

VARIABLES JURÍDICO CONSTITUCIONALES DE LA REFORMA ENERGÉTICA

En memoria del doctor Jorge Carpizo

Jaime CÁRDENAS

Sumario: I. *Introducción.* II. *Variables y consecuencias jurídicas de la reforma constitucional energética.* III. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Las principales fuerzas políticas del país durante 2013 presentaron al Senado de la República iniciativas de reforma energética. El titular del Ejecutivo federal y legisladores del PAN formularon iniciativas de modificación constitucional a los artículos 27 y 28 de la carta magna. Los legisladores del PRD proponen modificaciones al ordenamiento jurídico secundario.

El objetivo de la reforma constitucional del Ejecutivo y del PAN consiste en abrir el sector de los hidrocarburos y de la electricidad a la inversión privada, ya sea a través de contratos de utilidad compartida, de concesiones y de permisos. Aunque las iniciativas no fueron muy explícitas en la apertura en esos sectores a la inversión privada extranjera, todo parece indicar que la finalidad de las mismas, es permitir el ingreso a nuestro país de las grandes empresas petroleras del mundo, tales como Exxon Mobile, Chevron, la Royal Dutch Shell o British Petroleum, y también de las empresas mundiales de la electricidad.

La reforma constitucional se justifica por parte del gobierno señalando que Pemex y CFE son organismos con grandes problemas económicos y que los sectores de los hidrocarburos y la electricidad requieren de grandes inversiones y de tecnología. Ambos fundamentos son insostenibles porque Pemex antes de pagar las contribuciones a la Hacienda nacional es una de las primeras empresas petroleras del mundo. En

cuanto a la carencia de tecnología, ésta puede ser adquirida en el mercado internacional sin tener que liberalizar el sector eléctrico o el de los hidrocarburos.¹

La aprobación de la reforma constitucional energética, según el modelo del Ejecutivo federal y del PAN, comportará grandes y graves consecuencias a nuestro país. Este artículo expone de manera pormenorizada esas consecuencias y riesgos, suponiendo que la reforma constitucional a los artículos 27 y 28 de la Constitución ha sido ya aprobada.²

II. VARIABLES Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL ENERGÉTICA

1. *Inconstitucionalidad de la reforma constitucional a los artículos 27 y 28 de la carta magna porque afecta los principios políticos fundamentales*

Aunque el Constituyente de Querétaro formalmente aprobó solo los dos primeros principios constitucionales en materia de petróleo,³ el tercero y el cuarto fueron producto de tres reformas —las de 1940, 1960 y 1983—, las que no significaron un cambio en la línea original del Constituyente, sino que adaptaron la regulación constitucional en materia de petróleo al sentido básico de las normas de Querétaro, que es la de considerar estos recursos como propiedad de la nación, de todos los mexicanos, parte de nuestra soberanía. El que se prohíban las concesiones y los contratos a los particulares responde al carácter social del derecho de la nación sobre los

¹ Sobre estos y otros argumentos falaces véase Bartlett Díaz, Manuel (coord.), *Estrategia urgente en defensa de la nación. Política energética para que México sea potencia económica en el siglo XXI*, México, Partido del Trabajo, 2013.

² Este artículo se presenta antes de la aprobación de la reforma constitucional a los artículos 27 y 28 constitucionales.

³ Los principios constitucionales son: 1) el que señala la propiedad originaria de la nación sobre las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, la que tiene el derecho de transmitir su dominio a los particulares para que éstos constituyan la propiedad privada; 2) el del dominio directo, inalienable e imprescriptible de la nación sobre todos los recursos naturales del subsuelo, incluyendo los hidrocarburos; 3) el de la explotación directa de los hidrocarburos por parte de la nación, en consecuencia la prohibición expresa de otorgar a particulares concesiones o contratos en la materia, según lo disponga la ley reglamentaria, y 4) el que expresa que los hidrocarburos y la petroquímica básica constituyen un área estratégica de la economía nacional y que el sector público las tendrá a su cargo de manera exclusiva (reformas a los artículos 25 y 28 constitucionales).

hidrocarburos, que toma en cuenta la negativa experiencia histórica de las compañías privadas, principalmente extranjeras, que se habían apartado de cualquier interés a favor de la nación, o el que se considere al petróleo un área estratégica del Estado, y que solo a él le corresponda la explotación de estos recursos, constituyen reformas consecuentes con la visión constitucional del Constituyente de Querétaro. Todas esas modificaciones refuerzan el principio del dominio directo, inalienable e imprescriptible de la nación sobre todos los recursos naturales del subsuelo, de manera destacada de los hidrocarburos.⁴

Es importante mencionar, como dice Guastini, que una cosa es modificar la Constitución sin alterar su identidad, es decir, los principios supremos que la caracterizan y distinguen de otras Constituciones, y otra es, introducir principios supremos diversos de los de la Constitución precedente, ya que en ningún caso puede la reforma constitucional ser utilizada para modificar los principios supremos de la Constitución existente.⁵ Las reformas constitucionales de 1940, 1960 y 1983 en materia de petróleo, no variaron o modificaron la identidad sobre los principios de dominio directo, inalienable e imprescriptible de la nación sobre los hidrocarburos, sino que adaptaron los principios aprobados por el Constituyente a los requerimientos sociales e históricos del momento, para eliminar sus debilidades formales, que solo podían surgir a la luz de la práctica constitucional del país. Así por ejemplo, la adición de 1940 —que prohíbe concesionar los hidrocarburos— fue totalmente necesaria para contener los abusos de las compañías petroleras extranjeras que no habían respetado en los hechos la soberanía energética del país ni los principios del constituyente de Querétaro; la reforma de 1960 fue necesaria porque los intereses privados con la complicidad del sector público habían hecho nugatoria en los hechos la prohibición de las concesiones sobre los hidrocarburos a través de la figura de los contratos de riesgo, y la reforma de 1983 constituyó el cierre o perfeccionamiento constitucional de los principios en la materia, para tajantemente señalar que los hidrocarburos son área estratégica del Estado y que sólo al sector público le corresponde su explotación en las distintas fases de la industria petrolera.

Si las reformas de 1940, 1960 y 1983 hubiesen tenido por propósito debilitar los principios del Constituyente de Querétaro, estableciendo que la nación ya no tenía el dominio directo, inalienable e imprescriptible so-

⁴ Consultar Cárdenas Gracia, Jaime, *En defensa del petróleo*, México, UNAM, 2009.

⁵ Guastini, Riccardo, “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?”, *Estudios de Teoría Constitucional*, trad. de Miguel Carbonell, México, Fontamara, 2001, p. 203.

bre los hidrocarburos, o favoreciendo a los particulares con la explotación de esos recursos por encima de los intereses de la nación; esas modificaciones constitucionales hubiesen implicado la destrucción de la Constitución, la alteración de la misma, por un órgano incompetente como lo es poder revisor de la Constitución. En esta tesitura, Carl Schmitt decía que los órganos de reforma constitucional no son titular o sujeto del Poder Constituyente —son un órgano constituido— ni están comisionados para su ejercicio permanente, por lo que a través de los procedimientos de reforma previstos en las Constituciones no es factible dar una nueva Constitución ni trastocar o suprimir una decisión política fundamental.⁶

En el derecho comparado y en el derecho nacional existen muchos puntos de vista acerca de las limitaciones del poder de revisión de la Constitución, que como órgano constituido no puede alterar los principios básicos de la Constitución o sus decisiones políticas fundamentales. En Estado Unidos, William L. Marbury sostuvo que el poder de reformar la Constitución no incluye el de destruirla y que el término enmienda implica que las adiciones o cambios a la Constitución deben tener por propósito llevar a cabo los fines constitucionales aprobados por el Constituyente originario.⁷ En Italia, Constantino Mortati defendió la idea de que el poder de revisión no puede alterar las líneas fundamentales del sistema constitucional.⁸ En Colombia, Ramírez Cleves, ha afirmado que el poder revisor o reformador de la Constitución es un poder limitado, ya sea de manera expresa o implícita, por garantías democráticas como los derechos fundamentales que desarrollan, dan base y sentido a la organización constitucional y estructuran el Estado democrático de derecho, pues sostener lo contrario sería deslegitimar el propósito mismo del poder constituyente originario y de la Constitución.⁹

Por lo que ve a la doctrina mexicana, José María del Castillo Velasco, diputado constituyente en 1857, indicó que las adiciones y reformas a la Constitución de 1857 no podían nunca limitar o destruir los derechos del hombre ni los derechos de la sociedad, ni la soberanía del pueblo ni

⁶ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982, pp. 119 y 120.

⁷ Marbury, William L., “The Limitation Upon the Amending Power”, *Harvard Law Review*, núm. 33, 1919-1920.

⁸ Mortati, Constantino, *La Constitución en sentido material*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

⁹ Ramírez Cleves, Gonzalo, *Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2003, pp. 129 y 130.

las consecuencias de ella.¹⁰ Emilio Rabasa, en su clásica obra, *La Constitución y la dictadura*,¹¹ señaló que el poder reformador no podía destruir la Constitución. Mario de la Cueva en su *Teoría de la Constitución*, precisó que el llamado Constituyente Permanente, es un poder limitado y constituido, un poder que presupone la existencia de la Constitución y del poder constituyente, por lo que el control de la constitucionalidad de sus actos tiene que referirse a la Constitución y al poder constituyente, además de que principios como la igualdad, la libertad, la dignidad, la justicia o la forma federal del Estado son limitaciones al poder constituyente permanente.¹²

Fix-Zamudio y Salvador Valencia recuerdan en el derecho comparado la gran cantidad de Constituciones que establecen cláusulas pétreas o intangibles en sus textos. Además mencionan cómo el artículo 171 de la Constitución mexicana de 1824 contempló límites sustanciales expresos al poder revisor, indicándose que jamás se podrían reformar los artículos “que establecen la libertad de independencia de la nación mexicana, su religión, forma de gobierno, libertad de imprenta y división de los poderes supremos de los estados”, y cómo Mariano Otero consideraba que existían principios primordiales y anteriores a la Constitución como la independencia, la forma de gobierno y la división de poderes sobre los que no cabía reforma constitucional alguna y que debían ser declarados permanentes.¹³

Jorge Carpizo en su clásica obra *La Constitución mexicana de 1917*, considera que las decisiones fundamentales no son universales sino que están determinadas por la historia y la realidad socio-política de cada comunidad, son principios que se han logrado a través de luchas y como parte de la historia del hombre y de su anhelo de libertad. Entre las decisiones fundamentales implícitas en la Constitución de 1917, según Carpizo, estarían la soberanía, los derechos humanos, el sistema representativo, la separación Iglesias-Estado, la división de poderes, el federalismo, la autonomía municipal y el juicio de amparo, entre otras. Tales decisiones

¹⁰ Castillo Velasco, José María del, *Apuntamientos de derecho constitucional mexicano*, México, Imprenta del Gobierno, 1871, pp. 350 y ss.

¹¹ Rabasa, Emilio, *La organización política de México. La Constitución y la dictadura*, México, 1912.

¹² Cueva, Mario de la, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982, pp. 126-174.

¹³ Fix-Zamudio, Héctor, y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 1999, pp. 106-108.

fundamentales por su importancia y jerarquía solo al pueblo corresponde reformar y no al poder revisor de la Constitución.¹⁴

El maestro Ignacio Burgoa en su obra *Derecho constitucional mexicano* hace una importante aportación en nuestro tema. Clasifica a las decisiones políticas fundamentales en políticas, sociales, económicas, religiosas y estrictamente jurídicas. Con referencia a la Constitución de 1917 propone las siguientes decisiones políticas fundamentales: *a)* políticas, que comprenden las declaraciones respecto de soberanía popular, forma federal de Estado, forma de gobierno republicana y democrática; *b)* jurídicas, que consisten en la limitación del poder público a favor de los gobernados por medio de las garantías constitucionales respectivas, institución del juicio de amparo como medio adjetivo para preservar la Constitución contra actos de autoridad que la violen en detrimento de los gobernados, y en general, sumisión para la actividad de los órganos del Estado a la Constitución y a la ley; *c)* sociales, que estriban en la consagración de los derechos sociales; *d)* económicas, que se traducen en la propiedad de la nación sobre recursos naturales específicos como los hidrocarburos, la gestión estatal en ciertas actividades de interés público como la que tiene Pemex sobre las distintas fases de la explotación del petróleo e hidrocarburos y, la rectoría económica del Estado; *e)* culturales que se refieren a la educación, las características de la misma —laica, gratuita y obligatoria—, y *f)* religiosas como la separación de las Iglesias y el Estado. Para Burgoa, las decisiones políticas fundamentales no pueden ser eliminadas o reducidas por el poder revisor de la Constitución, dado que esa competencia solo le corresponde a una Asamblea Constituyente.¹⁵

Autores más recientes, como Carbonell, han aceptado la teoría de los límites implícitos para el poder revisor en la Constitución de 1917. Así propone que toda Constitución incluida la mexicana esté comprometida con valores mínimos, pues sustituir esos principios y valores equivale a poco menos que un golpe de Estado, aunque se haga a través de los mecanismos constitucionales. Cita a Ignacio de Otto que sobre el tema sostenía: “No sería conforme a la Constitución suprimir la democracia misma, ni siquiera utilizando para ello procedimientos democráticos... *Si el pueblo tiene un poder al que renuncia no puede tener su fundamento en el poder del pueblo, porque esto significa que no ha habido tal renuncia...*”¹⁶

¹⁴ Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, México, UNAM, 1969, p. 158.

¹⁵ Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1979, pp. 323-326.

¹⁶ Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, UNAM, 1998, pp. 264-266.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, norma que reproduce el vigente artículo 29 constitucional, su artículo 27.2 de manera textual indica:

La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (derecho a la vida); 5 (derecho a la integridad personal); 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9 (principios de legalidad y de retroactividad); 12 (libertad de conciencia y religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derechos del niño); 20 (derecho a la nacionalidad), y 23 (derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La norma interamericana citada constituye un límite material para las reformas constitucionales de todas las Constituciones de América, en donde los Estados miembros hayan ratificado la Convención. Es decir, ninguno de los Estados que hayan ratificado ese tratado, podrían a través de reformas a la Constitución, alterar, menoscabar o reducir esos derechos fundamentales, pues ni aún en estado de sitio o suspensión de garantías se pueden afectar.

A la luz de algunas experiencias históricas como la de la Alemania nazi, el México de la época de Victoriano Huerta, o el México de hoy, en donde se restringe, menoscaba o limita la soberanía energética de México, conviene preguntarse, si un sistema constitucional puede destruirse desde su propia constitucionalidad y legalidad (golpe de Estado constitucional). La respuesta empírica es que así ha sido, sobre todo si se admite que no existen límites materiales implícitos de carácter constitucional al poder de revisión de la Constitución. De esta suerte, hasta la destrucción de la totalidad de la Constitucional material existente podría presentarse como fenómeno deducible del ejercicio más estricto de la constitucionalidad y la legalidad vigente.

El fraude a la Constitución pone de manifiesto el enfrentamiento y la confrontación, en determinadas circunstancias como la que hoy vive México, entre la operación de la reforma constitucional, en cuanto actividad amparada por el sistema de constitucionalidad y legalidad, y el orden de valores y principios —entre ellos los referentes a los recursos naturales propiedad de la nación y la soberanía energética de México— en los que descansa el sistema de legitimidad. Por eso y para evitar un fraude constitucional es necesario que el poder de revisión de la Constitución sea limitado por el sistema de valores y principios constitucionales que el propio

ordenamiento jurídico tiene la misión de proteger. No reconocer ningún tipo de fronteras a la acción de reforma equivale a consagrar y dar por bueno el fraude constitucional. Por el contrario, reconocer la existencia de límites implícitos materiales en la Constitución, supone impedir que la legalidad y constitucionalidad del Estado se emplee como instrumento contra la Constitución y el poder constituyente originario, es decir, contra la soberanía nacional.¹⁷

Se puede maliciosamente sostener que la falta de precisión sobre los principios implícitos en la Constitución mexicana a lo que conduce es a que arbitrariamente se amplíe o se reduzca el número de decisiones políticas fundamentales. A lo que debe contestarse que la ampliación o reducción de límites materiales implícitos en la Constitución depende, como ha señalado Carpizo, de lo que la sociedad mexicana considera como fundamental y básico en su Constitución y, es un hecho evidente y comprobable de la historia nacional, la lucha del pueblo mexicano por el dominio directo, inalienable e imprescriptible de la nación sobre sus recursos naturales, así como por la soberanía energética y la exclusividad económica del Estado sobre el sector de los hidrocarburos y el petróleo. Por lo que no hay duda que los principios constitucionales en materia energética previstos en los artículos 25, 27 y 28 de nuestra ley fundamental constituyen límites implícitos materiales al poder de revisión previsto en el artículo 135 de la Constitución.

Como dice Pedro de Vega, en los países de vida democrática débil y con escaso sentimiento constitucional, el orden fundamental está continuamente amenazado, y por ello no tiene por qué causar extrañeza que la institución de la reforma constitucional se contemple con recelo. Esa circunstancia no significa que se paralice la historia y que la Constitución se petrifique, entraña que la alteración, limitación o reducción de las decisiones políticas fundamentales, prohíba a que la soberanía regrese a su titular, para que ésta, por medio de una Asamblea Constituyente determine el mantenimiento o su sustitución de los límites expresos o implícitos de una carta magna.¹⁸

¹⁷ Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 294 y 295.

¹⁸ *Ibidem*, p. 296.

2. *Se sustituirán los poderes fácticos nacionales por poderes fácticos transnacionales si se aprueba la reforma constitucional que permite los contratos o las concesiones*

Hoy en día en México, los poderes fácticos nacionales —medios de comunicación electrónica, grandes empresarios nacionales, organismos empresariales, el crimen organizado, partidos políticos, sindicatos, iglesias— han colonizado y se han apropiado del Estado mexicano al grado que sus instituciones formales son cajas de resonancia de los intereses de esos poderes reales. En ese proceso de colonización de las instituciones, entidades financieras internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la OCDE, también juegan un papel fundamental influyendo en el diseño de las políticas públicas nacionales y en la conformación de la agenda nacional. Igualmente el gobierno de los Estados Unidos influye y determina la política económica y de seguridad de nuestro país.

Las instituciones formales nacionales previstas en la Constitución y en las leyes son un reflejo de decisiones y de intereses que se adoptan en ámbitos diferentes a los del Estado, en donde además, esos intereses y decisiones no pasan la prueba de los procedimientos democráticos de control ni los del Estado constitucional. Los ciudadanos están al margen de esas decisiones e influencias y no las pueden controlar directamente y de raíz. La democracia y todo el andamiaje constitucional se encuentran a enemigos que no es fácil combatir porque operan al margen de las instituciones aunque las usan para su provecho.

El ingreso al negocio del petróleo, del gas y de la electricidad de grandes empresas petroleras como Exxon Mobile, Chevron, la Royal Dutch Shell o British Petroleum, implicará la incorporación de nuevos y más poderosos poderes fácticos que condicionarán la vida nacional y a sus instituciones formales. Por ejemplo, en las zonas de yacimientos que controlen esas empresas, no es impensable sostener que querrán contar con una clase política adicta. Influirán en la designación de alcaldes, legisladores locales, de gobernadores, de diputados y de senadores y hasta del mismo presidente de la República. Buscarán que sus intereses económicos estén debidamente protegidos frente a comunidades indígenas, trabajadores, ciudadanos, el medio ambiente o las instituciones formales nacionales, para maximizar su riqueza.

Por otra parte, el petróleo y el gas de México, se utilizarán como un mecanismo para influir en la determinación de los precios internacionales de esos insumos. Si les conviene que el precio del petróleo sea alto en

el mercado internacional decidirán limitar la producción en nuestro país para que éste suba, si les interesa que el precio sea bajo incrementarán la producción nacional. Los mexicanos perderemos totalmente el control sobre lo que se llama la plataforma de producción y exportación.

Lo que aquí se expone no es una especulación, el modelo neoliberal y la globalización, han logrado someter a las sociedades, a los ordenamientos jurídicos y a los Estados a los intereses del mercado y del gran capital. Mercantilizar todo, tiene como resultado, la destrucción de los cimientos de nociones como interés general o interés común. La dictadura de los mercados, la circulación de los capitales en provecho de los intereses del capitalismo especulativo, parecen decirnos que el mercado dicta todo, gobierna todo, engloba todo.

Detrás de la globalización se afirma el poder creciente de las empresas financieras en detrimento de los Estados, donde la articulación entre poder financiero mundial y poder político nacional es muy fuerte. La globalización y el neoliberalismo son ideologías que tienen dogmas. El primero es el de la gobernanza de empresa basada en el predominio de los beneficios únicamente para los accionistas a costa de los trabajadores, los clientes de las empresas y el medio ambiente, con una exigencia de rentabilidad de los fondos propios. El segundo dogma cuestiona a las conquistas sociales porque se piensa que constituyen rigideces del mercado del trabajo y además no les preocupa el estancamiento o el debilitamiento del poder adquisitivo de los trabajadores o la explotación de ellos. El tercer dogma impulsa la privatización y el desmantelamiento de las empresas y de los servicios públicos en beneficio de los intereses empresariales mundiales. Los instrumentos del neoliberalismo y la globalización son el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio, la OCDE, y los gobiernos de las principales potencias, comenzando con el de los Estados Unidos.¹⁹

Las soluciones al neoliberalismo y a la globalización pasan por medidas que los gobiernos neoliberales de nuestro país no han querido instrumentar, entre éstas podemos mencionar: 1) preservar al Estado-nación y la orientación social que lo debe distinguir; 2) democratizar y transparentar a las instituciones internacionales que son los instrumentos de los poderes fácticos transnacionales; 3) sustituir el actual sistema financiero internacional para transparentarlo, democratizarlo y obligarlo a orientarse por lógicas de carácter social; 4) extraer del mercado ámbitos como el de la salud, la educación, la cultura, la protección del medio ambiente, y los

¹⁹ Nair, Sami, "Mundialización, interés general y civilización", *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 124, julio-agosto de 2002, pp. 12-18.

recursos naturales de las naciones; 5) mundializar el constitucionalismo para que las relaciones económicas y financieras no queden al margen de los controles democráticos de los ciudadanos, y 6) promover un contrato social global para la disminución de las desigualdades económicas y sociales en el mundo.²⁰

Los gobiernos mexicanos no han impulsado esas soluciones y medidas para contener los efectos negativos de la globalización y del neoliberalismo. Por el contrario, han facilitado que los dogmas neoliberales se consoliden a costa de los derechos de los mexicanos y de los intereses generales de la nación. La propuesta de reforma constitucional energética es un ejemplo del compromiso del gobierno mexicano con los poderes fácticos transnacionales, los que seguramente sustituirán a los nacionales en su indebido poder e influencia pero con consecuencias más graves y profundas y en detrimento de los intereses de nuestro país.

3. *Las consecuencias jurídicas del régimen de concesiones, contratos y permisos*

Las consecuencias de adopción de un régimen de contratos, de concesiones o de permisos implica la pérdida de centralidad de Pemex y de CFE en la industria energética del país. Pemex y CFE respecto a las empresas petroleras y eléctricas no serán autoridad, actuarán como operadores en plano de igualdad jurídica con el resto de las empresas bajo condiciones de libre mercado y no necesariamente bajo el esquema constitucional de área prioritaria en donde el Estado conserva la rectoría económica —en todo caso y para rebatir esta afirmación es necesario contar con las leyes secundarias de la reforma constitucional para conocer cuál será la posición jurídica de Pemex y CFE frente a las empresas petroleras y eléctricas—. Es decir, existirá bilateralidad o igualdad de trato entre Pemex, CFE y el resto de las empresas petroleras y eléctricas. Se perderá la nota del *imperium* que debe poseer un Estado soberano respecto a sus recursos naturales.

En las concesiones, tal como advertía la exposición de motivos de la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en materia de petróleo de 1940, se conceden derechos de explotación directa del subsuelo, y el Estado conserva algunas competencias reguladoras, de policía y sancionatorias. Es decir, la figura de la concesión compromete la propiedad de la nación sobre el subsuelo, porque se confieren derechos a los particula-

²⁰ Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, *Estado constitucional y globalización*, México, Porrúa, 2003, pp. 313-324.

res para explotarlo y para que las riquezas extraídas y obtenidas pasen al dominio privado a cambio del pago de regalías o de alguna contribución fiscal.²¹ La autoridad se reserva unas cuantas competencias —de regulación, de policía y de sanción— pero los recursos naturales o parte de ellos pasan a ser propiedad privada. El esquema de concesión vulnera o al menos limita el principio constitucional de que las riquezas del subsuelo son de la nación.

En cuanto a los contratos de utilidad compartida que propuso el titular del Ejecutivo, en éstos se repartirán las utilidades, los beneficios, en efectivo o en especie, lo que también supone una vulneración del principio constitucional de que los hidrocarburos son propiedad de la nación.²² Estaremos compartiendo la renta petrolera con empresas petroleras extranjeras. Lo anterior es más evidente, si como señalan los medios de comunicación, dichas empresas asentaran en su contabilidad y como activos fijos, las reservas petroleras de la nación para ser garantía de los créditos de las empresas transnacionales ante la banca internacional y para especular en las bolsas de valores del mundo con los recursos del subsuelo de México.

La exposición de motivos de la iniciativa de Enrique Peña Nieto escasamente señala respecto a los contratos lo siguiente:

... se pretende que la ley reglamentaria determine la forma en que el Estado pueda aprovechar la participación de los sectores social y privado, de modo análogo a las reformas cardenistas, a través de contratos para la explotación y extracción de hidrocarburos en los que puedan pactarse mecanismos de pago en función de los recursos que se obtengan, mediante compensaciones en efectivo o equivalentes a un porcentaje de los mismos, entre otros, tal como se previó en las reformas cardenistas y atendiendo a las mejores prácticas en esta materia.²³

²¹ En el derecho administrativo mexicano se define a la concesión como “el acto administrativo a través del cual la administración pública, concedente, otorga a los particulares, concesionarios, el derecho para explotar un bien propiedad del Estado o para explotar un servicio público”. Nava Negrete, Alfonso y Quiroz Acosta, Enrique, “Concesión administrativa”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. II, 2008, pp. 359-362.

²² Sobre los contratos administrativos véase Ramírez G., Juan Carlos, *El contrato administrativo. Monografías jurídicas*, Bogotá, Temis, 1990; Ferrando, Ismael, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2006; Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo. Contratos*, México, Porrúa, 2009.

²³ Exposición de motivos de la iniciativa de reforma constitucional de los artículos 27 y 28 constitucionales del titular del ejecutivo de 12 de agosto de 2013, p. 12.

Lo anterior quiere decir: 1) que la legislación secundaria desarrollará las características de los contratos; 2) se dice que se hará a modo análogo a las reformas cardenistas, pero éstas no permitieron contratos con extranjeros ni con sociedades mercantiles con acciones al portador; 3) se evade el tema de la inversión extranjera, y 4) se reconoce que el pago se hará en función de los recursos que se obtengan, en efectivo o en equivalente, lo que implica el regreso de modalidades de contratación semejantes a los contratos riesgo que en el pasado tanto daño hicieron a nuestro país.²⁴

Los permisos también implican la destrucción del carácter estratégico de la industria petrolera y eléctrica nacional.²⁵ Éstos entrañan la entrega de actividades estratégicas y exclusivas del Estado a manos privadas, principalmente extranjeras. Los permisos que se proponen en las iniciativas equivalen en los hechos a concesiones porque confieren derechos exclusivos de explotación a empresas privadas nacionales y extranjeras.

Como ha señalado Javier Jiménez Espriú, la liberalización o la privatización del sector energético del país, es consecuencia del llamado Consenso de Washington para satisfacer las necesidades económicas de los países industrializados, principalmente de los Estados Unidos. México ha venido permitiendo de manera inconstitucional contratos de servicios múltiples o contratos incentivados, en los que en ocasiones se paga al contratista en función del éxito de la explotación. El contrato es inconstitucional si la contraprestación se vincula a la cantidad de petróleo que se extraiga o al valor comercial de éste y, en este sentido, cualquier contrato que implique un pago por barril extraído y que aumente la contraprestación del contratista en función de la cantidad de petróleo que se extraiga resulta anticonstitucional. Además, los países que han fortalecido y consolidado el sistema de contratación petrolera con las grandes empresas petroleras del mundo, tal vez con la excepción de Noruega, no han salido bien librados. Noruega tuvo éxito porque a la par que abría parcialmente el sistema de contratación fortaleció tecnológica y financieramente a su industria petrolera.²⁶

²⁴ Bassols Batalla, Narciso, *Las etapas de la nacionalización petrolera*, México, Porrúa, 2006, pp. 107 y ss.

²⁵ De acuerdo a la doctrina administrativa mexicana se dice que un permiso es un acto administrativo, por el cual se levanta o remueve un obstáculo o impedimento que la norma legal ha establecido para el ejercicio de un derecho de un particular. Hernández Espindola, Olga, “Permiso administrativo”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM, Porrúa y Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2008, t. V, pp. 532-535.

²⁶ Jiménez Espriú, Javier, “La explotación petrolera y el capital privado”, inédito, 2013.

Finalmente y como dice Miriam Grunstein, los contratos petroleros con las grandes empresas del mundo, no son actos socialmente *inter alia*, es decir que afectan únicamente entre las partes firmantes. Por la magnitud de los intereses en juego, las decisiones petroleras son decisiones de Estado —no de gobierno— que si no se basan en un acuerdo social firme pueden ser efímeras.²⁷ De lo que se sigue que la reforma energética para constitucionalizar los contratos requiere de un gran consenso social que hoy por hoy no se tiene.

4. *Se olvida la protección que brinda el derecho internacional a las inversiones extranjeras*

En el Tratado de Libre Comercio se pactó la apertura de la petroquímica y la electricidad de manera peculiar: el gobierno reservó, en el capítulo VI del Tratado de Libre Comercio, el petróleo y el gas,²⁸ pero abrió el esquema de compras gubernamentales en el capítulo X y, dio pie con ello, a la ampliación de la contratación de servicios con empresas extranjeras. Es además importante decir, que acorde a la normatividad derivada del capítulo XV del Tratado, “Libre Competencia, Monopolios y Empresas de Estado”, si un Estado renuncia, privatiza o transfiere a los particulares un área económica sujeta a su control, ésta ya no podrá ser reasumida libremente, sino que tiene que abrir una ronda de negociaciones con las contrapartes. En caso de controversias, éstas serían ventiladas ante los paneles internacionales, y no ante los tribunales del Poder Judicial de la Federación.

La aprobación de la reforma energética entraña que el Estado mexicano renuncia a la reserva que hizo para sí mismo en el capítulo VI “Energía y petroquímica básica” del Tratado de Libre Comercio, en donde apartó el petróleo, hidrocarburos y petroquímica básica, en sus diferentes fases de explotación, de la zona de libre comercio de Norteamérica. Lo

²⁷ Grunstein, Miriam, *De la caverna al mercado. Una vuelta al mundo de las negociaciones petroleras*, México, Centro de Investigación para el Desarrollo, 2010, p. 233. Véase, también, IMCO (Instituto Mexicano para la Competitividad), *Nos cambiaron el mapa: México ante la revolución energética del siglo XXI*, México, 2013.

²⁸ México definió cinco negativas precisas: No a los contratos riesgo en explotación y explotación; no a la inversión extranjera en petroquímica básica; no a la garantía de suministro o seguridad de abasto; no a las ventas al menudeo (gasolineras), y no a la liberalización del comercio exterior de petróleo crudo, gas natural y petrolíferos. Cordero, María Elena, *Qué ganamos y qué perdimos con el TLC*, México, Siglo XXI y UNAM, 2003, p. 216.

expuesto quiere decir que la modificación de la Constitución equivale a una reforma subrepticia del Tratado de Libre Comercio con América del Norte, y nos coloca en los supuestos de los capítulos X, XI y XV del mismo, en donde, como ya se dijo, se estipula que si un Estado renuncia, privatiza o transfiere a particulares un área sujeta al control estatal, ésta ya no puede ser asumida libremente por el Estado. Todo lo anterior a pesar de lo estipulado en el GATT, en donde se reconoce que México es un país en desarrollo, lo que supone el derecho a recibir en todo momento un trato diferenciado y favorable, tanto en las negociaciones sobre concesiones arancelarias, en las que no se le puede exigir reciprocidad absoluta, como respecto a las salvaguardias. En el protocolo de adhesión al GATT, México excluyó el petróleo y en general los hidrocarburos regulados en el artículo 27 constitucional de las obligaciones inherentes a ese convenio internacional. A juicio de algunos autores, el GATT tiene una jerarquía superior a la de cualquier tratado de libre comercio firmado y ratificado nuestro país, por ser un tratado multilateral y marco, lo que significaría, que los hidrocarburos de México están jurídicamente excluidos del comercio internacional y de cualquier convención internacional regional que restringiera los derechos de la nación sobre ellos.²⁹

Los capítulos X, XI y XV (sobre compras gubernamentales, inversiones y política en materia de competencia, monopolios y empresas de Estado) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en contra de la Constitución y del GATT, como ya se dijo, hacen nugatoria la reserva que sobre petróleo e hidrocarburos hace el capítulo VI del Tratado de Libre Comercio, porque los capítulos X y XI abren las comparas gubernamentales y las inversiones en Pemex y en el sector energético a los países parte del tratado y, en cuanto al capítulo XV, cualquier reforma o medida administrativa que privatice o liberalice estos recursos, impide al Estado volver a asumirla libremente. Los demás Tratados de Libre Comercio ratificados por México repiten en lo sustancial el esquema del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica, lo que implica la liberalización y privatización de los recursos petroleros. Además de lo anterior, las negociaciones de la Ronda de Uruguay, que concluyeron formalmente con la reunión ministerial de Marrakesh, el 15 de abril de 1994, que creó la Organización Mundial del Comercio, promueven la liberalización progresiva del comercio, en forma gradual, mediante la reducción de obstáculos al comercio, incluyendo al petróleo y los hidrocarburos.³⁰

²⁹ Witker, Jorge y Hernández, Laura, *Régimen jurídico del comercio exterior de México*, México, UNAM, 2008, pp. 47 y ss.

³⁰ *Idem*; Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. Eva-

Además, en el derecho internacional las transnacionales tienen protegidas sus inversiones, vía los APRIS y el Convenio relativo a la Agencia Multilateral de Garantía a la Inversión (MIGA), a cargo del Banco Mundial, que blindará jurídicamente a los empresarios extranjeros contra cualquier medida que afecte sus intereses, incluyendo la expropiación.³¹ Por eso, argumentar en esas controversias que nuestra Constitución debe prevalecer sobre los tratados, aunque es correcta, no parece muy realista.³²

Todo lo anterior quiere decir que las inversiones extranjeras no podrán ser afectadas ni siquiera aduciendo causas de interés general, excepto en supuestos limitativos y bajo los procedimientos previstos en el Tratado de Libre Comercio. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte define en su artículo 1139 a la inversión extranjera como aquella en la que existe propiedad de un inversionista en territorio de una de las partes del tratado o cuando la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa. La modificación de la Cons-

luación jurídica: diez años después, México, UNAM, 2005; López Velarde Estrada, Rogelio, “Energía y petroquímica básica”, en Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, UNAM, 1993, t. I, pp. 203-259; Jiménez Vázquez, Raúl, “Consideraciones en torno al capítulo de compras gubernamentales del TLCAN y su eventual impacto en el derecho mexicano”, en Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas, cit.*, t. I, pp. 261-281.

³¹ La Multilateral Investment Guarantee Agency, se establece con base en la Convención que Establece la Agencia Multilateral de Garantía a la Inversión. Es una aseguradora de inversiones privadas a nivel mundial. Tiene su sede en Washington. Su membresía está abierta a todos los países miembros del Banco Mundial. Tiene la función de dar confianza y confort a la IED que invierte en países en vías de desarrollo, dirigiéndose de manera especial a proyectos de desarrollo que sean económica, ecológica y socialmente sustentables. MIGA provee seguro a la inversión para efectos de transferencias de fondos, expropiación y medidas similares, incumplimiento de contrato, guerra y disturbios civiles. Está facultada para que mediante resolución especial del Consejo, se cubran otros riesgos no comerciales, pero en ningún caso el de devaluación y depreciación de la moneda. Es relevante mencionar que MIGA al hacer el pago de la prima correspondiente o convenir en su forma de pago, se subroga en los derechos del asegurado, adquiriendo todos sus derechos y acciones en contra del país anfitrión y cualesquier otros obligados. Este es un derecho que le reconocen todos los países miembros. Gómez-Palacio, Ignacio, *Derecho de los negocios internacionales. Arbitraje internacional, TLCAN, América Latina, CIADI*, México, Porrúa, 2006, pp. 111 y 112.

³² Desde el amparo en revisión 1475/98, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que la Constitución está por encima de los tratados. Sin embargo, la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011 señala en el párrafo segundo del artículo primero constitucional que la interpretación de los derechos debe realizarse “pro homine”.

titudin en los artículos 27 y 28 de la carta magna para permitir los contratos de explotación sobre los hidrocarburos entraña la plena armonía entre la Constitución y el Tratado de Libre Comercio con América del Norte y, por tanto, las inversiones extranjeras de las industrias petroleras transnacionales estarán plenamente protegidas frente a cualquier medida administrativa o legislativa nacional que pretenda revertir lo alcanzado o afectar la posición jurídica y económica de las transnacionales del petróleo o de la electricidad.

5. Las controversias jurídicas serán decididas en el extranjero y será aplicado el derecho foráneo

Los criterios de solución de controversias no se basarán en los principios de área estratégica, exclusividad del sector público en la explotación del petróleo, inalienabilidad e imprescriptibilidad de los recursos del subsuelo, propiedad originaria de la nación sobre los recursos, sino por los criterios individualistas del derecho mercantil, civil y corporativo. El vigente párrafo segundo del artículo 72 de la Ley de Petróleos Mexicanos ya indica que las controversias en materia de hidrocarburos pueden decidirse ante instancias arbitrales o internacionales y no ante los tribunales nacionales.

Con la reforma constitucional en materia energética que modifica el párrafo cuarto del artículo 28 de la Constitución para que el Estado pierda la exclusividad en la explotación de hidrocarburos y de electricidad, las controversias sobre los contratos de utilidades compartidas se regirán por el derecho privado foráneo y no por el derecho público mexicano. Pemex y la CFE estarán en plano de igualdad jurídica con las empresas transnacionales del sector energético y el Estado perderá cualquier poder de imperio en caso de suscitarse conflictos jurídicos. Tal como indica la propaganda gubernamental, la transformación de Pemex y de la CFE en empresas, hacen que pierdan en buena medida sus atributos de carácter público.

Además, el capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte sobre inversiones define un régimen de solución de controversias basado en el sistema internacional de arbitraje. Es verdad que hipotéticamente se podría pactar en los contratos de utilidad compartida que las controversias se ventilen ante las instancias nacionales pero la fuerza y costumbre de las grandes empresas petroleras y eléctricas hacen suponer que no aceptarán soluciones de corte nacionalista para resolver las controversias jurídicas sobre la interpretación de esos contratos.

6. *La contratación será realizada entre el titular del Ejecutivo, las empresas petroleras transnacionales y Pemex*

La exposición de motivos de la iniciativa de reforma constitucional a los artículos 27 y 28 constitucionales que propuso Peña Nieto indica que la contratación en materia de hidrocarburos ya no será realizada por Pemex sino por el Ejecutivo Federal —no se aclara si por el titular del Ejecutivo, la Secretaría de Energía o la Comisión Nacional de Hidrocarburos—. De concretarse esa pretensión, el cambio constitucional limitará aún más a Pemex dentro del nuevo modelo. En la actualidad toda la cadena productiva relacionada con los hidrocarburos corresponde constitucionalmente a Pemex, en los términos de los artículos 28 y 25 de la carta magna y, es este organismo público, el que decide si se contrata, a quién y bajo qué condiciones.

Con la reforma, el Ejecutivo celebrará los contratos y los permisos con las transnacionales. Como dice Claudia Sheinbaum, el Ejecutivo decidirá a quién le da el contrato para explorar y explotar: si a Exxon, Shell, a Slim o a Pemex, y definirá también las condiciones de dicho contrato: si lo pagan en petróleo o en su equivalente en efectivo y con qué porcentaje.³³ El titular del Ejecutivo incrementa su poder de manera inmensa. Parece que la reforma está diseñada a petición de las grandes petroleras, a quienes no les interesa ser contratados por medio de Pemex, sino directamente por el gobierno federal para llevarse una parte de la renta petrolera, compartir el mercado de los petrolíferos con Pemex y probablemente para exportar el petróleo.

7. *La tergiversación del legado de Lázaro Cárdenas*

Los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución en materia de petróleo e hidrocarburos contenían fundamentalmente cuatro principios: 1) el que señala la propiedad originaria de la nación sobre las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, la que tiene el derecho de transmitir su dominio a los particulares para que éstos constituyan la propiedad privada; 2) el del dominio directo, inalienable e imprescriptible de la nación sobre todos los recursos naturales del subsuelo, incluyendo

³³ Sheinbaum Pardo, Claudia, “... Y EPN dice... el petróleo soy yo”, *La Jornada*, 17 de agosto de 2013, p. 6.

los hidrocarburos; 3) el de la explotación directa de los hidrocarburos por parte de la nación, en consecuencia la prohibición expresa de otorgar a particulares concesiones o contratos en la materia, según lo disponga la ley reglamentaria,³⁴ y 4) el que expresa que los hidrocarburos y la petroquímica básica constituyen un área estratégica de la economía nacional y que el sector público las tendrá a su cargo de manera exclusiva (reformas a los artículos 25 y 28 constitucionales).

Los dos primeros principios provienen de los párrafos primero, cuarto y sexto del artículo 27 del Constituyente de Querétaro. El tercero fundamentalmente fue consecuencia de la expropiación petrolera decretada por Lázaro Cárdenas, quien en el Informe Presidencial rendido a la nación el primero de septiembre de 1938, expresó:

Y para evitar en lo posible que México se pueda ver en el futuro con problemas provocados por intereses particulares extraños a las necesidades interiores del país, se pondrá a la consideración de vuestra soberanía que no vuelvan a darse concesiones del subsuelo en lo que se refiere al petróleo *y que sea el Estado el que tenga el control absoluto de la explotación petrolífera.*

El objetivo de la propuesta contenida en ese Informe Presidencial era la nacionalización integral del petróleo y de los hidrocarburos.

Para cumplir el ofrecimiento hecho en el Informe Presidencial de 1938, el presidente Cárdenas envió el 22 de diciembre de 1938 al Congreso de la Unión la iniciativa de adición al artículo 27 de la Constitución. La propuesta incorporaba una adición al párrafo sexto al artículo 27 constitucional, que quedó en los siguientes términos: “Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, no se expedirán concesiones y la ley reglamentaria respectiva determinará la forma en que la nación llevará a cabo las explotaciones de esos productos”. El Congreso de la Unión, en su periodo ordinario de sesiones de 1939 aprobó la iniciativa, la sometió a las legislaturas de los Estados para su ratificación y, por decreto del 27 de diciembre de 1939 determinó su aprobación definitiva. Dicha modificación constitucional se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de noviembre de 1940 junto con la Ley Reglamentaria del artículo 27 en materia de petróleo.³⁵

³⁴ Véase la polémica entre Rogelio López Velarde Estrada y Raúl Jiménez Vázquez en torno a los principios constitucionales en materia de hidrocarburos en *La Reforma Energética: Aportaciones para el debate*, edición II, enero-febrero 2008, Órgano de Divulgación de la Fundación Colosio, 2008, pp. 227-263.

³⁵ La Ley reglamentaria abrogó la expedida el 26 de diciembre de 1925, la que

La exposición de motivos de la reforma del presidente Cárdenas al artículo 27 de la Constitución no deja lugar a duda. La finalidad era una nacionalización absoluta y no mutilada de los hidrocarburos, basada en el control de todas y cada una de las fases de la industria petrolera, pues como dice Narciso Bassols, aunque el Estado tuviera el control de la refinación, si los intereses privados son los que poseen y manejan los oleoductos y demás medios de transporte del petróleo, la gasolina y el gas natural, y si también son intereses privados los que manejan la red de estaciones de distribución y venta al menudeo, el Estado se hallaría en una condición subordinada frente a los capitalistas dueños de equipos de transporte, distribución y venta. Bassols advierte —en crítica a la ley reglamentaria del artículo 27 del 2 de mayo de 1941 expedida por Ávila Camacho— respecto a los particulares que explotaban el petróleo ajustándose a contratos, que si se “... sostiene que la Nación sigue siendo la que lleva a cabo las explotaciones, pero representada por contratistas, es tan risible como afirmar que en el régimen de las explotaciones por medio de concesión, era también la nación la que realizaba las explotaciones... pero representada por los concesionarios”.³⁶ En este sentido, para la reforma a la Constitución promovida por el general Cárdenas al artículo 27 de la ley fundamental, no debía haber explotaciones de particulares para sustraer del afán de lucro privado todas las fases de la industria petrolera, las que habían sido definidas ya por la ley reglamentaria del artículo 27 constitucional en el ramo del petróleo de 1925, que en su artículo tercero precisaba las actividades que integran esa industria: “el descubrimiento, la captación, la conducción por oleoducto y la refinación del petróleo”.³⁷

Se ha insistido por parte de algunos miembros del PRI y del PAN, que el general Cárdenas no se opuso a que la iniciativa privada participara en la explotación de los hidrocarburos, lo que es cierto, dado que la exposición de motivos de la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en el ramo del petróleo, se mencionaba que “... la Constitución sólo ha prohibido la explotación mediante concesiones del petróleo pero no la posibilidad de la construcción de oleoductos, refinerías y sistemas de

había organizado un sistema de explotación petrolera basado en concesiones temporales otorgadas a los particulares, los que eran llamados a realizar las operaciones de exploración, captación, refinación, transporte, almacenamiento y distribución de los hidrocarburos.

³⁶ Bassols, Narciso, “Pasos de cangrejo en la cuestión Petrolera”, en *La Reforma Energética: Aportaciones para el debate*, 2a. ed., México, Forma, 2008, p. 291.

³⁷ López Portillo y Weber, José, *El Petróleo de México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975, pp. 182-187.

distribución de gas...”. Sin embargo, en la iniciativa de reforma constitucional de 1940 al párrafo sexto del artículo 27 de la ley fundamental, el general Cárdenas mencionó:

... no se ve motivo para permitir que continúen formándose y vigorizándose intereses privados que es de presumirse que llegarán a ser, si no antagónicos, al menos distintos de los intereses generales cuya tutela procurará el gobierno con todo empeño y energía... Incorporando al Texto Constitucional el principio de la explotación directa del petróleo que a la nación corresponde...

Respecto a la ley reglamentaria del artículo 27 constitucional de 1940 deben hacerse las siguientes e importantes matizaciones: 1) los artículos séptimo, octavo y noveno de la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional de 1940 señalaban que el sector privado podía llevar a cabo por cuenta del gobierno federal, los trabajos de exploración y explotación, ya sea mediante compensaciones en efectivo o equivalentes a un porcentaje de los productos que se obtuvieran, sin que se adquiriera un derecho directo a la explotación del petróleo; 2) los contratistas debían ser personas físicas mexicanas o sociedades constituidas *íntegramente* por nacionales y en una forma en que fuera posible en todo instante la comprobación de esta circunstancia, además de que era preciso demostrar la capacidad técnica y financiera del contratista y la extensión máxima de terreno susceptible de ser contratada a una misma persona, y 3) no podían celebrarse los contratos con sociedades anónimas que emitieran acciones al portador. Lo anterior jurídicamente significa, que los contratos estaban reservados a los mexicanos —personas físicas— y a través de sociedades mercantiles mexicanas no muy grandes, en tanto que se prohibía que participaran empresas con acciones al portador y, además, los contratistas actuaban no por cuenta propia sino por cuenta del gobierno federal que era el que tenía el derecho directo a la explotación del petróleo.³⁸ La explicación política de la permisión de los contratos es evidente a la luz de las presiones de los Estados Unidos³⁹ y debido a las carencias técnicas y económicas de la

³⁸ El artículo 9o. de la Ley Reglamentaria del artículo 27 de la Constitución en el ramo del petróleo de 1940 señalaba textualmente: “Artículo 9. Los contratos de que hablan los artículos anteriores, solo podrán celebrarse con nacionales o con sociedades constituidas íntegramente por mexicanos. No podrán concertarse en ningún caso con sociedades anónimas que emitan acciones al portador”.

³⁹ Las empresas afectadas con la nacionalización exigieron a la Casa Blanca y al embajador estadounidense Josephus Daniels, que de inmediato se llevara a cabo una invasión armada en nuestro país. A juicio de algunos historiadores, también promo-

naciente industria petrolera nacionalizada.⁴⁰ Por otra parte, conviene decir que durante el gobierno de Cárdenas jamás se celebraron contratos con particulares nacionales para la explotación del petróleo.

Gobiernos posteriores al de Cárdenas, como el de Ávila Camacho, permitieron que particulares extranjeros mediante contratos participaran en la explotación de los hidrocarburos.⁴¹ La Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional de 1941 promulgada en el gobierno de Ávila Camacho dio lugar a los “contratos de riesgo” —se firmaron cinco entre 1949 y 1951—, a través de los que se pactaba una remuneración a los contratistas consistente en: 1) el reembolso total de la inversión realizada por el contratista y sin plazo de vencimiento, 2) más el valor del 50% de los hidrocarburos producidos por los pozos perforados, 3) más una compensación entre el 15% y el 18.25% del valor de la producción por un periodo de 25 años. El objetivo era claro y consistía en que los particulares compartieran las reservas, los resultados de la producción y la renta petrolera. No fue sino hasta el gobierno de Gustavo Díaz Ordaz que se logró terminar con las consecuencias de dichos contratos.⁴²

En los *Apuntes* del general Lázaro Cárdenas, éste da cuenta respecto al 18 de marzo de 1938 de lo siguiente: “... A las 22 horas di a conocer por radio a toda la nación el paso dado por el gobierno en defensa de la soberanía, reintegrando a su dominio la riqueza petrolera que el capital imperialista ha venido aprovechando para mantener al país dentro de una situación humillante”. El 19 de marzo de 1938 escribe: “... A las 22 horas de ayer, 18 de marzo, dirigí en Palacio Nacional un mensaje a la Nación, participándole el paso trascendental que da el gobierno de México, reivindicando la riqueza petrolera que explotaban empresas extranjeras. A mi gobierno toca encauzar el desarrollo de la industria petrolera

vieron la rebelión del entonces gobernador de San Luis Potosí, Saturnino Cedillo. Alemán, Miguel, *La verdad del petróleo en México*, México, Gijalbo, 1977, pp. 205-291.

⁴⁰ Bassols Batalla, Narciso, *Las etapas de la nacionalización petrolera*, México, Porrúa, 2006, pp. 81-105.

⁴¹ Los artículos 6o. fracción III y 10 fracción III de esa ley, establecieron: “La nación llevará a cabo la explotación del petróleo mediante contratos con particulares o sociedades de economía mixta, en las que el gobierno federal representará la mayoría del capital social, y de las cuales podrán formar parte socios extranjeros”.

⁴² Antonio J. Bermúdez explica e intenta justificar así los contratos de riesgo: “Dichos contratos cumplieron la función de canalizar, sujetándose a la ley mexicana, aquellas presiones e influencias tendientes a lograr un cambio en la legislación y en la política mexicana; y, a la postre, sirvieron para desvanecerlas”. Bermúdez, Antonio J., *Doce años al servicio de la industria petrolera mexicana*, citado por Alemán, Miguel, *op. cit.*, p. 696.

en manos de los mexicanos”. El 17 de agosto de 1938 escribe: “Resolvimos presentar ante las Cámaras proyecto de reformas a los artículos 27 y 28 de la Constitución General para nacionalizar las concesiones petroleras y constituir el monopolio de Estado de la industria petrolera...”.⁴³ Es decir, la intención y voluntad del general Cárdenas siempre fue la de constituir una industria petrolera nacional como monopolio de Estado, si no se logró del todo, ello se debió a las presiones de los Estados Unidos y al incipiente desarrollo de la industria petrolera nacional.⁴⁴

El modelo nacionalista en la industria energética se comenzó a sustituir con otro, a partir de la crisis del modelo de sustitución de importaciones y de desarrollo estabilizador en los años ochenta, en donde, entre otros factores, el modelo neoliberal y posteriormente el globalizado, afectaron las características de la industria petrolera mexicana. Sin embargo, el nuevo modelo industrial del petróleo en México, de finales del siglo XX y principios del XXI no tiene asideros en la Constitución. En los años ochenta, aunque principalmente en los noventa y, ahora, al margen del ordenamiento jurídico, se comenzó a ceder a las presiones de los inversionistas nacionales pero fundamentalmente extranjeros para intervenir en la industria petrolera y del gas. Posteriormente, a partir de la reforma legal publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de noviembre de 2008, se ha regularizado la injerencia extranjera en la industria petrolera, aunque esa “normalización” sea totalmente al margen de la Constitución.

Jurídicamente, las diferentes reformas constitucionales en la materia, las de 1940 al párrafo sexto del artículo 27 constitucional para prohibir las concesiones, las de 1960 a ese mismo precepto para prohibir los contratos riesgo, pero sobre todo, las últimas de 1983, a los artículos 25 y 28 de la ley fundamental, confirman la voluntad del poder revisor de la Constitución de profundizar en el sentido nacionalista de la industria petrolera. Así, en el dictamen de la iniciativa de la reforma constitucional del 3 de febrero de 1983 a los artículos 25 y 28, se señala:

Con base en los principios nacionalistas de la Constitución, el Estado mexicano reivindicó la riqueza del subsuelo. A partir de la nacionalización del petróleo, desarrolló una amplia industria de hidrocarburos y de petroquímica básica. Simultáneamente, una diversidad de importantes recursos naturales quedaron bajo el dominio directo de la nación.⁴⁵

⁴³ Cárdenas, Lázaro, *Apuntes: una selección*, México, UNAM, 2003, pp. 335-342.

⁴⁴ Alemán, Miguel, *La verdad del petróleo en México*, cit., pp. 205-291.

⁴⁵ Véase Ortega Lomelín, Roberto et al., *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003, Derecho de la Energía*, México, UNAM, 2003, p. 145.

8. *El olvido del concepto del dominio eminente*

El significado de los derechos de propiedad de la nación sobre los hidrocarburos debe retrotraerse a la noción de dominio eminente. Este concepto es definido por Marienhoff como: "... un poder supremo sobre el territorio; vincúlase a él la noción de soberanía. Se ejerce potencialmente sobre todos los bienes situados dentro del Estado, ya se trate del dominio privado o público del mismo o de la propiedad de los particulares o administrados".⁴⁶ El derecho de la corona española sobre el oro, la plata, las piedras preciosas, minerales metálicos y no metálicos, los bitúmenes o jugos de la tierra y cualesquiera otros fósiles de las colonias de la América española se fundó en el principio de dominio eminente que data desde las Bulas del Papa Alejandro VI de 1493. Ese principio sobrevivió de la Independencia hasta el Código de Minería expedido el 22 de noviembre de 1884, durante la presidencia de Manuel González, que renunció al dominio eminente para determinar en su artículo primero que el propietario del suelo lo era también del subsuelo. No obstante, el dominio eminente fue reivindicado por el Constituyente de Querétaro en el artículo 27 constitucional, tal como Pastor Rouaix lo señaló.⁴⁷ El dominio eminente define el poder del Estado sobre su territorio e impide que cualquier otro poder externo o interno lo vulnere. En pocas palabras, el dominio eminente equivale a soberanía.

Del principio de dominio eminente se desprende el principio de propiedad originaria, que el primer párrafo del artículo 27 constitucional consagra. La propiedad originaria corresponde a la nación, la que tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares y de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación. Del dominio eminente se deriva, igualmente, el dominio directo de la nación, el que no sea sujeto de apropiación por parte de los particulares, sobre los recursos del subsuelo, entre otros, el petróleo y todos los carburos de hidrógeno, sólidos, líquidos o gaseosos, como postula el párrafo cuarto del artículo 27 de la Constitución. También se desprenden del dominio eminente, los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad del dominio nacional, a

⁴⁶ Marienhoff, Miguel S., *Tratado del dominio público*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1960, p. 37.

⁴⁷ Rouaix, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, Puebla, Gobierno del Estado de Puebla, 1946, p. 26.

los que alude el párrafo sexto del artículo 27 constitucional. Todos esos principios tienen por propósito salvaguardar el territorio nacional, sus riquezas naturales y del subsuelo en beneficio de la sociedad, en donde la participación de los particulares, de estar permitida en algunos rubros, siempre debe ser limitada y restringida, y no puede orientarse por el lucro, ni la economía de mercado. El petróleo y los hidrocarburos como lo hemos repetido aquí, no constituyen *commodities*. El petróleo y los hidrocarburos, a la luz del texto constitucional y de la historia constitucional, no son para beneficio particular, para realizar negocios en beneficio de unos cuantos. No entenderlo así, implica negar el principio de supremacía constitucional.

Para comprender cómo las compañías petroleras internacionales ven este punto, me permito citar a Rogelio López Velarde que señala:

La principal moneda de pago de las empresas petroleras es su propio petróleo. No requieren de más; teniendo las reservas a la mano, y como están ahora los precios del crudo, muchas empresas contratistas en el mundo aceptan asumir la obligación de llevar a cabo la inversión del proyecto y de tomar el riesgo del proyecto. A eso se dedican de hecho. Estas empresas dueñas de la tecnología, empero, normalmente no aceptan asumir dichas obligaciones si no se les permite contractualmente compartir parte del éxito del proyecto. *Esos son los llamados contratos riesgo...* muchas empresas aceptan participar en estos proyectos en la medida en que su contraprestación económica sea proporcional al petróleo producido o explorado, sin que se les otorgue derecho de propiedad alguno.⁴⁸

9. *El olvido de los derechos fundamentales*

Los pactos internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el de Derechos Civiles y Políticos establecen en sendos artículos primeros que, para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, y que a ningún pueblo se le puede privar de sus medios de subsistencia, lo que como dicen y explican los profesores Fernández Ruiz, Márquez, Ovalle Favela y Sánchez

⁴⁸ López Velarde Estrada, Rogelio, “Por un régimen de contratación acorde a la industria”, en Rosenzweig Mendialdua, Francisco y Lozano Díez, José Antonio (coords.), *La reforma petrolera. El paso necesario*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2008, pp. 146 y 147.

Castañeda,⁴⁹ significa que los intereses de la nación y de la colectividad prevalecen sobre los intereses individuales, y en donde cualquier acto de explotación de esos recursos debe orientarse hacia los fines sociales.

En el mismo sentido, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su resolución 41/128, del 4 de diciembre de 1986, postula en el párrafo segundo de su primer artículo que:

El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales.⁵⁰

Adicionalmente cabe destacar los siguientes instrumentos: la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre de 2007, y el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes aprobado por la Conferencia General de la OIT.

El 13 de septiembre de 2007 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la que establece, entre otros, los siguientes derechos de estos pueblos:

- a) A participar en las cuestiones que afecten a sus derechos de conformidad con sus propios procedimientos e instituciones (artículo 18).
- b) Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado (artículo 19).
- c) A mantener y desarrollar sus sistemas e instituciones políticas, económicas y sociales, a que se les asegure el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo (artículo 20).

⁴⁹ Fernández Ruiz, Jorge *et. al.*, *El marco constitucional de la industria petrolera*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Documento de trabajo núm. 111, mayo de 2008, p. 7.

⁵⁰ Díaz Müller, Luis, *El derecho al desarrollo y el nuevo orden mundial*, México, UNAM, 2004.

- d) A mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras (artículo 25).
- e) A poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional o de otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate (artículo 26).
- f) A la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado (artículo 29).
- g) A determinar y elaborar prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual (artículo 32).

El 27 de junio de 1989, la 76 Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo adoptó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el que fue ratificado por la Cámara de Senadores el 11 de julio de 1990, contempla los siguientes derechos a favor de los pueblos indígenas:

- a) A ser consultados⁵¹ por los gobiernos, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas,

⁵¹ En la resolución del 27 de junio de 2012 de la Corte Interamericana de De-

- cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (artículo 6).
- b) A decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (artículo 7).
 - c) A que el Estado proteja especialmente su derecho sobre los recursos naturales existentes en sus tierras. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos (artículo 15).
 - d) A que el Estado los consulte antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras a fin de determinar si sus intereses serán perjudicados y en qué medida. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (artículo 15).

10. *La seguridad nacional*

No puede pasarse por alto la definición legal que se contempla en el artículo 3o. de la Ley de Seguridad Nacional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de abril de 2005, en donde, en su fracción II, se entiende como parte de la seguridad nacional de México, la preservación de la soberanía e independencia nacionales y la defensa del territorio. Este principio que define la seguridad nacional del país, es contradicho por los sistemas de contratación y de concesiones, pues se entregarían, aunque sea transitoria y temporalmente, partes o bloques del territorio nacional en beneficio de las compañías petroleras internacionales. Además, el debilitamiento de la industria petrolera y eléctrica nacionales —porque las em-

rechos Humanos en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Ecuador, la Corte señaló el alcance del derecho de consulta: debe tener carácter previo, debe ser de buena fe, su finalidad debe ser la de llegar a un acuerdo, debe ser adecuada y accesible, debe tomar en cuenta el impacto ambiental y la cultura indígena en cuestión, y debe ser una consulta informada que respete el resto de los derechos fundamentales.

presas públicas mexicanas competirán con las extranjeras— subordinará el sector energético del país a las decisiones e intereses del exterior.

11. *Quién decidirá a futuro la plataforma de producción y exportación*

Existen muchas variables de la posible reforma energética que deben tenerse en cuenta, pero hay una que es crucial y que explica en buena medida la intención privatizadora del gobierno porque se propone aumentar en algunos años la producción de petróleo a más de 3.5 millones de barriles diarios de crudo. Me refiero a la plataforma de producción y exportación de hidrocarburos.

La plataforma de producción y exportación de crudo es la determinación sobre la cantidad de hidrocarburos que se calcula se extraerá del subsuelo y el precio que tendrán esos hidrocarburos en el mercado internacional, y que cada año a propuesta del Ejecutivo federal —la Secretaría de Hacienda— aprueba el Congreso en la Ley de Ingresos, pues una porción de ese total, vía los ingresos fiscales que paga Pemex a la Secretaría de Hacienda, es parte del Presupuesto de Egresos de la Federación.

El tema de la plataforma de producción y de exportación de hidrocarburos tiene que ver con consideraciones como las siguientes: 1) por qué la Secretaría de Hacienda primero y el Congreso después deciden que se extraigan, por ejemplo, tres millones de barriles de crudo al día; 2) por qué se decide que casi la mitad de ese crudo se venda a los Estados Unidos y no se almacene, refine o se emplee en la industrialización de petroquímicos, actividades que generarían mayor valor agregado e implicarían mayor beneficio a la nación.

La respuesta a esas dos preguntas, que nos explica el saqueo de crudo que ha vivido nuestro país con enorme daño al pueblo de México y a las generaciones futuras, está vinculada a los acuerdos explícitos y secretos del gobierno mexicano con el gobierno los Estados Unidos. México se ha comprometido con ese gobierno, desde hace décadas, a proveerle a los Estados Unidos más de un millón y medio de barriles de crudo al día, porque sin ellos, más los millones de barriles que recibe Estados Unidos de otros proveedores como Venezuela, Arabia Saudita o Canadá, la industria norteamericana colapsaría en poco tiempo —se calcula que los Estados Unidos necesitan 18 millones de barriles al día para mantener en funcionamiento su planta productiva—.

México ha tomado respecto a la plataforma de producción y exportación de hidrocarburos una política económica irracional y contraria al

interés nacional. Vendemos crudo cuando debiéramos guardarlo, refinarlo o destinarlo a la industria petroquímica nacional. Sin embargo, no lo almacenamos sino que por el contrario lo extraemos irracionalmente para que lo disfrute la industria norteamericana. No lo refinamos ni construimos nuevas refinerías porque las refinerías norteamericanas del Golfo de México paralizarían su producción. Y en cuanto a la petroquímica deliberadamente hemos desmantelado esa industria nacional para beneficiar a intereses foráneos en detrimento de los intereses domésticos.

Todo lo anterior, desde luego, no se informa a la sociedad. ¿Qué pasaría si México decidiera vender su crudo a otros proveedores y no vendérselo más a los Estados Unidos? ¿Qué pasaría si redujéramos drásticamente las exportaciones de crudo a los Estados Unidos? Estoy seguro que al día siguiente el gobierno mexicano que hubiese tomado esa decisión caería o entraría en una etapa intensa de presión internacional. De ese tamaño es la importancia del tema de la plataforma de producción y exportación de crudo.

Cualquier análisis de cualquier reforma en materia energética debería comenzar por abordar este tipo de problemas para buscar soluciones óptimas en beneficio de la nación y no de los intereses extranjeros. Sin embargo, los promotores de la reforma energética no explican ni justifican las decisiones que adoptan en torno a este tipo de asuntos. Es más, se puede pensar que el furor gubernamental por la reforma energética tiene que ver con nuevos compromisos del gobierno mexicano con el gobierno de los Estados Unidos para incrementar la producción de petróleo crudo y con ello aumentar el número de barriles que día con día se vende a los Estados Unidos, tal como se desprende de la exposición de motivos de la iniciativa de Peña Nieto, sin que la nación mexicana pueda decidir otra cosa, por ejemplo almacenar su crudo para el futuro, refinarlo a través de Pemex o promover la industria petroquímica nacional.

12. *La renta petrolera y su destino*

Uno de los debates más importantes que se avecina y que servirá para juzgar si la reforma energética es privatizadora o no, tiene que ver con la renta petrolera. ¿Qué es la renta petrolera? Podemos dar al menos dos definiciones aproximadas. La primera *lato sensu* entiende por renta petrolera el beneficio que el Estado obtiene al restar del costo del barril de petróleo en el mercado internacional, que es aproximadamente y en este momento de cien dólares, del costo por su extracción, que es de aproximadamente

diez dólares. Es decir, en términos gruesos, la renta petrolera equivale a noventa dólares que el Estado mexicano recibe por cada barril de petróleo y que destina al gasto público (de cada cien pesos del presupuesto de la federación cuarenta pesos tienen origen en la renta petrolera).

La segunda definición es de carácter fiscal y señala que la renta petrolera se integra con la totalidad de las contribuciones fiscales que el Estado recauda por la explotación de los hidrocarburos. Ya dijimos que casi 4 de cada 10 pesos del presupuesto de la federación provienen de esa renta petrolera.

El gobierno federal, el PRI y el PAN, están empeñados en la reforma energética que propone abrir el sector energético a la inversión privada, principalmente a la internacional. La cuestión pertinente consiste en preguntarse si esa apertura mantendrá los actuales niveles de renta petrolera que obtiene la nación mexicana vía la Hacienda pública. Esto es, si las empresas transnacionales pagarán al Estado mexicano las mismas contribuciones fiscales que Pemex, pues Pemex es el principal contribuyente del país. Aporta más de un billón de pesos al año al fisco.

Es obvio que si se obliga a las grandes empresas transnacionales a pagar al fisco mexicano lo mismo que Pemex, su margen de ganancia sería menor al que esperan obtener y, seguramente por ello, en esas condiciones no participarían con sus inversiones para extraer el crudo mexicano. Lo expuesto entraña que para que sea atractiva la inversión extranjera o nacional en materia petrolera, la carga impositiva de las empresas petroleras o de servicios debe ser menor a la de Pemex, para que el negocio privado se produzca.

Lo anterior significa que el Estado mexicano reducirá, merced a la reforma energética, el ingreso fiscal derivado de la renta petrolera, misma que es constitucionalmente de la nación, que es de todos, de las presentes generaciones y de las futuras. Y no solo eso, sino que la reforma va a propiciar que compartamos como mexicanos la renta petrolera, que insisto es de la nación, con las compañías transnacionales. Además, como habrá una reducción de recursos fiscales, el gobierno promoverá una reforma fiscal para compensar lo que ya no obtendrá a consecuencia de la reforma energética.

Es decir, por una parte compartiremos la renta petrolera que es de la nación con las grandes empresas privadas y, por otra, los mexicanos pagaremos nuevos impuestos para completar lo que la Hacienda pública ya no recibirá de Pemex. Es un esquema injusto que privatiza los beneficios de la nación a favor de las empresas transnacionales que invertirán en el

sector energético, y que socializa la carga fiscal entre los mexicanos para incrementar los beneficios de los grandes intereses económicos.

Por eso en la izquierda se ha insistido en una reforma energética distinta. Una reforma que mantenga la renta petrolera en la nación y que la administre en beneficio de la sociedad. Esa reforma arguye que la renta petrolera se destine: a garantizar el derecho a la alimentación de los mexicanos; a las obras de infraestructura socialmente necesarias de los tres órdenes de gobierno; al desarrollo de la planta industrial y productiva de la nación; al apoyo de las pequeñas y medianas empresas, y a la educación, a la salud, a la investigación científica y tecnológica. Además se indica que la renta petrolera no debe orientarse a cubrir el gasto corriente de las entidades, dependencias, poderes, órganos constitucionales u órdenes de gobierno como desgraciadamente ha ocurrido en la historia reciente de nuestro país. También se propone que se prohíba la constitución de fondos con los excedentes de la renta derivada de la explotación de los recursos naturales de la nación y que se impida la integración de fideicomisos o cualquier otra figura análoga con los recursos derivados de la explotación de la renta petrolera.

La determinación del destino de la renta petrolera debe tomar en cuenta la perspectiva integral de su máxima explotación tecnológico-industrial, tanto para las generaciones presentes como para las futuras, y nunca estimar que los recursos naturales de la nación son simples materias primas o insumos primarios sino elementos para el desarrollo a mediano y largo plazo de la República. Se trata de una visión totalmente diferente a la del gobierno, pues éste está más interesado en los negocios y beneficios de las grandes empresas transnacionales que en el beneficio para la nación.

Los gobiernos mexicanos, principalmente los dos últimos, el de Fox y el de Calderón, emplearon la renta petrolera para gastarla en sueldos, burocracia y prestaciones a servidores públicos, lo que se llama gasto corriente. No ha existido una visión patriótica para destinar esa renta petrolera a la inversión productiva del país. El gobierno mexicano de Peña Nieto debiera estar pensando y proponiendo, en lugar de privatizar la industria petrolera nacional, cómo orientar esos recursos, cómo emplearlos en el desarrollo de una industria nacional vigorosa en donde los promotores de la misma sean, por un lado, el gobierno mexicano y, por otro, los empresarios de nuestro país. La renta petrolera debiera destinarse al impulso de la infraestructura, la ciencia y la tecnología nacionales.⁵²

⁵² Las iniciativas del PAN y del PRD se preocupan parcialmente por el tema

13. *Las consecuencias fiscales de la reforma energética*

La posible aprobación de la reforma energética tendrá consecuencias de carácter fiscal. Pemex es el principal contribuyente del país. Cada año aporta al fisco alrededor de un billón de pesos, y sus aportaciones representan casi el 40% del Presupuesto de Egresos de la Federación.

Compartir las utilidades de la renta petrolera con empresas transnacionales traerá como consecuencia la disminución de las aportaciones de Pemex a la Hacienda pública. El resto de las empresas petroleras no pagarán en contribuciones lo mismo que hoy en día paga Pemex al fisco. Para que las inversiones privadas sean rentables, la contribución fiscal de las empresas privadas debe ser menor a la que aporta actualmente Pemex a las finanzas públicas. La consecuencia de ello implicará el incremento de los impuestos a los mexicanos.

En un artículo reciente, publicado en el diario *Reforma*, Luis Videgaray Caso, secretario de Hacienda y crédito público, señalaba las características que tendría el régimen fiscal de Pemex de ser aprobada la reforma constitucional energética:

PEMEX mantendrá los recursos necesarios para cubrir sus costos de operación y de capital en las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos. Segundo, se mantendría un esquema de regalías y derechos pero estos serían más moderados que los que PEMEX paga en la actualidad. Tercero, y reforzando el concepto de tratar a PEMEX como una empresa, las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos ahora estarán sujetas al impuesto sobre la renta. Finalmente, se tomaría una decisión sobre los mayores recursos remanentes se reinvierten en la empresa o si una parte se transfiere al fisco a través de un dividendo.⁵³

Como claramente se ve, una importante finalidad de la reforma energética es su variable fiscal para reducir la carga impositiva de Pemex y también de las empresas petroleras transnacionales. De concretarse ese objetivo el vacío fiscal resultante se cubrirá con nuevos impuestos a los mexicanos.

Otras posibles consecuencias fiscales tienen que ver con la doble imposición internacional. Ésta se define como el resultado de la aplicación de

cuando proponen el establecimiento de instituciones y mecanismos para administrar los excedentes de la renta petrolera.

⁵³ Videgaray Caso, Luis, “Un nuevo régimen fiscal para Pemex”, *Reforma*, 15 de agosto de 2013, p. 11.

impuestos similares en dos o más Estados por un mismo contribuyente, respecto a la misma materia imponible y por el mismo periodo de tiempo. Un medio para promover los intercambios de bienes y servicios y los movimientos de capitales se logra mediante los convenios o tratados que eliminan o reducen la doble imposición. Los tratados para eliminar la doble imposición fiscal entrañan la distribución de competencias fiscales entre los Estados para renunciar a la posibilidad de gravar los mismos hechos y las mismas personas en materia de establecimiento, regulación y exigibilidad de tributos.⁵⁴

México forma parte de las reglas de fiscalidad internacional de la OCDE en materia de doble imposición tributaria, ya sea para eliminarla o reducirla. Este organismo maneja cuatro posibilidades: 1) exención total; 2) exención con progresividad; 3) la imputación total, y 4) la imputación limitada. Veremos a cuál método se adscriben las contribuciones fiscales de las grandes empresas petroleras que inviertan en México. Ellas lucharán para someterse a las reglas fiscales benignas y tratar de eludir una fiscalidad nacional severa, con lo que su aporte al fisco puede ser menor de lo que se piensa.

14. *La traición a la patria*

Para defender los recursos del petróleo, de los hidrocarburos, de la petroquímica básica y de la electricidad, tenemos algunos recursos, tanto jurídicos como políticos. Entre los jurídicos a nivel interno, podemos mencionar el juicio político y las denuncias por traición a la patria; a nivel externo, las quejas y denuncias ante la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos y ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU por violaciones, entre otros, al derecho al desarrollo. Entre las políticas, están todas las formas de desobediencia y resistencia pacífica sobre las que la filosofía política ha abundado desde hace siglos.

Aunque el marco jurídico nacional promueve la impunidad de los mandatarios mexicanos, asunto que debería ser parte de una reflexión para una futura reforma constitucional, siempre existen resquicios que podemos utilizar para evitar. En el sistema constitucional mexicano, el presidente de la República tiene un régimen de responsabilidades especí-

⁵⁴ Miranda Pérez, Armando, “Doble imposición internacional”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y UNAM, t. III, 2008, pp. 602-604.

fico, diferente al resto de los servidores públicos federales, estatales y municipales del país y, desde luego, diferente al resto de los ciudadanos. Según el segundo párrafo del artículo 108 de la Constitución, el presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, solo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común.⁵⁵

La Constitución de 1857, de manera más amplia a la actual, consideraba en su artículo 103, como conductas que darían lugar a las responsabilidades del presidente de la República, la traición a la patria, la violación expresa de la Constitución, el ataque a la libertad electoral y los delitos graves del orden común. Desgraciadamente, la Constitución vigente reduce los supuestos de responsabilidad del presidente a dos: la traición a la patria y los delitos graves del orden común.

El Código Penal Federal define la traición a la patria en los siguientes términos:

Artículo 123.- Se impondrá la pena de prisión de cinco a cuarenta años y multa hasta de cincuenta mil pesos al mexicano que cometa traición a la patria en alguna de las formas siguientes:

I.- Realice actos contra la independencia, soberanía o integridad de la Nación Mexicana con la finalidad de someterla a persona, grupo o gobierno extranjero;

En el caso de la reforma energética no solo se viola el núcleo axiológico de la Constitución, sino que proponen que la renta petrolera y otros beneficios derivados de la explotación del petróleo, hidrocarburos, petroquímica básica, y electricidad, se compartan con personas, grupos e intereses extranjeros, cuando esos recursos son exclusivos de la nación y solamente pueden ser administrados y controlados por el Estado a través del sector público. Peña Nieto y el PAN quieren que las grandes empresas petroleras del extranjero realicen funciones exclusivas del Estado. Al hacerlo, someten a las industrias petrolera y eléctrica nacionales a las decisiones e intereses económicos y políticos del exterior; se compromete nuestra independencia, soberanía y hasta la integridad de nuestro territorio. Todas esas conductas, pueden constituir actos de traición a la patria porque hacen de México un país cada día más dependiente y sometido al exterior.

Cualquier presidente en México, a la luz del artículo 108 de la Constitución, también puede ser acusado por delitos graves del orden común.

⁵⁵ Andrade Sánchez, Eduardo, *El desafuero en el sistema constitucional mexicano*, México, UNAM, 2004, p. 55.

En el ámbito federal, el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales determina cuáles son los delitos graves: ciertos tipos de homicidio, el espionaje, el terrorismo, el genocidio, etcétera. En el ámbito local, cada entidad federativa y el Distrito Federal indican, en sus normas penales, aquellos delitos considerados como graves.

¿Cuál es el procedimiento para la acusación de un presidente? Según el párrafo cuarto del artículo 111 de la Constitución, por lo que toca al presidente de la República, solo habrá lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores en los términos del artículo 110. En este supuesto, la Cámara de Senadores debe resolver con base en la legislación penal aplicable.

El artículo 110 de la Constitución señala en su párrafo cuarto que:

Para la aplicación de sanciones a que se refiere este precepto, la Cámara de Diputados procederá a la acusación respectiva ante la Cámara de Senadores, previa declaración de la mayoría absoluta del número de los miembros presentes en la sesión de aquella Cámara, después de haber substanciado el procedimiento respectivo y con audiencia del inculpado.

El párrafo quinto del mismo precepto establece: “Conociendo de la acusación la Cámara de Senadores, erigida en jurado de sentencia, aplicará la sanción correspondiente mediante resolución de las dos terceras partes de los miembros presentes en sesión, una vez practicadas las diligencias correspondientes y con audiencia del acusado”. Y el párrafo sexto de esa norma determina: “Las declaraciones y resoluciones de las Cámaras de Diputados y Senadores son inatacables”.

Lo anterior significa que la Cámara de Diputados, para estos efectos actúa como ministerio público: recibe la denuncia, realiza las investigaciones, desahoga las pruebas y los alegatos con audiencia del inculpado, y en su caso determina sobre si ha lugar o no a la acusación ante la Cámara de Senadores por decisión de la mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión.

Si la decisión de la Cámara de Diputados es de acusación, la Cámara de Senadores actúa como tribunal penal, se erige en jurado de sentencia, aplica la legislación penal, determina si ha lugar o no a determinar la responsabilidad y las sanciones mediante resolución de las dos terceras partes de los miembros presentes en sesión, una vez desahogadas las diligencias y con derecho de defensa para el inculpado.

Existe la idea equivocada de que el presidente puede ser sometido a juicio político como los servidores públicos previstos en el primer párrafo del artículo 110 de la Constitución. Ello es incorrecto por tres razones:

1) porque los artículos 108, 111 y 110 establecen las conductas y el procedimiento específico de responsabilidades para el presidente; 2) porque las conductas que dan lugar al juicio político no necesariamente coinciden con las conductas y los tipos penales que originan la responsabilidad del presidente, como se aprecia de la lectura del artículo 7o. de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, y 3) porque el artículo 5o. de la Ley Federal de Responsabilidades sujeta a juicio político a los funcionarios previstos en el primer párrafo del artículo 110 de la Constitución, y ahí no se encuentra el presidente.

Las iniciativas del titular del Ejecutivo federal y del PAN se oponen, desde nuestro punto de vista, a diversos preceptos a la Constitución que constituyen decisiones políticas fundamentales, y se presentaron para beneficiar al capital privado principalmente de otros países, para someter a las industrias petrolera y eléctrica nacionales, que son áreas estratégicas y exclusivas del Estado, a los intereses extranjeros y en detrimento de la nación.

15. *Las claves de la reforma energética quedarán previstas en los ordenamientos secundarios*

Con la excepción de la propuesta del PRD que no está dedicada a modificar los artículos 27 y 28 constitucionales sino que propone la modificación de doce leyes secundarias y la creación de una nueva, las reformas constitucionales promovidas por el titular del Ejecutivo federal y por el PAN no vienen acompañadas por una propuesta de legislación secundaria. Eso significa que los aspectos fundamentales de la reforma que se pretende sea aprobada se definirán en los ordenamientos secundarios.

De esta suerte, los mexicanos nos quedaremos, sin conocer, al momento de la aprobación de la reforma constitucional, los alcances jurídicos efectivos de la reforma a la ley fundamental y por tanto sus sentidos privatizadores. Javier Jiménez Espriú, recuerda al Conde de Romanones cuando éste decía: “Ustedes hagan la ley, que yo haré el reglamento”,⁵⁶ para mostrar la importancia de las normas secundarias. Sin una propuesta integral que comprenda la reforma constitucional y la secundaria, es muy difícil comprender cabalmente la profundidad que tendrá la modificación a la carta magna.

⁵⁶ Jiménez Espriú, Javier, “PRI: No pienso, y luego existo”, *La Jornada*, 22 de agosto de 2013.

16. *El régimen corporativo y la participación de los trabajadores en el Consejo de Administración de Pemex*

De las deficiencias de la propuesta legal y no constitucional del PRD debemos señalar dos: la definición de Pemex y CFE como entidades corporativas de la administración pública y la salida de los trabajadores del Consejo de Administración de Pemex. Sobre el primer aspecto, es muy importante señalar que los riesgos de los gobiernos corporativos en Pemex y en la CFE, consisten en que los poderes del Estado, en concreto el Congreso de la Unión o el Poder Judicial, dejen de tener participación en esos dos organismos públicos. Me refiero, por ejemplo, a la posibilidad que el Congreso de la Unión no tenga nada que decir respecto al endeudamiento de Pemex y CFE o a que la Cámara de Diputados vía la Auditoría Superior de la Federación pierda competencias en la revisión de la cuenta pública de Pemex o de la CFE. Gobierno corporativo no debe implicar autarquía administrativa y derogación de los controles constitucionales y democráticos del Estado sobre los dos organismos.

En cuanto a la salida de los representantes del Consejo de Administración de Pemex, lo considero un error histórico y democrático. El origen de la nacionalización y expropiación petrolera fue un conflicto laboral entre los trabajadores y las compañías extranjeras. Durante los primeros años de la fundación de Pemex y en sus etapas de consolidación, los trabajadores han sido el baluarte de la industria petrolera. Es injusto eliminar del órgano de dirección de Pemex al sector que ha contribuido a su desarrollo. Democráticamente es importante que en los organismos públicos se mantengan y promuevan los mecanismos de cogestión: las empresas también deben ser dirigidas por los trabajadores y no solo por la parte patronal, en este caso de carácter gubernamental.

Es verdad que las dirigencias de los sindicatos de Pemex y de la CFE son corruptas, pero eso no significa que esa situación se mantenga indefinidamente. Urge la democratización de los sindicatos de ambos organismos y el respeto al principio de pluralidad sindical. El argumento de la corrupción sindical no debe ser la excusa para eliminar la representación sindical en el Consejo de Administración de Pemex. Por el contrario debe ser el acicate para transparentar el funcionamiento de Pemex y de la CFE y, por ello, las sesiones del Consejo de Administración de Pemex deben ser totalmente públicas para que la sociedad mexicana se entere de qué y cómo se decide en ese ámbito.

III. CONCLUSIONES

México ha privatizado desde el gobierno de Salinas de Gortari sus principales empresas públicas. Muy pocos sectores de la economía nacional han quedado a la fecha reservados a la exclusividad del Estado. Los hidrocarburos y la electricidad son elementos fundamentales y estratégicos para nuestro desarrollo económico y para la pervivencia de nuestro país como nación soberana.

En este artículo hemos dado cuenta de las variables y consecuencias jurídicas de la posible reforma energética de 2013. La reforma constitucional a los artículos 27 y 28 de la Constitución promueve la liberalización de los sectores energéticos y de la electricidad. Las consecuencias jurídicas, económicas, políticas y sociales serán inaceptables para México como nación independiente.

El texto que se somete a consideración de los lectores ha expuesto cómo la reforma constitucional a los artículos 27 y 28 de la carta magna contradice las decisiones políticas fundamentales de nuestro ordenamiento y, en ese sentido, las podemos calificar de inconstitucionales. Hemos indicado que la reforma constitucional traerá aparejada el fortalecimiento de los poderes fácticos transnacionales que harán mucho más débiles a los poderes formales de nuestro país. También hemos señalado que al liberalizarse los sectores eléctrico y de hidrocarburos y, en virtud de lo establecido en el Tratado de Libre Comercio con Norteamérica y otros acuerdos internacionales, los hidrocarburos y la electricidad serán considerados *commodities* que estarán reguladas por el libre mercado y México perderá la rectoría económica que ha tenido en esos ámbitos. Hemos aclarado que los contratos que comparten la utilidad y en donde el pago a la empresa petrolera se vincula a la cantidad de petróleo extraído o al éxito en la producción son anticonstitucionales porque vulneran el principio de que la propiedad de las riquezas del subsuelo es de la nación y, esa riqueza no puede compartirse con particulares, sobre todo si son extranjeros. Igualmente hemos mostrado que el derecho y los tribunales de nuestro país quedarán del lado al aprobarse la reforma, pues las grandes empresas petroleras demandarán la aplicación del derecho de los tratados por instancias arbitrales o jurisdiccionales foráneas. En fin, en este artículo nos hemos referido al legado del general Cárdenas y a la tergiversación que hizo de él, el titular del Ejecutivo federal en su iniciativa, a la posible violación con la reforma constitucional energética de los

derechos fundamentales de los pueblos originarios, a la vulneración de la seguridad nacional, al futuro del control sobre la plataforma de producción y exportación, al concepto de la renta petrolera, a las consecuencias fiscales de la reforma constitucional energética, a la traición a la patria, al incremento de las competencias del Ejecutivo federal, y a cómo la reforma constitucional requiere ser comprendida en su profundidad con una legislación secundaria que no ha sido aún presentada —al momento que se concluye el artículo— ni por el titular del Ejecutivo ni por el PAN.

En cuanto a la iniciativa legal del PRD, hemos criticado su propuesta para que Pemex y CFE sean entidades corporativas de la administración pública federal. Igualmente, hemos argumentado en contra de la salida de los trabajadores del Consejo de Administración de Pemex.