

DERECHO DE LOS ENERGÉTICOS

Alfonso NAVA NEGRETE

SUMARIO: I. *Los energéticos*; II. *Derecho de los energéticos*; III. *Agua*.

I. LOS ENERGÉTICOS

Sabiduría de Don Quijote de la Mancha, universalmente reconocida, cuando dice: “Dichosa edad y siglos dichosos aquellos a quien los antiguos pusieron nombre de dorados, y no porque en ellos el oro (que en ésta nuestra edad de hierro tanto se estima) se alcanzase en aquella venturosa sin fatiga alguna, sino porque entonces los que en ella vivían ignoraban estas dos palabras de tuyo y mío”,¹ la naturaleza en esa edad era de todos, suelos, aguas, bosques, minas, flora y fauna eran de nadie, nadie podía decir éstos son tuyos y éstos son míos.

Siglos posteriores a esa edad que el Ingenioso Hidalgo descubre, otra sabiduría, la del jurisconsulto de la antigua Roma, Ulpiano enseña que la justicia es “la voluntad firme y continuada de dar a cada uno lo suyo”,² impone la necesidad de decir: dar a cada uno lo suyo es lo justo, en desuso el idioma del romano pero lo recordamos: *justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*. Es función del juez dar a cada uno lo suyo, su sentencia acabará con la duda de saber qué es lo de cada uno, a quien pertenecen las cosas en justicia. Sabrá decir en consecuencia a quién le corresponde como suyos: suelos, aguas, bosques, minas, flora y fauna, a los individuos, a los gobiernos, a cada nación.

¹ Cervantes Saavedra, Miguel de, *El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*, edición crítica y comentario de Vicente Gaos, Madrid, Gredos, 1987, p. 220.

² Petit, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano*, México, Editora Nacional, 1951, p. 19.

Tercera sabiduría es la de nuestro siglo XIX, que se encuentra en las palabras de valor universal del Benemérito de las Américas Benito Juárez. Dijo el 15 de julio de 1867 el patricio oaxaqueño: “Entre los individuos como entre las naciones el respeto al derecho ajeno es la paz”.³ Si la justicia ha de entenderse: dar a cada uno lo suyo, como la esculpió el jurista de la antigüedad romana, lo suyo de cada individuo, lo suyo de cada nación, falta sólo asegurar la paz entre ellos, respetando “lo suyo” de cada quien.

Sea así que por mandato de las tres sabidurías se sabe bien que cada individuo como cada nación tienen bienes que les pertenecen en justicia, que su tenencia pacífica sólo es posible si se reconocen los dictados de esta última. A través de la geografía de cada nación se reconoce la riqueza o la pobreza de su patrimonio natural. Pero cualquiera que sea la abundancia o languidez del patrimonio, su tutela se deposita en forma irrenunciable en la soberanía nacional.

Aun no desaparece de los bloques de países, de Europa, de Asia y de África, la soberanía de cada nación, que es la fortaleza constitucional que separa y defiende a cada uno de los patrimonios nacionales. En los textos de las leyes fundamentales se levantan los muros soberanos que protegen al patrimonio nacional de toda invasión, despojo, saqueo o de toda acción externa o interna que los merme. Con todo y la existencia de la próxima Constitución Europea —para los 15 países que forman la Unión Europea y que a mediados del 2004 se agregarían 10 países más— sobrevive la soberanía de cada país, subsiste la categoría constitucional de patrimonio nacional, de patrimonio natural propiedad soberana de cada nación.

Los primeros días del siglo XXI no sólo ven, miran aun, reconocen que los recursos naturales que forman el patrimonio natural son propiedad de cada nación, propiedad que las leyes fundamentales registran como soberana. No existen los patrimonios naturales europeo, asiático, africano ni latinoamericano, como seguramente sintieron tener los grandes conquistadores de territorios extensos, en su tiempo Alejandro Magno, Julio César, Napoleón Bonaparte, Hitler. Tal vez los poderosos países colonialistas como Francia, Inglaterra, España pensaron en ser dueños de patrimonios naturales continentales. Dos potencias militares Estados Unidos y la URSS, después de terminada la segunda guerra mundial, adquirieron el poderío soberano sobre los patrimonios de varios países. Subsiste en pleno si-

³ Muñoz y Pérez, Daniel, *Juárez y su recinto de homenaje*, México, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, 1972, p. 18.

glo XXI, en la única suprema potencia militar, Estados Unidos, la idea de ser dueña de patrimonios nacionales a través de todos los procedimientos que usa e impone, militares, económicos, políticos, etcétera.

De los recursos naturales surgen los recursos energéticos hoy de suprema y universal valía para la vida de la humanidad, como son el petróleo, el gas, la electricidad, el carbón, la madera, los combustibles nucleares. La producción y el consumo de los energéticos no corren paralelos; hay países más productores que consumidores, o a la inversa, más consumidores que productores como es Estados Unidos que prefiere importar petróleo a reducir sus grandes reservas y hasta optar por saquear el petróleo de otros países como lo ha hecho en el 2003 en Irak gracias a su poderosa fuerza bélica y la de varios países aliados o solidarios como Inglaterra y España. Así como destacan países con sus magnas producciones de petróleo como son algunos árabes, varios africanos, Estados Unidos, Rusia, Venezuela y México, otros se distinguen por sus grandes reservas petrolíferas, la más rica del mundo la posee Arabia Saudita.

El petróleo es un recurso natural finito, el más codiciado por todos los países como un recurso energético, como que es vital a todas las industrias de todos los tamaños, es fuerza insustituible en el transporte aéreo, marítimo y terrestre bélico y comercial, es la materia prima más importante que alimenta la existencia de las plantas termoeléctricas de mayor uso en todos los continentes; la agricultura, la pesquería, los aserraderos cuentan con maquinaria y equipos que operan gracias al petróleo, en suma la vida individual o colectiva de las personas es posible por la energía que presta el llamado oro negro.

Compite como sustituto del petróleo, el recurso hidráulico. Las aguas de los ríos y lagos se convierten en la fuerza extraordinaria para la producción de electricidad y se construyen presas gigantescas que hacen posible las plantas hidroeléctricas. Resultado de todas las ciencias, tecnologías y técnicas existentes o inventadas, de científicos y técnicos de varias nacionalidades, es la descomunal presa “Tres Gargantas” de China que aprovecha las aguas del río Yangtsé. También valiéndose de cuanto recurso científico y tecnológico estuvo disponible se construyó la presa de Assuan, que felizmente hizo útiles para todo el año las aguas del legendario río Nilo de Egipto.

Es sin duda el agua un recurso energético para la vida de los seres humanos, y del mundo vegetal y animal, es un recurso natural finito a juicio de la

ONU y es un recurso escaso como líquido potable. En las reuniones internacionales de Estocolmo, Suecia 1972, y en Río de Janeiro, Brasil 1992, ambas sobre medio ambiente fue tema y preocupación sobresaliente de los gobiernos la peligrosa contaminación de las aguas de los ríos, lagos, lagunas y mares que restringen la capacidad del nutriente.

Energético que también domina la atención de los gobiernos contemporáneos, al par que el petróleo y el agua, es la madera. En los congresos forestales mundiales se puso de relieve el papel sobresaliente que tiene la madera como energético, ante la enorme deforestación que padecen los bosques del mundo y el precio internacional elevado del petróleo, en los tres últimos congresos celebrados en Francia (1991), en Turquía (1997) y el de Quebec, Canadá (2003) se estimó que la leña representa el 53% de los energéticos que se utiliza por los pueblos del orbe para su vida doméstica.

Otros energéticos de uso especializado o no generalizado como el carbón, la energía atómica y la energía solar, el primero básico a las poderosas industrias aéreas como la de Japón, Alemania, Rusia, Estados Unidos, etcétera. Y la segunda pocas veces usada para fines pacíficos y vista esencialmente como fuerza de acoso bélico o de defensa nacional (Francia, India, Corea del Norte).

II. DERECHO DE LOS ENERGÉTICOS

Hubo una vez en que la naturaleza era de nadie o de todos sin saberlo. Más adelante la naturaleza fue dividida en tantas partes como linderos de cada país. Años después los poderes políticos de conquistadores aglutinaron varias partes y la naturaleza se vio enlazada por grandes dominios de imperios o dictaduras. No está en paz la naturaleza, las dos guerras mundiales la subdividieron, los triunfadores de las hecatombes bélicas se la repartieron.

Ambiciones económicas de gobiernos colonialistas han saqueado por siglos la naturaleza de cada país y la siguen saqueando aunque políticamente no sean “colonialistas”. Indefensos los países saqueados han visto empobrecer o extinguir sus bosques, fauna, flora, minas, petróleo, sin encontrar más y única defensa que sus Constituciones y legislaciones. Finalmente ha sucedido que en las Constituciones contemporáneas de países africanos, asiáticos, europeos y latinos se prevé la protección de la naturaleza, de los recursos naturales y se establece la responsabilidad del Estado

y de los ciudadanos para lograr su conservación. No lo hacen la vieja Constitución de Estados Unidos, ni los antiguos documentos constitucionales de Inglaterra, parece que no lo necesitan.

Por la defensa de sus energéticos de la avaricia extranjera y propia, por la necesidad de regular su explotación racional, por la protección de sus reservas, por que su aprovechamiento sea de beneficio social, ha surgido, se ha formado el derecho de los energéticos o derecho energético como lo llama el jurista Ramón Martín Mateo. El derecho energético tiene por objeto la regulación de los energéticos y sus fuentes, ver por su conservación, explotación racional y aprovechamiento social. A los preceptos constitucionales corresponde velar por su defensa.

A partir de nuestra Constitución de 5 de febrero de 1917, vigente desde el 1o. de mayo del mismo año, el derecho positivo regula los energéticos y sus fuentes. Desde el primer texto de la Constitución (artículo 27) se declaró del dominio directo de la nación: “el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos” (párrafo cuarto); después el párrafo sexto en forma imperativa dispone:

En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la nación es inalienable e imprescriptible, y sólo podrán hacerse concesiones por el gobierno federal a los particulares o sociedades civiles o comerciales constituidas conforme a las leyes mexicanas, con la condición que se establezcan trabajos regulares para la explotación de los elementos de que se trata, y se cumplan con los requisitos que prevengan las leyes.

Naturalmente se otorgaron por el gobierno federal concesiones petroleras que legitimara la primera ley del petróleo de 1925, a favor de empresas principalmente extranjeras (norteamericanas, inglesas, holandesas). A pesar de la claridad del texto del artículo 27 constitucional, las empresas petroleras extranjeras entendieron y defendieron que la concesión les daba la propiedad del subsuelo y no sólo su aprovechamiento. Fueron inútiles, ineficaces los esfuerzos de los primeros presidentes revolucionarios, Carranza, Calles, Obregón, por someterlas al mandato constitucional y a los impuestos petroleros. Eran demasiado poderosas y convincentes la diplomacia extranjera y las amenazas bélicas, especialmente las norteamericanas, para frustrar cualquier razón jurídica de los gobiernos mexicanos, que se veían además debilitados por la deuda externa del país.

Salva el crédito de la soberanía nacional y pone a salvo la riqueza petrolera la expropiación decretada por el presidente Lázaro Cárdenas. A las 10 de la noche del día 18 de marzo de 1938, el titular del Ejecutivo Federal, dijo a la nación por la radio:

Es evidente que el problema que las compañías petroleras plantean al Poder Ejecutivo de la Nación con su negativa a cumplir la sentencia que les impuso el más alto Tribunal Judicial, no es un simple caso de ejecución de sentencia sino una situación definitiva que debe resolverse con urgencia. Es el interés social de la clase laborante... Es la misma soberanía de la nación, que quedaría expuesta a simples maniobras del capital extranjero, que olvidando que previamente se ha constituido en empresas mexicanas, bajo leyes mexicanas, pretende eludir los mandatos y las obligaciones que le imponen autoridades del propio país. Se trata de un caso evidente y claro que obliga al gobierno a aplicar la Ley de Expropiación en vigor...

Historia mexicana inolvidable, la de 1938, que ahora en el siglo XXI debe releerse para que sus principios y su experiencia sirva al legislador federal y a las legislaturas locales que ante iniciativas de reforma constitucional, la del Ejecutivo Federal y otras pretenden abrir las puertas a la inversión extranjera (preferentemente norteamericana) para la libre explotación de nueva cuenta del petróleo.

Estorba, es barrera infranqueable hasta ahora, a la iniciativa presidencial el texto del artículo 27 de la Constitución y también es tranca el 28. Producto de una adición en 1940, el 27 expresa en forma categórica y nítida, en su párrafo sexto:

Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos o de minerales radioactivos, no se otorgarán concesiones ni contratos, ni subsistirán los que en su caso, se hayan otorgado y la nación llevará a cabo la explotación de esos productos, en los términos que señale la ley reglamentaria respectiva.

Ociosa o en su caso dolosa, será la interpretación que se quiera hacer de la norma transcrita para encontrar un sentido que no tiene, basta su sola lectura para saber que es la nación mexicana la única que puede explotar el petróleo, que éste es de su dominio directo, que es de su exclusiva propiedad. Corroboración esta situación el 28 constitucional en su párrafo cuarto al decir sin duda alguna posible: “No constituirán monopolios las funciones que el

Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: co-reos... petróleo y los demás hidrocarburos”. Luego el petróleo es un área estratégica sobre la cual el Estado tiene exclusiva función.

Pretender ahora la privatización de la industria petrolera y colocarla en manos de la inversión extranjera con el pretexto que nuestra industria está necesitada con urgencia, para su existencia misma, de grandes inversiones o recursos económicos para su conservación y crecimiento, no está demostrado, y en todo caso debería fomentarse la inversión de mexicanos y prohibir la inversión extranjera, es difícil o casi imposible que ésta pudiera encontrarse en su camino otro Lázaro Cárdenas. México está a punto de contraer la enfermedad privatizadora que se observa padecen algunos países europeos, enfermedad que proviene del virus injertado por los grandes prestamistas de dólares.⁴

Proliferan las obras escritas sobre el petróleo mexicano, antes y después de la expropiación petrolera de 1938. Todas reconocen la propiedad pública del venero, las más recientes buscan la fórmula económica, política y legal que sanee a Petróleos Mexicanos y a su sindicato.

III. AGUA

Ciertísimo que el energético más necesitado, más codiciado en el mundo actual es el petróleo, quedarían inmovilizadas las industrias, no habría transporte carretero, ferroviario, aéreo, marítimo, paralizarían la agricultura, la pesquería, el comercio, toda la economía se congelaría sin él. Pero 6,000 millones de personas que habitan el planeta reclaman con grave desesperación y preocupación otro energético, el agua. Siglos atrás seguramente era vista como un recursos natural infinito, inacabable, inmensurable, en el presente es lo contrario se sabe que es finito, que no es renovable, que su localización no alcanza a todos los pueblos.

Energético esencial a la vida de los seres humanos, a la existencia de la vida animal y vegetal. Energético básico a numerosas industrias, a la principal y descollante la industria eléctrica. Ahora pueblan el mundo terráqueo gigantescas plantas hidroeléctricas, resultado las más de las adelantadas brujerías tecnológicas inventadas para cada una. Genial

⁴ Véase, Thirion, Nicolas, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché*, Bruselas, Bruylant, 2000, 790 pp.

descubrimiento la planta hidroeléctrica que aprovecha la fuerza de las aguas de ríos, lagos y precipitaciones pluviosas.

Son muchos los usos y aprovechamientos del agua, el primero que ocupa la atención de los foros internacionales que vigilan y cuidan de la naturaleza es ser alimento de la humanidad, de la fauna en todas sus dimensiones, de bosques, selvas y flora en general. Los siguientes van tomando prioridades, para la agricultura, las industrias, los servicios públicos: hospitales, universidades y escuelas, mercados, rastros, aeropuertos, cárceles, edificios públicos, etcétera.

Ahora junto al petróleo, preocupa al gobierno federal la electricidad, también para ésta proyecta la “privatización” que hace consistir en que la producción y distribución del fluido se haga por inversionistas extranjeros —preferentemente norteamericanos— y por excepción obviamente por mexicanos, a través de concesiones administrativas. Vuélvese a la edad de oro de las concesiones a extranjeros de la época del porfiriato. Alega el gobierno privatizador, que no se piensa en desaparecer a Petróleos Mexicanos y la Comisión Federal de Electricidad, organismos descentralizados por ley, que seguirían con las funciones que tienen. Es falaz la política que diseña el gobierno, invoca como argumento toral que la industria requiere con urgencia inmediata de mayores recursos económicos para su actual mantenimiento y sobre todo para su expansión, que él no cuenta con ellos pero sí la inversión extranjera.

Desde su primer texto la Constitución estableció el marco de la propiedad pública y privada de las aguas del territorio nacional, párrafo quinto del artículo 27. Enumera las aguas que son propiedad de la nación de mares, ríos, lagos, lagunas, esteros, y después dispone:

Cualquiera otra corriente de agua no incluida en la enumeración anterior, se considerará como parte integrante de la propiedad privada que atraviese; pero el aprovechamiento de las aguas cuando su curso pase de una finca a otra, se considerará como de utilidad pública y quedará sujeta a las disposiciones que dicten los Estados.

Admite en su siguiente párrafo sexto, igual que para los minerales, que la explotación de las aguas de la nación se haga por medio de concesiones a particulares.

Después vendrán reformas que modifiquen ese texto originario. Por ejemplo la reforma constitucional de 1945 al párrafo quinto,⁵ que precisó la propiedad de las aguas del subsuelo, que son en principio propiedad de los dueños del suelo quien las puede alumbrar libremente y apropiarse de ellas según lo expresa literalmente el mandato agregado. Hubo otro cambio, ya no se habla de “propiedad privada que atraviese”, ahora se dice: “como parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren sus depósitos”, terrenos que podrán ser de propiedad pública o privada. Fundamental la reforma de 1960, que adiciona el texto del párrafo sexto del artículo 27, así:

Corresponde exclusivamente a la nación generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público. En esta materia no se otorgarán concesiones a los particulares y la nación aprovechará los bienes y recursos naturales que se requieran para dichos fines.⁶

Luego, el monopolio de la nación no es prestar el servicio público eléctrico, sino la producción de la energía si la utiliza para servicio público; es función exclusiva suya dicha generación como lo previene el artículo 28 de la Constitución, es considerada por éste precepto área estratégica. Propicia el texto del 27 una interpretación acogida por la vigente Ley de Aguas Nacionales, en el sentido que los particulares, nacionales o extranjeros pueden generar esa energía para uso particular propio o doméstico pero no para prestar el servicio eléctrico. Autoriza el artículo 80 el otorgamiento de concesiones para explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales con el objeto de generar energía eléctrica. Sigue la línea de esa Ley, la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica que prevé la existencia de empresas privadas de producción de energía eléctrica de autoconsumo, fenómeno generalizado que se convierte en autoservicio público desplazando a la Comisión burlando el mandato constitucional, aprovechando las aguas nacionales.

No hay espacio mayor para alargar estas reflexiones acerca del derecho energético de México que nos dio el Congreso, pero terminamos con una expresada en otra ocasión anterior:

⁵ *Diario Oficial de la Federación*, del 21 de abril de 1945.

⁶ *Diario Oficial de la Federación*, del 29 de diciembre de 1960.

Es imposible ignorar que México sigue siendo un país subdesarrollado, pese a los discursos de los presidentes y al aval financiero de prestamistas internacionales que dependen de la voluntad política de los Estados Unidos, luego es imperativo natural que se cuide y proteja de fuerzas exteriores e interiores y se reserve la explotación de ciertos bienes que son vitales a la población y a él mismo. Todos los países tienen sus reservas de explotación de bienes, lejos de inversionistas propios o extranjeros, y con mayor razón los países del tercer mundo en el que aún está México, que les permita vivir y tener su desarrollo propio sin la presión o amenaza de los bancos internacionales y la “tutela” del gobierno norteamericano.⁷

⁷ Nava Negrete, Alfonso, “Concesiones, permisos y autorizaciones”, *Propuestas de reformas constitucionales*, México, Barra Mexicana, Colegio de Abogados-Themis, 2000, t. I, p. 272.