

## EPÍLOGO

### LO PÚBLICO ESTATAL EN MÉXICO

Lo público-estatal en México en un sentido moderno tiene elementos que lo caracterizan a través de etapas diferenciadas hasta llegar al tiempo actual. Un primer elemento a destacar es que su auge y relevancia son fenómenos recientes atendiendo a la lógica de la modernidad, la cual se ha proclamado desde el periodo de los Borbones<sup>184</sup> cuando se da paso a la formación de la estatalidad moderna, sobre la base de imponer su voluntad y dominio para lograr establecerse como un poder aceptado que penaliza y concede incentivos.

Con el Movimiento de Independencia de 1810 se avanza en el sentido de la vida moderna al luchar por las banderas de la libertad y el fin de las relaciones que ataban a México al imperio hispánico. Otro momento clave es el movimiento de las Leyes de Reforma durante el gobierno de Benito Juárez, a través de las cuales se establece el laicismo de la sociedad y la secularización del poder político para que el Estado se impusiera vía la dominación política a la Iglesia Católica, que no lo reconocía como centro soberano y autónomo.

Durante la etapa del Porfiriato se avanza por la ruta de la vida moderna, pero más aún en el desarrollo material del país, las vías las comunicaciones, los bancos, las carreteras, los ferrocarriles, pero no en lo relacionado con los aspectos políticos, menos los sociales. Con la Revolución de 1910 se avanza para modernizar la vida del país luchando contra la dictadura presidencial

---

<sup>184</sup> “La reforma borbónica en la Nueva España consistió, fundamentalmente en un proceso de modernización administrativa que produjo la asunción de nuevos deberes estatales [...] Dentro de esta atmósfera de cambios provocados por la reforma destaca que el Estado adoptara nuevos e importantes deberes y que su actividad se expandiera hacia la asistencia pública, abandonada por la renuencia de su antiguo concesionario, y clero católico. Asimismo, abarcó las bellas artes, comprendió los nuevos servicios públicos y se ensanchó a través de empresas públicas. De la ampliación y diversificación de la renovada actividad del Estado hispánico en la Nueva España nació el legado virreinal que –personificado en la Dirección General de Correos, la Real Lotería, el Monte de Piedad, El Tribunal y Colegio de Minería y la Academia de San Carlos– constituye el patrimonio administrativo heredado por el México Independiente”. Omar Guerrero, “El legado administrativo novohispano”, En: Ricardo Uvalle Berrones (coordinador), *200 Años de la Administración Pública en México*. Secretaría de la Función Pública, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010. p. 142.

de Porfirio Díaz,<sup>185</sup> la cual se derrumba con la presión de los grupos de la sociedad no favorecidos con la distribución de beneficios. De ahí que el movimiento de Francisco I. Madero tenga como lema “Sufragio Efectivo, No Reelección”. Sin embargo, entre 1910 y 1916 México vive la etapa más álgida de la revolución, dado que con el asesinato del Presidente Madero, por órdenes de Victoriano Huerta, se provoca una lucha abierta por el poder que encabeza Venustiano Carranza, en la que intervienen personajes como Álvaro Obregón, Adolfo de la Huerta, Plutarco Elías Calles, Francisco Villa, Emiliano Zapata, Roque González Garza, lo cual evidencia que había diversos líderes de múltiples facciones que, mediante el conflicto armado, trataron de imponerse unos a otros para construir el poder que organizará políticamente a la sociedad y que es el Estado.

Esta situación de conflicto, lucha y disputa por el poder llega a un punto central en que las diferentes facciones acuerdan elaborar y promulgar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, que define las reglas de juego para que el poder estatal tenga cauces formales para su edificación y consolidación. El 5 de febrero de ese año los factores reales de poder que intervenían en la negociación de sus valores, capitulados, atribuciones, derechos y obligaciones, deciden aprobarla y con ella se forma en sentido estricto, el Estado moderno en México al dotarlo de los elementos de dominación que permiten imponerse a los gobernados sobre bases constitucionales y legales.

Este hecho significa que desde 1821 hasta 1917 transcurrieron 96 años para establecer con sentido moderno el Estado y que tanto las Constituciones de 1824, 1836, 1843, 1847 y 1857 aludían al Estado, pero no tuvieron vigencia efectiva para consolidarlo en un largo periodo de rebeliones, golpes de Estado, guerra civil, invasión monárquica y dictaduras presidenciales. Por eso, la

---

<sup>185</sup> “La historia moderna de México comienza con una caída y acaba con otra caída. Se inicia en julio de 1867, al derrumbarse el imperio de Maximiliano, y concluye en mayo de 1910, cuando cae el gobierno del general de Porfirio Díaz. Esta etapa abarca 44 años que, sin embargo, se dividen habitualmente en 2 épocas. La inicial de escasos diez años, va de 1867 a 1876, y se llama la República restaurada. A la segunda, de 34 años, de 1877 a 1911, se le denomina Porfiriato. El fin de esta época es claramente ubicado en 1910, cuando el movimiento maderista inicia lo que después se llamaría la Revolución Mexicana. El viejo Porfirio Díaz se exilia en 1911 y el calendario de la historia patria el fin del antiguo régimen”. José Juan Sánchez González “La Administración Pública en la Dictadura Porfirista” *Ibid.*, p. 341.

Constitución de 1917 tiene relevancia, ya que logra acomodar y articular a los factores reales del poder para hacer posible la vigencia del Estado, entendido como la organización política de la sociedad. Si el Estado moderno es dominio eficaz para asegurar el ejercicio del poder, en el caso de México esos atributos son para establecer un poder unificado, centralizado y vertical que garantice la gobernación de la sociedad.

La característica fundamental del Estado moderno es su capacidad para imponer a los demás su poder, entendido como legal y legítimo, a fin de asegurar la vigencia de los intereses públicos, la unidad civil de la Nación y evitar que los individualismos se impongan para ventaja de pocos en detrimento de la población mayoritaria.

Por eso el Estado mexicano se forma a partir de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, porque en la misma se reconocen ámbitos de actuación que corresponden a la sociedad y al propio Estado; a los individuos como las libertades civiles y políticas –parte dogmática–, así como las atribuciones al poder político en la parte orgánica de ese documento. Se reconoce que el régimen político es presidencial, desaparece la Vicepresidencia de la República, se reconoce al Poder Ejecutivo como SUPREMO (art. 80 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) bajo la figura del mando unipersonal y se formaliza a los Poderes Legislativo y Judicial en la lógica de la división y colaboración de los Poderes.

Lo importante en este caso no sólo es la forma de gobierno que se le conoce como una República representativa, democrática, federal, sino que más bien es el reconocimiento de la eficacia del poder que está en el modo en que se gobierna conforme a las bases y postulados de la misma, lo cual implica que el Estado mexicano tiene atribuciones y poderes a través de los cuales reclama el derecho a vivir como la entidad que tiene en su ámbito de institucionalidad, la fuerza física, lo cual significa que tiene la capacidad acreditada para gobernar y administrar el territorio nacional con la riqueza de los bienes públicos que lo integran.

En este sentido, el Estado mexicano tiene el monopolio del uso legítimo de la fuerza física, con lo cual su dominio sobre la sociedad se asegura con medios constitucionales, legales, reglamentarios, administrativos, gubernamentales y

burocráticos. Desde el punto de vista político, la Constitución Política de 1917 diseña un Estado intervencionista, productor, distribuidor, rector, regulador, vigilante que en nombre de la Nación administra los bienes y la riqueza que la sustentan como un cuerpo productivo.

Es un Estado con amplias facultades para salvaguardar a la Nación, evitando que ésta sea la suma de poderes no gubernamentales que con los medios de la dominación estatal pretendan conseguir ventajas y privilegios. Aunque se reconoce la importancia de la actividad empresarial privada, apegada a la regulación pública para evitar prácticas que dañen a los consumidores, las empresas y el público en general, es importante preservar con la observancia de normas públicas eficientes, tanto el interés del Estado como los espacios que conciernen a la vida de la República.

“Por tanto, la preocupación por proteger la *res publicae* sólo se concibió de manera determinante en la segunda mitad del Siglo XX. No por azar ya en los años setenta, un cientista político progresista de Brasil, Falcão Martins<sup>186</sup> escribió por primera vez sobre el fenómeno “*privatización del Estado*”, sobre el uso del Estado para satisfacer intereses privados. A la vez, un economista conservador norteamericano Krueger,<sup>187</sup> en un texto que abrió camino a nuevas teorías económicas, definió este proceso como la búsqueda de ingresos de extra-mercado a través del control del Estado. Ambos autores se referían al mismo problema: se dieron cuenta que era necesario proteger la *res publicae* ante la avaricia de individuos y grupos de poder.

Como observa Souza Santos, “*el retorno a los principios del mercado, en los últimos veinte años representa una revalidación del pensamiento liberal en perjuicio de la ciudadanía*”.<sup>188</sup>

Lo fundamental es que el Estado sea la organización con atribuciones y poderes compulsivos que tiene la capacidad para evitar que el

<sup>186</sup> Falcão Martins, Humberto, “Administración Pública gerencial y burocracia. La persistencia de la dicotomía entre política y administración”. En: revista *Reforma y Democracia*, No. 9, octubre 1997, CLAD.

<sup>187</sup> Krueger, Anne O., “The Political Economy of the Rent-seeking Society”. En: *American Economic Review*, Vol. 64, 3, 6/Cambridge, 1974. pp. 291-303.

<sup>188</sup> Souza Santos, Bonaventura, “En busca de la ciudadanía global”. En: [www.fedaeps.org](http://www.fedaeps.org); Universidad de Coimbra, Portugal. University of Wisconsin Madison, EUA; pp. 229-240.

patrimonio de la Nación sea objeto de luchas económicas propias de los mercados, sino que debe existir una zona de protección que el propio Estado ha de cuidar y en ese sentido, se explica el contenido del artículo 27 constitucional.

Al respecto Sergio Elías Gutiérrez señala que:

*“La industria petrolera tuvo sus inicios con la creación de Petróleos de México, A. C., en 1934, con su respectivo Sindicato de Trabajadores Petroleros en 1935. Sin embargo, tres años más tarde, el Presidente Lázaro Cárdenas del Río expropió la industria el 18 de marzo de 1938, aunque ese acto jurídico no implicó la nacionalización de la industria petrolera. Al acto expropiatorio siguió la creación de la empresa pública Petróleos Mexicanos (Pemex) el 7 de junio del mismo año”*.<sup>189</sup>

Posteriormente

*“la reforma constitucional se concretó el 11 de septiembre de 1940, días antes de concluir el sexenio de Lázaro Cárdenas, cuando se publicó el decreto de reforma al párrafo noveno del artículo 27 constitucional para señalar la exclusividad del Estado en la explotación petrolera. Se puede afirmar que la creación de la empresa paraestatal Petróleos Mexicanos significó, de alguna manera, el arranque de la creación de un amplio sector paraestatal, que sólo dejó de crecer en 1982 con el cambio en el modelo económico del país”*.<sup>190</sup>

Desde el punto de vista constitucional, la misión del Estado se define en términos imperativos cuando se establece que:

*“Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o substancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de*

<sup>189</sup> Petróleos Mexicanos, Historia de Petróleos Mexicanos, 12 de diciembre de 2008. 10 de febrero de 2010, <http://www.pemex.com/index.cfm?action=content&sectionID=1&catID=10004>, citado en Sergio Elías Gutiérrez Salazar, “La Administración Pública Federal durante la Cuarta República (Federal Social) Segunda Parte (1917-1977)”. En: Diego Valades y Daniel Márquez Gómez (Coordinadores), *200 años de Administración Pública en México. Base Legal y Programática*. Tomo I. Instituto Nacional de Administración Pública, México, 2010. pp. 147-148.

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 148.

*los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógenos sólidos, líquidos o gaseosos; y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional”.*<sup>191</sup>

Aunque se reconoce en el artículo 27 constitucional la opción de otorgar concesiones para la explotación y beneficios de cierta parte del patrimonio nacional, en materia de petróleo se enfatiza que:

*“Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos o de minerales radiactivos, no se otorgarán concesiones ni contratos, ni subsistirán los que en su caso se hayan otorgado y la Nación llevará a cabo la explotación de esos productos, en los términos que señale la Ley Reglamentaria respectiva”.*<sup>192</sup>

Lo expuesto desde el punto de vista público tiene una zona gris que es importante destacar. La Constitución de 1917 en el artículo 27 y referido al asunto del petróleo, fortalece la visión de lo público-estatal como un monopolio que el Estado ha de tener para proteger los intereses de la Nación, pero ésta es unidad política que comprende un sentido de identidad, convivencia y pertenencia que implica supeditación sin más, al orden establecido, con lo cual se trata de un área en la cual lo público en la óptica de la vida moderna, es similar a la Nación y el Estado.

En el documento constitucional lo público de la sociedad no es algo que tenga trato preferencial; en cambio, en lo público-estatal no sólo se trata de algo preferencial, sino que conjugan en una misma identidad la Nación y lo estatal, de ahí que el Estado mexicano haya sido dotado de atribuciones para que sea una organización que tiene a su cargo la existencia de monopolios públicos

<sup>191</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Editorial Sista, Enero 2010. p. 56.

<sup>192</sup> *Ibid.*, 57

como la administración, explotación y aprovechamiento del petróleo, aunque de modo constitucional no se reconozca así.

Lo público identificado en el Estado no es equivalente a lo público de la sociedad. Lo público en el Estado se protege con el poder del propio Estado sin mediar cesión de atribuciones, delegación de facultades a la sociedad o el mercado, menos a grupos con interés de tener injerencia en los asuntos colectivos. Lo público del Estado mexicano en su fundamentación moderna, tiene valor constitucional, es decir, valor político de la más alta importancia y se asocia más a la soberanía nacional, la autodeterminación política, la supremacía del Estado ante la sociedad y la defensa de la Nación.

Lo público estatal se asegura con la dominación a cargo de los medios de administración que están en manos de los dirigentes y los cuadros burocráticos y en el caso del petróleo, existe una empresa pública que se encarga de salvaguardar ese valioso recurso y es la encargada de hacer efectiva la intervención del Estado en su explotación, aprovechamiento y distribución, lo cual implica que Petróleos Mexicanos se encarga por mandato constitucional, de tener a su cargo y de modo exclusivo, el destino del petróleo.

Por eso en el artículo 28 constitucional se anota de manera explícita que:

*“No constituirán monopolios la funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos, radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica, minerales radiactivos y generación de energía nuclear, electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión [...] El Estado contará con 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”.*<sup>193</sup>

Ahora bien, después de haber hecho un recorrido histórico del papel de lo público-estatal en México, examinaremos un estudio de caso para analizar la interpretación inconstitucional o anticonstitucional de la Reforma Energética.

---

<sup>193</sup> *Ibid.* p. 62

- ***Constitucionalidad, inconstitucionalidad o anticonstitucionalidad de los contratos que PEMEX formaliza con empresas particulares contratos administrativos o mercantiles.***

La primera pregunta que tendríamos que hacernos es: ¿Qué legislación secundaria se invoca para contravenir o no a la Constitución?

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reserva como actividad económica exclusiva del Estado *a la industria petrolera*. *En este sentido, las disposiciones jurídicas que se han utilizado para permitir la participación indirecta de la iniciativa privada en los hidrocarburos son:* Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios, Ley Federal de las Entidades Paraestatales, Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, Ley Reglamentaria del Artículo 27º Constitucional en el Ramo del Petróleo y Ley de la Comisión Reguladora de Energía.

De manera concreta, el viernes 28 de noviembre de 2008 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación, los siete decretos que integran la denominada Reforma Energética:

- Decreto por el que se expide la Ley de Petróleos Mexicanos; se adicionan el artículo 3º de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales; el artículo 1º de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y un párrafo tercero al artículo 1º de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.
- Decreto por el que se expide la Ley para el Aprovechamiento de Energías Renovables y el Financiamiento de la Transición Energética.
- Decreto por el que se expide la Ley para el Aprovechamiento Sustentable de la Energía.
- Decreto por el que se expide la Ley de la Comisión Nacional de Hidrocarburos.

- Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo.
- Decreto por el que se reforma y adiciona el artículo 33 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
- Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de la Comisión Reguladora de Energía.

1. ¿En qué medida una legislación secundaria posibilita el incumplimiento de una norma constitucional?

Un principio fundamental del Derecho es la supeditación de las normas secundarias a la Constitución –fundamentalidad constitucional–, pues de ella emanan. En este sentido, hacer contravenir sus disposiciones mediante leyes de jerarquía inferior, hace a éstas inconstitucionales, pero no opera de pleno derecho, sino que debe ser establecido por un juez competente, en estos casos la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En el caso de México, dada la relativa facilidad de modificar una norma secundaria –en comparación con la posibilidad de reformar la Constitución dado el procedimiento rígido que establece–, ellas se convierten en el espacio propicio para alterar el espíritu de la norma fundamental.

Una forma de contravenir la Constitución a través de una norma secundaria es evitar la utilización, en sentido literal los términos que prohíbe o permite. Es por ello que la reforma energética aprobada en 2008 no utiliza el concepto de contrato de riesgo, dado que está expresamente prohibido, pero lo sustituye por el de contrato de desempeño o de incentivos, que tienen efectos similares, dado que permite la participación privada<sup>194</sup> en el manejo del patrimonio público de la Nación definido como de manejo exclusivo del Estado.

<sup>194</sup> El 1º de marzo de 2008, el Director General de Pemex Exploración y Producción, Carlos Morales Gil, expuso que “las empresas ganadoras estarán entrando a los campos a trabajar en septiembre, y luego vendrá un periodo de estudio que tardará entre año y año y medio, en los que ellos tendrán que proponer las actividades a realizar para incrementar la producción [...] también mencionó que el modelo de contrato está blindado, en el sentido de que la generación de recursos del propio proyecto permite el pago a las empresas y también a Pemex tener una utilidad, “el contrato no podría operar si no se tiene una utilidad para Pemex y un flujo de efectivo suficiente para hacer el pago a las empresas”. En: [www.pemex.com/index.efm](http://www.pemex.com/index.efm) 2 de marzo de 2011.

En efecto, la Ley Reglamentaria del Artículo 27 en Materia de Petróleo señala en su artículo sexto que:

*“Petróleos Mexicanos podrá celebrar con personas físicas o morales los contratos de obras y de prestación de servicios que la mejor realización de sus actividades requiere. Las remuneraciones que en dichos contratos se establezcan serán siempre en efectivo y en ningún caso concederán por los servicios que se presten o las obras que se ejecuten, propiedad sobre los hidrocarburos, ni se podrán suscribir contratos de producción compartida o contrato alguno que comprometa porcentajes de la producción o del valor de las ventas de los hidrocarburos ni de sus derivados, ni de las utilidades de la entidad contratante”.*<sup>195</sup>

Es decir, se prohíben los contratos de riesgo entendidos como la posibilidad de que se pague a los inversores en especie, pero de cualquier forma participan y se les paga en efectivo.

La reforma energética buscó en 2008, que PEMEX cuente con herramientas para multiplicar su capacidad de ejecución y hacerse de la tecnología más avanzada a través de la adecuación de los esquemas de contratación que realiza en los trabajos de obra o prestación de servicios que encomienda (contratos de desempeño o con incentivos),<sup>196</sup> sin considerar mecanismos de remuneración que comprometan la propiedad del hidrocarburo.

Las diferencias concretas entre un contrato con incentivos y uno de riesgo son las siguientes:

- Los incentivos son una parte del pago, y como tales, siempre se pagarán en efectivo.
- Los incentivos son mecanismos que no comprometen ni la propiedad ni el control sobre los hidrocarburos.

<sup>195</sup> Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en el ramo del petróleo. *Última Reforma DOF 28-11-2008*. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/206.pdf>

<sup>196</sup> “Los incentivos son estímulos que se pactan en los contratos con el fin de reconocer mediante una compensación adicional al pago, el mejor desempeño de los contratistas. De acuerdo con la Ley de Petróleos Mexicanos, se podrán establecer incentivos cuando PEMEX obtenga economías por menor tiempo en la ejecución de los servicios, se apropie de nuevas tecnologías, o cuando ocurra cualquier otra circunstancia que redunde en una mayor utilidad para PEMEX. <http://contratos.pemex.com/portal/index.cfm>. 26 de enero de 2011

- Los incentivos no implican una participación en la producción, por eso no son contratos de producción compartida.
- El pago de incentivos sólo ocurre cuando, como resultado de la ejecución de obras y servicios, se incrementa la renta petrolera.

En materia de refinación, la reforma dota a PEMEX de mecanismos que le permiten ampliar su capacidad a través de la contratación de terceros, a quienes entregará el petróleo crudo para su procesamiento y recibe a cambio los productos procesados y residuos aprovechables (maquila). Asimismo, no modifica el esquema actual de comercialización, que se mantiene en exclusiva a través de franquicias de PEMEX (sólo se puede vender gasolina de la empresa petrolera estatal) y bajo el mecanismo de precios establecido por el Gobierno Federal.

Estos argumentos han servido de base para sustentar la validez de las normas secundarias, pues la Constitución establece que se pueden celebrar contratos siempre y cuando no se dé al particular en ningún momento la propiedad de la renta petrolera.

En efecto, el sector privado no puede intervenir en las actividades inherentes a las áreas estratégicas, pero sí puede intervenir en las actividades industriales sin el carácter nominal de propietario de los productos, pero sí de los beneficios en efectivo.

En este sentido, cabría la posibilidad de preguntarnos si ¿Lo público en el caso de México sólo se refiere al Estado o en el art. 26 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos se abre la posibilidad de que el capital privado intervenga directamente en el patrimonio público de la nación y explote aunque sea parcialmente la industria petrolera? Lo anterior se estableció en la Constitución que dispone sea exclusivamente estatal.

Dada la tradición estatista del México posrevolucionario, y particularmente las condiciones surgidas de la expropiación petrolera de 1938, lo público quedó oficial y legalmente ceñido a la naturaleza de lo estatal. En este sentido, el artículo 26 de la Constitución equipara el patrimonio público con la propiedad estatal.

Sin embargo, el texto constitucional es ambiguo al señalar sin precisión cuáles son las actividades en las que puede coparticipar el sector privado y social, y aunque en el artículo 27 y 28 se señalan las actividades exclusivas del Estado, en los hechos la iniciativa privada tiene participación. En adición, la norma fundamental señala expresamente que el Estado tiene la obligación de constituir organismos que se encarguen del manejo del patrimonio público y de la coordinación que tenga con el ámbito privado y social para tales efectos.

También cabe preguntarnos si ¿Las áreas estratégicas y prioritarias de las economías reconocidas en el art. 28 de la Constitución posibilitan o no en el caso del petróleo que pueda intervenir en su administración y explotación directa del capital privado?

Aquí es útil la interpretación o hermenéutica histórica. La defensa del petróleo como patrimonio público de manejo exclusivo del Estado que ordena la Constitución se debe a las condiciones enfrentadas en la expropiación de 1938. La intensa protección del hidrocarburo fue necesaria para salvaguardar el interés nacional ante los no pocos intentos de las compañías petroleras extranjeras de recuperar su dominio en esa actividad económica. Es por ello que se señala expresamente que los privados y extranjeros no pueden tener participación directa sobre el petróleo.

La legislación secundaria lo que más ha podido permitir es la explotación indirecta con los contratos de servicios múltiples, de incentivos y de desempeño.

En conclusión, en la lógica contemporánea de lo público, la corresponsabilidad, la cooperación, la concesión y la subrogación son figuras contractuales que favorecen la sinergia entre gobierno y ciudadanía. En este sentido, los convenios celebrados entre PEMEX y los particulares pueden favorecer un esquema donde las capacidades institucionales de la paraestatal puedan fortalecerse; sin embargo, lo que contraviene el espíritu de lo público es la actuación discrecional e inconstitucional de los actores políticos y empresariales para permitir la incursión de la iniciativa privada en la industria petrolera sin haber hecho antes las modificaciones jurídicas constitucionales necesarias.

Atentar contra los valores del Estado de derecho –certeza, legalidad y previsibilidad de las conductas colectivas e individuales– contraviene el significado de lo público y erosiona las capacidades institucionales que se requieren para atender los problemas públicos.

Por eso el espacio público tiene como punto cardinal de su eficacia no sólo la colaboración, sino también la solidaridad que evita que el desamparo sea la causa de una mayor exclusión social y económica. La productividad del espacio público es un aspecto a destacar porque finalmente da origen a formas de vida que se relacionan con el modo de organizar y aprovechar los recursos.

La estrategia que aumenta la productividad consiste en lograr que los agentes productivos tengan los incentivos necesarios para alentar la producción de los bienes y servicios sobre la base de rendimientos que permitan acumular el capital de manera constante. La productividad alude a las capacidades que tienen que desarrollarse para que la sociedad y el Estado en la visión de lo público, tengan condiciones idóneas para asegurar y consolidar el intercambio mercantil.<sup>197</sup>

Es importante señalar que el papel de las organizaciones sociales, el gobierno y las empresas deben contribuir a ser los motores que posibiliten el crecimiento económico para que posteriormente a través de las políticas de gobierno se proceda a la distribución de los beneficios para evitar el aumento de la desigualdad social. Cuando ésta tiende a la baja, son mayores las posibilidades para que la exclusión no se reproduzca en escala creciente. La preservación de los fundamentos del espacio público no sólo tiene elementos políticos, sino también económicos y sociales.

Se requiere, en consecuencia, de marcos institucionales que favorezcan arreglos constructivos entre los agentes productivos y las autoridades para llevar a cabo acciones más solidarias y encaminadas a potenciar que las

---

<sup>197</sup> “Un Estado que cumple sus funciones públicas mediante organizaciones no gubernamentales, las cuales se hacen cargo directamente del proceso de prestación de los servicios y la producción de los bienes públicos, obliga a otra idea de Administración Pública y obliga a la Administración Pública convencional, gubernamental, a asumir otras funciones y operaciones administrativas. Más directivas, más estratégicas”. Luis F. Aguilar Villanueva, “La silenciosa, heterodoxa, reforma de la Administración Pública”. En: *Revista de Administración Pública*, núm. 91, Instituto Nacional de Administración Pública, México, 1996. p. 34.

condiciones de vida sean más favorables. Un efecto corrosivo que se debe evitar en el espacio público es la concentración de la riqueza y los beneficios, lo cual provoca que la inequidad aumente hasta propiciar tensión entre la forma de producir y distribuir la riqueza material.

Aminorar la desigualdad y aprovechar de manera estratégica los recursos escasos es una ruta indicada para desactivar los conflictos políticos que pueden cimbrar a las instituciones públicas, cuando fallan la administración, la política y el gobierno.

Finalmente podemos concluir que las insuficiencias, carencias y problemas que trascienden la esfera de lo privado para ingresar al espacio de lo público, es lo que acredita y legitima la intervención de la Administración Pública en la vida comunitaria. En el mundo moderno, lo privado no se entiende sin lo público y lo público tampoco se entiende sin referencia a lo privado. Lo importante es no contraponer lo privado y lo público, sino situarlos en la dimensión realista que les corresponde y cómo interactúa en los espacios institucionales de la sociedad moderna.

Es importante señalar que cuando se gobierna, los Estados se apoyan en la Administración Pública para conseguir los resultados deseados y esperados, ya que los esquemas de previsión y los ejercicios de programación, son palancas importantes para promover la actividad económica y para contribuir en la mejor aplicación de los procesos vinculados con el bienestar compartido.

Si la gobernabilidad implica el desarrollo de capacidades de dirección pública,<sup>198</sup> éstas tienen en la Administración Pública la cobertura institucional para que se apliquen en los sectores que formulan las demandas sociales.

En este sentido, el papel de la Administración Pública en los esquemas de la gobernabilidad no está a discusión. Con la misma se definen y cumplen fines

<sup>198</sup> “Dentro de la Nueva Administración Pública, la capacidad de gobierno implica la fortaleza para materializar las políticas democráticas, es decir la dirección pública necesaria para conducir las instituciones públicas y llevar a cabo el gobierno de las instituciones. Esta dirección pública está compuesta por la toma de decisiones y el mando de hombres, basados en un desarrollo estratégico”. Alfonso González Mateos, “La importancia de la dirección pública en la organización e implementación de las políticas democráticas”. En: Ricardo Uvalle Berrones. *Sociedad, Ciudadanización y Estado Democrático (Coordinador)*, Instituto Nacional de Administración Pública, México, 2001. pp. 31-32.

políticos que no es factible desconocer en el ambiente del quehacer estatal, pues éste se comunica ampliamente con los ámbitos del poder que inciden en la definición de las metas y la asignación de los recursos que se negocian en las instituciones. Generar resultados tangibles y provocar impactos relevantes en la vida económica y social, es lo que permite identificar la senda del crecimiento productivo, así como las estrategias que se orientan a la generación del bienestar social.

De este modo, los resultados obtenidos son motivo de las capacidades que se aplican desde la Administración Pública, y se relacionan con la lógica de la decisión y el carácter práctico de los sistemas de operación que se encargan de dar cuerpo de acción a las ideas y planes que se deciden en el mundo de los arreglos institucionales y políticos.

Si bien es cierto que la gobernabilidad puntualiza elementos propios del régimen político, no menos importante es que también se explica a partir del mundo administrativo del Estado, ya que en el mismo se localizan los medios principales que se encargan de convertir los insumos materiales, financieros y técnicos en productos específicos como son los bienes, los servicios y las obras públicas que tienen como destino final los diversos requerimientos de la vida social y productiva.

Por tanto, la eficiencia de la Administración Pública no debe solamente enunciarse, sino demostrarse en los hechos, particularmente, en la satisfacción de las exigencias que se plantean a las autoridades que, mediante elección, ocupan el timón del Estado. De este modo, la estructura y la organización de la Administración Pública debe ser congruente con las dimensiones complejas de la gobernabilidad, dado que la democracia, la justicia distributiva y los beneficios tangibles deben focalizarse, no enunciarse en lo abstracto y lo general.

Como instrumento de gobierno, la Administración Pública desempeña tareas puntuales vinculadas con el orden público, la calidad de los proyectos de vida, los intercambios económicos, la regulación indispensable, la equidad social y la vigencia de las prácticas democráticas.

Su radio de acción comprende los amplios espacios de la sociedad y no hay segmento alguno de ésta que no sea motivo de su acción necesaria. Además, es el canal a través del cual se captan, distribuyen y aplican los recursos públicos para orientarlos a los procesos del desarrollo.

Desde la óptica de la gobernabilidad democrática, los fines de la Administración Pública tienen carácter político y social, porque es entendida como la palanca central en los procesos de la dirección pública que conciernen a la complejidad de la sociedad civil contemporánea. Sus fines se enlazan con los proyectos de vida de la sociedad, tienen fundamento constitucional y son formalizados por los órganos parlamentarios que representan la conciencia organizada de la sociedad. Así, los resultados de la acción del gobierno tienen un contexto de aceptación, inconformidad o rechazo que no pueden omitirse para entender a la Administración Pública desde la perspectiva de la gobernabilidad democrática.

## POSTCRITUM

En este sentido y refiriéndonos concretamente a la Reforma Energética encontramos que Petróleos Mexicanos anunció el 18 de agosto de 2011 que “Las empresas que resultaron ganadoras fueron la británica *Petrofac Facilities Managment Limited*, para los campos Santuario y Magallanes, y la mexicana Administradora de Proyectos de Campo para el área Carrizo. Este es un paso más para forzar la apertura de las actividades estratégicas de Pemex a beneficio del sector privado nacional e internacional [...] cede a empresas privadas actividades sustantivas de Pemex [...]”.<sup>199</sup>

Al respecto podemos señalar que precisamente en la duda de ¿qué sí es constitucional o no que las empresas privadas tienen atribuciones para participar en la producción y exploración de campos petroleros? La Suprema Corte de Justicia ha determinado que no es improcedente ese hecho, resolviendo la controversia tal y como se señala a continuación:

---

<sup>199</sup> Israel Rodríguez. “Cede Pemex a empresas privadas producción de campos maduros” en *La Jornada*. 19 de agosto de 2011. p. 23

- **“CONFIRMA SCJN DESECHAR CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL SOBRE CONTRATOS DE SERVICIOS DE PEMEX EN LAS ÁREAS DE MAGALLANES, CARRIZO Y SANTUARIO**

Así lo determinó el Pleno del Alto Tribunal al resolver el recurso de reclamación 36/2011-CA interpuesto por la Cámara de Diputados.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) confirmó el acuerdo mediante el cual el ministro instructor, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia desechó, por notoriamente improcedente, la controversia constitucional que promovió la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, referente a los contratos de servicios para la evaluación, el desarrollo y la producción de hidrocarburos en las áreas de Magallanes, Carrizo y Santuario, en la Región Sur.

Así, se resolvió el recurso de reclamación 36/2011-CA interpuesto por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, contra el proveído de 15 de abril del año en curso, por el cual se desechó la controversia constitucional 48/2011.

En la resolución se señala que existe un motivo manifiesto e indudable de improcedencia que dio lugar a desechar la demanda, de conformidad con el artículo 25 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Federal, en virtud de que los actos impugnados no afectan el interés legítimo de la parte actora.

En ese sentido, para la procedencia de la controversia constitucional se requiere que exista una afectación a la esfera de competencia y/o atribuciones del ente legitimado, en tanto no es factible la impugnación de todo tipo de actos por su probable infracción a los ordenamientos legales aplicables, sin atender, en cada caso, a una posible violación al principio de división de Poderes en razón de la inobservancia o afectación a una atribución que constitucionalmente tenga conferida el ente u órgano promovente.

Así, si alguna de las entidades, poderes u órganos que prevé la fracción I del artículo 105 constitucional promueve controversia constitucional en contra de

actos que son ajenos a su esfera de facultades o atribuciones, se entenderá que carece de interés legítimo y, por ende, que la demanda resulta improcedente.

Si bien es cierto que la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, atendiendo a su potestad legislativa puede plantear en vía de controversia constitucional disposiciones reglamentarias cuando estime que desvirtúan el contenido de las leyes en cuyos procesos de formación intervino; en este caso los actos impugnados no afectan su interés legítimo, porque no constituyen normas reglamentarias que puedan contravenirse con el contenido de las leyes aplicables.

Lo anterior, se refiere a una situación real y concreta de la competencia del organismo descentralizado PEMEX, el que de conformidad con la ley que lo rige, cuenta con personalidad jurídica y patrimonios propios y tiene por objeto la exploración, explotación y demás actividades a que se refiere el área estratégica del petróleo, así como ejercer la conducción central y dirección estratégica de la industria petrolera”.<sup>1</sup>

Lo que se puede concluir con la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es que en México imperan criterios de interpretación, no necesariamente compatibles con el contenido y espíritu de las normas constitucionales como es el caso de los artículos 27 y 28 de la Constitución vigente:

*“en nuestro país, [...] las leyes sólo se cumplen parcialmente [...] el bajo nivel de cumplimiento de las leyes es evidentemente un resultado del contexto institucional inexistente. Es esencial tener en cuenta esto último cuando se piensa en introducir reformas o mejoras institucionales o resultaría poco útil, o incluso contraproducente, adaptar modelos institucionales sólo porque han probado ser muy eficientes en otros lugares”.*<sup>200</sup>

Sin embargo, lo que señala el artículo 28 “El Estado contará con organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado” es la clave para permitir una participación diferente

<sup>200</sup> José Ayala Espino, *Instituciones para mejorar el desarrollo. Un nuevo pacto social para el crecimiento y el bienestar*. Fondo de Cultura Económica, México, 2003. p. 102.

a la *estatal* en el manejo del petróleo, lo que al mismo tiempo permitiría a instancias como la Suprema Corte dar nuevas interpretaciones al concepto de lo público, claro, desde una perspectiva eminentemente jurídica.

Por otra parte, podríamos preguntarnos ¿si la Suprema Corte de Justicia de la Nación al convalidar esos contratos interpreta fielmente el sentido y el espíritu de los art. 27 y 28 de la Constitución? y ¿qué si tomó en cuenta como referencias la Reforma a PEMEX del año 2008?, sobre los criterios jurídicos que invoca para que PEMEX realice contratos mercantiles y administrativos,” se puede señalar que la resolución de la Suprema Corte no entra al fondo del asunto, pues por procedimiento primero se revisa si quien inicia un proceso (en este caso la acción de inconstitucionalidad) está legitimado para ello, es decir, si la parte actora es quien debe reclamar el acto, y en este caso la Corte decidió que no fue así, que la Cámara de Diputados no es la parte legítima para iniciar el proceso, y es por esto que tampoco hace alusión directa a la reforma de 2008, porque no tuvo la necesidad de “llegar hasta allá”. Si la corte hubiera aceptado que la Cámara de Diputados era un actor legítimo para iniciar el proceso, entonces la Suprema Corte de Justicia de la Nación se hubiera visto obligada a discutir y resolver el fondo del asunto. En este sentido, la resolución de la Corte me parece más de carácter político que estrictamente jurídico.

## **PROPUESTA**

De acuerdo con la Ley de Petróleos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de noviembre de 2008, la entidad paraestatal tiene como máximo órgano de decisión al Consejo de Administración (artículo 8), que se compone de quince miembros: 1) seis representantes del Estado designados por el Ejecutivo Federal; 2) cinco representantes del Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana; y 3) cuatro consejeros profesionales designados por el Ejecutivo Federal. Asimismo, se señala que el Director General de PEMEX será designado libremente por el Presidente de la República.

Como se observa, el diseño institucional del máximo órgano de Petróleos Mexicanos no favorece la participación ciudadana, pues al no establecer de manera detallada quién conformará el Consejo, ni los requisitos que deben cubrir sus integrantes, se deja un marco amplio de discrecionalidad para la

autoridad pública. De hecho, en la ley anterior de 1992 (Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios), se especificaba que uno de los integrantes del Consejo debía ser el Secretario del Medio Ambiente y Recursos Naturales, con objeto de evitar daños ecológicos por la actividad petrolera, sin embargo, la ley actual ya no hace esa prevención.

Derivado de lo anterior, se propone un nuevo diseño institucional-normativo para fortalecer la dimensión pública en PEMEX por medio de una mayor representatividad ciudadana en su funcionamiento, la cual se sustenta en cuatro puntos:

1. Adicionar una fracción III al artículo siete de la Ley de Petróleos Mexicanos para Crear un Consejo Consultivo integrado por expertos, es decir, que cuenten con una trayectoria académica y de investigación ampliamente reconocida en el sector de su especialidad, donde se encuentren representados los ciudadanos en relación al impacto económico, social y ambiental de la actividad de PEMEX. Asimismo, se requeriría una sección séptima donde se detallen los perfiles de los integrantes y sus atribuciones, entre las que deben estar definir políticas de largo plazo y fungir como órgano asesor de PEMEX y cuyas recomendaciones sean vinculatorias.
2. Fortalecer la emisión de bonos petroleros ciudadanos y, sin asignar la calidad de socios, ampliar sus esquemas de representación como inversionistas, lo cual implica ajustar el apartado B de la Ley.
3. Modificar la fracción II del artículo siete para establecer que la designación del Director General de PEMEX no sea directa, sino que se sujete a una terna que presente el Presidente de la República ante el Senado, así como esta institución ratifica a los consejeros profesionales.
4. Reformar el artículo 9 de la ley para señalar de manera expresa y no discrecional quiénes serán los representantes del Ejecutivo Federal. Se sugiere al Secretario de Energía, de Economía, de Hacienda, de Medio Ambiente y Recursos Naturales, de Desarrollo Social y de la Función Pública, de tal manera que las decisiones sobre la administración de PEMEX incorporen criterios transversales de carácter económico, ambiental y social.

## LEY DE PETRÓLEOS MEXICANOS

Artículo 8º - El Consejo de Administración de Petróleos Mexicanos se compondrá de quince miembros propietarios, a saber:

- I. Seis representantes del Estado designados por el Ejecutivo Federal;
- II. Cinco representantes del Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana, que deberán ser miembros activos del mismo y trabajadores de planta de Petróleos Mexicanos, y
- III. Cuatro consejeros profesionales designados por el Ejecutivo Federal, mismos que representarán al Estado y serán servidores públicos.

Para nombrar a los consejeros profesionales, el Presidente de la República someterá sus designaciones a la Cámara de Senadores o, en sus recesos, a la Comisión Permanente, para su ratificación por mayoría absoluta.

Si el Senado de la República o la Comisión Permanente rechazare la designación, el Ejecutivo Federal someterá una nueva propuesta.

En todo caso, la Cámara de Senadores o la Comisión Permanente resolverán en un plazo improrrogable de treinta días a partir de la fecha de presentación de la propuesta.

La falta definitiva de un Consejero Profesional será suplida por un Consejero sustituto quien concluirá el periodo correspondiente.

Los consejeros profesionales únicamente podrán ser removidos por las causas y conforme al procedimiento previsto en los artículos 12 y 13 de esta Ley.