SCJN, al resolver la controversia constitucional 117/2014, determinó que los jueces constitucionales deben respetar las facultades de apreciación del IFT y preservar las decisiones que hayan hecho cuando se inserten en el ámbito regulatorio de competencia del IFT. Al respecto cobra relevancia el voto concurrente del ministro Gutiérrez Ortiz Mena, quien propone que el escrutinio judicial verificará si: 1) Busca realizar las finalidades del IFT (apropiado funcionamiento de sectores de telecomunicaciones y radiodifusión y adecuado ejercicio de la libertad de expresión e información en estos sectores); 2) Estaba racionalmente relacionada con alguna de dichas finalidades; y 3) No era desproporcional respecto de otros bienes constitucionalmente protegidos.

La complejidad se incrementa y puede variar, sobre todo cuando ante la nueva regulación nos encontramos frente a un cúmulo de indeterminaciones semánticas de conceptos tales como agente económico preponderante, agente con poder sustancial, insumo esencial, y se estima que el regulador es la autoridad con los mejores conocimientos y especialistas para decidir lo que más conviene al interés público. Sin embargo, esto no resta de la necesidad de que exista un control judicial efectivo de los actos, normas e incluso las omisiones del regulador. ¿Cuál debe ser el estándar de control judicial? ¿Qué tanta deferencia debe o no darse? ¿En qué supuestos?

En ese sentido, los estándares son una herramienta muy eficiente para coadyuvar en la implementación y revisión de políticas públicas. El modelo de estado regulador consiste principalmente en estándares construidos por la Corte para mediar entre la interpretación que se está haciendo del artículo 28 y del 73 de la Constitución y la aplicación a los casos concretos, esto es así pues es preciso recordar que, a diferencia del debate norteamericano, donde la creación de Derecho se entiende confiada a los jueces principalmente, en el caso mexicano el monopolio de la producción de leyes tradicionalmente le es conferido al legislador, como sucede en todos los sistemas de corte romano-germano-canónico, como el nuestro, y este monopolio se fue diluyendo poco a poco; sin embargo, queda un reducto del mismo, lo que hace lógico que la mayoría de los conflictos se den con la facultad regulatoria o de producción de normatividad. También se han presentado casos de confrontación del articulo 28 con la facultad coordinadora del Ejecutivo entre órdenes de gobierno, como lo fue el caso del amparo en revisión 952/2016 del índice de la Primera Sala.

Los estándares que se deben construir para el estado regulador considero tienen que, no únicamente ser uno en caso de deferencia, sino que acorde a sus funciones cuasi legislativas, cuasi ejecutivas y cuasi judiciales, se debe construir un estándar para cada una de ellas; nada está dicho aún, como demuestra la Segunda Sala a su juicio, el parámetro de control del estado regulador no establece en sí mismo un abandono total del estándar del Estado policía, pues al continuar estos Órganos Constitucionales

Revista 42.indb 274 13/11/18 11:40

Autónomos con facultades de investigación y sanción, sus actuaciones deben estar delimitadas con los estándares del Derecho Administrativo Sancionador.

Al respecto no debe pasar desapercibido que estamos ante una nueva ingeniería constitucional que contempla la teoría de la división funcional de poderes es decir, la visión funcionalista de la ingeniería constitucional de pesos y contrapesos a la luz de una cultura de respeto a las reglas y a la Democracia, que tanto el IFT como la Comisión Federal de competencia (en adelante COFECE) trabajan con conceptos jurídicos indeterminados a los que ellos les tienen que dar significado, pues se encuentran ante un vacío legal, lo que permite un margen más amplio de discrecionalidad, mismo que debe estar ajustado a racionalidad para no caer en arbitrariedad.[35]

6. APLICACIÓN PRÁCTICA POR LA SEGUNDA SALA DE LA SCJN

Como referimos en anteriores párrafos, una muestra más de la importancia de los estándares que fija la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de estado regulador la encontramos en un asunto resuelto por unanimidad a finales del año pasado por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el cual, bajo la ponencia del ministro Medina Mora, estableció un Estándar para el ejercicio de las facultades de investigación establecidas por disposición normativa del artículo 28 constitucional para la Comisión Federal de Competencia Económica.

El asunto lo podemos resumir de la siguiente manera:

- Dentro del mercado privado de medicamentos, uno de los elementos claves es la distribución, en la cual existen únicamente dos empresas que dominan ese mercado de distribución, a saber Nadro y Marzam;
- En 2015 la Comisión Federal de Competencia autorizó la compra de grupo Marzam por parte de un fondo holandés, mismo que fue radicado en el expediente CNT-074-2015, concentración que fue aprobada sin condicionamiento alguno;
- Gracias a los '*Panama Papers*' se supo que Marina Matarazzo, esposa del dueño de Grupo Nadro, Pablo Escandón Cusi, había financiado la compra de la empresa Marzam, por parte de un fondo holandés, a Genomma Lab;
- Ante la inexistencia de un procedimiento específico para este tipo de situaciones, la COFECE se aventuró a iniciar un procedimiento para verificar el cumplimiento de la Ley Federal de Competencia, mismo que inició por medio de su secretario técnico;

35 *Cfr*. Álvarez, Clara Luz, "Regulatory State and Judicial Decisions in Telecommunications in Mexico" en *The Law, State and Telecommunications Review*, mayo 2018, vol. 10, núm. 1, p. 15-36. Álvarez, Clara Luz, "Preponderant Agent, what is that?", en *Journal of Law and Regulation*, mayo 2015, vol. 1, núm. 1, p. 23-36.

Revista 42.indb 275 13/11/18 11:40

- De conformidad con el artículo 65 de la Ley Federal de Competencia Económica no se pueden investigar concentraciones que hayan obtenido resolución favorable por parte de la Comisión, excepto cuando dicha resolución se haya obtenido con base en información falsa o se incumplan los condicionamientos a los que fue sujetada;[36]

- Sin embargo, dada la información pública obtenida de una nota periodística, y tomando en consideración el mandato constitucional conferido a dicha comisión de investigar, prevenir y sancionar, establecido en el artículo 28, párrafo veinte, fracción VII, constitucional, aunado a lo establecido por los artículos 12, fracción XXVI, 126 y 127, fracción III de la Ley Federal de Competencia Económica vigente, el secretario técnico de la comisión optó por abrir un expediente para verificar el cumplimiento de la normatividad en materia de competencia con respecto a la información obtenida en el escándalo de los '*Panama Papers*'.

Contra el inicio de dicho expediente, y contra el primer requerimiento de información, como era de esperarse, promovieron amparo indirecto, mismo que curiosamente, bajo un criterio de interpretación consistente en que la competencia a la que hace referencia el acuerdo general 22/2013 del Consejo de la Judicatura Federal atendía a que los quejosos fueran sujeto de las leyes que regulan los actos emitidos por la Comisión Federal de Competencia Económica o el Instituto Federal de Telecomunicaciones, según lo establecido por el Juez Decimocuarto de Distrito en Materia Administrativa del Primer Circuito, como se desprende a foja 9 de la sentencia del A.R. 217/2017 del índice de la Segunda Sala de la SCJN.[37] Lo cual, por razones obvias, no quedó firme; sin embargo, como la SCJN asumió competencia originaria se abocó al estudio de fondo y no ordenó reponer el procedimiento.

Lo interesante de este punto es que, como se estableció en la sentencia de la Segunda Sala, ya existía un estándar para resolver esta cuestión, mismo que fue establecido en las jurisprudencias 84/2016 de esta Segunda Sala, y 119/2015 en la que se estableció que, de conformidad con lo establecido por el artículo 28 constitucional, así como al

---

36 Ley Federal de Competencia Económica:
Sección IV De las Concentraciones que No Pueden ser Investigadas
Artículo 65. No podrán ser investigadas con fundamento en esta Ley, las concentraciones que hayan obtenido resolución favorable por parte de la Comisión, excepto cuando dicha resolución se haya obtenido con base en información falsa o bien cuando la resolución haya quedado sujeta a condiciones posteriores y las mismas no se hayan cumplido en el plazo establecido para tal efecto.
Tampoco podrán ser investigadas las concentraciones que no requieran ser previamente notificadas a la Comisión, una vez transcurrido un año de su realización.

37 Señaló que era competente, atendiendo a la naturaleza material del acto, y prescindiendo de la calidad de la autoridad que lo haya emitido, pues la *litis* consiste en determinar si las autoridades actuaron dentro del marco de legalidad para solicitarle información a la quejosa como agente económico, ya que estimar lo contrario implicaría prejuzgar sobre el fondo del asunto y presuponer que la quejosa se encuentra en alguna de las hipótesis previstas en la Ley Federal de Competencia Económica.[Énfasis añadido]

Revista 42.indb 276 13/11/18 11:40

acuerdo general 22/2013 del Consejo de la Judicatura Federal, por medio del cual se crearon los Juzgados y Tribunales Colegiados Especializados en la Materia, el Constituyente instauró un régimen especial de impugnación que justificó la creación de dichos órganos, como previamente quedó asentado en conflicto competencial 1/2014 resuelto por esta Segunda Sala.[38] En ese sentido, si bien no fue motivo de sanción, el Juez de Distrito, por inobservar la jurisprudencia, sí estableció la Sala que, si bien la Jurisprudencia 84/2016 fue publicada en el Seminario Judicial de la Federación con fecha posterior a la celebración de la audiencia constitucional, la sentencia fue elaborada con posterioridad, lo que demuestra que el Juez de Distrito se encontraba en aptitud de tomar en consideración el citado criterio para la elaboración de la sentencia en cuestión.[39]

La parte medular de la sentencia consistió en dilucidar si las nuevas facultades establecidas en los enunciados normativos contenidos en el artículo 28 constitucional, para el nuevo Órgano Constitucional Autónomo Comisión Federal de Competencia Económica, implicaba libertad de configuración de sus procedimientos para llevar a cabo el mandato constitucional de verificar, prevenir y sancionar prácticas monopólicas, concentraciones prohibidas y velar por el desarrollo eficiente de los mercados. Para lo cual, la Segunda Sala debía establecer si dicha facultad constitucional estaba delimitada a los procedimientos establecidos por el legislador ordinario, o si, por el contrario, la comisión podía realizar actos de molestia para verificar el cumplimiento de la Ley Federal de Competencia mediante procedimientos establecidos por la propia comisión.

Como se dijo en párrafos anteriores, la evolución de los estándares del Estado regulador fue flexibilizándose, desde el establecimiento del Derecho Administrativo Sancionador, atendiendo a razones de eficacia y eficiencia, como se vio en el amparo directo en revisión 3508/2013 del índice de la Primera Sala de la SCJN e incluso en el amparo en revisión 1121/2016 del índice de la Segunda Sala de la SCJN que se resolvió el 25/10/2017 poco menos de un mes antes de que resolvieran el asunto en comento.[40]Sin

---

38 Jurisprudencia 119/2015, de rubro: "*ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN MATERIA ADMINISTRATIVA ESPECIALIZADOS EN COMPETENCIA ECONÓMICA, RADIODIFUSIÓN Y TELECOMUNICACIONES. SON COMPETENTES PARA CONOCER DE LOS JUICIOS DE AMPARO O SUS RECURSOS CUANDO EL ACTO RECLAMADO CONSISTE EN LA DECISIÓN ADOPTADA RESPECTO DE UNA SOLICITUD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN*".
Jurisprudencia 84/2016 de rubro: *"TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA ESPECIALIZADOS EN COMPETENCIA ECONÓMICA, RADIODIFUSIÓN Y TELECOMUNICACIONES. SON COMPETENTES PARA CONOCER, ENTRE OTROS SUPUESTOS, DE LOS ACTOS RECLAMADOS A LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA O AL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES"*.

39 Foja 27 de la sentencia emitida por la Segunda Sala en el Amparo en Revisión 217/2017

40 La Segunda Sala, bajo la ponencia del Ministro Laynez, resolvió que el artículo 298 de la LFT en la parte impugnada, si bien establece una sanción que debe necesariamente ser complementada con otro precepto normativo que describa la conducta (artículo 155 de la Ley), se trata de una cláusula abierta –esto es, se encuentra dentro de los alcances tanto del legislador como de la autoridad reguladora.

Revista 42.indb 277 13/11/18 11:40

embargo, como nos explica la Segunda Sala en este asunto, este Órgano Constitucional Autónomo goza de libre configuración regulatoria, acotada a su objeto establecido constitucionalmente, pero, cuando se trata de procedimientos de investigación que implican actos de molestia a particulares, y que pueden culminar en una sanción, se encuentran sujetos a desplegar sus facultades únicamente en términos de los procedimientos establecidos por el legislador. Como se desprende de lo siguiente:

> A efecto de cumplir con las facultades que constitucional y legalmente tiene conferidas, la Comisión cuenta con la atribución de investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.
>
> En otras palabras, la Comisión Federal de Competencia Económica podrá iniciar investigaciones para cumplir con el objeto que constitucional y legalmente tiene conferido, pero únicamente a través de los cauces y procedimientos que expresamente establezca la normativa aplicable.
>
> Es por ello que la Ley Federal de Competencia Económica establece un **procedimiento específico de investigación**[41], así como un **procedimiento seguido en forma de juicio** cuando se hubiese emitido previamente un dictamen de probable responsabilidad.
>
> ...
>
> Lo anterior no implica que la Comisión tenga una facultad absoluta para investigar cualquier conducta, sino que en atención al principio constitucional de seguridad jurídica, **ésta debe entenderse acotada a la naturaleza constitucional y legal de dicha autoridad, así como al marco legal que establece sus atribuciones**.
>
> En otras palabras, **la Comisión Federal de Competencia Económica podrá iniciar investigaciones para cumplir con el objeto que constitucional y legalmente tiene conferido, pero únicamente a través de los cauces y procedimientos que expresamente establezca la normativa aplicable.**
>
> ...
>
> ...la actuación procedimental de la Comisión Federal de Competencia Económica se encuentra delimitada a las atribuciones que establece de manera expresa la normativa, ante lo cual, las investigaciones que realice la autoridad estarán referidas forzosamente a las facultades que le fueron dotadas por el Constituyente y por el legislador.

Es constitucional la complementariedad normativa dentro del derecho administrativo sancionador, que exige la sistematización del ordenamiento entre el precepto que prescribe la conducta y aquel que define la sanción. Aclara, que dichos efectos no implican el ejercicio de potestad legislativa, sino de un ejercicio de integración normativa.

41 Contenido en el Título I del Libro Tercero, artículos 66 a 79 de la Ley Federal de Competencia Económica.

Revista 42.indb 278 13/11/18 11:40

> ...la Comisión Federal de Competencia Económica podrá requerir a agentes económicos y personas relacionadas con algún hecho que sea de su conocimiento y, por tanto, imponer si es necesario las medidas de apremio a que alude la ley de la materia, **siempre y cuando sea a través de los procedimientos previstos expresamente en la Ley Federal de Competencia Económica**.

Por su parte, parece alejarse del modelo de estado regulador que habían construido ambas salas en el que admitan dentro del modelo de estado regulador los tipos administrativos en blanco, o más bien no encontró la misma racionalidad, justificándose de la siguiente manera:

> la Comisión podrá requerir información, cosas y documentos a personas que no sean agentes económicos. **No obstante, toda vez que dichas personas no son destinatarias directas de la normativa en la materia, es necesario que la Comisión, funde y motive sus actuaciones, de conformidad con el artículo 16 constitucional**.
>
> ...
>
> En efecto, la Ley Federal de Competencia Económica establece de manera expresa que **los destinatarios de sus disposiciones son los agentes económicos**
>
> **...**
>
> **La nota distintiva para identificar a un agente económico, es que tenga una participación en la actividad económica**.

Con lo anterior, la Corte dejó claro, para cuando este Órgano Constitucional Autónomo ejerce su facultad de investigación y sanción (Estado policía), el estándar de escrutinio sigue siendo el de Derecho Administrativo Sancionador; lo que no quedó del todo abordado es si verificar es lo mismo que investigar y sancionar.

En esa tesitura, no pasó desapercibido por la Segunda Sala que la COFECE estaba haciendo referencia, no a su facultad de investigación, sino a la de verificación de cumplimiento de la Ley; no obstante, al respecto asentó lo siguiente:

> ...esta Segunda Sala de la Suprema Corte no desconoce que el Constituyente pretendió diseñar un esquema de autonomía para robustecer las atribuciones que tiene encomendadas la Comisión Federal de Competencia Económica, justamente por el importante objetivo constitucional para el que fue creada.
>
> ...
>
> A efecto de cumplir con su objeto constitucional, dicha autoridad cuenta con una serie de atribuciones legales y estatutarias. **Sin embargo, lo anterior bajo ningún concepto puede traducirse en que la Comisión Federal de Competencia Económica carezca de límites**.
>
> ...
>
> Sostener la postura de que la Comisión carece de límites al realizar sus investigaciones, es frontalmente contraria a la misma existencia de un Estado Cons-

Revista 42.indb 279 13/11/18 11:40

titucional de Derecho, al diseño de pesos y contrapesos subyacente en nuestro texto constitucional, así como a los derechos fundamentales, en específico, a los derechos de legalidad y seguridad jurídica, de los que deriva el **debido proceso**.

...

...de conformidad con el artículo 12, fracción III, de la Ley Federal de Competencia Económica, **la citada Comisión puede realizar actos encaminados a verificar el cumplimiento de la ley, pero tal atribución únicamente puede desplegarse a través de los procedimientos establecidos en la ley de la materia.**

...

Del análisis integral de dicha normativa, no se desprende que el legislador haya dotado a la Comisión de una competencia genérica para "verificar el cumplimiento de la ley", sino que se listaron las conductas que justamente son contrarias al artículo 28 constitucional y a la propia ley federal –monopolios, prácticas monopólicas, concentraciones ilícitas, barreras a la libre concurrencia y a la competencia económica, y restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados–, para lo cual se previeron procedimientos de investigación concretos.

Como se observa, la Segunda Sala establece que la facultad contenida en el artículo 12 de la Ley Federal de Competencia, consistente en verificar el cumplimiento de la ley, dicho enunciado normativo debe ser entendido a la luz de las conductas prohibidas por el artículo 28 constitucional y claramente para la Segunda Sala verificar e investigar son sinónimos. El estándar fijado por la Segunda Sala resolvió el problema inmediato, pero no agotó el fondo del asunto ya que no profundizó en la confrontación del estándar establecido con los estándares previamente dispuestos por la Corte a efecto de dar una explicación clara del nuevo estándar que determinó para este caso.

7. CONCLUSIONES

El estándar de modelo de estado regulador viene de la evolución de la fundamentación y motivación de actos de autoridad, que se fue flexibilizando a la luz de actos administrativos, atendiendo al paso del particular, como sujeto pasivo, a un sujeto activo dentro de un mercado regulado, en el cual se entiende que si el particular es un agente dentro del mismo, se puede tener una expectativa razonable de que esté atento a la regulación que se emita al respecto. Esta justificación puede ser mejor entendida cuando se habla de que no existe retroactividad en las normas regulatorias. Es por esta razón que, cuando se trata de mercados regulados, se reducen las garantías constitucionales de fundamentación y motivación, en su aspecto sustantivo y orgánico, pues, si bien se busca poner ciertos límites para evitar abusos por parte de la autoridad, también se atiende a criterios de eficiencia y eficacia que buscan posibilitar el funcionamiento de las estructuras establecidas en ley. Esta razón es aplicable a los agentes económicos, quienes al ser participantes de un mercado, se puede tener una expectativa razonable de que estén atentos al mismo, lo que se observó en la sentencia arriba analizada. Sin embargo, considero que de una lectura integral de la sentencia de la Segunda Sala, se desprende que el razona-

Revista 42.indb 280 13/11/18 11:40

miento para no permitir libre configuración de los procedimientos de verificación por parte de la COFECE, no atendía al hecho de que la quejosa no fuera agente económico, sino a que no se trataba de la satisfacción de cuestiones técnicas que se encontraran dentro del ámbito de discrecionalidad para configurar regulación para la COFECE.

Porque en el amparo directo en revisión 3508/2013 de la Primera Sala, del que se desprendió la tesis de rubro TIPOS ADMINISTRATIVOS EN BLANCO. SON CONSTITUCIONALES, SI SE JUSTIFICAN EN EL MODELO DE ESTADO REGULADOR,[42] se estableció que algunos componentes del tipo sancionador podían estar establecidos en normas infra legales, siempre y cuando, en la ley, estuviera estipulado, por lo menos, los componentes mínimos o básicos del mismo; sin embargo, en el caso analizado por la Segunda Sala, la ley sólo menciona la facultad de verificación, no se hacía mención a un procedimiento de verificación, existiendo vacío legal al respecto, sino que la ley únicamente prevé la obligación de verificar el cumplimiento de la Ley Federal de Competencia, quedando en completo silencio la forma o el procedimiento en que éste se debería llevar a cabo, o si el Legislativo quiso delegar, o no, la facultad de configuración de dicho procedimiento al Órgano Constitucional Autónomo, ni nos dio las pautas de cómo dotar de contenido a ese enunciado normativo. Es decir, lo que la Segunda Sala debió determinar es si la facultad de establecer procedimientos para verificar el cumplimiento efectivo de la Ley de Competencia estaba dentro del ámbito de la facultad regulatoria que le otorga el artículo 28 constitucional. Si fuera dentro del ámbito regulatorio, lo que se tenía que establecer era si esa facultad regulatoria constituía una antinomia, o la ley inhibía, obligaba o facultaba a dicho órgano para actuar de determinada manera; sin embargo, la Segunda Sala fue omisa en establecer que no

42 TIPOS ADMINISTRATIVOS EN BLANCO. SON CONSTITUCIONALES SI SE JUSTIFICAN EN EL MODELO DE ESTADO REGULADOR. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido los tipos penales en blanco como aquellos supuestos hipotéticos en los que la conducta delictiva se precisa en términos abstractos y requiere de un complemento para integrarse plenamente, los cuales son inconstitucionales si su integración debe realizarse mediante la remisión a normas reglamentarias, pues ello equivale a delegar a un poder distinto al legislativo la potestad de intervenir decisivamente en la determinación del ámbito penal, cuando es facultad exclusiva e indelegable del Congreso de la Unión legislar en materia de delitos y faltas federales. Ahora bien, esta conclusión no puede transportarse en automático al Derecho Administrativo Sancionador, pues la remisión a fuentes infralegales no es un vicio de invalidez constitucional en todos los ámbitos que la integran, por lo que es necesario considerar la específica modulación del principio de legalidad exigido por el balance precisado de los valores constitucionales en juego que cada ámbito demanda; en el caso del modelo de Estado regulador, el principio de legalidad no exige un grado de satisfacción absoluto del principio de reserva de ley, ya que la regulación de ciertas cuestiones técnicas requiere de la coparticipación del Ejecutivo o de ciertos órganos constitucionales autónomos, por lo que el principio de legalidad sigue teniendo aplicación en sus dos vertientes, pero de forma diferenciada: el principio de tipicidad sigue exigiendo la predeterminación inteligible de la conducta; sin embargo, el principio de reserva de ley deja de ser absoluto para ser relativo. De ahí que los tipos administrativos en blanco son constitucionales si se justifican en el modelo de Estado regulador.
Época: Décima Época Registro: 2007412 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo I Materia(s): Constitucional Tesis: 1a. CCCXIX/2014 (10a.) Página: 592

Revista 42.indb 281 13/11/18 11:40

nos encontramos en este supuesto y, por ende, no era aplicable el parámetro de control de tres pasos, establecido en la controversia constitucional 117/2014.

Es de explorado Derecho que la actividad estatal se rige por el principio de legalidad, en cual admite la existencia de actos regulados y no regulados o discrecionales. La discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado constitucional de Derecho puesto que atañe a elementos de oportunidad, convergencia, necesidad o utilidad, a la luz de las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de estos órganos reguladores.

Tal como señala la sentencia N°0090-2004-AA/TC, del Tribunal Constitucional de Perú, de 5 de julio de 2004, que fue utilizada para el razonamiento de las sentencias sobre los asuntos de preponderancia emitidas por los Tribunales Colegidos de Circuito Especializados:

> La doctrina acepta la existencia de conceptos con contenido y extensión variable; esto es, reconoce la presencia jurídica de conceptos determinables por medio del razonamiento jurídico que, empero, varían de contenido y extensión según el contexto en que se encuentren o vayan a ser utilizados.
>
> Es evidente que los conceptos jurídicos pretenden la representación intelectual de la realidad; es decir, son entidades mentales que se refieren a aspectos o situaciones valiosas y que imprimen calidad jurídica a ciertos contenidos de la vida social.
>
> Los conceptos jurídicos poseen un contenido, en tanto éste implica el conjunto de notas o señas esenciales y particulares que dicha representación intelectual encierra, y una extensión, que determina la cantidad de objetos o situaciones adheridas al concepto.
>
> En ese orden de ideas, el derecho concede un margen de apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión del concepto aplicable a una situación particular y concreta, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde será utilizada.".[43]

Por lo que a mi juicio la sentencia pudo abundar en las razones por las cuales no considera que el establecimiento del procedimiento para verificar el cumplimiento de la ley para la cual dicho regulador fue hecho no sea una cuestión técnica y por ende sea menester seguir el estándar de Derecho Administrativo Sancionador:

> Así las cosas, del cúmulo de artículos citados se advierte que la Comisión Federal de Competencia Económica incumplió la exigencia constitucional de fundamentar su actuación en preceptos aplicables al caso concreto, pues de los mismos únicamente se advierte la existencia y naturaleza de la Comisión, así como la sustanciación de procedimientos, pero **el Estatuto incluso es claro al señalar que se trata de aquellos establecidos en la ley**.

43 Álvarez, Clara Luz, *Telecomunicaciones y Radiodifusión en México*, México, UNAM, 2018, p. 357.

Revista 42.indb 282 13/11/18 11:40

La Corte no esclareció un pronunciamiento en torno a si los procedimientos para verificación de cumplimiento de la ley podían tener una justificación técnica que permitiera crear procedimientos *ex post*, con lo cual quedó pendiente el equilibrio entre el constitucionalismo positivo y el constitucionalismo negativo. Esta situación nos hace recordar el conflicto de hace casi dos décadas, conocido como la *Guerra de los Chicles* en el que entró en conflicto la Ley Federal de Competencia Económica inspirada en el *Sherman Act* estadounidense[44] y en el que la confrontación del principio técnico y el principio de racionalidad, que eran claros en el *New Deal*, y en ciertos segmentos de política pública, en los que la democracia no podía entrar, salvo indirectamente, sino que se tenían que explicar *ex post* una conducta, lo que era aceptable dentro de un sistema de *Common Law*, en el que desde 1984, la Corte había establecido el estándar de deferencia Chevron para las agencias independientes, lo que permitía que la FTC (Federal Trade Commission) determinara *ex post*, qué era una práctica monopólica relativa, lo que no era dable en un sistema como el nuestro, ante el Derecho Administrativo Sancionador que exigía que la conducta estuviera tipificada en ley, por lo cual es de todos conocido que la SCJN declaró inconstitucional la Ley de Competencia como sucedió en el caso de las prácticas monopólicas relativas cuando se dio el caso Adams y Canel's. Sin embargo, en ese entonces parecía que no se podía dar entrada, pues no había una justificación orgánica que permitiera que, mediante la existencia de Órganos Constitucionales Autónomos, a los que se les ha encargado un segmento de política pública independiente de los poderes clásicos, ahora, teniendo un Órgano Constitucional Autónomo, que en teoría es independiente de esos tres poderes clásicos, parece que tampoco sigue teniendo una justificación orgánica para poder crear este tipo de procedimientos, al menos a la luz de la Segunda Sala, por lo cual podríamos decir que sigue estando vigente el que la creación de este tipo de regulaciones sea únicamente posible en el *Common Law*, pero no en un sistema como el nuestro, en el seguimos teniendo los lastres del Estado Administrativo Sancionador.

Lo anterior no es menor, pues si una de las razones por la que se dotó de autonomía a estos órganos fue una razón de eficiencia y eficacia que, atenida a cuestiones técnicas permitía dar un mayor margen de maniobra para llevar a cabo su objeto constitucional, lo cierto es que con la sentencia arriba explicada, la única forma de combatir la impunidad en estos casos será esperar a que el legislador ordinario haga una nueva modificación a la Ley de Competencia para establecer algún mecanismo de verificación en estos casos. Este problema no es único, puesto que, en general, por lo que hace a las concentraciones, tanto el IFT, como la COFECE, se han visto en serios problemas para sancionarlas. En el caso del IFT, cuando nuevamente por una nota periodística se hizo del conocimiento de la entonces COFECO la existencia de una concentración no notificada entre DISH y TELMEX, en la que, cuando el expediente pasó al IFT, se enfrentó al dilema de que no existe un procedimiento para sancionar una concentración no notificada. Al no haber un procedimiento, la COFECO abrió un expediente, como

44 La legislación de competencia en los Estados Unidos de Norte América vigente que es de hace 128 años.

Revista 42.indb 283 13/11/18 11:40

si fuera una investigación para indagar una práctica monopólica relativa o absoluta, para mediante ese expediente recabar la información, emitir un oficio de probable responsabilidad por realizar una concentración no notificada; sin embargo, una concentración no notificada no es una práctica monopólica absoluta o relativa, y al no estar tipificada, en teoría no podría seguir por el procedimiento de investigación que marca la ley, sino que tendría que ser un procedimiento sumario, en el que sin respetar las formalidades establecidas en el procedimiento de investigación, se sancionara a los agentes económicos que incurrieron en dicha falta administrativa, pues actualmente no existe disposición legal al respecto. Lo que hace pensar que el regulador podría hacer uso de ese cierto margen de autonomía para determinar un procedimiento *ex post* para esos casos, atendiendo a la complejidad técnica que presentan. Pues en el caso concreto, una de las cuestiones a las que se enfrentó el regulador es que para investigar y sancionar prácticas monopólicas o concentraciones prohibidas se tienen cinco años; sin embargo, el artículo que establece dicho plazo, no hace referencia a qué pasa cuando se trata de una concentración no notificada, es decir, en ese caso, ¿qué plazos correrían?, por qué podríamos hablar de un término de cinco años si fuera, por ejemplo, una obligación de los concesionarios o de los agentes económicos pasar a una revisión periódicamente en materia de competencia, pero en caso de que no haya esa revisión periódica, ¿cuál sería el parámetro que se va a tomar? ¿cuántos años?, o si se tiene que entender igual que son cinco años, igual que para prácticas monopólicas relativas o absolutas, siendo que esta no es una práctica monopólica, sino que simplemente sería una sanción administrativa, pues como nos señala Vermeule, en los casos menos complicados, los estatutos claramente delegan la autoridad a las agencias, más que a las Cortes, y la lógica legal es intachable. Sin embargo, aún donde los estatutos no son claros, los jueces llegan al punto de ver que, dada la existencia de agencias administrativas, el papel judicial no es de elaboración de decisiones, sino de revisión. Las preguntas naturales son, entonces, cuáles podrían ser los roles de las agencias y de las Cortes, si, y cómo, la revisión puede mejorar la elaboración de decisiones de las agencias, que es lo que agrega la revisión.[45]

La función reguladora de la economía reside en varios centros de decisión, dando lugar a una administración policéntrica. Los reguladores conforman un conjunto de órganos que, independientemente de su tipo normativo, se identifican como cuerpos técnicos, que en sus autonomías realizan ya funciones de gobierno.

Los insumos básicos para realizar su función son las libertades y sus capacidades correctivas, constructivas y creadoras entre la libertad y la restricción, entre la actividad desregulada y la regulación. Tanto las libertades como la regulación tienen estatus constitucional, los artículos 25, 26, 27, y 28 tienen reglas claras y fines regulatorios económicos y sociales.

---

45 Vermeule, Adrian, *Law's Abnegation*, Cambridge, Harvard University Press, 2016, p. 211-212.

Revista 42.indb 284 13/11/18 11:40

En ese sentido no puede existir un solo estándar, pues estamos ante funciones coordinadas entre distintos órganos de gobiernos en los que cada una tiene distinta razón, si bien principalmente se está ante una nueva facultad reguladora de estos nuevos jugadores del esquema funcional de división de funciones, lo cierto es que las racionalidades dependerán de la función que para tal efecto estén ejerciendo, por ejemplo, en el modelo de Estado regulador.

En esta perspectiva de la deferencia Chevron, la pregunta básica que anima su principio de deferencia es si los jueces añaden valor, al inducir interpretaciones de la ley de las agencias, de una mayor calidad, previas a la revisión judicial, o, por el contrario, le restarán valor al desplazar interpretaciones de la ley de las agencias, bien informadas y razonadas, en favor de la propia estimación de los jueces del 'verdadero' significado del estatuto. La deferencia Chevron descansa, finalmente, en la preocupación de que tal desplazamiento de razonables estimaciones de las agencias por la determinación judicial plenaria, de hecho restará valor de todo el sistema institucional de toma de decisiones en el Estado administrativo porque los jueces carecen de una comparativa introspección en los valores públicos (racionalidad de la política de la rendición de cuentas de Chevron) y porque los jueces, a menudo, no entienden las consecuencias de interpretar los estatutos de una manera o de otra (racionalidad de pericia de Chevron).[46]

El estado regulador, como concepto jurídico y político, surge ante la necesidad de normar actividades económicas complejas que por su naturaleza son dinámicas y maleables que atiende a necesidades muy específicas de una sociedad postindustrial que se enfrenta a estructuras de mercado complejas.

La implementación y funcionamiento de este esquema requiere que confluyan todos los actores del Estado en la implementación y funcionamiento de dicha política; en este sentido, el Poder Judicial tiene un papel fundamental en la implementación de la política y legislación correspondiente al estándar de revisión de las decisiones de la autoridad, concentrándose en la legalidad de la actuación de la autoridad.

Las autoridades de competencia son las principales implementadoras de esta política y, en la legislación, les son otorgadas facultades expresas para tal propósito, el Poder Judicial, como revisor del actuar de las autoridades, juega un papel fundamental en la implementación de la política de competencia pues, tal como dice la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE) en 2013, "El correcto funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, al ejercer la función de control judicial, constituye un determinante indirecto para el desempeño económico"[47] pues con las decisiones judiciales se promueve una eficiente producción y distribución de

46 Vermeule, Adrian, *Law's Abnegation*, Cambridge, Harvard University Press, 2016, p. 212-213.

47 OCDE, *La Resolución de asuntos de Competencia por Órganos de Jurisdicción Especializada y General. Balance de experiencias internacionales*, México, Secretaría de Economía, 2016, p. 1-120. Disponible en *http://www.oecd.org/daf/competition/Resolucion-competencia-organos-de-jurisdiccion-especializada-y-general-2016.pdf*. Consultado el 20 de junio 2018.

Revista 42.indb 285 13/11/18 11:40

bienes y servicios, así como al asegurar dos prerrequisitos esenciales de las economías de mercado: la seguridad de los derechos de propiedad y el cumplimento de contratos.

La maleabilidad de los mercados regulados encuentra una garantía de actuación eficiente, eficaz e innovadora en los órganos reguladores, cuya validez radica directamente de la Constitución y su legalidad, en la legitimación democrática de la Ley.

En ese sentido, el Poder Judicial es sumamente importante pues se enfrenta a un complejo sistema de normas y procedimientos que se basan en una política pública y, por lo tanto puede incluir objetivos y propósitos no económicos, tales como la garantía del debido proceso, lo cual se lleva a cabo a través de la protección de los derechos de las partes para asegurar la rendición de cuentas en los procesos administrativos, o para asegurar consistencia, desde la perspectiva jurídica, en las acciones de la autoridad que son revisadas por los Órganos Jurisdiccionales, su principal labor es que buscan asegurar el debido proceso como por ejemplo en el acceso a información del expediente, aplicar principios sustantivos o económicos, y aportar un cierto grado de flexibilidad.

Un estudio de la OCDE publicado en 2016 establece que, cuanto mayor sea la uniformidad en la interpretación legal en el ámbito de competencia económica, mayores serán la certidumbre y previsibilidad en el mercado, para lo cual se cita como ejemplo la jurisprudencia en la materia de competencia generada por la SCJN misma que promueve uniformidad y predictibilidad en las decisiones de los nuevos órganos jurisdiccionales especializados en competencia económica.

En este sentido, es importante que la SCJN fije estándares del estado regulador, para de esa manera los Tribunales Especializados tengan metodologías para resolver los problemas concretos, y de esa forma evitar que se siga queriendo que la Corte conozca de todo, y así optimizar el trabajo de la misma, como Tribunal Supremo, y aprovechar lo establecido en la Reforma Constitucional de 2013 para que los órganos judiciales especializados sean los encargados únicos de dirimir conflictos en esta materia. En ese sentido, aún queda pendiente que la SCJN resuelva nuevos casos, como el amparo en revisión 717/2016, pendiente de resolución en la Primera Sala y la controversia constitucional 2/2018, promovida por la COFECE, también pendiente de resolución por parte del Pleno de la SCJN, pues la mayoría de los precedentes que ha resuelto se han enfocado en temas de concurrencia entre poderes y se han ido sofisticando, como en el amparo en revisión 110/2015, en el que la Segunda Sala ahondó sobre los grados de densidad de dicha concurrencia. Por eso son importantes los estándares, porque son los que fijan las bases de la política judicial. En México, nadie ha puesto atención a los estándares; sin embargo, son una herramienta muy factible de control, que da certeza y seguridad jurídica y que permite dar ese control a la adjudicación judicial. Los estándares son una herramienta eficaz para coadyuvar con la implementación y revisión de políticas públicas. También son muy importantes porque son la única forma en la que se puede entender el diálogo jurisprudencial, permiten precisamente que se pueda dialogar entre diferentes latitudes, para homologar o converger los contenidos entre diferentes sistemas judiciales, cómo se han tratado diferentes figuras, o choques de

Revista 42.indb 286 13/11/18 11:40

principios en otros sistemas, que si igual no tiene la misma indeterminación semántica, o el mismo contenido constitucional, pero sí tienen ciertos elementos que son precisamente gracias a los estándares que pueden tener en común y que, entonces, se pueden homologar y es lo que permite que se pueda dar este diálogo. Asimismo, lo más importante es que reducen los errores de adjudicación y permiten la labor judicial de una manera más ágil, que incluso se podría usar como una herramienta para sentar las bases y desahogar un poco la cantidad de trabajo que tienen en la Suprema Corte, y de esa manera se pudieran centrar como otras Cortes -como la de Estados Unidos- en un menor número de casos.

FUENTES DE CONSULTA

Libros

Álvarez, Clara Luz, *Telecomunicaciones y Radiodifusión en México*, México, UNAM, 2018.

Berman, Mitchell N., "La doctrina colombiana de la conexidad como regla constitucional de decisión" en Zamora Fabra, Jorge Luis, García Jaramillo, Leonardo, (coord.), *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales*, México, UNAM, 2015.

Breyer, Stephen, *Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un Juez*, trad. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, México, FCE, 2017.

Díaz Revorio, Francisco Javier. *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional,* Lima, Palestra Editores, 2003.

Dworkin, Ronald, *El imperio de la Justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clase de la teoría y práctica*, trad. Claudia Ferrari, Barcelona, GEDISA, 1988.

Gutiérrez Ortiz Mena, Alfredo, "Prólogo" en Breyer, Stephen, *Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un Juez*, trad. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, México, FCE, 2017.

Israel, Jerold H, Kamisar, Yale, LaFave, Wayne R., *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica*, trad. Juan Luis Gómez Colomer, et. al., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

Jackson, Vicki C., Tushnet, Mark, (eds.) *Proportionality. New frontiers, new challenges*, Toronto, Cambridge University Press.

Rodríguez Maldonado, Armando David, *Poder Ejecutivo y Estado Administrativo. El caso comparado de México y los Estados Unidos*, México, Tirant lo Blanch., 2014.

Young, Katharine G., "Proportionality and equality" en Jackson, Vicki C., Tushnet, Mark, (eds.) *Proportionality. New frontiers, new challenges*, Toronto, Cambridge University Press, 2017.

Vermeule, Adrian, *Law's Abnegation*, Cambridge, Harvard University Press, 2016, 254 p. Zamora Fabra, Jorge Luis, García Jaramillo, Leonardo, (coord.), Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales, México, UNAM, 2015.

Revista 42.indb 287 13/11/18 11:40

Revistas

Álvarez, Clara Luz, "Preponderant Agent, what is that?", en *Journal of Law and Regulation*, mayo 2015, vol. 1, núm. 1, p. 23-36.

— "Regulatory State and Judicial Decisions in Telecommunications in Mexico" en *The Law, State and Telecommunications Review*, mayo 2018, vol. 10, núm. 1, p. 15-36.

Berman, Mitchell N., "Constitutional constructions and constitutional decision rules: thoughts in the carving of the implementation space" en *Constitutional Commentary*, marzo de 2010, vol. 27, p. 39-69.

Berman, Mitchell N., "Constitutional decision rules" en *Virginia Law Review*, marzo de 2004, vol. 90, núm. 1, p. 1-168.

Bulygin, Eugenio, "Los jueces ¿crean Derecho?" en *Isonomía*, abril 2003, núm. 18, p. 7-25.

Caminker, Evan H., "Miranda and some puzzles of 'Prophilactic' Rules" en *U. Cin. L. Rev*., 2001, vol. 70, no. 1, p. 1-29.

Cossío Díaz, José Ramón, "Reingeniería constitucional: Administración Pública" en *El Universal*, Sección Opinión, 22/05/2018. Disponible en: http://www.eluniversal.com.mx/articulo/jose-ramon-cossio-diaz/nacion/reingenieria-constitucional-administracion-publica.

García Sarubbi, David, "Modelo de estado regulador: su aparición en la jurisprudencia nacional" en *Art. 105. Dilemas de Control Constitucional*, 2016, núm. 1, p. 59-86.

Guastini, Riccardo, "Interpretación y construcción jurídica" en *Isonomía*, octubre de 2015, núm. 43, p. 11-48, disponible en http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363643925005.

Herrera, Carlos Miguel, "La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución" en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), octubre-diciembre de 1994, núm. 86, p. 195-227.

Jackson, Vicki C., "Constitutional Law in an age of proportionality" en *Yale Law Journal*, 2015, vol. 124, núm. 8, p. 3094, 3097-98, 3102-05, 3094-3196.

— "Thayer, Holmes, Brandeis: conceptions of judicial review, factfinding and proportionality" en *Harvard Law Review*, 2017, vol. 130, p. 2348-2396.

Vanberg, Viktor J., "Mercados y regulación. El contraste entre el liberalismo de libre mercado y el liberalismo constitucional" en Isonomía, octubre de 2002, núm. 17, p. 79-116. Disponible en http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n17/1405-0218-is-17-00079.pdf.

Legislación

— Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto vigente.

— Ley Federal de Competencia Económica. Texto vigente 27/01/2017.

Revista 42.indb 288 13/11/18 11:40

Tesis Aisladas, Jurisprudenciales y Sentencias

— Tribunal Constitucional del Perú, sentencia N°0090-2004-AA/TC de 5 de julio de 2004.

— Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 26/2006, resuelta el 6 de mayo de 2007.

— Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Controversia Constitucional 117/2014, resuelta el 7 de mayo de 2015.

— Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de Tesis 21/2011, resuelta el 9 de septiembre de 2013.

— Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de Tesis 293/2011, resuelta el 2 de septiembre de 2013.

— Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, expediente Varios 912/2010, resuelto el 14 de julio de 2011.

— Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Directo en Revisión 3508/2013, resuelto el 30 de abril de 2014.

— Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 952/2016, resuelto el 18 de octubre de 2017.

— Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 1100/2015 resuelto el 16 de agosto de 2017.

— Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 217/2017 resuelto el 22 de noviembre de 2017.

— Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Conflicto Competencial 1/2014 resuelto el 5 de marzo de 2014.

— Tesis jurisprudencial 2a./J. 119/2015 (10a.), registro de IUS 2010928, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 26, Enero de 2016, Tomo II, Pag. 1322.

— Tesis jurisprudencial 2a./J. 84/2016 (10a.), registro de IUS 2012188, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 33, Agosto de 2016, Tomo II, Pag. 1092.

— Tesis aislada 1a. CCCXIX/2014 (10a.), registro de IUS 2007412, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo I, Pág. 592.

Revista 42.indb 289 13/11/18 11:40

Revista 42.indb 290 13/11/18 11:40