**VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTE QUE FORMULA EL MINISTRO ALFREDO GUTIÉRREZ ORTIZ MENA EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 64/2021**

*Un sol de luz soldada// desolado// De un cielo de hielo, cerrado// sin viento// sobre una tierra dura, inerte// como piedra// de ríos que se transforman en tiempo con el tiempo// y árboles que crecen cada año su huella.*

*“*Paisaje fósil”

Verónica Volkow

En las sesiones de 5 y 7 de abril de 2022, este Tribunal Pleno resolvió la acción de inconstitucionalidad 64/2021, promovida por una minoría de senadores contra el Decreto con el cual se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley de la Industria Eléctrica, publicado el 9 de marzo de 2021 en el Diario Oficial de la Federación.

En la ejecutoria finalmente aprobada, el Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación tomó dos decisiones en el fondo del asunto:

1. Desestimó la acción de inconstitucionalidad respecto de los artículos 3, fracción V, 4, fracción VI, 26, 53, 101, 108, fracción VI, y 126, fracción II, y
2. Reconoció la validez de los artículos 3, fracciones XII, XII Bis y XIV, 4, fracción I, 12, fracción I, 35, párrafo primero y 108, fracción V, así como de los artículos transitorios cuarto y quinto, todos del referido decreto legislativo que contiene las reformas y adiciones a la Ley de la Industria Eléctrica.

La desestimación de la acción de inconstitucionalidad obedeció a que la invalidez de los artículos impugnados fue sostenida por una mayoría no calificada, tal como lo exige la Constitución. En cuanto a los artículos 3, fracciones XII, XII Bis y XIV, 4, fracción I, 12, fracción I, 35, párrafo primero y 108, fracción V, así como de los artículos transitorios cuarto y quinto, la mayoría de los integrantes de este Pleno afirmó su compatibilidad constitucional.

Concuerdo parcialmente con ambas decisiones. Este voto tiene justo el propósito de explicar los términos de esa coincidencia parcial. Después de exponer los lineamientos metodológicos que enmarcarán mi análisis, en primer lugar, desarrollaré las razones por las cuales sostengo la invalidez de los artículos 4, fracción VI, 26 y 126, la cual fue desestimada, así como las razones de mi desacuerdo con el reconocimiento de validez de los artículos cuarto y quinto transitorio, del citado decreto legislativo. Esto significa, entonces, que respecto de la desestimación a la que finalmente llegara el Pleno, emitiré un voto concurrente. Para el caso de la declaratoria de validez, me distanciaré con un voto particular. Finalmente, aunque coincidí con el reconocimiento de validez de los artículos 4, fracción I, y 12, fracción I, enumeraré las razones que, en mi opinión, debieron agregarse a la ejecutoria. Es decir, en este caso emitiré nuevamente un voto concurrente. Durante la redacción de este voto, señalaré los argumentos de la sentencia de los que me aparto. Aprovecharé esta oportunidad para precisar y aclarar mi criterio en lo relativo a algunas de las cuestiones que fueron discutidas por el Tribunal Pleno.

Ahora bien, dada la complejidad de la sentencia y la forma en que el Pleno decidió abordar las diversas preguntas que planteaba, conviene, antes de profundizar sobre las razones de mis coincidencias, disidencias, adiciones y aclaraciones, describir la metodología de mis pronunciamientos durante la discusión de la acción de inconstitucionalidad aludida. Mi acercamiento metodológico y la decisión sobre el parámetro de control[[1]](#footnote-1) me obligó nuevamente a discrepar del apartado denominado “consideraciones previas” en el proyecto original.

**Metodología**

¿Cómo surgieron las preguntas constitucionales planteadas ante esta Suprema Corte de Justicia de la Nación? En principio, identificaremos, para efectos expositivos, dos momentos constitucionales relevantes: 1) el modelo constitucional pre-2013, y 2) el modelo constitucional post- 2013. A su vez, en el segundo momento constitucional, precisamente donde nos encontramos al resolver el presente asunto, se observan dos momentos legislativos distintos: 1) el primer modelo reglamentario de 2013, y 2) el segundo modelo reglamentario de 2021. En la acción se combate el segundo de los modelos reglamentarios. Es conveniente tener estas diferencias y precisiones en mente a lo largo de esta lectura.

***Modelo pre-2013***

El primero de los momentos constitucionales, es decir, aquel identificado como pre-2013, está derogado. En ese modelo toda la cadena productiva de energía eléctrica era clasificada por la Constitución dentro del área estratégica. Se trataba, entonces, de una actividad asignada exclusivamente al Estado vedada a los particulares. En consecuencia, no existía mercado regulado por los principios de libre competencia y concurrencia. El artículo 27 constitucional constituía la base normativa de ese modelo: “[c]orresponde exclusivamente a la Nación generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación del servicio público de energía eléctrica, no se otorgarán concesiones a los particulares y la Nación aprovechará los bienes y recursos naturales en los términos que establezcan las leyes, mismas que determinarán la forma en que se requieran para dichos fines.”

***Modelo post 2013***

El segundo de los momentos constitucionales se inaugura con las reformas aprobadas y publicadas en 2013. Esas reformas impactaron varias disposiciones, entre ellas, los artículos 25, 27 y 28 constitucionales para crear un nuevo modelo constitucional aplicable a la energía eléctrica, entre otros rubros. Las nuevas disposiciones suprimen parcialmente el monopolio estatal sobre los eslabones de producción de la energía eléctrica. El Estado conservaría el control sobre su trasmisión y distribución; estas actividades persistirían, entonces, como servicios públicos y preservarían su lugar dentro del área de actividades estratégicas. La generación y la comercialización de la energía eléctrica se abrirían a los particulares, lo que las convertiría en actividades prioritarias. Desde entonces, el sistema eléctrico nacional opera con esta naturaleza híbrida: la transmisión y distribución son servicios públicos estatales, de ejercicio exclusivo del Estado; la generación y comercialización son actividades sujetas al mercado. Todo la planeación y control de sistema “híbrido” recae en el Sistema Eléctrico Nacional.

El artículo 27 constitucional, actualmente vigente, describe el nuevo modelo: “[c]orresponde exclusivamente a la Nación la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, en estas actividades no se otorgarán concesiones, sin perjuicio de que el Estado pueda celebrar contratos con particulares en los términos que establezcan las leyes, mismas que determinarán la forma en que los particulares podrán participar en las demás actividades de la industria eléctrica”.

Este segundo modelo constitucional reconfiguró los participantes o agentes económicos. Esta reconfiguración resultó especialmente crítica para la Comisión Federal de Electricidad (CFE), como entidad encargada de realizar las funciones estratégicas que previamente abarcaban la totalidad de la cadena productiva de la energía eléctrica. Sabemos que la existencia de este organismo se fundamentaba en el texto anterior del artículo 28 constitucional: “[e]l Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado.”

Con las nuevas disposiciones constitucionales de 2013, la CFE ya no realizaría únicamente las actividades del área estratégica, sino que competiría con los particulares en las otras dos actividades abiertas al mercado: la generación y comercialización de energía eléctrica. Esto significa que la Constitución la convirtió en una empresa productiva del Estado y facultó al legislador secundario para reglamentar esta nueva condición.

Evidentemente, el Constituyente Permanente entendió que no bastaba prescribir la participación de los particulares para asegurar el surgimiento de un mercado. Era necesario que el legislador secundario adoptase una ley donde aparecieran reglas concretas para contrarrestar las ventajas competitivas que seguiría teniendo la nueva empresa productiva del Estado, la cual contaba -entre otras cosas- con infraestructura y, en consecuencia, no asumiría los costos que sí asumirían los nuevos competidores privados.

Además, los autores de la reforma constitucional de 2013 anticiparon la necesidad de reglas que incentivaran a los agentes económicos que competirían en el mercado de generación y comercialización de energía eléctrica a invertir en tecnologías de producción de energías limpias. Cuestión que, igualmente, correspondería al legislador secundario resolver en detalle y de manera específica.

En conclusión, es evidente que la Constitución no pretendía que el mercado de energía eléctrica fuera dejado a su suerte. Ante la posible e indeseable ausencia de leyes y reglas secundarias que limitasen la CFE, la tendencia natural sería que ésta desplazara a sus competidores. Sin reglas para incentivar la sustitución de tecnologías, los nuevos agentes económicos adoptarían estrategias competitivas dañinas para el medio ambiente, dentro del fenómeno denominado “race to the bottom”.[[2]](#footnote-2)

Por tanto, el proceso de reforma constitucional planteaba dos dilemas para el legislador: ¿Cómo hacer que los nuevos agentes económicos privados compitieran con la CFE? ¿Cómo proponer esa competencia en términos respetuosos para el medio ambiente? Como hemos dicho, para el primer problema, la solución fue transformar la CFE en empresa productiva del Estado. Para el segundo, la respuesta fue una regla de mercado: todos los agentes económicos cumplirían con un paquete de obligaciones medio ambientales (entre ellas, recurrir a un cierto porcentaje de energías limpias, lo cual se probaría con la entrega de certificados).

Es claro, entonces, que la Constitución reconoce la pertinencia de una ley reglamentaria que atenuara las ventajas competitivas de la CFE y que regulase los requisitos mínimos para garantizar el uso de energías limpias. La inexistencia de una ley que abordase estos aspectos dejaría a la CFE en libertad para valerse de sus ventajas competitivas y desplazar a sus competidores, e, igualmente, dejaría a todos los agentes en libertad para utilizar la tecnología productora de energías sucias.

***Los momentos legislativos***

Ya he señalado la existencia de dos modelos constitucionales. El primero de ellos ya derogado. Analicemos ahora los dos momentos legislativos subsecuentes al segundo de los modelos constitucionales que se encuentra vigente. Si bien sólo ha existido una sola Ley de la Industria Eléctrica, emitida inmediatamente después de la entrada en vigor de la reforma constitucional de 2013, el legislador la reformó para introducir cambios sustantivos en 2021.

Así, por lo que respecta al modelo de mercado en la generación de electricidad, existió un diseño legislativo de 2013 al 2021, y otro que le sustituyó en 2021, el cual continúa vigente. Otra vez, esta diferencia de diseños y momentos debe tenerse bien en cuenta para entender el alcance del caso resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como mi posición frente a ello.

***El primer momento legislativo***

La ley emitida después de la reforma de 2013 adoptó una reglamentación que neutralizaría la mayoría de las ventajas competitivas de la CFE y aceleraría la transición a las energías limpias. Esa ley -ahora derogada en esta parte- prescribía que la compra de energía eléctrica se haría mediante un sistema de subastas en el mercado mayorista; que los primeros en ofertar serían quienes produjeran a menor costo marginal[[3]](#footnote-3), y que todos debían contar con certificados de energías limpias, los cuales sólo se obtendrían con tecnología de reciente inversión.

***El segundo momento legislativo***

En 2021, la Ley de Industria Eléctrica se modificó e impactó estas reglas. El propósito: atenuar las restricciones impuestas a las ventajas competitivas de la CFE. Aunque mediante la nueva legislación no se eliminaran las medidas limitativas establecidas sobre la CFE ni se suprimieran los incentivos para la transición a las energías limpias, las nuevas reglas sí buscaron atemperar esas decisiones. Por ejemplo, se dijo que, por encima del sistema de subastas, se daría prioridad a la celebración de contratos que garantizaran la entrega física de energía, y que los ofertantes con prioridad para lograr los referidos contratos serían quienes presentaran menores costos unitarios y no marginales. Finalmente, se determinó que los certificados de energías limpias, que antes sólo se daban por nuevas inversiones, se otorgarían sin limitaciones temporales ni de propiedad.

Con las nuevas reglas, es evidente que la CFE recupera algunas de sus ventajas competitivas. La CFE cuenta ya con una estructura que impide incurra en costos de inversión considerables, y es el agente que más fácilmente asegurará un costo unitario menor al de sus competidores en la oferta de contrato de entrega física a un determinado plazo. Además, si los certificados de energía limpia ya no se sujetan a límites temporales e, incluso, se otorgarán retroactivamente, la CFE podría exigir los propios por aquella tecnología apta para producir energía limpia adquirida antes de 2013.

Así llegamos a la pregunta concreta de este asunto, la cual se refiere al segundo modelo constitucional (post-2013) y al segundo momento legislativo: ¿Qué pasa con la reforma a la Ley de Industria Eléctrica introducida en 2021?

Para empezar, las normas impugnadas debieron dividirse para su discusión y análisis en dos conjuntos o circuitos normativos:

*Un primer conjunto* integrado por los artículos 3, fracción V, incisos a) y b), XII, XII Bis, y XIV; 4, fracción VI; 26; 53; 101, 108, fracción VI, y 126, fracción II, de la ley citada. Aunque no existe una relación lógica de dependencia entre cada de uno de estos preceptos, los agrupo en un solo circuito, pues regulan un nuevo orden de despacho de energía eléctrica en el mercado[[4]](#footnote-4) y las figuras contractuales asociadas a este nuevo diseño legislativo. La agrupación en circuitos permite su interpretación sistémica.

De este conjunto normativo, entiendo como fundamentales para la construcción de este nuevo modelo, los artículos 4, fracción VI, 26 y 126, fracción II, de la Ley de la Industria Eléctrica. El primero de los artículos contiene la nueva regla de preferencia de la oferta de energía eléctrica basada en los costos unitarios de producción y de los contratos de cobertura eléctrica con compromiso de entrega física[[5]](#footnote-5) por encima del suministro de energías limpias[[6]](#footnote-6). El segundo complementa la regla anterior con una de trato preferente aplicable a los transportistas y los distribuidores responsables de la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución a favor de las Centrales Eléctricas Legadas[[7]](#footnote-7) y las Centrales Externas Legadas[[8]](#footnote-8) con compromiso de entrega física. La última de las normas elimina las restricciones temporales y de propiedad de acceso a los certificados de energía limpias.[[9]](#footnote-9)

El resto de los artículos de este mismo conjunto no añade alguna regulación sustantiva relevante, sino que se trata de normas accesorias. En todo caso, de haberse logrado la mayoría calificada para invalidar algunas de las otras tres normas principales, se habrían podido invalidar esas normas accesorias, por extensión de efectos, en términos del artículo 41, fracción IV, de la Ley Reglamentaria de las acciones de inconstitucionalidad. En tanto el Pleno no discutió esta cuestión, no haré mayor referencia al respecto.

*Un segundo conjunto* debió integrarse por los artículos 4, fracción I, 12, fracción I, 35, 108, fracción V, así como los tercero y cuarto transitorio; normas independientes que se refieren a reglas aplicables al Sistema Eléctrico Nacional[[10]](#footnote-10) de una manera autónoma al orden de despacho y a las nuevas figuras contractuales.

Ahora bien, el proyecto que la ministra ponente sometió a la consideración del Pleno se estructuró en siete apartados. En cada uno se abordó un tema distinto respecto de la totalidad de las normas impugnadas. De los siete apartados, fue en el primero y el tercero (identificados como A y C) donde se colocaron las dos preguntas de fondo más relevantes para decidir la validez del circuito normativo impugnado que identifiqué como primer conjunto normativo. En el primero de esos apartados, el proyecto preguntó: ¿Las normas combatidas violan el principio de libre competencia y concurrencia? En el segundo: ¿Se viola el derecho humano al medio ambiente?

Esta división metodológica y la organización de los apartados fue decisión de la ministra ponente. A partir de esta propuesta, el Pleno acordó que cada uno de sus miembros debía pronunciarse ordenadamente sobre cada uno de ellos. Me sometí a ese acuerdo y así fue como emití cada uno de mis votos. En consecuencia, concluí que los artículos 4, fracción VI, 26 y 126, fracción II, de la Ley de la Industria Eléctrica no contravienen los principios de libre concurrencia y competencia, pero sí violan el derecho al medio ambiente. En otras palabras, los argumentos de los promoventes debían calificarse como infundados en el apartado A, pero fundados y suficientes para decretar, en el apartado C, la invalidez de los artículos mencionados.[[11]](#footnote-11) La decisión, entonces, sobre los parámetros contra los cuales se contrastan las normas y las preguntas que en torno a ella se plantean es particularmente pertinente.

Es decir, una ley puede ser válida desde la perspectiva de una norma constitucional pero inválida a partir de otra. Esta forma de hallar el problema constitucional y su respuesta es una estrategia común en otras jurisdicciones constitucionales. Esa diversificación se debe a los distintos significados, conceptualizaciones, contenido y alcance que tienen los derechos y los mandatos constitucionales. Una norma puede no establecer un monopolio, pero sí puede permitir conductas no monopólicas que dañen el ambiente. Esta decisión sobre cuál derecho afecta, y cómo, la disposición en disputa ocurre porque el parámetro de control constitucional se integra por elementos que no son forzosa y lógicamente acumulables; una ley puede resultar inconstitucional por una, dos, tres o varias razones. En todos los casos, la norma será inconstitucional más allá de la cantidad de vicios invocados en la demanda. Algunas veces los contenidos constitucionales no serán acumulables e, incluso, pueden llegar a ser francamente excluyentes. Es deber de un tribunal constitucional escoger la pregunta pertinente y el parámetro aplicable y, con base en eso, asumir una proposición metodológica.

Esta manera de operar ha sido adoptada por la Primera Sala en los últimos años y ha dado lugar a los debates de definición constitucional más acalorados entre sus integrantes. Cito dos ejemplos: El primero involucra la revisión de la doctrina de esta Corte sobre varias figuras de derecho familiar, con el ejemplo más evidente de la patria potestad. ¿Desde dónde deben mirarse las leyes secundarias que la regulan o restringen? ¿Desde el parámetro de control constitucional de los derechos de libertad y autonomía que asistirían a los progenitores o desde el contenido y alcance del principio constitucional de interés superior de las infancias? Si optásemos por la libertad y autonomía de los padres, las leyes que interfiriesen en el ámbito de intimidad desde donde se relacionan con sus hijos, deberán declararse inválidas; por el contrario, si se recurre al interés superior de las infancias, esas leyes que interfieren en esa autonomía pueden resultar válidas e, incluso, exigibles. Así, el derecho de autonomía personal y el interés superior de la infancia son contenidos del parámetro de control que resultarían ocasionalmente excluyentes. [[12]](#footnote-12)

El segundo ejemplo estudia el denominado “discurso de odio” ¿Qué parte del parámetro de control es el determinante cuando se evalúa la validez de las leyes que inciden en las condiciones de manifestación de ideas perjudiciales contra grupos históricamente desaventajados? Si la pregunta se aproxima desde la libertad de expresión en su dimensión individual, la cual autoriza a sus titulares manifestar todas aquellas ideas relacionadas con el ejercicio de su autonomía, esas leyes resultarían inválidas; si optásemos por el derecho a estar libre de discriminación, esas leyes se reconocerían como válidas. Aquí los derechos de autonomía y no discriminación se presentan como partes incompatibles del parámetro de control. [[13]](#footnote-13) Muchos de los casos más relevantes y actuales de derecho constitucional suponen una definición entre dos contenidos del parámetro de control supeditados a exigencias, definiciones o alcances opuestos.

En el siguiente apartado argumentaré que cuando un tribunal constitucional analiza una ley que modifica las reglas del mercado de generación de energía eléctrica -como sucede en la presente acción-, se encuentra entre dos extremos del parámetro de control con exigencias en tensión: el principio de libre competencia y el derecho al medio ambiente. Es precisamente aquí donde me separo de la mayoría que se pronunció por la invalidez de las normas impugnadas, ambas partes del parámetro de control de regularidad constitucional no son ni intercambiables ni acumulables.

Dicho de otra manera, los valores de libre mercado y de libre concurrencia deben subordinarse al medio ambiente para crear nuevas modalidades de mercados cuyo centro sea la sustentabilidad y no la eficiencia. Si escogiéramos un paradigma centrado en el libre mercado, los fines extra-mercado quedan subordinados al valor de la eficiencia. Como se observa, escoger el fundamento y el lugar desde donde se analizará el vicio de invalidez no es una cuestión menor. Ahora, ¿qué debe hacer un juez constitucional convencido de que la regulación del despacho en el mercado de energía eléctrica amenaza al medio ambiente ante el escenario donde -por razones de método propuesto en la sentencia- se le pregunta previamente si el circuito normativo viola el principio de libre mercado?

La respuesta es clara: debe pronunciarse ordenadamente sobre cada pregunta, justificar su criterio constitucional en cada una de ellas y esperar la pregunta específica acerca de si la ley impugnada viola el medio ambiente. Justo en ese momento debe expresar su opinión y dejar clara su posición. Pues, para él, el vicio de invalidez está en este punto y no en la pregunta puesta a su consideración en ese momento. Es decir, en total respeto por el cuerpo colegiado al que pertenece, no debe adelantar una votación acerca de un tema no propuesto aún. El orden de las preguntas y de las respuestas que les siguen son fundamentales para la construcción democrática y doctrinaria de un tribunal constitucional. Un cuerpo colegiado obliga a someterse a las decisiones mayoritarias no sólo para acatar el diseño constitucional, que por algo exige la presencia de cierto número de integrantes, sino para dotar de certidumbre jurídica a las personas sujetas a la jurisdicción del Estado, quienes conocerán con claridad los argumentos que deben presentar en litigios próximos si es que quieren resultados exitosos. Nunca debe menospreciarse la obligatoriedad de la doctrina surgida de un tribunal constitucional, la cual obliga no solo desde los resultados, sino desde las razones.

Así, aunque como juzgadores lleguemos a la convicción de que una ley es inconstitucional por vulneración de un determinado derecho humano, nuestra obligación es contestar disciplinada y sistemáticamente aquellos argumentos basados en otros derechos o principios constitucionales, a pesar de que creamos que no sirven a la pretensión de la parte que alega la inconstitucionalidad de la norma. Esta proposición y disposición ordenada de las distintas preguntas que surgen de un asunto nos ha permitido responder -en ocasiones- que una ley resulta inválida, aunque no por las razones expresadas por las partes. Esta forma de comprensión de los dilemas constitucionales ha configurado una práctica ininterrumpida en esta Corte desde la instauración del amparo como primer medio de control constitucional en nuestro país. Ese recurso exige de las juezas resolver congruente y exhaustivamente los planteamientos realizados. [[14]](#footnote-14) Esta práctica se ha extendido y ahora es utilizada para resolver cualquier acción de inconstitucionalidad o controversia constitucional.

Debo ser contundente. El orden metodológico propuesto por un proyecto ordena la discusión a partir de los agravios de las partes. Los ministros debemos someternos a la propuesta y contestar las preguntas que el proyecto sugiere en la sucesión en la que aparecen. Esa disciplina y disposición es una virtud judicial no una conducta digna de reproche. A diferencia de las ramas políticas, los jueces no elegimos las preguntas que queremos responder; nos ocupamos de aquellas propuestas por quienes acuden a nosotros. Si los jueces escogiéramos las preguntas de las partes de un juicio para contestar sólo aquellas que nos parecen fundadas o pertinentes, echaríamos por la borda un largo camino de doctrina jurisprudencial centrada en las garantías de fundamentación y motivación en el ámbito judicial. Esas garantías son apreciadas por las personas sujetas a la jurisdicción del Estado porque las resguardan de la arbitrariedad judicial. Además, esta práctica preserva el muro divisorio entre el derecho y la política.

Como mis pronunciamientos debieron ser congruentes y exhaustivos, por mandato de los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal, no invertí el orden y respondí de acuerdo con mis convicciones: la respuesta debe ser negativa a la primera pregunta, pero afirmativa en la segunda. Para mí era absolutamente claro: no era un problema de mercado y libre concurrencia, sino de daño al medio ambiente. Debo insistir: la doctrina constitucional que aún debemos construir es la relativa a la protección del medio ambiente. El daño al medio ambiente es, sin duda, y en esto no exagero, la tragedia de nuestro tiempo y nuestro mayor compromiso como sociedad con el futuro.

**Consideraciones previas**

El proyecto original sugerido al Tribunal Pleno contenía un apartado de consideraciones previas. Este apartado proponía una caracterización del parámetro de control constitucional. En mi opinión, la propuesta más relevante era la conclusión acerca de que “*el acceso a la energía eléctrica constituye un derecho humano al ser un presupuesto indispensable para el goce de múltiples derechos fundamentales encaminados al ejercicio de una vida digna*”[[15]](#footnote-15), como la salud, la educación o la vivienda. Me separé de esta propuesta y aunque en la ejecutoria no se contiene alguna mención al respecto, creo oportuno fijar mi criterio acerca del tema, dado que mi distancia con este argumento central condiciona mis pronunciamientos de fondo.

Discrepo de la caracterización del acceso a la energía eléctrica como un derecho humano. El hilo argumentativo que alimenta esa conclusión desoye nuestra doctrina constitucional. ¿Cuál es este hilo argumentativo? En tanto condicionante del ejercicio de importantes derechos sociales, la energía eléctrica emerge como un derecho humano autónomo. Encuentro este argumento muy riesgoso. Suponer que una mera precondición de ejercicio de un derecho se convierte, por ello, en un derecho constitucional autónomo nos conduciría una creación infinita de derechos constitucionales cuyo contenido se vaciaría y frente a los cuales será imposible distinguir entre obligaciones impostergables y postergables de las autoridades. Esta construcción compulsiva de derechos amplía, además, las facultades de control constitucional en áreas de política pública donde -más bien- deben tomarse decisiones estratégicas que corresponde a las autoridades ejecutivas adoptar con prontitud, con la mira en los recursos disponibles y con la discreción necesaria para asumirlas en virtud de esas dos premisas.

Me pareció -además- un tanto excesiva la analogía planteada con el derecho al agua porque éste, a diferencia de la electricidad, sí tiene un reconocimiento expreso en el artículo 4° constitucional y ha sido desarrollado ampliamente -como tal- en las decisiones y recomendaciones de los organismos internacionales, así como en fallos de tribunales inferiores en nuestra jurisdicción constitucional.[[16]](#footnote-16) La energía eléctrica es, sin duda, un bien constitucionalmente protegido como parte de un servicio público de primera importancia, sobre el cual impactan distintos principios, previstos en los artículos 25, 27 y 28 constitucionales, como sucede con otros bienes, cuya explotación, uso y comercialización son reglamentados en esas disposiciones constitucionales. Obviamente, esta concepción no resta importancia a su correcta distribución y operación. De hecho, nos permite concentrarnos en discernir las facultades y obligaciones de las autoridades para que éstas no atenten contra derechos humanos básicos, cuya jerarquía constitucional es incuestionable.

Es crucial para esta interpretación el hecho de que el Constituyente haya ubicado a la energía eléctrica en el capítulo económico de la Constitución. Si bien la voluntad del legislador no es nuestra única fuente interpretativa, sí es un indicador relevante para decidir la naturaleza, contenido y alcance de los bienes públicos, cuya administración puede -y debe- ser supervisada constitucionalmente, pero desde una perspectiva de prudencia y deferencia, y no con la contundencia a la que compromete la defensa de los derechos humanos de jerarquía constitucional. Lo dicho hasta ahora nos revela la importancia de construir una doctrina constitucional congruente con el pasado, pero también con el futuro; una que anticipe, condicione y delinee el actuar del tribunal constitucional en los asuntos subsecuentes.

En resumen, elegir una caracterización u otra no es una cuestión trivial; por el contrario, tiene consecuencias jurídicas trascendentales. Si el acceso a la energía eléctrica se atiende como un derecho humano, subordinamos su protección y garantía a los principios del artículo 1 constitucional. Esto significa que el legislador estaría obligado a maximizar su accesibilidad, lo que, evidentemente, reduce la libertad configurativa de este último. Pensemos en las implicaciones de la aplicación del principio de no regresividad al alegado derecho de acceso a la energía eléctrica: ¿No supondría atar las manos al legislador para tomar decisiones de política pública? Es decir, terminaría por dotarse el acceso a la energía eléctrica de una esfera de indisponibilidad y se le colocaría al mismo nivel de otros derechos humanos como el medio ambiente. Como anticipé, la respuesta correcta -para mí- es que el acceso a la energía eléctrica es un bien constitucionalmente protegido, sobre el cual el legislador debe formular políticas públicas con amplia libertad configurativa para reglamentar sus condiciones de explotación. Por tanto, esa actividad legislativa tiene como parámetro de control los principios de los artículos 25, 27 y 28.

¿Cuál era la caracterización que la ejecutoria debió acoger? A continuación, presento el parámetro que -a mi juicio- resultaba aplicable, lo que aclara mis posicionamientos y su estructura cuando se decidía la sustancia del asunto.

La reforma constitucional de 2013 elevó a jerarquía constitucional una serie de reglas mínimas para crear un mercado en la generación y comercialización de energía eléctrica. Dichas reglas muestran la garantía orgánica de dos principios sustantivos: 1) libre competencia, y 2) medio ambiente. El primero de ellos no es un derecho humano, por más que se trate de un principio constitucional el cual será dotado de contenido. El segundo lo es indubitablemente. Además, se trata de un derecho cuya protección es crítica. Esta diferenciación dirigiría la mirada de este tribunal constitucional en cuanto a la invalidez de los preceptos discutidos. Aun cuando su garantía orgánica sea la misma -la estructura de mercado- para ambos principios, el tratamiento no es idéntico.

Los artículos 25, 27 y 28, así como los transitorios de la reforma constitucional de 2013, obedecen a ciertos principios y establecen distintas reglas para proteger la libre competencia y el medio ambiente. Ahora bien, el dilema constitucional que enfrentábamos no requería la aplicación de las reglas -las más de las veces refractarias a la interpretación- sino mirar los principios como instrumentos de contraste para decidir sobre la validez de los preceptos impugnados.

Esta Corte ha distinguido ya entre reglas y principios, tal como se hace en otras jurisdicciones constitucionales. Las reglas son proposiciones de “todo o nada”. Una vez en la hipótesis de la regla, ésta se aplica.[[17]](#footnote-17) Los principios no tienen esa estructura: no son de enunciados condicionales de “todo o nada”. Los principios tienen una enunciación explícita o interpretativa que ordena realizar algo hasta el máximo. De ahí que se les llame mandatos de optimización. Como puede observarse, no existe una medida precisa y absoluta para supervisar el cumplimiento de un principio. Un principio admite graduación y lo que se espera del legislador es una justificación suficiente y vinculada operativamente con el cumplimiento del mandato. Esto es lo que ocurre con los principios de competitividad, libre concurrencia o libre mercado. Su aplicación se individualiza de acuerdo con cada mercado y en un contexto temporal y espacial. Esta gradualidad de los principios de competitividad, libre concurrencia o libre mercado se enlaza con una premisa ampliamente aceptada por la literatura económica: no existen mercados perfectos. Todos presentan distorsiones; así, la libre competencia es un ideal realizable paulatinamente.

Ahora bien, debemos recordar que los derechos humanos son también mandatos de optimización. Son enunciaciones éticas que protegen a las personas sujetas a la jurisdicción del Estado, surgidas de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos. A partir de esa enunciación, se les atribuye titularidad subjetiva y se exige una construcción de su dimensión objetiva -las obligaciones a cargo del Estado- que potencie su ámbito de protección. La meta es -obviamente- la realización plena, universal e igualitaria del derecho. Los derechos humanos, su garantía y vigencia quedan sujetas al principio de no regresividad[[18]](#footnote-18) por mandato expreso del texto constitucional; el derecho humano al medio ambiente participa de la naturaleza y de los mandatos asociados al resto de los derechos humanos. Como puede deducirse, la necesidad de que los derechos humanos sean elevados al máximo nivel de cumplimiento y tengan titularidad subjetiva implica que la intervención de la jurisdicción constitucional en las decisiones legislativas o de política pública susceptibles de afectarles será mayor.

Como lo ha determinado esta Suprema Corte, “el principio de progresividad de los derechos humanos se relaciona no sólo con la prohibición de regresividad del disfrute de los derechos fundamentales, sino también con la obligación positiva de promoverlos de manera progresiva y gradual, pues como lo señaló el Constituyente Permanente, el Estado mexicano tiene el mandato constitucional de realizar todos los cambios y transformaciones necesarias en la estructura económica, social, política y cultural del país, de manera que se garantice que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos”. Así, todas las autoridades, incluida la legislativa tienen la prohibición, “en virtud de su expresión de no regresividad, [de] adoptar medidas que, sin plena justificación constitucional, disminuyan el nivel de protección de los derechos humanos de quienes se someten al orden jurídico del Estado mexicano.”[[19]](#footnote-19)

¿El libre mercado y el medio ambiente son principios con las mismas condiciones de aplicación? En otras palabras, ¿en ambos es igualmente legitima la misma severidad de intervención judicial? La respuesta es negativa.

Hemos dicho que existen dos tipos de principios constitucionales: unos que escapan a la libre configuración legislativa al entenderse como precondiciones de la democracia, los cuales comúnmente definen derechos y libertades fundamentales; por ello, cuando el legislador secundario pretende restringirlos, su legislación queda sujeta a un escrutinio estricto.[[20]](#footnote-20) En cambio, existen otros principios, cuyo contenido debe desarrollarse por el legislador democrático y son, por regla general, los referentes a la rectoría económica del Estado. Estos últimos son modulables y las leyes que los reglamentan se controlan con un escrutinio ordinario. En cuanto a los primeros existe una presunción de invalidez de las leyes que los impactan adversamente; sobre las leyes que dotan de contenido a los segundos, la presunción es la validez.

Las leyes que afectan principios relativos al reconocimiento de derechos y libertades fundamentales sólo ameritarán reconocimiento de validez si el legislador persigue un fin imperioso, con los medios menos gravosos posibles y de una manera proporcional. Por ello, para su validez se requiere de un máximo grado de racionalidad legislativa. Los principios relacionados con la operación de los mercados (de naturaleza mayoritaria) serán moldeados por el legislador con medidas instrumentalmente adecuadas y proporcionales. Por ello, para lograr validez, estas medidas sólo deben reunir un mínimo de racionalidad. [[21]](#footnote-21)

Dado la naturaleza de la normativa impugnada y su compleja estructura, es obvio que una primera decisión metodológica debe ser caracterizar la norma y sus preceptos o presupuestos. Si es una regla, aplicará la metodología de la subsunción; es decir, se localizará si se actualizan los elementos del antecedente para indefectiblemente adjudicar la consecuencia. Si es un principio, debemos descartar la subsunción y optar por algunos de los estándares de escrutinio, ya sea ordinario o estricto.

Los estándares de escrutinio no son mera retórica, sino instrumentos que disciplinan a los jueces constitucionales para resolver conflictos suscitados alrededor de los principios con una metodología distinguible y con aspiraciones de objetividad; esto es, permiten que las preguntas constitucionales se resuelvan de manera racional -justificada, argumentada y razonada- más allá de las preferencias meramente subjetivas de los juzgadores. En cuanto a esta decisión primaria, mi conclusión es que las interferencias legislativas en ambos principios -libre competencia y medio ambiente- se rigen por estándares diferenciados en cuanto a su aplicabilidad, contenido y alcance.

En mi trayectoria de casi diez años como ministro mi respuesta a esta pregunta cada vez que se me ha planteado ha sido la misma: nuestro modelo democrático nos impone reconocer que el legislador tiene amplias facultades de configuración para ordenar el libre mercado, siempre y cuando no lo haga de manera arbitraria. El legislador no merece la misma deferencia cuando lidia con derechos humanos; en este caso, el medio ambiente.[[22]](#footnote-22)

Esta conclusión confirma una larga línea de precedentes. En mucho de los cuales, he participado como ponente. Por ejemplo, he considerado que las garantías tributarias, contenidas en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución son modulables por el legislador con una amplia libertad configurativa sujeta esencialmente a un estándar de mera razonabilidad -escrutinio ordinario.[[23]](#footnote-23) También he sostenido ininterrumpidamente que el legislador merece deferencia cuando interfiere con las libertades económicas. Finalmente, he sostenido que el modelo de Estado Regulador[[24]](#footnote-24) distribuye esa deferencia entre los órganos reguladores y el legislador: el segundo la tiene para organizar la estructura de mercado; los primeros para regular cuestiones técnicas.[[25]](#footnote-25) Todos estos pronunciamientos surgen de una misma filosofía constitucional: en ausencia de una regla precisa, un tribunal constitucional será respetuoso de la capacidad de los procesos democráticos para decidir el modelo de mercado que prefieran; el tribunal constitucional sólo intervendrá cuando el legislador incumpla con un mínimo de razonabilidad. Esta posición no fue construida el día de hoy; la he adoptado en diversas ocasiones y cuando he sido ponente en casos en los cuales este criterio ha sido indispensable para dar una solución, lo he puesto a consideración de los integrantes de esta Suprema Corte. Entre otros casos donde esta postura es patente, cito:

“LIBERTADES ECONÓMICAS. LAS INTERFERENCIAS A ESTAS LIBERTADES SE CONTROLAN MEDIANTE EL ESCRUTINIO ORDINARIO Y NO POR UN TEST DE PROPORCIONALIDAD O ESCRUTINIO ESTRICTO.”[[26]](#footnote-26)

En contraste, siempre he afirmado que el medio ambiente es un derecho humano. Por ello, sólo las autoridades técnicas y especializadas tendrán deferencia para regularlo. Pero si son las autoridades ejecutivas quienes deciden restringir su contenido al margen de algún procedimiento en el cual se apliquen conocimientos técnicos y especializados, el estándar se vuelve estricto, tal como resolviera la Primera Sala en una tesis, publicada el 20 de agosto de 2021, derivada de un asunto del que fui ponente:

“el estándar será más exigente, pudiendo llegar a ser aplicable un escrutinio estricto si las medidas contenidas son totalmente indiferentes al impacto medio ambiental.”[[27]](#footnote-27)

Entonces, si bien el principio de libre competencia debe maximizarse y, en consecuencia, las decisiones de los poderes públicos deben fomentar mercados libres, en tanto principio y no derecho humano la supervisión de esas decisiones por las cortes debe someterse a escrutinio ordinario con el fin de garantizar regulaciones adecuadas tanto a la naturaleza de los mercados como a su funcionamiento en determinado contexto espacial y temporal. Frente a estas decisiones, el papel del tribunal constitucional es dejar que el legislador ordinario *se entienda* con el mercado ejerciendo su legitimidad democrática con prudencia y racionalidad.

La sujeción de la legislación que regula las actividades económicas en mercados o actividades comerciales a un escrutinio ordinario es un criterio que se remonta a la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación. Este Tribunal Pleno lo recuperó al conocer de un conjunto de juicios de amparo en los cuales se analizó la validez de las leyes que limitaron la libertad de comercio de las personas al interferir con el consumo de tabaco dentro de establecimientos mercantiles[[28]](#footnote-28). Esta aproximación se ha consolidado en el derecho comparado, al estimarse como indispensable para reconciliar el control judicial de las leyes con el gobierno democrático.[[29]](#footnote-29)

En resumen, para resolver una cuestión constitucional, un tribunal identificará si el parámetro de control que utilizará se conforma por una regla o por un principio. De tratarse de un principio, decidirá el estándar de escrutinio aplicable: uno ordinario para aquellos principios relacionados con en el ámbito en el cual el legislador tiene amplia libertad configurativa; uno estricto para aquellos que cubren espacios donde no existe esa libertad configurativa, y uno de proporcionalidad cuando los bienes constitucionales en juego requieren de una ponderación cuidadosa para determinar si el equilibrio obtenido constitucionalmente por el legislador es aceptable.

En este marco conceptual, los de libre competencia y concurrencia no son reglas sino principios, respecto de los cuales existe libertad configurativa. Caracterizados como mandatos de optimización, para determinar si el legislador ha violado o no los principios de libre competencia y concurrencia, un tribunal constitucional verificará que la legislación no frustre su contenido injustificadamente. De ser el caso, declarará su invalidez, si con esto permite que esos principios recuperen su valor maximizador. Esta Corte ha resuelto casos en los cuales se ha declarado la invalidez de disposiciones legislativas violatorias de dichos principios. Veamos algunos ejemplos para precisar las condiciones en las cuales un tribunal constitucional puede remediar una vulneración a los referidos principios.

***¿Cómo maximizar el principio de libre competencia y concurrencia previsto por el artículo 28 constitucional?***

Cuando un tribunal constitucional lidia con un principio, como el de libre competencia, como parámetro de control de una ley, se cerciorará de que el resultado de su evaluación de validez será el idóneo para remediar la eventual violación constitucional. Es decir, decidirá si es viable que la invalidez decretada reinstale la maximización del principio previamente frustrado, y evitará que una eventual declaratoria de invalidez empeore la posición del contenido constitucional.

En materia de competencia económica, cuando esta Corte determina que una ley impone una “barrera de entrada”[[30]](#footnote-30) en un mercado que constitucionalmente no debiera soportar esa intervención legislativa, la expulsión de la norma remedia la violación constitucional, pues permite que el mercado se libere de esta atadura y se autorregule con las fuerzas de la oferta y la demanda. Así lo entendió este Pleno cuando fallamos las acciones de inconstitucionalidad 63/2016 y 13/2017, resueltas en sesiones de 25 de mayo de 2017 y de 16 de octubre de 2018, respectivamente. En el primer caso, discernimos sobre la validez de la Ley de Transporte de Yucatán; en el segundo, sobre la validez de algunas de las disposiciones de la Ley de Movilidad de Colima. En ambos asuntos se declaró la invalidez de porciones normativas por constituir barreras de entrada al mercado de transporte privado accesible mediante las plataformas tecnológicas. En algunas de esas decisiones yo formé parte de la mayoría. En ambos casos, este Tribunal Pleno se aseguró de que la eventual declaratoria de inconstitucionalidad remediara el vicio al eliminarse el obstáculo de ingreso al mercado y permitiera que éste se autorregulara.

En aquellos casos, el mercado del servicio de transporte privado prestado a través de determinadas plataformas tecnológicas surgió de la iniciativa privada, donde los agentes económicos eran privados y donde ninguno de ellos contaba con una protección constitucional para prestar ese servicio de manera cuasi monopólica. En ambos casos, cuando las legislaturas estatales reglamentaron el mercado, la supervisión constitucional se dirigió a contrastar esas medidas legislativas con los principios del artículo 28 constitucional. El propósito remedial era obvio: si la legislación estatal fuera hallada inconstitucional, ese régimen sería expulsado del sistema y el mercado quedaba en libertad para autorregularse.

No es el caso de la Ley de la Industria Eléctrica. Una eventual declaratoria de inconstitucionalidad no remediaría el vicio: la expulsión de las normas impugnadas no causaría que el mercado de generación de energía eléctrica se autorregule para maximizar los principios de libre competencia y concurrencia. En este mercado existe ya un agente preponderante: la CFE, la cual requiere forzosamente una legislación que le imponga medidas asimétricas. Luego, el remedio tras la inconstitucionalidad que ha servido en otros casos sólo empeoraría las cosas: la CFE quedaría libre para aprovechar sus ventajas competitivas y para desplazar competidores en detrimento de los principios de libre competencia y concurrencia.

Como lo expuse al inicio de este voto, la correcta identificación de las preguntas constitucionales que enfrentábamos requería ubicarnos en el contexto de los dos momentos constitucionales distintos respecto a la concepción del mercado de energía eléctrica. Antes de 2013, la Constitución establecía que todos los eslabones de la cadena productiva de la energía eléctrica integraban una de las áreas estratégicas reservadas para el Estado. Razón por la cual la CFE detentaba una posición monopólica fundada en las normas constitucionales. La reforma constitucional de 2013 modificó ese modelo y abrió a los particulares los mercados de generación y comercialización de energía eléctrica. La CFE fue convertida en una empresa productiva del Estado para facilitar que compitiera en estos mercados y se obligó al legislador a adoptar medidas que disminuyeran sus ventajas competitivas. En cumplimiento de ese mandato, han surgido dos modelos legislativos:

1. **2013**, en el cual el legislador neutralizó al máximo las ventajas competitivas de la CFE y condicionó la entrega de los certificados de energía limpias a inversión nueva que trajera esa tecnología después de la entrada en vigor de la ley. Este diseño regulatorio fue derogado.
2. **2021**, remplaza al anterior y modula su regulación para autorizar que la CFE utilice algunas de sus ventajas competitivas: competir con costos unitarios en lugar de marginales y ofrecer contratos de entrega física y a plazo determinado, así como acceder a los certificados de energía limpia con la tecnología adquirida antes de la entrada en vigor de las nuevas disposiciones.

En los precedentes, nos preguntábamos si las normas impugnadas imponían una barrera de entrada a un mercado generado por la iniciativa privada, cuyo remedio judicial era la expulsión de la norma impugnada. El dilema del presente asunto es otro no equiparable a los precedentes antes citados. Aquí la Constitución parte de la premisa opuesta: en el mercado de generación de electricidad, la CFE tendría ventajas competitivas que esperaban atenuación por parte del legislador. Sin embargo, la Constitución no impone una medida básica de la cual debe partir la legislación y el control de regularidad, para este caso, no podría incorporar las disposiciones derogadas como una de sus partes. La pregunta no podría ser: ¿Cuál de los dos modelos neutraliza mejor las ventajas competitivas de la CFE? sino: ¿El legislador reglamentó razonablemente las ventajas competitivas de la CFE para compatibilizarlas con los principios de libre competencia y concurrencia y con los otros de rectoría económica del Estado? El diseño legal actual debe confrontarse directamente con el parámetro de control constitucional y no con el diseño legislativo anterior. Esto significa que para atacar la pregunta medular, debemos abandonar nuestra preferencia por cualquier de los modelos legislativos en cuanto a cuál de los dos desarrolla mejor el principio de libre competencia y concurrencia, para decidir solamente si el modelo legislativo implantado en 2021 se ajusta al parámetro de control constitucional fijado con los artículos 25, 27 y 28 constitucionales.

Es importante insistir en la diferencia entre los efectos de una inconstitucionalidad de las normas impugnadas en comparación con los otorgados en los precedentes señalados. En éstos, la expulsión de las normas alcanzó para restablecer las libertades de mercado vulneradas con las barreras de entrada. En cambio, respecto de la industria eléctrica, una declaratoria de inconstitucionalidad de las normas -si se hubiese alcanzado la mayoría calificada requerida- por contravención al principio de libre competencia y concurrencia, no hubiera resuelto el problema.

Es paradójico, entonces, que la decisión de la mayoría de los integrantes de este Pleno se preocupara tanto en proteger la libre competencia cuando los efectos de una eventual declaratoria de inconstitucionalidad les habría generado un mayor perjuicio: la expulsión de las normas impugnadas hubiera implicado eliminar las reglas que en el 2021 modulaban las restricciones sobre las ventajas competitivas sobre la CFE para dejar al mercado a su suerte y permitir a la CFE valerse de todas sus ventajas competitivas.

Este problema no se discutió en las sesiones correspondientes porque la argumentación de la mayoría de los integrantes de este Pleno partía de la premisa incorrecta: en estas acciones de inconstitucionalidad comparábamos los preceptos legales derogados con los vigentes. Así, al concluir que los derogados propiciaban mayor competencia económica, debían restablecerse. Sin embargo, esa posibilidad es ajena a nuestros precedentes, pues nuestra doctrina no acepta que la inconstitucionalidad detectada en las leyes económicas acarree la reviviscencia de leyes derogadas.[[31]](#footnote-31) Las normas derogadas no son parámetro de contraste y, por tanto, no pueden aspirar a ser restablecidas vía judicial. El parámetro de control de las normas ahora impugnadas deriva directamente de la Constitución, al tratarse de un mercado contemplado por la Constitución y perteneciente al terreno de la rectoría económica del Estado y éste no contempla una línea de base, como la mayoría de los integrantes del Pleno quería trazar incorrectamente a partir de los preceptos derogados.

En conclusión, el asunto que enfrentamos no versa sobre un mercado de transporte privado de nueva creación, indiferente para la Constitución, sino que se trata de un mercado contemplado en ella. El mercado de generación de energía eléctrica es estructurado, en sus elementos básicos, desde ese parámetro; su operación -sin embargo- se delega al Congreso de la Unión para su reglamentación. Ciertamente, el mercado de generación de energía eléctrica debiera tutelar las libertades económicas de los participantes, pero, a diferencia del mercado analizado en aquellos precedentes, aquí el autor de la reforma constitucional precisó que las reglas del mercado no provendrían de la interacción de esa libertad económica de los agentes, serían producto de la función legislativa.

Esa diferencia justifica la elección de un estándar de mera razonabilidad. Solo en el caso de que el legislador no supere ese estándar de mera razonabilidad, esta Suprema Corte debe calificar esa interferencia legislativa como una barrera de entrada. Las barreras de entrada no son perceptibles a primera vista. Por tanto, su calificación como el resultado de la aplicación un estándar de escrutinio. En este caso, para dilucidar si en el mercado de generación de energía se actualiza una barrera de entrada, debe aplicarse un estándar de escrutinio ordinario.

A lo largo de este voto he insistido en las implicaciones jurídicas diferenciadas que vendrían de examinar las porciones normativas impugnadas desde un principio u otro. Llegar a la conclusión de su invalidez por violaciones a la libre competencia implicaría expulsar las porciones normativas impugnadas y dejar al mercado funcionar sin la interferencia legislativa calificada como constitucionalmente inadmisible porque las normas derogadas no integran el parámetro de control, ni la libre competencia y concurrencia se sujetan a la prohibición de no regresividad.

Estas posibilidades sí estarán disponibles al evaluar la validez de las normas impugnadas a la luz del derecho humano al medio ambiente. Al encontrar una violación al derecho al medio ambiente, en su vertiente de no regresividad, se nos exigiría expulsar del ordenamiento las normas producto de la interferencia legislativa irregular y colmar el vacío normativo con la reviviscencia de las normas abrogadas o con la confección de otras equivalentes como remedio judicial, como lo hemos hecho con otros derechos sociales.

En suma, si el Pleno hubiera aceptado la invalidez de las normas impugnadas, por mayoría calificada, acudiendo a los principios de libre competencia y concurrencia, el efecto de esa declaratoria habría sido la expulsión de esas normas del ordenamiento, así como entregar al mercado de generación de energía eléctrica libertad para operar sin ellas. Este resultado habría supuesto la desprotección del medio ambiente y habría permitido a los operadores del sistema optar por los criterios de su preferencia, incluido el de colocar a las energías limpias en segundo lugar.

Esto se debe a las propiedades distinguibles de cada uno de los principios. El de libre competencia o concurrencia, al no ser un derecho humano, sino un principio de jerarquía constitucional aplicable a la regulación económica, no se rige por el artículo 1° constitucional; por tanto, no contiene un mandato de no regresividad. Por su parte, el derecho al medio ambiente sí se rige por el artículo 1° constitucional y contiene un mandato de no regresividad; por tanto, su invalidez acarrearía la reviviscencia de las normas abrogadas o la integración de un remedio judicial equivalente -como sucede con cualquier derecho social que es violado en su vertiente de no regresividad. Ambas conclusiones se respaldan en una larga línea de precedentes que, de haberse alcanzado la mayoría calificada, la sentencia habría reiterado.[[32]](#footnote-32)

La diferencia entre ambos principios es su papel respecto a los vaivenes democráticos admisibles y deseables y cómo eso condiciona el rol de esta Suprema Corte en cada uno de ellos. El principio de libre competencia y concurrencia es uno de gran importancia que sirve para controlar las leyes, pero no desde una posición contramayoritaria. En otras palabras, este principio no puede caracterizarse, en términos de Ronald Dworkin, como una “carta de triunfo contra las mayorías”. Mientras el medio ambiente sí es un derecho opuesto legítimamente a los deseos de las mayorías. El medio ambiente está sustraído de esos vaivenes y más bien configura un ámbito de lo “indecidible”, como lo diría Ferrajoli. Este ámbito se va integrando con cada avance sustancial. Por ello, el derecho al medio ambiente contiene un mandato de progresividad y una prohibición de regresividad sobre los órganos productores de derecho; el principio de libre competencia y concurrencia no contiene esos mandatos y prohibiciones.[[33]](#footnote-33)

En los precedentes en la materia se constata que en todos aquellos asuntos donde esta Corte ha encontrado una violación al medio ambiente, los efectos de sus sentencias consisten en la remediación del daño, riesgo o afectación medio ambiental. Mientras que en todos los casos en los cuales se ha descubierto la existencia de una violación a los principios económicos, el efecto ha sido la expulsión o inaplicación de la ley y nunca la confección de alguna norma judicial para integrar el vacío normativo; hemos afirmado que no corresponde a los jueces sustituirse en el legislador en esta materia.[[34]](#footnote-34)

Una vez explicadas la metodología y la aproximación jurídica que -en mi opinión- debió seguirse por el Pleno, corresponde exponer mis disidencias y concurrencias con la decisión adoptada por aquél.

**Voto concurrente respecto a la invalidez de los artículos 4, fracción VI, 26 y 126, fracción de la Ley Impugnada (apartado A y C)**

La mayoría de los integrantes de este Pleno estimó que los artículos 4, fracción VI, 26 y 126, fracción II, entre otros igualmente relacionados, de la Ley de la Industria Eléctrica era inconstitucionales por vulnerar los principios de libre competencia y concurrencia, contenido en el artículo 28 constitucional. Las razones variaron, aunque coincidieron sustancialmente en la conclusión de que las disposiciones impugnadas son irregulares porque implican un retroceso en las condiciones de competencia económica entre quienes participan en el mercado.

Estoy de acuerdo con la invalidez de los artículos 4, fracción VI, 26 y 126, fracción II, de la Ley de la Industria Eléctrica. Sin embargo, mis razones son diferentes. No observo violación alguna a los principios de libre competencia y concurrencia, sino una vulneración al derecho humano al medio ambiente. Mi desacuerdo se basa en las razones que ya he expuesto: 1) la mayoría diluye el parámetro de control cuando filtra su preferencia legislativa de un modelo sobre otro, contrasta el régimen anterior con el actual y formula una pregunta ajena a este medio de control constitucional: ¿Cuál de las dos legislaciones es más favorable para la competencia económica?, lo que es más bien una problema de política de pública y no de derecho constitucional, y 2) el escrutinio apropiado para supervisar la legislación desde la competencia y concurrencia económica es el ordinario. Ya he dicho que las decisiones sobre política pública -el modelo económico entre ellas- amplían la deferencia que el tribunal constitucional debe al legislador. Desarrollo ahora mi posición con detalle.

***¿El circuito normativo viola los artículos 25, 27 y 28 constitucionales?***

En este caso, el parámetro de control debe integrarse con las normas introducidas por la reforma constitucional de 2013 que abrieron la generación de energía eléctrica a los particulares, lo que incluye todos los preceptos transitorios que abordan este aspecto. El modelo constitucional prescribe un modelo de mercado radicalmente distinto al existente antes de la reforma de 2013 y nuestra obligación es garantizar que el legislador no emita legislación que desconozca este modelo constitucional. Por tanto, si la Constitución fue reformada para elevar al nivel de jerarquía constitucional algunas reglas de mercado, sería nuestra obligación declarar la invalidez de aquellas leyes que intentarán revertirlas, aunque dichas leyes se sustenten en buenas razones de política pública. Esto sería innegable.

Ahora bien, luego de analizar detenidamente las normas constitucionales aplicables, especialmente, aquellas que han sido citadas como vulneradas, incluidas sus transitorios, concluyo: Ninguna de las normas constitucionales crea una regla sobre cómo será el orden de despacho de la energía eléctrica, ni las figuras contractuales vinculadas con dicho mercado. En lo que respecta a la energía eléctrica, sólo observo la existencia de tres reglas en la Constitución: 1) permitir la participación de los particulares en dicho mercado; 2) la Comisión Federal de Electricidad (CFE) deja de ser monopolio legal para convertirse en empresa productiva del Estado y competir con los particulares, y 3) el modelo de mercado contará con políticas de inclusión de energías limpias.

La regla que establece la participación de los particulares se encuentra en los artículos 27 y 28 constitucionales. Ahí se nos dice: únicamente las actividades de transmisión y distribución de energía eléctrica integran el área de actividades estratégicas, sólo ahí están permitidos los monopolios; la Constitución incorpora una regla en cuanto a que la generación de energía eléctrica es un mercado en el que los particulares participarán ¿Qué pasaría si una ley secundaria prohibiera a los particulares participar en dicho mercado? Evidentemente sería inconstitucional.

La segunda regla surge del artículo 25, especialmente del artículo vigésimo transitorio. Esa regla enuncia que la CFE se convierte en una empresa productiva del Estado para competir con los particulares en el mercado de generación de energía ¿Qué pasaría si una ley secundaria cambiara la naturaleza de la CFE para protegerla de competir con los particulares? Nuevamente, esta ley sería francamente inconstitucional.

La tercera regla se encuentra en el artículo décimo séptimo transitorio constitucional y propone que la ley secundaria describa “las bases en que el Estado procurará la protección y cuidado de medio ambiente, en todos los procesos relacionados con la materia del presente decreto”, y agrega que en materia de electricidad “la ley establecerá a los participantes de la industria eléctrica obligaciones de energías limpias y reducción de emisiones contaminantes”. ¿Qué pasaría si la ley secundaria exentara a los agentes económicos de cualquier obligación medio ambiental? Una vez más, la ley secundaria sería inconstitucional.

¿Dónde ubico mi disenso? Más allá de las tres reglas precisadas, no me parece que exista una regla adicional que imponga al legislador reglamentar el mercado de generación de energía con un orden de despacho basado en un sistema de subastas y con un modelo de costos marginales para contrarrestar las ventajas de infraestructura de la CFE. Tampoco veo alguna regla que diga algo más minimalista en el sentido de que el legislador debe evitar que la CFE utilice sus ventajas comparativas en su competencia con los particulares. En otras palabras, no encuentro en el parámetro de control una regla que diga cómo será la participación de los particulares en relación con la CFE, con todo y que ese comportamiento no sea -como es visible- indiferente a la Constitución. Como la Constitución no contempla esas bases mínimas, en mi opinión, la argumentación de la mayoría utiliza los contenidos de los preceptos derogados, lo cual rechazo, pues ello implicaría convertir la ley derogada en parámetro de control.

¿La Constitución prefiere un sistema de subastas sobre uno de contratos? ¿Prefiere un modelo de costos marginales sobre uno de costos unitarios? ¿Prefiere uno en que las centrales legadas y legadas externas no tengan prioridad de acceso a la red eléctrica nacional? En mi opinión, es evidente que la Constitución no pretende responder estas importantes preguntas de política pública. Más bien, delega al legislador secundario esas respuestas para que sea el justamente él quien materialice ciertos principios, entre ellos, el de competitividad y libre mercado. De ahí la importancia de insistir en que no estamos frente a una regla, sino ante un principio.

Evidentemente no estoy sugiriendo que la Constitución deba contemplar una regla para la cuestión que tratamos; las respuestas constitucionales eventualmente se extraerán implícitamente de su texto: muchas veces la solución constitucional aparecerá desde un principio genérico. Sin embargo, aun con estas metodologías, no es posible deducir una solución constitucional para la irregularidad de los preceptos impugnados desde la perspectiva del mercado y la libre concurrencia. La solución constitucional es delegarle esta tarea al legislador, quien debe reglamentar el mercado de generación de energía eléctrica. De ahí que sea un mercado regulado y no un mercado dejado a la suerte del derecho privado. Si el legislador no excede sus facultades y toma decisiones racionales al respecto de este ámbito de competencia, no hay lugar para la inconstitucionalidad.

¿Cuál es la diferencia entre un mercado regulado y uno no regulado? Este Pleno ya la ha reconocido cuando resolvió la Acción de Inconstitucionalidad 98/2018, donde dijo:

*“Los regulados son aquellos cuyo ingreso y operación requiere de permisos, licencias o concesiones otorgados por las autoridades, y los no regulados son aquellos que se sujetan al derecho privado. Ejemplo de los regulados son el mercado de tránsito público o el de telecomunicaciones. Ejemplo de no regulados son los de la comida y el de la ropa. Así, la diferencia entre ambos tipos de mercados es que, en los regulados, el Estado diseña y opera su estructura; mientras que, en los no regulados, esta función recae en las libertades económicas de los participantes.*

*El artículo 28 constitucional contiene principios aplicables a ambos tipos de mercados; sin embargo, dicha aplicación debe de ser diferenciada, ya que, en los regulados, debe reconocerse una libertad de configuración a las autoridades para reglamentar sus permisos, concesiones o autorizaciones, así como las condiciones de operación, siempre y cuando, al hacerlo, no impidan la existencia de un mercado mínimo con respeto de los principios del artículo 28 constitucional.”*

En el caso que nos interesa, el artículo 27, párrafo sexto, de la Constitución Federal dice: “Corresponde exclusivamente a la Nación la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica; en estas actividades no se otorgarán concesiones, sin perjuicio de que el Estado pueda celebrar contratos con particulares en los términos que establezcan las leyes, *mismas que determinarán la forma en que los particulares podrán participar en las demás actividades de la industria eléctrica”*. (énfasis agregado) Incluso, el artículo tercero transitorio del Decreto de la reforma constitucional respectiva establece que “la Comisión Federal de Electricidad podrá suscribir los contratos a que se refiere el párrafo sexto del artículo 27 que se reforma por virtud de ese decreto”. Ahora bien, ¿en qué condiciones deben competir los particulares con la referida Comisión? La respuesta es contundente: la Constitución expresamente delega su definición al legislador secundario.

Aquí se puede apreciar uno de los defectos metodológicos de la argumentación de la mayoría, que me hace separarme de la misma, pues parecen colocar el modelo legislativo derogado como elemento de contraste para evaluar el modelo legislativo vigente. ¿Por qué afirmo esto? Solo si se comparan ambos regímenes, se llega a la conclusión de que el régimen en disputa es inferior en su potencia para proteger la libre competencia y concurrencia ¿Qué significa esto? Que la mayoría diagnostica la regresión en materia de libre competencia desde una norma no constitucional. Esto es incorrecto, pues el parámetro de control sólo se integra con cláusulas constitucionales, las cuales no establecen ningún parámetro base de un modelo de libre mercado del cual el legislador secundario no puede apartarse.

Esta Suprema Corte siempre ha entendido que cuando las condiciones de un mercado se confían al legislador para definir la forma de participación de los particulares, se afirma su libertad configurativa para escoger un modelo económico entre pluralidad de opciones. Esto no significa indefectiblemente que se permita que esta decisión sea arbitraria. Esto es cierto respecto de cualquier facultad legislativa. En definitiva, el legislador usará su facultad reglamentaria y para ello tendrá que armonizar los principios constitucionales. Corresponde al tribunal constitucional decidir si su regulación implica una modulación del principio de libre competencia y concurrencia. Dada la deferencia legislativa y la presunción de validez de sus actos, ese examen debe llevarse a cabo con un estándar de escrutinio ordinario[[35]](#footnote-35).

El artículo 25 constitucional señala: “la Ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, promoviendo la competitividad e implementando una política nacional para el desarrollo industrial sustentable que incluya vertientes sectoriales y regionales, en los términos que establece esta Constitución.” El artículo 28 constitucional incluye los principios de libre concurrencia y competencia económica. Por tanto, la competitividad y libre concurrencia son principios que conducirán a un modelo de libre mercado. Sin embargo, debemos ser cuidadosos cuando caracterizamos las normas constitucionales. Tal como adelanté al identificar el parámetro de control que para mí resulta aplicable al análisis de estas normas, estos postulados constitucionales no son reglas, sino principios, aunque, en realidad, no son principios cuyo contenido se someterá al mandato de no regresividad. Por el contrario, son principios cuyo contenido se construirá aceptando el actuar racional del Estado para su operación adecuada y eficaz. Esta racionalidad -en virtud de la especialidad de los poderes públicos- será revisado en sede constitucional con un estándar de escrutinio ordinario.

Así, estoy en condiciones de justificar el sentido de mi voto. Las normas impugnadas que modifican el orden de despacho son válidas vistas desde los principios de libre concurrencia y competencia. Mis razones son cuatro: 1) ninguna de esas normas viola la primera de las reglas identificadas, pues no impiden la participación de los particulares en el mercado de generación de energía eléctrica; 2) tampoco vulneran la segunda de las reglas poque no desnaturalizan a la Comisión Federal de Electricidad y no la blindan para competir con los particulares; 3) de la misma forma, no violentan la terceras de las reglas, ya que no excluyen a las energías limpias de los requisitos que deben cumplir los agentes económicos, y 4) las nuevas figuras de modelos de costos unitarios, contratos de cobertura, y prioridad de acceso de centrales legadas y legadas externas superan un estándar de escrutinio ordinario.

En efecto, el orden de despacho se justifica en un fin legítimo, como es asegurar las condiciones de continuidad y abastecimiento de energía eléctrica; la medidas legislativas adoptadas son idóneas para ese fin, porque privilegian aquellas relaciones contractuales que garantizan abastecimiento en un tiempo y cantidad determinada, en oposición a un sistema exclusivo de subastas que es más intermitente, y, finalmente, son proporcionales en sentido estricto, pues los beneficios esperados compensan los costos asociados a las libertades económicas involucradas de los agentes participantes. No obstante, como había anticipado, concuerdo con la invalidez de los artículos 4, fracción VI, 26 y 126, fracción II de la Ley de la Industria Eléctrica; mis razones, sin embargo, son otras.

Hasta este momento he destacado la importancia metodológica de distinguir entre reglas y principios y en la necesidad de precisar el estándar de escrutinio aplicable. Estas precisiones metodológicas son pertinentes para explicar mi disenso con los argumentos de la mayoría que declaró la invalidez de los preceptos impugnados desde la perspectiva de los principios de libre competencia y concurrencia. Algunos de los integrantes de este Pleno utilizaron esos principios como si se tratara de una regla; quienes sí aceptaron que se trata de principios, aplicaron un estándar más exigente que el ordinario; en mi opinión, ambas conclusiones debieron rechazarse, tanto como el recurso a las normas derogadas de la Ley de la Industria Eléctrica para integrar un parámetro de libre competencia del cual el legislador no debe alejarse, a riesgo de ser regresivo.

Recordemos, la elección entre un estándar de escrutinio y otro no es una decisión discrecional de los jueces constitucionales. El nivel de escrutinio impide que los juzgadores filtren sus preferencias, las hagan pasar como exigencias constitucionales y las impongan a los órganos políticos. En otras palabras, mi opinión sobre si el modelo legislativo derogado constituye una mejor política pública en comparación con las normas vigentes es indiferente para la resolución del presente caso.

La teoría constitucional contemporánea ha ilustrado cómo la justicia constitucional es problemática hasta cierto punto. Esto ocurre porque la Constitución no sólo se compone de reglas de implementación mecánica donde las preferencias personales quedan excluidas. La Constitución se integra sobre todo de principios, cuya aplicación concreta se encuentra destinada a la controversia, pues la definición de su contenido puede generar un desacuerdo razonable en la comunidad jurídica. Los jueces constitucionales, como lo sostuvo Ronald Dworkin, deben asegurar que esa aplicación se mantenga en el ámbito del derecho y no incursione en la política. Esto exige la construcción de una práctica interpretativa sostenida a lo largo del tiempo y a la cual deben guardar fidelidad los integrantes de un tribunal Constitucional.[[36]](#footnote-36) Los estándares de escrutinio que esta Corte ha construido representan nuestro esfuerzo para preservar la aplicabilidad de los principios constitucionales en el ámbito del derecho. Trascender esas fronteras nos conduciría -como advierte Dworkin- a la arbitrariedad judicial.

Nuestros precedentes se inclinan por un estándar de escrutinio ordinario respecto de las leyes que regulan mercados y cuestiones económicas. Hemos entendido que se trata de un ámbito donde el control judicial, dado el régimen democrático y la división de poderes, queda reducido a verificar la mínima razonabilidad de parte del legislador. La Primera Sala estableció esta metodología desde la Novena Época y desde entonces el Pleno de esta Suprema Corte la ha hecho suya.[[37]](#footnote-37) Nuestra obligación era acudir a la metodología judicial establecida y resistir la tentación de inmiscuir nuestras preferencias, lo cual es una garantía de la imparcialidad en el ejercicio del control constitucional.

Los estándares de escrutinio delimitan la intervención legítima de la justicia constitucional en el funcionamiento de la democracia representativa. En materia económica, hemos recurrido a un estándar de escrutinio ordinario, pues ahí corresponde al legislador actuar con la mínima racionalidad y evitar la arbitrariedad, aunque también goza de un amplio margen para trabajar con el ensayo y el error. ¿Cómo se relaciona -entonces- un estándar de escrutinio ordinario con la política pública y la democracia? Muy sencillo. La justicia constitucional no está ahí para corregir lo que compete a las procesos democráticos y deliberativos. Insisto, suponer que la política pública llegó para quedarse -pues no puede adaptarse ni modularse- es contrario a los principios democráticos, según los cuales las personas pueden elegir -entre otras cosas- el rumbo económico del país. ¿Existe un ámbito no disponible a las mayorías? Sí y ese es tema que expongo a continuación.

¿Por qué las normas del circuito normativo violan el derecho al medio ambiente?

Para empezar, el medio ambiente no es una regla, sino un principio de derechos humanos, al cual sí le resulta aplicable el principio de no regresividad. A diferencia de los principios de libre competencia y concurrencia, el de medio ambiente es un instrumento constitucional que contrarresta la principal amenaza de nuestros tiempos: el cambio climático. En este tema la Corte cumple una función contramayoritaria, lo que supone su *defensa* ante el ímpetu de las mayorías. Si concluyéramos que la ley contiene una regulación regresiva, sólo será válida si supera un estándar de escrutinio estricto. Es decir, si la ley persigue un fin imperioso, con los medios menos gravosos disponibles y si es proporcional en sentido estricto.[[38]](#footnote-38)

El derecho humano al medio ambiente está reconocido en el artículo 4° de la Constitución Federal, así como por el Acuerdo de París, publicado en el Diario Oficial el 4 de noviembre de 2016. Debe integrarse también con otros instrumentos. Por ejemplo: el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, también conocido como Convenio de Escazú, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de diciembre de 2020; así como con la Opinión Consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual, con independencia de su caracterización como parte del parámetro, en términos de la Contradicción de Tesis 293/2011, es un criterio útil para desentrañar las obligaciones del Estado mexicano.

El Acuerdo de París es el primer tratado internacional que enlista los deberes jurídicos para frenar el cambio climático. Hablar de él en esta ocasión brindaba a este Pleno la oportunidad de desarrollar su contenido y favorecer la justiciabilidad de las obligaciones de las autoridades para evitar la propagación de los gases efecto invernadero. Eso hubiese inaugurado una doctrina constitucional en este Tribunal Pleno respecto a una de las mayores preocupaciones del constitucionalismo contemporáneo: ¿Los jueces constitucionales deben o no vigilar las políticas públicas que retroceden en la producción de energías limpias?

El Acuerdo de París tiene dos tipos de contenidos: unos comprometen a los Estados-parte a lograr ciertas metas en determinado tiempo -las cuales excluyo de esta discusión- y otros que enumeran principios autónomos destinados a adoptarse por los Estados en el control de sus decisiones medio ambientales internas, con independencia de su relación con las metas prometidas. A continuación, me referiré al segundo de los puntos: los principios autónomos que delinean la política ambiental.

Del Acuerdo de París subrayo la pertinencia de los artículos 2, 4, 7, 9, y 10. Estas disposiciones introducen la existencia de un mandato de transición económica y social en los procesos de producción generadores de emisiones de gases efecto invernadero. De ellos también deriva una obligación para implementar una transferencia tecnológica consecuente con el fin mencionado, así como un principio de no regresión de lo logrado, a la luz de la obligación de preferir estrategias para lograr bajas emisiones de gases efecto invernadero.

Mi disidencia con los integrantes de este Tribunal Pleno, que sostuvieron la validez de los preceptos impugnados acudiendo a la interpretación conforme de su contenido, descansa en que ellos no detectan que el Convenio de París tiene esos dos tipos de prescripciones. Así, no basta condicionar la validez de las normas combatidas al hecho de que el gobierno cumpla con sus metas de emisiones de gases con efecto invernadero con otros medios. Lo relevante son los principios autónomos en ese Convenio, los cuales obligan a los jueces constitucionales a supervisar la validez de las decisiones legislativas que impliquen regresión en la transición económica y tecnológica dirigida a evitar los efectos del cambio climático, sin reparar solo en el cumplimiento de las metas por más que están sean el objetivo deseable y medible. En otras palabras, la interpretación conforme de los artículos impugnados no es técnicamente viable. El Acuerdo de París establece claramente un camino, una línea a seguir, para el comportamiento estatal y para la interpretación constitucional, y no sólo impone el cumplimiento de metas numéricas. O caminas o no caminas por esa línea ascendente: tu caminar no está sujeto a interpretación conforme y menos fundada en objetivos numéricos que, además, como tales, no se pueden ajustar interpretativamente. En otras palabras, el Acuerdo de París no autoriza a seguir generando emisiones que causarán un daño específico porque al final creemos que las reduciremos con otros medios. Es sencillo: siempre será mejor y obligatorio no emitirlas. Mezclar esos dos tipos de disposiciones y subordinar los principios a los números es desnaturalizar las finalidades del Acuerdo de París.

La utilización de lo que identifico como la segunda parte del parámetro de control del Acuerdo de París -principios autónomos aplicables con independencia de las metas específicas- supone también un cambio de entendimiento de la función de control de constitucionalidad sobre las leyes que regulan los mercados. Clásicamente, los tribunales constitucionales han establecido que los órganos representativos gozan de un poder legítimo para crear modelos de explotación de los recursos naturales con el fin de producir utilidades medibles cuantitativamente. Sin embargo, los principios autónomos del Convenio de París nos obligan a trascender ese entendimiento para hacernos responsables de garantizar que las autoridades incluyan dentro de esos modelos la consideración de beneficios cualitativos relacionados con la integridad del medio ambiente.

La interpretación conforme rechaza ese cambio de entendimiento, pues se construye sobre la idea de que los beneficios más amplios que ofrece el medio ambiente y la reversión del cambio climático pueden ser objeto de transacción en los cálculos de corto plazo del legislador. En otras palabras, la interpretación conforme permite al legislador dar prioridad a sus cálculos de previsión económica y le otorga una licencia configurativa reprochable a la luz del Acuerdo de París: el legislador puede concentrarse en resolver nuestras necesidades económicas actuales y postergar atender las implicaciones ambientales. Mi criterio no admite matices en este punto: el principio de progresividad en las medidas para revertir el cambio climático no es aplazable para el legislador. En esta materia no cabe apelar a las soluciones futuras.

Nuestro texto constitucional incluye contenidos que también nos imponen ejercer un control sobre las políticas públicas contrarias a la sustentabilidad del desarrollo económico y que, por tanto, conforman una unidad normativa con los referidos preceptos del Acuerdo de París. Este parámetro de control está constituido por los artículos constitucionales incluidos en 2013. El artículo 25 enuncia que la participación de los particulares en los mercados cuidará el medio ambiente, y el artículo décimo séptimo transitorio dice que “en materia de electricidad, la ley establecerá a los participantes de la industria eléctrica obligaciones de energías limpias y reducción de emisiones contaminantes.” Por tanto, nuestro texto constitucional también nos obliga a evadir la tentación de alentar al legislador a emitir leyes que produzcan ganancias a corto plazo y coloquen el crecimiento económico por encima de la devastación ambiental y el bienestar de la gente.

Este Tribunal Pleno debió implantar el derecho al medio ambiente como el principal parámetro de control sobre las normas impugnadas. Debió afirmar que el papel de este tribunal constitucional es frenar a las mayorías legislativas en cualquier intento de regresividad en las medidas de transición hacia la neutralidad climática en la producción de energía, lo que incluye la reducción de gases con efecto invernadero.

En palabras contundentes: la regresión en el camino hacia la reversión del cambio climático es justiciable.

De haberse alcanzado la mayoría calificada alrededor de esta decisión, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación se habría añadido a los tribunales constitucionales que han abierto este camino. Por ejemplo, la sentencia dictada por la Suprema Corte de Holanda el 20 de diciembre de 2019, en el caso de la *Fundación Urgenda vs el Estado Holandés*, en el cual se acogió el reclamo de la fundación acerca de que el gobierno de ese estado estaba obligado a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en un porcentaje mayor al que había proyectado. Esta decisión fijó el contenido de las obligaciones estatales en materia de protección de derechos humanos, especialmente, aquellas relacionados con el derecho al medio ambiente. En su sentencia, esta corte dispuso que la libertad configurativa de las ramas políticas en materia económica queda subordinada, en materia ambiental, a los principios de precaución y a un deber de cuidado, los cuales obligan a tomar medidas preventivas y concretas contra el riesgo, incluso si no existe certeza sobre la materialización del daño.[[39]](#footnote-39)

De la misma forma, la Corte Suprema de Irlanda, al conocer del caso *Friends of the Irish Enviroment v Government of Ireland*, resuelto el 31 de julio de 2020, invalidó un plan nacional de mitigación diseñado por el gobierno. La corte resolvió que ese plan era insuficiente a la luz de las obligaciones del Estado para evitar el cambio climático. En su sentencia, la corte encontró que el plan era revisable con base en el derecho al medio ambiente, pero que ciertamente no correspondía a ese tribunal evaluar su conveniencia, sino examinar si cumplía con los lineamientos jurídicos provenientes de las obligaciones del gobierno en lo relativo al medio ambiente. En el caso, el vicio de invalidez fue la ausencia de una reglamentación precisa para lograr el objetivo de la transición nacional. Entonces, el tribunal condenó al gobierno a diseñar y emitir un nuevo plan que incluyera medidas concretas hasta un periodo que llegue al 2050.[[40]](#footnote-40)

Finalmente, cabe añadir a esta lista ejemplificativa de precedentes de derecho comparado, la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Alemán, en la cual determinó que era inconstitucional una ley federal sobre cambio climático (emitida en diciembre de 2019), la cual establecía los umbrales de emisiones de gases con efecto invernadero permitidos hasta el periodo comprendido de 2030, al estimar que era incompatible con los derechos fundamentales. En la sentencia se destacó que esa ley carecía de las especificaciones para garantizar las reducciones necesarias del 2031 en adelante, lo cual se fundamentó en la provisión de la Ley Básica que obliga a tomar acciones en materia de cambio climático, enfatizando que los jueces deben tutelar la constitucionalidad de la transición a la neutralidad climática.[[41]](#footnote-41)

El parámetro de control en materia medio ambiental es amplio y este caso hubiera ofrecido la oportunidad a este Pleno de relacionar los distintos instrumentos internacionales y de darles operatividad. Del Convenio de Escazú son aplicables los artículos 3, 7 y 8, los cuales contienen los principios de no regresión en materia medio ambiental, preventivo y precautorio; el derecho de participación pública en la toma de decisiones medio ambientales, así como el derecho de acceso a la justicia medio ambiental

Finalmente, la Opinión Consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos obliga a los Estados Parte a ejercer un control de convencionalidad, que incluya al medio ambiente; la obligación de aplicar este estudio a los planes de desarrollo económico; la existencia de un principio de la función ecológica de la propiedad, y el *principio in dubio pro natura.*

El principio de la función ecológica de la propiedad reconoce que la propiedad es un derecho que otorga a su titular la potestad de usar una cosa y aprovechar sus frutos con libertad; pero asigna responsabilidad al Estado para intervenir en el ejercicio de esas libertades cuando se generen externalidades negativas sobre el medio ambiente. El principio precautorio exige la toma de medidas anticipatorias para prevenir daños al ambiente aun ante la falta de certeza científica sobre los eventuales daños ambientales de una actividad o conducta. El principio preventivo opera una vez se detectan riesgos medio ambientales, e implica la obligación de tomar medidas eficaces para contener dichos riesgos. El principio *in dubio pro natura* dispone que ante la duda sobre los posibles daños que una decisión producirá en el medio ambiente, se elija la protección medio ambiental, aunque dichos riesgos terminen por desvirtuarse con mejor información. El principio de no regresividad ha sido explorado por esta Suprema Corte, y en la Primera Sala hemos resuelto que abarca la obligación de las autoridades de no retroceder en el grado de protección de un derecho humano a menos de que cualquier decisión venza después de un escrutinio estricto.

Las preguntas relevantes son, en primer lugar, si los preceptos impugnados retroceden en el camino previamente fijado hacia la transición tecnológica para reducir los gases con efecto invernadero y frenar el cambio climático, y, en segundo lugar, si ese retroceso fue producto del cumplimiento de los principios medio ambientales, como lo es precautorio, de participación pública en la toma de decisiones, *in dubio pro natura* y función ecológica de la propiedad. A diferencia del análisis emprendido al amparo de los principios de libre competencia y concurrencia, aquí es importante introducir a las normas derogadas como base inicial porque el derecho al medio ambiente incluye la prohibición de no regresión[[42]](#footnote-42). Por tanto, corresponde realizar un ejercicio comparativo entre las normas derogadas y las vigentes.

De las normas impugnadas, se desprende una conclusión: el orden de despacho existente antes de la reforma priorizaba aquellas energías cuyos costos variables fueran menores en el mercado, siendo éstas, principalmente, la eólica y la solar. La reforma cambió el orden de despacho de energía eléctrica y ahora se garantiza el acceso, en primer lugar, a los contratos de cobertura eléctrica con compromiso de entrega física y, en segundo término, el acceso a los medios de suministro de energías limpias. Es cierto que los contratos de cobertura referidos pueden cumplirse con energías limpias. Sin embargo, lo problemático constitucionalmente es la eliminación de la regla de preferencia que solía proteger las energías limpias. Por otra parte, es cierto también que los certificados de energía limpia no fueron modificados en sus méritos; el meollo no está ahí. Al suprimir las condiciones de su otorgamiento, se elimina el incentivo legal de inversión en ese tipo de tecnologías. Esta aproximación es constitucionalmente inadmisible, pues no supera un estándar de escrutinio estricto.

Por tanto, viene a cuento la prohibición de regresividad. En esta línea argumentativa es técnicamente viable aquello que era imposible con fundamento en los principios de libre competencia y concurrencia: evaluar comparativamente, en una dimensión horizontal, las disposiciones derogadas y las actualmente vigentes para descartar si el nuevo modelo legislativo es regresivo respecto a lo antes protegido. Como lo hemos determinado en casos equivalentes de derechos sociales, la regresividad se acredita cuando “una norma posterior suprime, limita o restringe los derechos o beneficios otorgados anteriormente al amparo del derecho social.”[[43]](#footnote-43)

En distintos precedentes hemos dicho también que “[e]l deber de no regresividad supone que una vez alcanzado un determinado nivel de satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado está obligado a no dar marcha atrás. De modo que las prestaciones concretas otorgadas en un cierto momento constituyen el nuevo estándar mínimo a partir del cual debe seguirse avanzando hacia la satisfacción plena de esos derechos”. Una medida regresiva sólo será válida si supera un estándar de escrutinio estricto.[[44]](#footnote-44) Ahí se exige a los jueces constitucionales una intervención judicial más severa, pues se lidia con contenidos -derechos humanos- que se presentan como “cartas de triunfo”, las cuales desafían legítimamente a las posiciones mayoritarias.

Examinemos ahora el cambio legislativo impugnado. Es cierto que éste responde a un fin legítimo; esto es, garantizar el derecho de acceso a la energía eléctrica y cumplir con el elemento de continuidad, como parte de la seguridad de despacho, lo cual satisfaría la demanda eléctrica de los usuarios finales con una frecuencia y duración de interrupciones baja. Es con estos fines que el legislador introdujo una nueva forma de adquisición de energía eléctrica mediante los Contratos de Cobertura de Compromiso de Entrega Física. Ahora bien, esta finalidad por sí misma no basta para reconocer la validez; es necesario someter la decisión legislativa a una intensidad de revisión mayor, pues presumiblemente estamos ante una medida que afecta la vigencia y esfera de protección de un derecho humano y compromete los avances logrados; es decir, podría tratarse de una medida regresiva. De ahí que no baste con comprobar que el legislador pretendió alcanzar un fin legítimo con las normas impugnadas, sino que es necesario constatar que se haya buscado realizar un fin imperioso.

En mi opinión, pende sobre los citados preceptos legales una fuerte sospecha de regresividad porque eliminaron reglas que reservaban a las energías limpias una ubicación preferente en el mercado de generación de electricidad. Es decir, estas nuevas normas eliminaron medidas que colocaban a México en el proceso de transición tecnológica para eliminar los gases con efecto invernadero y para frenar el cambio climático en consonancia con el Acuerdo de París. En el caso concreto, las normas impugnadas no superarían un estándar de escrutinio estricto. Si bien la continuidad y calidad del suministro de energía eléctrica puede calificarse como un fin legítimo, de ninguna manera alcanza el carácter imperioso que justificaría la regresión y, que supone, cumplir el primer paso de un escrutinio tan exigente.

El acceso a la electricidad es parte de un servicio público indispensable, pero eso no es suficiente para atribuirle el carácter de derecho humano. Concluir que el abastecimiento de cualquier bien público previsto en la Constitución es un fin imperioso que justifica la reducción de cualquier derecho humano, terminaría invirtiendo el orden prioritario que los derechos humanos debieran tener sobre las reglas del mercado. Aun y cuando este Pleno llegara a concluir que estos fines sí deben calificarse como imperiosos, la medida discutida no supera la grada de necesidad porque existen otros medios alternativos menos gravosos para obtener el mismo resultado.

En efecto, si la medida legislativa pretendía garantizar la continuidad y una mejor calidad, así como mejores condiciones de acceso a la energía eléctrica se pudo acudir a medidas disponibles ordinariamente y que se suelen usar cuando se pretende ampliar las condiciones de acceso a un servicio público. Por ejemplo, una mayor inversión en obra pública dirigida a proveer a la CFE de infraestructura de producción de energías limpias hasta alcanzar los niveles deseados. Con esto, la CFE habría ampliado su producción y su oferta a los consumidores, y se habría vuelto más competitiva. Esta nueva inversión accedería, además, a los certificados de energía limpia. Otra alternativa habría sido incentivar a los agentes económicos privados, para subir su oferta de producción de energía, con subsidios que redujeran sus costos y ampliaran sus índices de producción. Incluso, el legislador pudo diseñar un esquema de impuestos especiales para financiar estos proyectos o recurrir a los múltiples instrumentos de financiamiento habilitados por la Constitución.

Evidentemente no corresponde a esta Suprema Corte seleccionar de, entre las acciones disponibles, la más pertinente. Los ensayos hipotéticos son meros ejercicios para reconocer la existencia de posibilidades y, con ello, diagnosticar la *necesidad* de la decisión legislativa. A la Corte le toca simplemente observar si el legislador acogió aquella medida que reducía el umbral de protección medio ambiental logrado, lo que le ganaría de inmediato el calificativo de la más gravosa. Nada importaría si la medida legislativa impugnada resultara más eficiente en términos económicos. El paso de *necesidad* en el test acarrea la verificación de la disponibilidad y existencia de alternativas menos gravosas para llegar al fin, no en términos económicos, sino en referencia al derecho humano vulnerado.

Esta conclusión surge del parámetro de control constitucional medio ambiental. Cualquier medida que suponga darle un trato preferencial a las llamadas energías sucias será -en principio- más gravosa, de acuerdo con el principio de la función ecológica de la propiedad. Además, la medida tampoco superaría la grada de proporcionalidad en sentido estricto. En este análisis entran los principios: precautorio, preventivo e *in dubio pro natura* ¿Cómo saber si los beneficios en las condiciones de continuidad y calidad de la prestación del servicio de energía eléctrica superan los costos generados al medio ambiente y al cambio climático? Como es obvio, no podemos responder esta pregunta con certidumbre científica. Es precisamente para este tipo de preguntas que se adoptaron principios que obligan al tribunal constitucional a una misma conclusión todas las veces: en caso de duda sobre los daños medio ambientales, se debe optar por la protección del medio ambiente.

Por estas razones, mi voto fue por la invalidez[[45]](#footnote-45) de los artículos 4, fracción VI, 26, y 126, fracción II de la Ley de Industria Eléctrica.

Ahora bien, tan pronto se comparasen los preceptos legales derogados con los impugnados, se concluirá que los vigentes son regresivos. En consecuencia, si una mayoría calificada se hubiese pronunciado por la detección de una violación al derecho al medio ambiente, el efecto de la invalidez habría sido la reviviscencia[[46]](#footnote-46) de las normas derogadas porque estas últimas garantizaban una mayor protección.

**Voto concurrente respecto de los apartados B, E y F.**

En este capítulo, formularé otro voto concurrente. Este me servirá para separarme de algunas consideraciones de otros apartados, para clarificar mi criterio y añadir razones y fundamentos necesarios para la resolución de las preguntas de fondo. Ordenaré mis precisiones de acuerdo con la división temática del proyecto original.

**Apartado B: del trato nacional a la luz del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico y del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá.**

En este apartado, la sentencia responde negativamente a la pregunta formulada por los promoventes, consistente en determinar si las normas legales impugnadas violan distintos tratados internacionales comerciales de los cuales el Estado Mexicano es parte.

Coincidí con la decisión de calificar como infundado este planteamiento de la parte actora, ya que suscribo que en una acción de inconstitucionalidad, este Pleno sólo está facultado para evaluar la validez de las leyes desde la perspectiva del parámetro de control. Cualquier pronunciamiento que suponga responder a una interrogante distinta, como sería decidir si la ley impugnada es compatible con normas infraconstitucionales que no son parte del parámetro de control, debe desestimarse.

De esta manera, considero que la regla denominada de “trato nacional” contenida en el Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá, así como en el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, no es parte del parámetro de control constitucional; ese contenido no es un derecho humano, sino una regla de trato comercial aplicable a los agentes económicos.

Al resolver las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011, este Pleno expresó contundentemente que sólo serían parte del parámetro de control las disposiciones de los tratados internacionales que reconocieran derechos humanos. Esto significa que son los contenidos de derechos humanos y no los tratados internacionales los que integran el parámetro de control.

En el presente caso, una regla de trato en las relaciones comerciales no debiera calificarse como un derecho humano, ni siquiera como una vertiente del derecho humano a la igualdad y/o no discriminación; las reglas de trato comerciales no se relacionan con el principio de igualdad ante la ley o con su contenido, sino con las reglas del mercado. Suponer lo contrario distorsionaría el parámetro de control; de pronto, todas las reglas de los distintos mercados descansarían en un principio genérico de igualdad el cual borraría la distinción entre el ámbito de constitucionalidad y el de legalidad; así, toda determinación comercial terminaría por ser analizada como un problema de derechos humanos.

Si bien mi voto fue a favor de este apartado, me reservo mi opinión sobre la caracterización del contenido de esos tratados. El proyecto original contenía algunas líneas que parecieran adelantar algunas conclusiones sobre su sentido normativo, respecto de las cuales, hasta este momento, me separo.

**Apartado E. Estudio del artículo 12, fracción I de la Ley de la Industria Eléctrica.**

La pregunta a dilucidar en este apartado fue si el artículo 12, fracción de I de la Ley de la Industria Eléctrica es inconstitucional por actualizar una invasión perpetrada por el Poder Legislativo en detrimento de la Comisión Reguladora de Energía, la cual cuenta con competencias propias atribuidas por la Constitución.

La sentencia reconoce la validez del artículo 12, fracción I, de la Ley de la Industria Eléctrica, el cual establece que la Comisión Reguladora de Energía está facultada para “otorgar los permisos a que se refiere esta Ley, considerando los criterios de planeación del Sistema Eléctrico Nacional, establecidos por la Secretaría y resolver sobre su modificación, revocación, cesión, prórroga o terminación”.

Me adhiero a la validez; esta norma no implica una invasión de competencias en perjuicio de la Comisión Reguladora de Energía. Sin embargo, la sentencia no propone razones y fundamentos suficientes para contestar el planteamiento de la demanda. La parte actora de este juicio acudió ante esta Suprema Corte y formuló una pregunta de mayor alcance que aquella que fue finalmente contestada. La impugnación del artículo 12, fracción I, de la Ley de la Industria Eléctrica cuestionaba si el legislador no había desconfigurado un sistema de equilibrios institucionales diseñado para garantizar la autonomía de órganos constitucionales como la Comisión Reguladora de Energía.

Así, la respuesta de este Pleno no debió constreñirse -tal como lo hace la sentencia- a verificar la invasión de competencias en perjuicio de la Comisión Reguladora de Energía. Este Pleno debió aprovechar la oportunidad para ahondar en las condiciones de aplicación del modelo de Estado Regulador en el nuevo diseño legislativo para asegurar que éste no afectase las condiciones constitucionales de garantía de la independencia de este órgano.

Ahora detallaré las razones que -a mi parecer- debieron añadirse a la sentencia, las cuales divido, a su vez, en dos subapartados: 1) autonomía de la Comisión Reguladora de Energía en el artículo 12, fracción I, de la Ley de la Industria Eléctrica, y 2) el modelo de Estado Regulador en la Ley de la Industria Eléctrica.

**Autonomía de la Comisión Reguladora de Energía en el artículo 12, fracción I de la Ley de la Industria Eléctrica**

Comparto que el artículo impugnado no genera una invasión de competencias en perjuicio de la Comisión Reguladora de Energía; sin embargo, la respuesta de la ejecutoria es insuficiente. Me parece que la mayoría se conforma con las premisas de que la referida Comisión no tiene la jerarquía de un órgano constitucional autónomo, y que, al formar parte del Poder Ejecutivo, tiene la obligación de coordinarse y sujetarse al control y planeación del Sistema Eléctrico Nacional. En otras palabras, para la mayoría, no existe una invasión de competencias pues, aunque la Comisión Reguladora de Energía mantiene el poder decisión final, es dependiente del Poder Ejecutivo y, como tal, acatará sus directrices y criterios.

Aunque la Comisión Reguladora de Energía no sea un órgano constitucional autónomo en sentido estricto, sí es un órgano previsto en la Constitución, quien la dota de facultades propias y garantías de autonomía. Esta caracterización surge de la interpretación conjunta de dos disposiciones constitucionales. Por una parte, el artículo 28 constitucional dispone que “[e]l Poder Ejecutivo contará con los órganos reguladores coordinados en materia energética, denominados Comisión Nacional de Hidrocarburos y Comisión Reguladora de Energía, en los términos que determine la ley”. Por otra parte, el artículo décimo transitorio, inciso c), del decreto de reforma constitucional establece que corresponde a la Comisión Reguladora de Energía “en materia de electricidad, la regulación y el otorgamiento de permisos para la generación, así como las tarifas de porteo para transmisión y distribución.”

La existencia de estas previsiones constitucionales implica que la Comisión Reguladora de Energía tiene un ámbito de facultades propias y exclusivas que debe ejercer con independencia de la voluntad de los Poderes Ejecutivo y Legislativo; sus atribuciones y facultades provienen directamente de la Constitución y no de leyes ni de decretos o reglamentos del ejecutivo. La sentencia se equivoca cuando elude el desarrollo de criterios para garantizar a este órgano condiciones de autonomía técnica para ejercer sus facultades; la más relevante, la emisión de los permisos de generación de electricidad que le fue otorgada por la Constitución.

En efecto, la sentencia no responde a la pregunta propuesta por los promoventes: ¿La Secretaría de Energía podría imponer cualquier plan a la Comisión señalada y condicionar el ejercicio de sus facultades en cualquier sentido? Desde mi perspectiva, la respuesta a esta pregunta es negativa; la Secretaría de Energía sólo diseñará directivas relacionadas con su ámbito de aplicación, sin afectar cuestiones que son competencia exclusiva de ese órgano. En otras palabras, los planes adoptados por el artículo impugnado no subordinarían ni condicionarían las facultades propias y exclusivas de la Comisión Reguladora de Energía.

Así, se debe reconocer la validez de la norma impugnada, pero dicho reconocimiento debe basarse en la única interpretación constitucionalmente admisible; es decir, una interpretación conforme con el artículo 28 constitucional para concluir que los planes de la Secretaría de Energía sólo son aceptables si no lidian con cuestiones estrictamente técnicas y no desplazan a la Comisión Reguladora de Energía en el ejercicio de su autonomía técnica. Si eso no fuera así, la Comisión quedaría en libertad de delimitar el alcance de esos planes con el fin de resguardar su autonomía técnica. Su posición constitucional única impide que se le trate como un órgano subordinado a alguna Secretaría de Estado. La sentencia debió incorporar una consideración que afirmará que la secretaría del ramo no impondrá requisitos técnicos para la emisión de permisos, lo cual es acorde con la función técnica de la Comisión Reguladora de Energía. Lo contrario -una participación o supervisión de la secretaría del ramo- supondría una invasión indeseable de las competencias y facultades de dicha comisión.

Esas consideraciones habrían permitido a los agentes del mercado de generación de energía cuidar la aplicación de la norma impugnada y dar seguimiento al contenido de los planes de la Secretaría de Energía. Sabrían que la constitucionalidad en abstracto no es una constitucionalidad absoluta que abarca de una vez y para siempre todos los actos secundarios de aplicación. La interpretación conforme es justo eso: la constitucionalidad de la norma queda condicionada a que sus actos de aplicación se dirijan en determinado sentido[[47]](#footnote-47). En el caso, es claro que los planes previstos por la norma no deben invadir o afectar el ámbito de atribuciones de la Comisión Reguladora de Energía. Esta construcción argumentativa era fundamental e informaría adecuadamente a los agentes del mercado de generación de energía sobre estos márgenes y límites de la manera más precisa posible. En conclusión, la norma es válida pero su interpretación debe adecuarse para impedir distorsiones. Dado que estoy de acuerdo con la validez, pero mis razones son diversas y adicionales -en estricta disciplina constitucional- asumiré una concurrencia.

**El modelo de Estado Regulador en la Ley de la Industria Eléctrica.**

El Pleno no ofrece criterios sobre el alcance del diseño de Estado Regulador[[48]](#footnote-48) relacionado con el mercado de generación de energía eléctrica. Fue incorrecto que estos criterios se limitaran al análisis del artículo 21, fracción I, de la Ley General de Industria Eléctrica y no a todo el conjunto de normas combatidas, como hubiera sido técnicamente posible en un medio de control abstracto como es la acción de inconstitucionalidad, en el que además se impugnó la totalidad del circuito legislativo. En este apartado me gustaría abordar la independencia o autonomía de los órganos constitucionales autónomos, con facultades relevantes en materia de energía, de acuerdo con el parámetro de control del Estado Regulador, especialmente, la Comisión Federal de Competencia Económica. Los demandantes reprochan constantemente que la nueva reglamentación del legislativo altera el equilibrio de facultades de distintos órganos que antes garantizaban una regulación técnica de ese mercado. La contestación a ese reproche debió ser una interpretación conforme. Es decir, la Corte debió señalar que todas las normas impugnadas se entenderían en el marco de una interpretación sistemática y armónica del artículo 28 constitucional y el modelo de Estado Regulador, a las cuales les aplica de manera transversal. Se explica.

El artículo 28 constitucional prescribe dos cosas: 1) la prohibición de los monopolios, y 2) la prohibición de las prácticas monopólicas. Dentro de estas últimas se incluyen las concentraciones, así como “todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí o para obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social”.

En mi opinión, la sentencia no logra captar el parámetro de control totalmente. Cuando dice solamente que los preceptos impugnados no invalidados son neutros respecto de los agentes económicos y no asignan alguna ventaja legal a CFE, sólo examina que el legislador no haya violado la primera de las prohibiciones. Sin embargo, no revisa si los preceptos chocan con la segunda prohibición justo por propiciar prácticas monopólicas, aunque no diseñen un monopolio formalmente hablando.

¿Cómo saber si una ley neutra propicia o genera condiciones para prácticas monopólicas? La respuesta pasa por lo que este Pleno ha denominado el parámetro de control del Estado Regulador, tal como lo definimos al resolver la controversia constitucional 117/2014. La Constitución ha confiado la calificación de estas prácticas a la Comisión Federal de Competencia Económica, quien tiene facultades propias y oponibles a los otros poderes. Es importante recodar que para decidir si una práctica es monopólica, debe observarse, en primer lugar, la existencia de un mercado relevante y la identificación de un agente con poder sustancial de mercado; en segundo lugar, la existencia de una conducta que genere un desplazamiento de la competencia. O, en otro supuesto, debe indicarse la existencia de un acuerdo o coordinación entre agentes cuyo propósito o efecto sea el desplazamiento de competidores dentro de un mercado relevante. A las primeras prácticas se les denomina relativas y a las segundas absolutas.

En mi opinión, los integrantes de este Pleno no tenemos los elementos ni las herramientas jurídicas para determinar si las normas impugnadas violan esta parte del parámetro de control constitucional en un control abstracto. Sin embargo, sí podemos realizar una interpretación conforme de aquellas para permitir que el órgano constitucional autónomo que sí puede identificar, analizar y corregir las prácticas monopólicas ejerza sus potestades para evitar que esas normas violen esa parte del parámetro de control.

La única respuesta correcta a este problema es una interpretación sistemática de la Constitución. Por ello, mi conclusión es que la Comisión Federal de Competencia Económica tiene expeditas sus facultades para evitar que la legislación viole, en su aplicación, el parámetro de control constitucional. En varias ocasiones hemos distinguido entre los vicios de invalidez en el contenido de las normas legales en oposición a los vicios en su aplicación. En otras palabras, las leyes serán inconstitucionales por su promulgación o por su aplicación concreta. En mi opinión, la sentencia debió comprender la integridad del parámetro de control constitucional y no sólo decidir que el contenido de las normas impugnadas es neutro respecto de los competidores. El Pleno debió entender que las normas impugnadas inciden en el alcance de las facultades de la Comisión Federal de Competencia Económica. Esa premisa les habría obligado a condicionar las sucesivas interpretaciones de las normas impugnadas para cerciorarse de que el legislador no vulnerara la prohibición de propiciar prácticas monopólicas.

No paso por alto la existencia de algunos precedentes que sugerirían lo contrario. Por ejemplo, la Primera Sala resolvió, en el amparo en revisión 761/99, que los notarios no estarían sujetos a las facultades de la Comisión Federal de Competencia Económica pues ejercían la función estatal de la fe pública. Por su parte, la Segunda Sala, al resolver el amparo en revisión 415/2015, sostuvo, respecto de Pemex, un criterio similar: su función pública impedía quedaran sujetos a las facultades de dicho órgano constitucional autónomo.

Ahora bien, este Pleno no había tenido la oportunidad de dilucidar si el mercado de generación de energía eléctrica y, en consecuencia, las empresas productivas del estado también quedan exentas del control de la Comisión Federal de Competencia. Este asunto nos ofrecía la oportunidad de afirmar indubitablemente que la Comisión Federal de Electricidad está supeditada a las facultades de supervisión del órgano constitucional autónomo antes aludido.

Es cierto que habría una objeción frente a este argumento. Puede aducirse que la Comisión Federal de Competencia Económica no tiene facultades legales explícitas para intervenir en el mercado de generación de energía y como la autoridad sólo puede hacer aquello que expresamente tiene permitido, debería descartarse esta posibilidad de supervisión. Es imaginable que no comparto esa objeción por dos razones.

La primera, este Pleno ya había rechazado esta posición, al resolver la controversia constitucional 117/2014: *“no existe razón para afirmar que ante la ausencia de una ley no sea dable constitucionalmente que el órgano constitucional autónomo emita regulación autónoma de carácter general, siempre y cuando sea exclusivamente para cumplir su función reguladora en el sector de su competencia.”* En aquella ocasión dijimos que los órganos constitucionales autónomos, como la Comisión Federal de Competencia Económica, cuentan con un conjunto de competencias propias que usarían y opondrían a los demás poderes, con independencia de lo que éstos hagan. Dijimos que esos órganos emanaban de la Constitución y no del quehacer legislativo: la ley no es la medida de su margen de actuación.

En segundo lugar, no deduzco un límite a las facultades de la Comisión Federal de Competencia desde las leyes reglamentarias. Por el contrario, el hecho de que la generación de energía sea un ámbito abierto a los particulares me convence de que todas las facultades de ese órgano son aplicables a ese mercado. Al resolver la citada controversia constitucional, este Pleno afirmó. *“la idea básica del Estado Regulador busca preservar el principio de división de poderes y la cláusula democrática e innovar en la ingeniería constitucional para insertar en órganos autónomos competencias cuasi legislativas, cuasi jurisdiccionales y cuasi ejecutivas suficientes para regular ciertos sectores especializados de interés nacional; de ahí que a estos órganos se les otorguen funciones regulatorias diferenciadas de las legislativas, propias del Congreso de la Unión, y de las reglamentarias, concedidas al Ejecutivo”.*

¿Qué veo yo en el presente asunto? La Comisión Federal de Competencia podría regular a la Red Eléctrica Nacional desde la perspectiva de un insumo esencial; podría identificar los agentes económicos con poder substancial, e investigar la realización de prácticas monopólicas relativas o absolutas, sancionarlas y corregirlas. Por estas razones, me separo de las consideraciones de la ejecutoria en esta parte. Estoy convencido que mis argumentos y entendimientos debieron incorporarse a la sentencia. No tengo duda acerca de que era necesario que este Pleno impusiera una interpretación conforme de todas las normas impugnadas a la luz del paradigma de Estado Regulador.

**Apartado F. Tema relacionado con las tarifas para los usuarios finales del servicio de energía eléctrica.**

En este punto se analiza la integridad de las normas impugnadas para contestar el reclamo de los promoventes en el sentido de que con dichas normas es posible que las tarifas sean más altas para los consumidores, lo cual sería inconstitucional desde su perspectiva.

En este apartado, recordemos – como punto de partida- que me pronuncié por la por la invalidez de los artículos 4, fracción VI, 26, y 126, fracción II, de la Ley de Industria Eléctrica; la razón: vulneración al derecho humano al medio ambiente. Ahora bien, este punto exigía al Pleno detectar la invalidez de las normas con un parámetro de control distinto. En mi opinión, la invalidez de las normas no se produce por incompatibilidad con el parámetro utilizado por la sentencia. El argumento de la actora es, entonces, infundado. Dado que las razones para la invalidez son otras, debo separarme de todas las consideraciones de la ejecutoria.

Creo que en este apartado la pregunta debió ser: ¿La posibilidad de incremento de las tarifas viola algún derecho humano de los consumidores? Puesta así la pregunta no existe la violación constitucional en los términos argumentados por la ejecutoria por dos razones: 1) el acceso a la electricidad no es un derecho humano autónomo, y 2) la regulación de las tarifas es un ámbito reservado a los órganos políticos, respecto del cual no existe un parámetro de control en abstracto.

Como lo expresé en apartados precedentes, el método mediante el cual se arriba a una cierta conclusión y al hallazgo de cierta invalidez es crucial y es, sin duda, la aportación principal de la decisión de un tribunal constitucional: argumentos y razones forman doctrina constitucional; doctrina constitucional proporciona certidumbre jurídica.

**Voto particular respecto a la declaratoria de validez de los artículos cuarto y quinto transitorios del Decreto que contiene las reformas y adiciones a la Ley de la Industria Eléctrica (apartado D)**

En este apartado, mi voto se distanció en definitiva de la mayoría cuando reconoce la validez de los dos artículos transitorios que acompañaron a la reforma. Los artículos cuarto y quinto transitorios de la Ley de la Industria Eléctrica desoyen los principios de no retroactividad y seguridad jurídica.

El cuarto transitorio dispone que los permisos de autoabastecimiento otorgados o tramitados a partir de la Ley del Servicio de Energía Eléctrica, que continúen surtiendo sus efectos jurídicos, obtenidos en fraude a la ley, serán revocados por la Comisión Reguladora de Energía. Mientras el quinto transitorio señala que los contratos de compromiso de capacidad de generación de energía eléctrica y compraventa de energía eléctrica, suscritos a partir de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, serán revisados para verificar su legalidad y el cumplimiento del requisito de rentabilidad para el Gobierno Federal conforme a la ley. Dichos contratos serán, en su caso, renegociados o terminados anticipadamente.

Evidentemente, el tema constitucional a desentrañar no es si el legislador puede reglamentar causales de nulidad o de revocación de contratos administrativos. Si esta fuera la pregunta, mi respuesta sería positiva en términos lisos y llanos. La interrogante es otra: ¿Es constitucional que, existiendo ya un sistema reglado de nulidad, revocación y revisión de contratos públicos, el legislador establezca un sistema paralelo para que las autoridades revisen discrecionalmente y sin parámetro reglado alguno contratos administrativos, y, en su caso, los anulen o revoquen mediante la utilización de un concepto vago y ambiguo como es “fraude a la ley” o bien, por un mero concepto de “rentabilidad”?

Debe rechazarse la constitucionalidad de este mecanismo. Las normas impugnadas introducen una facultad discrecional en favor de la autoridad para afectar retroactivamente contratos celebrados con arreglo a leyes abrogadas. Esta decisión ignora el sistema reglado de nulidades de los contratos administrativos ya existente. La pregunta constitucional no es si los contratos administrativos serán revisados, anulados, revocados o rescindidos; esta respuesta ha sido explorada con suficiencia por esta Suprema Corte. De hecho, existe un derecho administrativo altamente detallado acerca de esa cuestión. Así, no prejuzgo sobre el alcance de su aplicación a los casos concretos que se suscitasen. Los preceptos impugnados son inconstitucionales por el simple hallazgo de que el legislador introdujo una facultad discrecional sin utilizar causales regladas y sin proponer un procedimiento específico, con indiferencia al cuerpo de normas destinadas a reglamentar esta misma cuestión.

**Conclusión**

Decidir el rumbo económico del país es una decisión de política pública, que incluye el acomodo de fines de política pública qué sólo pueden equilibrarse con decisiones que consideren y ponderen las prioridades y necesidades de la población de forma que responda a las preferencias de las mayorías, y en su defecto, queden sujetos al sistema de rendición de cuentas electorales. Las políticas públicas obedecen a objetivos estratégicos: no pueden tenerse por decididas de una vez y para siempre. Por ello, se someten a escrutinio ordinario, en tanto producto de una deliberación democrática a la que los tribunales constitucionales son ajenos. El medio ambiente es un derecho humano al que le corresponde una titularidad subjetiva y un contenido mayormente indisponible al legislador ordinario, quien siempre procurará el bienestar ambiental independientemente del modelo económico elegido. Así lo ordena el principio constitucional de progresividad.

Por tanto, mi voto es por la invalidez de los artículos 4, fracción VI, 26 y 126 de la Ley de la Industria Eléctrica. Su contenido es inconstitucional, pues atenta contra la prohibición de regresividad en la protección del derecho al medio ambiente y no supera el estándar de escrutinio estricto. De haberse lograr la mayoría calificada, el efecto de la invalidez habría consistido en la expulsión de los preceptos legales del orden jurídico y la reviviscencia de aquellos derogados. La Constitución mandata el cumplimiento del principio de progresividad y es este principio -que no la norma anterior- lo que constituye el parámetro de control, autoriza la comparación e implica la reviviscencia, pues solo con ella traeremos de vuelta el régimen más protector para el derecho humano en cuestión; en este caso el derecho al medio ambiente.

No compartí las consideraciones de la mayoría de los integrantes del Pleno en las que aseguraron que los artículos combatidos violaban los principios de libre competencia y concurrencia. La invalidez por esta vía argumentativa, de haberse logrado la mayoría calificada, hubiera producido paradójicamente un resultado desfavorable para el libre mercado. Al no aceptarse en nuestra doctrina la posibilidad de la reviviscencia en materia económica, la expulsión de los preceptos combatidos hubiera dejado al mercado de generación de electricidad a su suerte y habría permitido a la CFE aprovechar sus ventajas competitivas sin ataduras legislativas. Ahora, mi disidencia principal con esta argumentación no obedece a razones de índole práctica. La postura de la mayoría invierte los contenidos axiológicos de nuestro modelo constitucional. En oposición a la mayoría de los integrantes de este Pleno, para mí los valores de libre mercado y de libre concurrencia deben subordinarse al medio ambiente para crear nuevas modalidades de mercados cuyo centro sea la sustentabilidad y no la eficiencia.

Por otra parte, la interpretación conforme para sostener la validez de los preceptos impugnados que fue propuesta no resulta técnicamente viable. Esa interpretación descansa en que se puede condicionar la validez de las normas combatidas al hecho de que el gobierno cumpla con sus metas de emisiones de gases con efecto invernadero con otros medios. Sin embargo, ni nuestra Constitución ni el Acuerdo de París autorizan a seguir generando emisiones que causarán un daño específico porque al final creemos que las reduciremos con otros medios. Es sencillo: siempre será mejor y obligatorio no emitirlas. Una interpretación conforme permitiría al legislador concentrarse en resolver nuestras necesidades económicas actuales y postergar las implicaciones ambientales. Es evidente que en esta materia no cabe apelar a las soluciones futuras.

Acercarse al dilema puesto a nuestra consideración desde la perspectiva de la libre competencia pareciera privilegiar -incluso simbólicamente- las ganancias a corto plazo y el crecimiento económico por encima de la devastación ambiental y el bienestar de la gente. Si escogiéramos un paradigma centrado en el libre mercado, los fines extra-mercado quedan subordinados al valor de la eficiencia con el consecuente sacrificio del medio ambiente, cuya precarización es la plaga de nuestro tiempo.

**MINISTRO**

**ALFREDO GUTIÉRREZ ORTIZ MENA**

**SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS**

**DE LA SUPREMA CORTE**

**LICENCIADO RAFAEL COELLO CETINA**

1. Por parámetro de control esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha entendido la individualización del criterio de validez u objeto de contraste para evaluar la regularidad de una norma secundaria. La fijación de ese criterio de validez requiere de una serie de operaciones interpretativas, pues supone incluir no sólo el texto constitucional, sino todas aquellas adicionales que deben incorporarse, como tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, en los que se reconozcan derechos humanos, la jurisprudencia de los tribunales internacionales que interpreten esos instrumentos, así como la jurisprudencia nacional en materia constitucional. Véase la jurisprudencia 20/2014, visible en la página 202 (abril de 2014), Tomo I de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, de rubro: “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.” [↑](#footnote-ref-1)
2. En teoría económica la frase “race to the bottom”, que podría traducirse como una competencia hasta el fondo, se refiere a una competencia agresiva que, en ausencia de reglas formales que lo impidan, incluye conductas que puedan avanzar la posición de un agente para ser vencedor, pero con efectos perjudiciales para la colectividad. Para consultar un debate sobre esta práctica y el medio ambiente ver Richard L. Revesz, “Rehabilitating Interstate Competition: Rethinking the Race-to-the-Bottom Rationale for Enviromental Regulation (1992) 67:6 NYU L. Rev 1210. [↑](#footnote-ref-2)
3. Existen dos formas de medir los costos de producción. Uno es el costo de producción unitario y otro es el costo marginal. El primero consiste en la sumatoria del costo total entre el número de unidades producidas. En cambio, el costo marginal es el costo de oportunidad de producir una unidad más de un bien o servicio. Ver Michael Parkin, Microeconomía, Quinta Edición, Addison Wesley. [↑](#footnote-ref-3)
4. El orden de despacho se refiere a los criterios aplicables para abastecer la demanda en el mercado eléctrico. El artículo 101 de la ley de Industria Eléctrica hace referencia a este concepto en los siguientes términos: “Con base en criterios de Seguridad de Despacho y eficiencia económica, el CENACE determinará la asignación y despacho de las Centrales Eléctricas, de la Demanda Controlable y de los programas de importación y exportación. Dicha asignación y despacho se ejecutará independientemente de la propiedad o representación de las Centrales Eléctricas, la Demanda Controlable u ofertas de importación y exportación. Lo anterior, considerando los Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física.” [↑](#footnote-ref-4)
5. El artículo 3, fracción XII Bis de la Ley de la Industria Eléctrica lo definde de la siguiente manera: “Acuerdo entre un Suministrador de Servicios Básicos y un Generador mediante el cual se obligan a la compraventa de energía eléctrica o Productos Asociados en una hora o fecha futura y determinada, con el compromiso de realizar la entrega física de la energía, Servicios Conexos o Potencia establecidos, y para lo cual el Generador presentará al CENACE los programas de generación de las Centrales Eléctricas que formen parte del Contrato mediante ofertas de programa fijo en el Mercado Eléctrico Mayorista, conforme a las Reglas del Mercado;” [↑](#footnote-ref-5)
6. La fracción XXII del artículo 3 de la misma legislación de la materia, las define de la siguiente manera: “Energías Limpias: Aquellas fuentes de energía y procesos de generación de electricidad cuyas emisiones o residuos, cuando los haya, no rebasen los umbrales establecidos en las disposiciones reglamentarias que para tal efecto se expidan. Entre las Energías Limpias se consideran las siguientes: a) El viento; b) La radiación solar, en todas sus formas; c) La energía oceánica en sus distintas formas: maremotriz, maremotérmica, de las olas, de las corrientes marinas y del gradiente de concentración de sal; d) El calor de los yacimientos geotérmicos; e) Los bioenergéticos que determinen la Ley de Promoción y Desarrollo de los Bioenergéticos; f) La energía generada por el aprovechamiento del poder calorífico del metano y otros gases asociados en los sitios de disposición de residuos, granjas pecuarias y en las plantas de tratamiento de aguas residuales, entre otros; g) La energía generada por el aprovechamiento del hidrógeno mediante su combustión o su uso en celdas de combustible, siempre y cuando se cumpla con la eficiencia mínima que establezca la CRE y los criterios de emisiones establecidos por la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales en su ciclo de vida; h) La energía proveniente de centrales hidroeléctricas; i) La energía nucleoeléctrica; j) La energía generada con los productos del procesamiento de esquilmos agrícolas o residuos sólidos urbanos (como gasificación o plasma molecular), cuando dicho procesamiento no genere dioxinas y furanos u otras emisiones que puedan afectar a la salud o al medio ambiente y cumpla con las normas oficiales mexicanas que al efecto emita la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales; k) La energía generada por centrales de cogeneración eficiente en términos de los criterios de eficiencia emitidos por la CRE y de emisiones establecidos por la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales; l) La energía generada por ingenios azucareros que cumplan con los criterios de eficiencia que establezca la CRE y de emisiones establecidos por la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales; m) La energía generada por centrales térmicas con procesos de captura y almacenamiento geológico o biosecuestro de bióxido de carbono que tengan una eficiencia igual o superior en términos de kWh-generado por tonelada de bióxido de carbono equivalente emitida a la atmósfera a la eficiencia mínima que establezca la CRE y los criterios de emisiones establecidos por la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales; n) Tecnologías consideradas de bajas emisiones de carbono conforme a estándares internacionales, y o) Otras tecnologías que determinen la Secretaría y la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, con base en parámetros y normas de eficiencia energética e hídrica, emisiones a la atmósfera y generación de residuos, de manera directa, indirecta o en ciclo de vida; [↑](#footnote-ref-6)
7. El artículo 3, fracción V de la Ley de la Industria Eléctrica la define de la siguiente manera: Central Eléctrica Legada: Central Eléctrica que no se incluye en un permiso para generar energía eléctrica bajo la modalidad de autoabastecimiento, cogeneración, pequeña producción, producción independiente o usos propios continuos, y: a) Es propiedad de los organismos, entidades o empresas del Estado, y b) Cuya construcción y entrega sea con independencia de su modalidad de financiamiento; [↑](#footnote-ref-7)
8. Por su parte, la fracción VI del mismo dispositivo 3 de la legislación de la materia lo define de la siguiente manera: “Central Eléctrica que, a la entrada en vigor de la presente Ley: a) Se incluye en un permiso para generar energía eléctrica bajo la modalidad de producción independiente, o b) Cuya construcción y operación se ha incluido en el Presupuesto de Egresos de la Federación en modalidad de inversión condicionada;” [↑](#footnote-ref-8)
9. La fracción VIII del multicitado artículo 3 de la ley de la materia establece la siguiente definición: “Certificado de Energías Limpias: Título emitido por la CRE que acredita la producción de un monto determinado de energía eléctrica a partir de Energías Limpias y que sirve para cumplir los requisitos asociados al consumo de los Centros de Carga” [↑](#footnote-ref-9)
10. La fracción XLIV del artículo 3 de la ley de la materia lo define de la siguiente manera: “: El sistema integrado por: a) La Red Nacional de Transmisión; b) Las Redes Generales de Distribución; c) Las Centrales Eléctricas que entregan energía eléctrica a la Red Nacional de Transmisión o a las Redes Generales de Distribución; d) Los equipos e instalaciones del CENACE utilizados para llevar a cabo el Control Operativo del Sistema Eléctrico Nacional, y e) Los demás elementos que determine la Secretaría;” [↑](#footnote-ref-10)
11. En las sesiones en las cuales se discutió el presente asunto me pronuncié en el sentido de que las normas impugnadas debían reconocerse como válidas desde la perspectiva de los principios de libre competencia y concurrencia, pero que debían declararse inválidas desde la perspectiva del derecho humano al medio ambiente. Este lenguaje es equivalente a concluir que el argumento de la parte actora es infundado en un aspecto, pero fundado en otro. En nuestra práctica judicial, cuando un planteamiento de inconstitucionalidad se califica como infundado, la norma es válida desde la perspectiva del parámetro invocado por la parte quejosa en ese planteamiento, lo que no significa que esa norma resultara inválida desde otro parámetro. En consecuencia, para homologar los términos expositivos en adelante me referiré a los calificativos fundado/ infundado para sustentar mi argumentación. Debe entenderse que cuando utilice la expresión “infundado” me refiero a que la norma es válida desde la perspectiva del contenido constitucional invocado como parámetro. Cuando utilice la expresión “fundado” es porque la norma es inválida desde ese otro contenido. Por razones técnicas, esta Corte ha determinado que cuando se califique como fundado un concepto de invalidez y éste sea suficiente para lograr su expulsión del ordenamiento jurídico, es innecesario agotar el estudio de los demás planteamientos. Esta regla técnica implica que si se estudian previamente planteamientos que se califican como infundados, el juzgador debe proseguir al estudio de los demás hasta que se califique alguno como fundado. Para mayor referencia véase la tesis de jurisprudencia 42/2013 del Pleno de esta Suprema Corte, visible en la página 356 del Libro 2 (enero de 2014), Tomo I de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, de rubro: “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. RESULTA INNECESARIO PRONUNCIARSE SOBRE LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ PLANTEADOS EN LA DEMANDA CUANDO SE ADVIERTE UN VICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD QUE PROVOCA LA NULIDAD TOTAL DEL ACTO LEGISLATIVO IMPUGNADO.” [↑](#footnote-ref-11)
12. Ver, por ejemplo, la tesis de jurisprudencia 42/2015 de la Primera Sala, visible en la página 563 del Libro 19 (junio de 2015), Tomo I de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, de rubro: “PATRIA POTESTAD. SU CONFIGURACIÓN COMO UNA INSTITUCIÓN ESTABLECIDA EN BENEFICIO DE LOS HIJOS.” Recientemente, el cambio de doctrina que ha llevado a sustituir como parámetro central a la libertad personal de los progenitores por el interés superior de los menores para evaluar las leyes que regulan sus relaciones familiares, llevo a la Primera Sala a emitir la tesis aislada XLIX/2020 visible en la página 941 del Libro 80 (noviembre de 2020), Tomo I de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, de rubro: “CASTIGO CORPORAL COMO MÉTODO DE DISCIPLINA. LOS MALTRATOS Y AGRESIONES FÍSICAS CONTRA MENORES DE EDAD, SEAN LEVES, MODERADOS O GRAVES, SON CONTRARIOS A SU DIGNIDAD HUMANA Y VULNERAN SU DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL.” [↑](#footnote-ref-12)
13. Ver, por ejemplo, la tesis aislada CXXIII/2019 de la Primera Sala de esta Suprema Corte, visible en la página 327 del Libro 73 (diciembre de 2019), Tomo I de la Gaceta, del Semanario Judicial de la Federación, de rubro: “DISCURSOS DE ODIO. LOS EXPRESADOS EN ÁMBITOS PRIVADOS DE ÍNDOLE LABORAL, ANTE PERSONAS CONCRETAS DESTINATARIAS DE LOS MISMOS, CARECEN DE PROTECCIÓN CONSTITUCONAL, POR LO QUE LAS VÍCTIMAS NO TIENEN EL DEBER JURÍDICO DE TOLERARLOS.” [↑](#footnote-ref-13)
14. Ver, por ejemplo, la tesis aislada de la Primera Sala, visible en la página 793 del Tomo XXV (mayo de 2007) del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: “GARANTÍA A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA COMPLETA TUTELADA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES.” [↑](#footnote-ref-14)
15. Esta consideración no subsiste en el engrose de la sentencia. Se contenía en el apartado previo al estudio de fondo del proyecto original sometido a consideración de los integrantes de este Pleno. [↑](#footnote-ref-15)
16. El artículo 4° constitucional establece que “[t]oda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.” Tanto este Tribunal Pleno como ambas Salas, han evaluado la validez de las leyes a la luz del derecho al agua. Véase, por ejemplo, la tesis CXIX/2018 de la Primera Sala, visible en la página 833 del Libro 58 (septiembre de 2018), Tomo I de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, de rubro: “AGUAS NACIONALES. EL ARTÍCULO 29 BIS 3, FRACCIÓN VI, INCISO 5, DE LA LEY RELATIVA, NO VIOLA EL DERECHO DE ACCESO AL AGUA.” [↑](#footnote-ref-16)
17. Tesis aislada XII/2011 del Tribunal Pleno, visible en la página 23 del Tomo XXXIV (agosto de 2011) del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: “CONFLICTOS QUE INVOLUCRAN DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RESOLUCIÓN JURÍDICA.” [↑](#footnote-ref-17)
18. El artículo 1° constitucinal, en su tercer párrafo, establece: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.” (Énfasis añadido). Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto en distintos precedentes que el principio de progresividad tiene como correlativo una prohibición de no regresividad, que es operativo como parámetro de control constitucional para controlar la validez de las leyes que reducen o suprimen un ambral de protección legislativo previamente otorgado a un derecho humano. Ver, por ejemplo, la tesis de jurisprudencia 35/2019 de la Segunda Sala, visible en la página 980 del Libro 63 (febrero de 2019), Tomo I de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, de rubro: “PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU NATURALEZA Y FUNCIÓN EN EL ESTADO MEXICANO.” [↑](#footnote-ref-18)
19. Idem. [↑](#footnote-ref-19)
20. Lo que define la opción por un escrutinio es el rango de deferencia que se otorga al legislador. Cuando se le exige un mínimo de racionalidad y se respeta un rango mayor de libertad configurativa con base en su legitimidad democrática, el test es de escrutinio ordinario. Si la supervisión constitucional debe aumentar por tratarse de decisiones críticas donde debe haber un diálogo mayor entre los poderes democráticos y las cortes constitucionales, el test será de proporcionalidad poque exige al legislador demostrar una finalidad constitucionalmente válida pero también la necesidad de la medida; es decir, que se trata de la medida menos lesiva para conseguir dicha finalidad. Por último, el escrutinio estricto es intenso porque se considera que el legislador pretende entrar en terreno vedado y afectar aquellas esferas que le son indisponibles. [↑](#footnote-ref-20)
21. Tesis aislada CCCXII/2013 de la Primera Sala, visible en la página 1052 del Libro XXV (octubre de 201) del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: “INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS.”

    Ver también la tesis aislada X/2022 de la Primera Sala, visible en la página 1724 del Libro 11 (marzo de 2022) del Tomo II de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, de rubro: “LIBERTADES ECONÓMICAS. LAS INTERFERENCIAS A ESTAS LIBERTADES SE CONTROLAN MEDIANTE EL ESCRUTINIO ORDINARIO Y NO POR UN TEST DE PROPORCIONALIDAD O ESCRUTINIO ESTRICTO.” [↑](#footnote-ref-21)
22. Cabe hacer referencia al voto concurrente que emití en la resolución del amparo en revisión 237/2014, en el cual la Primera Sala determinó que era inconstitucional el circuito normativo contenido en la Ley General de Salud, que establecía una prohibición absoluta del consumo lúdico del cannabis. En dicho voto me separé de la utilización del test de proporcionalidad, ya que concluí que debía extenderse la aplicabilidad de los dos niveles de escrutinio (estricto y ordinario). El primero sería aplicable para controlar la validez de las restricciones legislativas a las decisiones que gozaran de una expectativa legítima de privacidad (como lo es el consumo de sustancias de una manera que no afecta derechos de terceros). El escrutinio ordinario debería reservarse para analizar la reglamentación que se alejara de ese ámbito para regular un mercado de ese producto.

    Igualmente, cabe hacer referencia a la ejecutoria del amparo en revisión 578/ 2015, resuelto por la Primera Sala (en el cual fui ponente), en el cual se evaluó la validez de distintas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, y en la cual se estableció el criterio de que era aplicable un escrutinio estricto para controlar las interferencias legislativas al discurso político y a las restricciones de contenido general, pero que era aplicable un estándar de escrutinio ordinario para aquellas restricciones de tiempo, modo y lugar, así como aquellas relacionadas con el discurso comercial, toda vez que ésta última se relaciona con las facultades de configuración legislativa sobre los mercados. [↑](#footnote-ref-22)
23. Ver, por ejemplo, la tesis XII/2015 de la Primera Sala, la cual fue aprobada con mi voto a favor, visible en la página 751 del Libro 14 (enero de 2015) Tomo I de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, de rubro: “CONDONACIÓN DE DEUDAS TRIBUTARIAS. LA PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA DE LA ELECCIÓN DEL LEGISLADOR FEDERAL DE EXCLUIR DE AQUÉLLA A LOS CRÉDITOS FISCALES PAGADOS, DEBEN SOMETERSE AL MÁS FLEXIBLE DE LOS ESCRUTINIOS.” [↑](#footnote-ref-23)
24. El modelo de Estado Regulador ha sido definido por esta Suprema Corte como el parámetro de control aplicable para evaluar la validez de las leyes y actos relacionados con el funcionamiento de los órganos que gozan de autonomía jurídica para decidir y emitir regulaciones en cuestiones técnicas. Este Pleno desarrolló las implicaciones de este modelo al resolver la controversia constitucional 117/2014. Al respecto véase la jurisprudencia 46/2015 de este Pleno, visible en la página 339 del Libro 26 (enero de 2016), Tomo I de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, de rubro: “ESTADO REGULADOR. EL MODELO CONSTITUCIONAL LO ADOPTA AL CREAR A ÓRGANOS AUTÓNOMOS EN EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.” [↑](#footnote-ref-24)
25. Ver, por ejemplo, la controversia constitucional 117/2014 emitida por el Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación (de la cual fui ponente), en el cual se estableció el criterio de “deferencia” a los órganos reguladores técnicos, cuya validez se debe controlar por un escrutinio ordinario. [↑](#footnote-ref-25)
26. Tesis aislada X/2022 de la Primera Sala, visible en la página 1724 del Libro 11 (marzo de 2022), Tomo II de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, con el siguiente texto: “Hechos: Una persona moral compró acciones en el mercado de valores de una sociedad anónima bursátil más allá del límite máximo establecido en sus estatutos, con el fin de obtener el control de dicha empresa. En el juicio ordinario mercantil que se siguió para cuestionar la validez de estas transacciones se determinó que los límites estatutarios encuentran fundamento en el artículo 48 de la Ley del Mercado de Valores, razón por la cual se determinó la invalidez de las compras excedentes del referido límite. En contra de esa resolución, la compradora acudió al juicio de amparo directo a reclamar la validez constitucional de dicho precepto legal alegando que violaba sus libertades económicas, reconocidas en el artículo 5o. constitucional. En el recurso de revisión interpuesto en contra de la sentencia de amparo se cuestionó qué tipo de escrutinio debía aplicarse.

    Criterio jurídico: La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que las leyes que regulan las transacciones de los mercados, especialmente aquellos utilizados por actores mercantiles, deben sujetarse a un escrutinio ordinario.

    Justificación: Los derechos constitucionales suelen formularse como principios, por lo que su estructura lógica es la de los "mandatos de optimización", es decir, máximas que ordenan hacer algo en la mayor medida de lo posible de acuerdo a las condiciones normativas y fácticas de cada caso, sin contar con una hipótesis de aplicación cerrada, como las reglas. De esta forma, los derechos tienden a expandirse en distintas direcciones y cuando sobre su ámbito de proyección exista una interferencia de una medida legislativa, el Juez constitucional, ante la imposibilidad de acudir a la metodología de la subsunción propia de las reglas, debe determinar si se encuentra justificada la medida analizada, lo que puede decidir a través del test de proporcionalidad, que requiere de la comprobación de ciertas condiciones mínimas: la legitimidad de la finalidad de la medida, su idoneidad, necesidad y su proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, lo cierto es que no todos los derechos constitucionales se controlan con este estándar, ya que existen algunos derechos cuya formulación en el texto de la Constitución se encuentra como reglas precisas y, por tanto, la validez de las normas secundarias debe determinarse directamente a través de la subsunción. De la misma forma, esta Suprema Corte ha establecido que existen ciertos derechos, como el de no discriminación e igualdad, o aquellos derechos de libertad económica, que requieren la aplicación de estándares diferenciados, en cuyo caso se ha reconocido la exigibilidad de dos niveles de escrutinio: el estricto y el ordinario. Para determinarse qué nivel de escrutinio es aplicable para aquellos derechos que no se controlan mediante el test de proporcionalidad, debe tomarse en cuenta la posición constitucional del derecho fundamental, su importancia y su relación con las libertades políticas de los representantes populares, para efectos de determinar si su contenido es compatible con un amplio margen de configuración legislativa o, por el contrario, su contenido se presenta como especialmente indisponible para el legislador. En efecto, esta Suprema Corte ha establecido que cuando una medida legislativa distinga en perjuicio de una categoría sospechosa, el Juez debe evaluar la medida legislativa mediante la aplicación de un escrutinio estricto que requiere comprobar que su finalidad sea imperiosa –no sólo legítima–, que sea necesaria y no exista una medida alternativa igualmente eficaz pero menos gravosa, además de ser proporcional en sentido estricto. Asimismo, ha establecido que existen ciertas libertades o derechos respecto de los cuales la Constitución otorga al legislador un mayor margen de configuración legislativa para su desarrollo, por lo que la validez de las medidas emitidas en ese contexto debe evaluarse con un escrutinio laxo u ordinario, en cuyo caso el Juez sólo debe constatar que la medida persiga una finalidad legítima, que sea razonablemente eficaz y que sea proporcional en sentido estricto. Este test es menos exigente que el escrutinio estricto y que el de proporcionalidad, ya que se encuentra diseñado para aquellos ámbitos en los cuales los Jueces constitucionales deben autolimitarse para no interferir en la libertad política de los representantes populares. Así, surge una doble diferencia entre el escrutinio estricto y el ordinario. Mientras que el estricto exige una finalidad constitucional imperativa, cuya consecución se debe hacer a través de los medios menos gravosos posibles, en el escrutinio laxo sólo se exige legitimidad de una finalidad admisible y una relación racional entre ésta y la medida; mientras que en el estricto se exige máxima racionalidad al legislador, en el ordinario se les exige mínima racionalidad. Pues bien, como lo ha determinado esta Suprema Corte en diversas ocasiones, las libertades económicas del artículo 5o. constitucional no son útiles para hacer indisponible un modelo económico. En una democracia constitucional, como la nuestra, corresponde a los representantes populares decidir el modelo de mercado conveniente y, por tanto, al regular las libertades económicas, los Jueces deben ser especialmente deferentes y controlar su validez a través del escrutinio ordinario.” [↑](#footnote-ref-26)
27. Tesis aislada XXX/2021 de la Primera Sala, visible en la página 370 del Libro 4 (agosto de 2021), Tomo IV de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación de rubro y texto: MEDIDAS FITOSANITARIAS. LOS ARTÍCULOS 54, 55 Y NOVENO TRANSITORIO DEL REGLAMENTO DE LA LEY FEDERAL DE SANIDAD VEGETAL QUE LAS PREVÉN SON VÁLIDAS CONFORME AL PARÁMETRO DE CONTROL CONSTITUCIONAL Y ESTÁNDAR DE ESCRUTINIO APLICABLE.

    Hechos: Un conjunto de productores nacionales del tubérculo papa promovieron juicio de amparo indirecto en contra, entre otros actos, de los artículos 54, 55 y noveno transitorio del Reglamento de la Ley Federal de Sanidad Vegetal, las cuales regulan las condiciones de importación de dicho producto, al considerarlas violatorias del derecho al medio ambiente, por no prevenir los riesgos de plagas externas; el Juez de Distrito del conocimiento concedió el amparo. En contra de esta resolución las empresas tercero interesadas y algunas autoridades responsables interpusieron recursos de revisión en los que se cuestionó si las normas reclamadas son válidas desde la perspectiva de su abordaje de los riesgos fitosanitarios.

    Criterio jurídico: La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que los artículos 54, 55 y noveno transitorio del Reglamento de la Ley Federal de Sanidad Vegetal son válidos conforme al parámetro de control constitucional y estándar de escrutinio aplicable.

    Justificación: El estándar aplicable para evaluar la validez de normas reglamentarias emitidas por el Poder Ejecutivo, con fundamento en el artículo 89, fracción I, cuya materialidad se refiera a medidas de comercio exterior, de las referidas en el artículo 131, con un impacto en el medio ambiente, protegido en el artículo 4o., todos de la Constitución General, debe constar de tres pasos: En primer lugar, debe verificarse que el reglamento se ajusta al principio de legalidad, es decir, que su contenido no vulnere los sub-principios de reserva de ley y de subordinación jerárquica a la ley. Por el ámbito material especializado que supone la intersección del comercio exterior y la protección al medio ambiente, la evaluación debe limitarse a verificar que el contenido reglamentario guarde una relación racional con la ley, ya que se trata de un ámbito en el que el principio de reserva de ley se encuentra en su menor expresión, lo que debe ser compatible con un margen de apreciación a favor del Ejecutivo para introducir medidas técnicas, conforme a racionalidades especializadas, propio del dinamismo de una fuente administrativa que busca afrontar con agilidad cambios en las condiciones económicas y ambientales y que, por tanto, pueda producir cambios normativos más rápidos que la fuente legislativa. De superarse este primer paso, debe evaluarse el contenido de las normas impugnadas. Así, de tratarse de reglas técnicas, cuya función sea positivizar procedimientos de naturaleza científica o cuyo propósito sea delegar en determinadas agencias de la administración pública competencias de esta misma naturaleza, con el fin de que sean éstas quienes determinen el resultado de algunas de las operaciones previstas en el artículo 131 constitucional, como es el tránsito o la importación de efectos u objetos, su contenido debe sujetarse a un estándar de deferencia, conforme al cual obtendrán validez si no son arbitrarias o caprichosas. El estándar de deferencia llegará a su máximo grado cuando el contenido de las normas considere a los intereses medio ambientales, como podría ser la sanidad vegetal, y el comercio exterior como parte de un procedimiento, cuyo propósito sea que las autoridades especializadas evalúen caso por caso el equilibrio óptimo de los beneficios y costos marginales de cada factor. En caso contrario, es decir, que las normas reglamentarias no contengan reglas o dispositivos de esta naturaleza técnica, ni deleguen en agencias especializadas las operaciones jurídicas relevantes, para considerar estos factores, el estándar será más exigente, pudiendo llegar a ser aplicable un estándar de escrutinio estricto si las medidas contenidas son totalmente indiferentes al impacto medio ambiental. Pues bien, conforme a lo expuesto, debe concluirse que los preceptos reclamados son válidos. Por una parte, las normas reglamentarias delimitan el ámbito material de validez de su contenido a reglamentar un concepto legal: las medidas fitosanitarias, lo que implica que no se vulnera el principio de reserva de ley, ya que las disposiciones reglamentarias se limitan a regular el quién, el cómo y el cuándo de ese concepto legal y, por el otro, dichas medidas guardan congruencia con los lineamientos prescritos en la legislación, por lo que cumplen con el principio de subordinación jerárquica a la ley, por lo que una vez visto el contenido de las normas impugnadas, y su relación funcional con la ley de la materia, esta Primera Sala concluye que su naturaleza es técnica, pues, por una parte, establecen procedimientos de naturaleza científica y, por la otra, buscan empoderar a determinadas agencias de la administración pública con competencias de esta misma naturaleza, las cuales no son arbitrarias ni caprichosas. [↑](#footnote-ref-27)
28. Ver la tesis aislada VII/2011 del Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 24 del Tomo XXXIV (agosto de 2011) del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: “CONTROL DEL TABACO. EL ARTÍCULO 16, FRACCIÓN II, DE LA LEY GENERAL RELATIVA NO DEBE SER SOMETIDO A UN ESCRUTINIO DE IGUALDAD INTENSO.” [↑](#footnote-ref-28)
29. En este debate es ineludible tener presente la discusión sobre la época de “Lochner”, como se le conoce en Estados Unidos, la cual consistió en una etapa en la cual la Suprema Corte de ese país aplicaba un estándar de escrutinio estricto a la legislación que interfiriera en las libertades económicas de las personas, época nombrada a partir del caso que consagró dicha doctrina, a saber el caso de *Lochner v New York*, resuelto en 1905 (198 US 45). De esta manera, una gran cantidad de leyes fueron declaradas inconstitucionales en ese entonces cuando se demostraba que intervenían para modificar conductas de los mercados y no lograban demostrar avanzar en un fin imperioso a través de los medios menos gravosos posibles. Ese precedente fue muy criticado por considerarse que fundamentaba una sustitución del legislador democrático por la autoridad judicial en la definición del tipo de mercado que una sociedad debería tener. Esta crítica se agudizó durante el “new deal”, movimiento iniciado por el presidente Roosevelt, con el apoyo del Congreso para modificar el marco legal con el fin de atemperar las injusticias producidas por un mercado desregulado y abatir los perjuicios generados por la competencia económica en contra de los más vulnerables. El precedente Lochner fue superado en 1937, al resolverse el caso de *West Coast Hotel Co. V Parrish* (U.S. 379), a partir del cual se determinó que la legislación económica debía controlarse mediante un escrutinio ordinario o de mera razonabilidad, es decir, que debía declararse inconstitucional sólo si el legislador no buscaba avanzar en un fin legítimo a través de cualquier medio razonable para alcanzarlo. Desde entonces la aplicabilidad de un estándar ordinario a las leyes económicas o comerciales de ese país se considera una condición necesaria de la legitimidad del control judicial de las leyes. La actual doctrina de ese país se basa en la premisa de que deben ser los procesos políticos donde se definan los valores que deben promover los mercados y no en los judiciales; sin embargo, la severidad del estándar debe revertirse cuando el legislador trasciende el ámbito de la regulación económica para interferir en el ejercicio de los derechos humanos o para generar una discriminación en contra de las minorías. Esta doctrina se encuentra formulada en la nota al pie 4 de la sentencia que resolvió el caso de *United States v. Carolene Products Co.* (304 U.S. 144) de 1938.

    Ahora cabe decir que esta teoría constitucional no ha sido ajena a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que algunos criterios actualmente no superados se basan en estas mismas premisas. Véase, por ejemplo, la tesis de jurisprudencia 84/2006 de la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 29 del Tomo XXIV (noviembre de 2006) del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: “ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES.” [↑](#footnote-ref-29)
30. Esta Suprema Corte ha determinado en distintos precedentes que las barreras de entrada son reprochables a la luz del artículo 28 constitucional y las ha definido como obstáculos injustificados de ingreso, con los cuales se topan los agentes económicos para competir en un determinado mercado. En teoría económica, se ha considerado que las barreras de entrada impiden la aparición de nuevos competidores, otorgan ventajas a los agentes con poder de mercado y, por tanto, son anticompetitivas. Para abundar en su significado ver Michael Parkin, Microeconomía, Quinta Edición, Addison Wesley. [↑](#footnote-ref-30)
31. La reviviscencia es el remedio judicial que esta Suprema Corte ha determinado puede decretarse cuando determine la inconstitucionalidad de una norma y para llenar el vacío normativo que se generaría determina restablecer la vigencia de las normas vigentes con anterioridad a las declaradas inválidas. Este remedio judicial sólo se ha admitido en dos supuestos. En materia electoral y cuando se detecta una regresividad injustificada en materia de derechos sociales. Véase la tesis de jurisprudencia 86/2007 de este Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 778 del Tomo XXVI (diciembre de 2007) del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LAS FACULTADES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN PARA DETERMINAR LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS FRENTE A UN SISTEMA NORMATIVO QUE HA REFORMADO A OTRO, INCLUYEN LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER LA REVIVISCENCIA DE LAS NORMAS VIGENTES CON ANTERIORIDAD A AQUELLAS DECLARADAS INVÁLIDAS, ESPECIALMENTE EN MATERIA ELECTORAL.”

    Cabe reiterar que esta Suprema Corte no ha determinado la reviviscencia cuando ha determinado que una ley es inconstitucional por establecer una barrera de entrada a la competencia económica, por lo que este remedio no se encontraba disponible de haberse logrado la invalidez de las normas impugnadas por violación a los principios de libre competencia y concurrencia. [↑](#footnote-ref-31)
32. Ver, por ejemplo, la tesis de jurisprudencia 85/2017 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 189 del Libro 47 (octubre de 2017), Tomo I de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, de rubro: “PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU CONCEPTO Y EXIGENCIAS POSITIVAS Y NEGATIVAS.” [↑](#footnote-ref-32)
33. En mi opinión es técnicamente inviable reconocer un principio de progresividad en el principio de libre competencia y concurrencia y, correlativamente, una prohibición de no regresividad a las autoridades productoras de derecho. En primer lugar, si ello fuera así, no habría justificación para no extender este tratamiento a los otros principios y fines de política pública contenidos en los artículos 25, 27 y 28 constitucionales. Debemos recordar que libre competencia es uno más de los principios que integran el elenco de principios para política pública, que rigen y enmarcan la rectoría económica del Estado. En segundo lugar, si en todos estos principios existiera una prohibición de no regresividad, esa doctrina eliminaría la posibilidad de que los dos poderes tomaran decisiones de política pública, las cuales, por definición, deben ser resultado de compromisos entre sus distintos fines. Por ello, estimo que el principio de progresividad sólo es aplicable al *corpus iuris* de los derechos humanos y no a los principios que informan la potestad de rectoría económica del Estado. [↑](#footnote-ref-33)
34. Por lo que respecta al medio ambiente, véase la tesis aislada de la Primera Sala, visible en la página 397 del Libro 61 (diciembre de 2018), tomo I de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, de rubro: “RELATIVIDAD DE LAS SENTENCIAS EN EL JUICIO DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL.” [↑](#footnote-ref-34)
35. Un escrutinio ordinario es el menos exigente de los estándares de escrutinio y se suele identificar igualmente como test de mera razonabilidad, el cual consiste en tres pasos: 1) determinar si la medida legislativa impugnada busca avanzar un fin constitucionalmente legítimo, 2) si esa medida se conecta razonablemente con ese fin constitucionalmente legítimo, sin necesidad de constatar que el legislador haya utilizado los medios menos gravosos y 3) debe proporcional en sentido estricto. Al respecto véase la tesis aislada X/2022 de la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 1724 del Libro 11 (marzo de 2022) del Tomo II de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, de rubro: “LIBERTADES ECONÓMICAS. LAS INTERFERENCIAS A ESTAS LIBERTADES SE CONTROLAN MEDIANTE EL ESCRUTINIO ORDINARIO Y NO POR UN TEST DE PROPORCIONALIDAD O ESCRUTINIO ESTRICTO.” [↑](#footnote-ref-35)
36. Dworkin, R (1967). The model of rules. University of Chicago Law Review 35 (1), 14-46. [↑](#footnote-ref-36)
37. Véase la tesis de jurisprudencia 84/2006 de la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 29 del Tomo XXIV (noviembre de 2006) del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro y texto: “ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES. Acorde con las consideraciones sustentadas por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 1a. CXXXIII/2004, de rubro: "[IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).](http://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/179904)", siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación. De igual manera, en aquellos asuntos en que el texto constitucional limita la discrecionalidad del Congreso o del Ejecutivo, la intervención y control del tribunal constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por ella. Para este Alto Tribunal es claro que la fuerza normativa del principio democrático y del principio de separación de poderes tiene como consecuencia obvia que los otros órganos del Estado -y entre ellos, el juzgador constitucional- deben respetar la libertad de configuración con que cuentan el Congreso y el Ejecutivo, en el marco de sus atribuciones. Conforme a lo anterior, la severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte de los autores de la norma. De esta manera, resulta evidente que la Constitución Federal exige una modulación del juicio de igualdad, sin que eso implique ninguna renuncia de la Corte al estricto ejercicio de sus competencias de control. Por el contrario, en el caso de normatividad con efectos económicos o tributarios, por regla general, la intensidad del análisis constitucional debe ser poco estricta, con el fin de no vulnerar la libertad política del legislador, en campos como el económico, en donde la propia Constitución establece una amplia capacidad de intervención y regulación diferenciada del Estado, considerando que, cuando el texto constitucional establece un margen de discrecionalidad en ciertas materias, eso significa que las posibilidades de injerencia del Juez constitucional son menores y, por ende, la intensidad de su control se ve limitada. En tales esferas, un control muy estricto llevaría al Juez constitucional a sustituir la competencia legislativa del Congreso -o la extraordinaria que puede corresponder al Ejecutivo-, pues no es función del Poder Judicial Federal, sino de los órganos políticos, entrar a analizar si esas clasificaciones económicas son las mejores o si éstas resultan necesarias.” [↑](#footnote-ref-37)
38. Ver, por ejemplo, la tesis aislada CCCXII/2013 de la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 1052 del Libro XXV (octubre de 2013) Tomo 2 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: “INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS.” [↑](#footnote-ref-38)
39. Este asunto se registró con el número C/09/456689/HAZA 13-1396 e inició una con petición suscrita por la fundación actora y dirigida al primer Ministro de Holanda, en el cual se le solicitaba tomar medidas para garantizar la reducción de la emisión de los gases de efecto invernadero, la que fue respondida en sentido negativa. Esta respuesta fue combatida en los tribunales, hasta llegar a la Suprema Corte de ese país. [↑](#footnote-ref-39)
40. Este juicio se inició para impugnar el Plan Nacional de Mitigación, publicado el 19 de julio de 2017 y fue promovido por una asociación civil sin fines de lucro. En la sentencia, la Corte Suprema de ese país utilizó un parámetro de control que incorporó a la Ley del Clima de 2015. [↑](#footnote-ref-40)
41. La sentencia recayó a una serie de juicios entablados por personas físicas y asociaciones civiles en contra de la Ley Federal de Cambio Climático de 2019, los cuales se identifican con los siguientes datos: 1BvR 2656/18, BvR 288/20, 1 BvR 96/20 y 1 BvR 78/20. [↑](#footnote-ref-41)
42. El Convenio de Escazú contiene una previsión expresa sobre el principio de progresividad y su correlativa prohibición de no regresividad, en su artículo 3, inciso c), que establece que “[c]ada parte se guiará por los siguientes principios en la implementación del presente Acuerdo”: […] “c) principio de no regresión y principio de progresividad.” [↑](#footnote-ref-42)
43. Ver la tesis aislada CXXVII/2017 de la Primera Sala de esta Suprema Corte, visible en la página 219 del Libro 46 (septiembre de 2017) Tomo I de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, de rubro: “DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. FORMA DE ACREDITAR LA EXISTENCIA DE LAS MEDIDAS REGRESIVAS DE RESULTADO Y NORMATIVA.” [↑](#footnote-ref-43)
44. Ver la tesis aislada CXXVI/2017 de la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 219 del Libro 46 (septiembre de 2017), Tomo I de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, de rubro: “DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA MEDIDA REGRESIVA EN LA MATERIA DEPENDE DE QUE SUPERE UN TEST DE PROPORCIONALIDAD”. Conviene aclarar que más allá de la nomenclatura utilizada en la tesis, la ejecutoria de la cual proviene resuelve la pregunta sobre la regresividad acudiendo a un test de escrutinio estricto, al haberle aplicado el paso “de necesidad” con la exigencia equivalente. En realidad, lo que es distinguible es -como lo elaboro a lo largo de este voto- la intensidad con la que se revisa la medida adoptada y la exigencia que se le coloca para declararla como válida. De la tesis invocada y la ejecutoria de la que surge queda claro que una medida presumiblemente regresiva solo será hallada válida cuando supere el más intenso de los escrutinios. [↑](#footnote-ref-44)
45. Como lo preciso al inicio de este voto, al referirme a la invalidez debe entenderse que es equivalente a señalar que el argumento de la parte actora es fundado en este aspecto y, por tanto, suficiente para lograr su pretensión. [↑](#footnote-ref-45)
46. La reviviscencia es el remedio judicial que esta Suprema Corte ha determinado puede decretarse cuando determine la inconstitucionalidad de una norma y para llenar el vacío normativo que se generaría determina restablecer la vigencia de las normas vigentes con anterioridad a las declaradas inválidas. Este remedio judicial sólo se ha admitido en dos supuestos. En materia electoral y cuando se detecta una regresividad injustificada en materia de derechos sociales. Véase la tesis de jurisprudencia 86/2007 de este Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 778 del Tomo XXVI (diciembre de 2007) del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LAS FACULTADES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN PARA DETERMINAR LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS FRENTE A UN SISTEMA NORMATIVO QUE HA REFORMADO A OTRO, INCLUYEN LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER LA REVIVISCENCIA DE LAS NORMAS VIGENTES CON ANTERIORIDAD A AQUELLAS DECLARADS INVÁLIDAS, ESPECIALMENTE EN MATERIA ELECTORAL.”

    Cabe reiterar que esta Suprema Corte no ha determinado la reviviscencia cuando ha determinado que una ley es inconstitucional por establecer una barrera de entrada a la competencia económica, por lo que este remedio no se encontraba disponible de haberse logrado la invalidez de las normas impugnadas por violación a los principios de libre competencia y concurrencia. [↑](#footnote-ref-46)
47. Ver la tesis IV/2008 de este Tribunal Pleno, visible en la página 1343 del Tomo XXVII (febrero de 2008) del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: “INTERPRETACIÓN CONFORME EN ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, CUANDO UNA NORMA ADMITA VARIAS INTERPRETACIONES DEBE PREFERIRSE LA COMPATIBLE CON LA CONSTITUCIÓN.” [↑](#footnote-ref-47)
48. Ver *supra* 23. [↑](#footnote-ref-48)