

Constitución y reforma energética

**Ponencia que para el Foro de Debate sobre la Reforma
Energética presenta el Dr. Sergio López Ayllón (CIDE).**

**Mesa: Análisis Constitucional de las Iniciativas de
Reforma Energética**

Senado de la República

México D.F., 22 de mayo de 2008

Constitución y Reforma Energética

Dr. Sergio López Ayllón¹

Agradezco la invitación que me ha hecho la Junta de Coordinación Política del Senado de la República para participar en este importante Foro de Debate. Antes de iniciar preciso que hago esta intervención a título personalísimo. Por ello, no representa la posición del Centro de Investigación y Docencia Económica, ni la de sus investigadores. En el CIDE tenemos, por fortuna, una pluralidad de visiones y razones, mismas que no se identifican necesariamente con mi perspectiva. Tenemos si la convicción compartida que un debate serio e informado, que un diálogo constructivo y respetuoso, debe ayudar a esta Soberanía a tomar las mejores decisiones en el marco de su mandato constitucional.

El Senado de la República nos ha invitado a debatir la constitucionalidad del conjunto de iniciativas que en materia energética presentó el 8 de abril de 2008 el titular del Ejecutivo Federal. Acudo a esta comparecencia con una primera convicción: que los argumentos serán oídos por todas las partes, que la deliberación puede hacer que se conjuguen pensamientos distintos, que se encuentren puntos de acuerdo y que se hallen alternativas viables. Mi segunda convicción es que, en su conjunto, las iniciativas se ajustan al marco constitucional. Acaso resulte necesario modificarlas en algunos puntos específicos para robustecer su congruencia con la Constitución y evitar futuras controversias.

Pero este argumento carece de sentido pleno si no se encuadra en un marco más amplio que se pregunte por la función de la Constitución y por el alcance de su interpretación. ¿Por qué? Porque lo que la Constitución ofrece es un conjunto de principios a partir de los cuales se genera un margen de decisión dentro del cual el Congreso puede definir las políticas

¹ Secretario General del Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE). Es doctor en derecho por la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (nivel 2) y de la Academia Mexicana de Ciencias es especialista en materia de regulación y políticas públicas, derecho de la información y derecho comercial internacional.

públicas que más convengan a los objetivos que se proponga, en este caso a los de una reforma energética.

Por otro lado, es indispensable sentar enfáticamente que el examen de constitucionalidad no agota la discusión, y las respuestas que ofrecemos en este ámbito no prejuzgan sobre si las propuestas que ahora se discuten son las más adecuadas para lograr los fines que se propone la reforma energética. Para ello es necesario recurrir al análisis técnico, económico, financiero, organizacional y político. Nuestra función como expertos constitucionales es así modesta: contribuir a entender cuáles son esos márgenes de decisión que, en el marco de la Constitución, pueden facilitar la construcción de los acuerdos necesarios para avanzar en la indispensable reforma energética, dentro del marco de lo que la Constitución permite.

Iniciaré mi exposición con algunas breves consideraciones sobre la Constitución y su interpretación. Posteriormente, expondré lo que a mi juicio constituyen los principios constitucionales en materia de petróleo y a partir de ellos responderé por qué considero que las iniciativas se ajustan a ellos. Concluiré con algunas reflexiones finales. Espero contribuir así a presentar alternativas para una reforma necesaria.

Qué es la Constitución

La pregunta de qué es la Constitución puede parecer inútil, me parece no lo es tanto. En realidad existen varias ideas de lo que es la Constitución, que se reflejan en el debate y en algunas de las diferencias que existen. Creo que la Constitución contiene, para decirlo de manera sencilla, los derechos fundamentales de todos los mexicanos y las reglas que determinan el ejercicio del poder. La Constitución contiene también los principios de la vida democrática, la forma de organización económica y política, los pesos y contrapesos de los órganos que ejercen el poder y la autoridad, los fundamentos y valores de la sociedad. La Constitución es así el marco de referencia de nuestra vida común.

Pero la vida social es dinámica y se encuentra en cambio permanente. Por ello, la Constitución no es, ni puede ser, un documento petrificado e inamovible. Por el contrario, debe reflejar la dinámica de la vida social, de sus cambios y aspiraciones. La Constitución es así el lugar donde se cristaliza el diálogo democrático y donde parte todo nuevo al diálogo. Tengo para mí que la Constitución fija los límites de la acción de los gobernantes, y también marca el rumbo y orienta el sentido de la acción pública. Esta dinámica se concreta en el debate constitucional, en la interpretación de la Constitución y eventualmente en los cambios que acuerde el Constituyente permanente.

Nuestra Constitución, como cualquier otra del mundo, no es entonces un conjunto de dogmas, sino un texto abierto. Conlleva una variedad de lecturas posibles para su intérprete, o mejor, para sus intérpretes. De hecho, todos al leer la Constitución la interpretamos. Alguien puede preguntarse por qué es necesaria la interpretación. ¿Será que nuestra Carta Magna estuvo mal redactada, o que está en otro idioma? No. La interpretación de la Constitución es necesaria simplemente, porque como cualquier lenguaje, el lenguaje de la Constitución es polisémico y adquiere significados diversos según el contexto. Como mostraré adelante, hay palabras y conceptos que admiten varios sentidos, y que por ello resulta necesario esclarecer. Más allá de lo anterior, la Constitución requiere de interpretación porque siendo un texto político que contiene valores, principios y reglas, requiere de un debate constante entre los actores que le de sentido a la acción pública.

Sucede, sin embargo, que esta interpretación, técnicamente, responde a algunas reglas y principios que resulta necesario tener en consideración y que, con frecuencia, escapan al sentido común. Aquí es donde entra la técnica de la interpretación constitucional, desarrollada justamente para facilitar el debate y la generación de alternativas.

Quiero llamar la atención sobre dos cuestiones. Primero, que las disposiciones de una Constitución tienen, todas, el mismo rango normativo y, por lo mismo, deben interpretarse sistemáticamente, unas en

relación con otras, procurando que se armonicen y adquieran vigencia simultánea y efectiva, inclusive si parecen contradictorias. Esto tiene importancia en la medida en que las disposiciones derivadas de una reforma pueden modificar o matizar el sentido aceptado de disposiciones constitucionales anteriores. Segundo, que cuando son posibles dos o más interpretaciones de sus disposiciones, es conveniente escoger aquella que preserva el margen de decisión de los órganos de representación legitimados de manera democrática.

Finalmente, que la interpretación constitucional es una interpretación jerarquizada, en donde existen órganos con atribuciones precisas y legitimados para realizarla. Así, el Congreso es un órgano que tiene facultades explícitas para su interpretación, a través del mandato que le da la propia Constitución en expresiones tales como “en los términos que señalen las leyes”. Ciertamente existe un órgano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien tiene la función de ser el intérprete último de la Constitución. Pero la Corte es un también órgano colegiado, que rinde sus decisiones en el marco de un debate público y que con frecuencia éstas no son unánimes. Lo anterior simplemente confirma la idea de que el debate constitucional es necesario y propio a la democracia y que quienes declaran *ex officio* la inconstitucionalidad -o la constitucionalidad- de una ley asumen que existe una única interpretación válida –la suya- y clausuran con ello el debate negando un valor fundamental de la democracia.

Hechas estas consideraciones, quiero exponer los que a mi juicio son los principios rectores que contiene la Constitución en materia de petróleo.

Los principios constitucionales en materia de petróleo son:

Primero. El dominio directo, inalienable e imprescriptible del petróleo y todos los demás hidrocarburos corresponde a la Nación. En otras palabras, y como lo sostuvo ya hace varias décadas el jurista Don Oscar

Morineau en uno de los trabajos más importantes en la materia,² la Nación es propietaria del petróleo, y por ello goza cabalmente e irrestrictamente de los derechos de usarlo, disfrutar de sus frutos y disponer del recurso.

Segundo. En el caso del Petróleo, y a diferencia de otros recursos naturales, la explotación de este recurso corresponde de manera exclusiva a la Nación. Es por ello que en esta materia no se podrán otorgar concesiones ni contratos a través de los cuáles se les transmita a los particulares su uso o aprovechamiento.

Tercero. El petróleo y los demás hidrocarburos, así como la petroquímica básica, constituyen un área estratégica del Estado. Esto significa que el Estado tiene a su cargo, de manera exclusiva, esta área. Asimismo, el Gobierno Federal debe mantener la propiedad y el control de los organismos responsables de ellas. En el caso del petróleo, el organismo es PEMEX, y le corresponde explotar el petróleo y llevar a cabo las actividades en materia de petroquímica básica. La propiedad y el control de la empresa deben estar en manos del Gobierno Federal.

A partir de estos principios constitucionales es que debe realizarse el análisis de las iniciativas.

La interpretación de estos preceptos plantea varias cuestiones centrales:

1. ¿Hasta dónde llega el dominio directo de la Nación sobre el petróleo y los demás hidrocarburos, es decir, hasta qué punto de la cadena productiva de la industria petrolera está obligado el Estado a conservar la propiedad y el control de los hidrocarburos y sus productos?
2. ¿Qué se entiende por “explotación” para los efectos del artículo 27 y hasta dónde llega la facultad que tiene el legislador ordinario de determinar las modalidades de la explotación petrolera? y
3. En cuanto al área estratégica, ¿significa que únicamente Pemex, de manera directa, debe realizar estas actividades?

² Oscar Morineau. *Los derechos reales y el subsuelo en México*. México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 1997.

La respuesta a la primera pregunta es relativamente sencilla. Está claro que la propiedad de todos los hidrocarburos del subsuelo de nuestro territorio corresponde de manera irrestricta a la Nación, la cual puede someterlos a los procesos de transformación que determine convenientes hasta su venta de primera mano, es decir, la primera transferencia de su propiedad. En este sentido las iniciativas cumplen cabalmente con este principio, pues en todos los casos queda claro que la venta de primera mano del crudo, de los productos de la petroquímica básica y aún de los productos de la refinación, es una facultad exclusiva de Pemex. No encontramos aquí problema alguno de constitucionalidad.

Quizá el asunto más complejo sea el relativo al alcance del concepto de “explotación”, mismo sobre el cual ya se ha discutido ampliamente en este foro. En nuestra opinión esta palabra admite tres interpretaciones posibles. La primera es aquella que lo identifica con “extracción”. En otras palabras, lo que estaría reservado a la Nación es la “extracción” y, derivada de su propiedad originaria, la venta de primera mano del crudo. Existen argumentos históricos y lingüísticos³ que permitirían sostener esta interpretación.

Una segunda interpretación comprende el sentido de “sacar utilidad o provecho de un negocio o industria en provecho propio”,⁴ misma que podemos identificar con el concepto de renta petrolera. Por renta petrolera debe entenderse las ganancias derivadas de la diferencia entre todos los costos asociados con la extracción del petróleo y el precio de su venta de primera mano. Conforme a esta interpretación, la Constitución prohíbe que, de cualquier manera, los particulares se apropien de esta renta, que corresponde de manera exclusiva a la nación.

Existe una tercera interpretación, más amplia, según la cual el concepto de “explotación” comprendería no sólo la extracción y venta de primera

³ El Diccionario de la Real Academia da como primer sentido al verbo “explotar” el de “extraer de las minas la riqueza que contienen”.

⁴ Véase Diccionario de la Real Academia Española

mano del crudo, sino un aprovechamiento más amplio del recurso que incluye otras – o todas- las actividades propias de la industria petrolera.

Así, la Constitución admite varias interpretaciones posibles. Ahora bien, ¿a quién le corresponde determinar cuál es el sentido que debe dársele? Pues bien, la misma Constitución lo resuelve cuando establece que corresponde al Congreso, quien deberá determinar cómo se lleva a cabo la explotación del petróleo “en los términos de la Ley Reglamentaria”. En otras palabras, la Constitución fija el marco, y remite al legislador la decisión que deberá adoptar dentro de ese margen posible.

Ahora bien, el artículo 27 párrafo cuarto no puede leerse de manera aislada, sino que tiene que ser interpretado de conformidad con otros artículos constitucionales, en particular el 25 y el 28. Veamos cuáles son las consecuencias de una lectura sistemática.

El artículo 25 constitucional establece las áreas estratégicas las cuáles tendrá a su cargo de manera exclusiva el sector público. El artículo 28, por su parte, establece de manera concreta que el petróleo y la petroquímica básica son áreas estratégicas. Como puede observarse, la Constitución es escueta pues no define el alcance del concepto de petróleo, ni el de petroquímica básica. Sin embargo, leídos junto con el párrafo 4 del artículo 27, me parece que resulta evidente que el área estratégica estará definida en la Ley Reglamentaria, en función de la extensión que éste le otorgue a los concepto de “explotación” y de “petroquímica básica”.⁵

Nótese que la Constitución no habla de “industria petrolera”. Es la Ley Reglamentaria del artículo 27 la que, usando una interpretación amplia del concepto de “explotación”, identifica al conjunto de la industria petrolera con el de área estratégica.

⁵ De hecho, la Ley Reglamentaria del Artículo 27 en el ramo del petróleo define a la Petroquímica Básica como los siguientes productos: Etano; Propano; Butanos; Pentanos; Hexano; Heptano; materia prima para negro de humo; Naftas; y Metano, cuando provenga de carburos de hidrógeno, obtenidos de yacimientos ubicados en el territorio nacional y se utilice como materia prima en procesos industriales petroquímicos.

En conclusión, la Constitución otorga al legislador, dentro de estos márgenes, alternativas para determinar cuál es el alcance del área estratégica. Así, no existe una identidad necesaria, constitucional, entre industria petrolera y área estratégica. Lo que si existe es un mandato constitucional para que la “explotación del petróleo”, definida en los términos de la ley reglamentaria, constituya un área estratégica reservada de manera exclusiva al sector público. Un segundo mandato que contiene la Constitución es que el beneficio económico de esa explotación corresponde a la Nación.

A la luz de estas consideraciones es que puede analizarse la constitucionalidad de algunos de los puntos centrales de las iniciativas presentadas por el Ejecutivo:

1. *Área estratégica.* La iniciativa de reformas a la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo modifica el alcance que actualmente tiene el área estratégica. En efecto, de aprobarse, el sector privado podría participar en las actividades de transporte, almacenamiento y distribución de los productos derivados de la refinación, del gas y de la petroquímica básica, antes reservados al Estado. El transporte, almacenamiento y distribución del crudo permanecen dentro del área estratégica. En mi opinión esta reforma no contraviene disposición constitucional alguna dado que, como ya anotamos, corresponde al Congreso definir el alcance del área estratégica y estas actividades no transfieren renta petrolera a los particulares.

2. *Contratos incentivados.* Se permite que Pemex realice lo que se conoce como “contratos incentivados”. Se ha sugerido que estos contratos son una “nueva versión” de los denominados contratos de riesgo. Me parece que esto no es preciso, veamos por qué. El artículo 46 de la Ley Orgánica permite que Pemex celebre contratos en los que se pacte incentivos para maximizar la eficacia o el éxito de la obra o servicio. Estos incentivos serán siempre pagaderos en efectivo. Es cierto este artículo no precisa la fórmula del pago y que por ello podría argumentarse que si ésta estuviera ligada, por ejemplo, a un porcentaje de la producción, estaríamos

claramente frente a un contrato que transfiere renta petrolera. Este es, ciertamente, un argumento plausible, pero omite señalar que el artículo 6 de la Ley Reglamentaria del artículo 27 establece con toda claridad que los contratos que celebre Pemex en ningún caso concederán “propiedad sobre los hidrocarburos, ya sea a través de porcentajes en los productos o de participación en los resultados de los explotaciones”. Quizá, para evitar esa interpretación, convendría modificar la redacción del artículo de la Ley Orgánica 46 para sujetar de manera expresa su contenido al del artículo 6 de la Ley Reglamentaria.

3. Maquila en refinación. Se ha señalado que los contratos de maquila previstos en el artículo 4 segundo párrafo de la Ley Reglamentaria violentan la Constitución pues permiten que los particulares intervengan en la refinación del petróleo, actividad que forma parte del área estratégica. En mi opinión esta visión deriva de una interpretación restrictiva de la Constitución, según la cual todas las actividades comprendidas dentro del área estratégica deben ser realizadas directamente por Pemex. Si este fuera el caso, el actual artículo 6 de la Ley Reglamentaria y muchas de las actividades que hoy realiza Pemex serían ya inconstitucionales. En la iniciativa Pemex mantiene la propiedad del hidrocarburo y recibe por parte del contratista todos los productos y residuos aprovechables. Corresponde además a Pemex la venta de primera mano de estos productos y al hacerlo se lleva la renta de esta actividad. En este sentido esta actividad es constitucional.

4. Órgano de gobierno de Pemex. La iniciativa de nueva Ley Orgánica de Pemex incorpora al Consejo de Administración a cuatro nuevos consejeros profesionales, dos de ellos de tiempo completo, quienes “representarán al Estado” (a. 8 fr. III ILOP) y que se suman a los seis representantes designados por el Ejecutivo Federal y los cinco representantes del Sindicato de Pemex. El artículo 25 constitucional precisa que el Gobierno Federal debe tener la propiedad y el control de los órganos que tienen a su cargo las áreas estratégicas. Bajo esta nueva configuración, convendría explicitar que los consejeros profesionales son servidores públicos federales y por ello sujetos al régimen de

responsabilidad general. Así la excepción que hace el artículo 36 se entenderá como una excepción acotada a esa hipótesis normativa, y no como se ha querido interpretar, como una excepción completa a este régimen. Asimismo conviene explicitar los mecanismos bajo los cuáles el Gobierno Federal mantiene el control de la empresa.

5. Adquisiciones. Se ha argumentado que el régimen de adquisiciones propuesto para Pemex contraviene el artículo 134 constitucional pues este obliga a realizar licitaciones públicas. En mi lectura esto es también debatible. Si bien es cierto que ese artículo establece como regla general la licitación pública, también lo es que permite que las leyes establezcan excepciones a esta regla. Esto lo hace ciertamente el artículo 45 del proyecto de ley orgánica, que debe leerse junto con el 44 del mismo instrumento. Por otro lado, el artículo 58, fracción VII, de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, faculta a los órganos de gobierno de las propias entidades para aprobar, de acuerdo con las leyes aplicables y el reglamento de ese ordenamiento, las políticas, bases y programas generales que regulen los convenios, contratos, pedidos o acuerdos que se deban celebrar con terceros en obras públicas, adquisiciones, arrendamientos y prestación de servicios relacionados con bienes muebles.

Este punto me lleva a una reflexión adicional. Mucho se ha discutido cuál debe ser el margen de la autonomía de gestión de Petróleos Mexicanos. En mi opinión, este régimen se encuentra bien construido en la actual Ley de Entidades Paraestatales. Una lectura fresca y directa de ese ordenamiento nos ayudaría a entender mejor las alternativas de solución. El problema se encuentra menos en la Ley, que en su aplicación y en las múltiples disposiciones reglamentarias emitidas por las Secretarías de Hacienda y de Función Pública.

Reflexiones finales

Agotado el tiempo es necesario concluir. Encuentro, según lo expuesto, que el contenido de las iniciativas se encuentra dentro del marco

constitucional, aunque requieren ajustes menores para asegurar su debida operación y evitar futuras controversias. Entrar a este punto de detalle me parece innecesario en esta comparecencia y seguramente habrá ocasión para que los equipos técnicos jurídicos con los que cuenta el Congreso las revisen y realicen estos cambios.

Más allá de lo anterior, entiendo que todos los partidos políticos, todos, coinciden en identificar que tenemos un problema en el sector energético y que es necesario actuar para solucionarlo. Por ello, el punto fundamental que quiero subrayar es este, que dentro de los límites ya expuestos, la constitución si otorga un margen de decisión a los legisladores para que, en función de los objetivos de una reforma energética, determinen cuál es el mejor curso de acción a seguir. Me parece también que es en función de esos objetivos –entre otros, asegurar el abasto de energía para el país, lograr una adecuada transición hacia fuentes alternas de energía, usar los recursos generados por la renta petrolera para crear bienestar y mejorar la calidad y condiciones de vida de los mexicanos, evitar el despilfarro de los recursos petroleros o consumirlos en gasto corriente,- que esta Soberanía debe valorar las alternativas y tomar las decisiones que considere pertinentes, para plasmarlo en las reformas legislativas que procedan. La Constitución y las leyes son instrumentos para solucionar el problema, no para negarlo, posponerlo o evadirlo.

El examen de constitucionalidad es desde luego indispensable, tiene por objeto asegurar la congruencia de la ley con el marco constitucional para generar seguridad jurídica y asegurar que los objetivos de política planteados por el Ejecutivo y Congreso se cumplan adecuadamente. Este examen insisto no prejuzga sobre la pertinencia técnica, económica, financiera, social o política, labor que corresponde al Congreso y que seguramente asumirá con toda responsabilidad. El problema es complejo y requiere de soluciones complejas, urgentes y responsables, si no queremos permanecer inmóviles. Pero la Constitución no debe de ser vista ni interpretada como un obstáculo, sino como nuestro marco de referencia y el cauce del debate.