



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO DE LA
FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO

“LA ORDENACIÓN JURÍDICA DE LA ENERGÍA EN MÉXICO”

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
DOCTOR EN DERECHO
PRESENTA:
Sergio Ampudia Mello

TUTOR

Dr. José Máximo Carvajal Contreras (Tutor) (Facultad de Derecho)

COMITÉ TUTOR:

Dr. Raúl Juan Contreras Bustamante (Facultad de Derecho)
Dr. Carlos Humberto Reyes Díaz (Instituto de Investigaciones Jurídicas)
Dra. Ana Eloísa Heredia García (Facultad de Derecho)

Cd. Mx. Marzo 2024



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

DEDICATORIAS

A la memoria de mis amadísimos padres. De una manera u otra, ya están enterados de este esfuerzo

A mi querida familia, especialmente a mis hij@s, con mi amor y mi agradecimiento incondicionales.

AGRADECIMIENTOS

Mis Tutores aceptaron con generosidad guiar este esfuerzo de investigación. No solo hubo una enorme disposición institucional sino una afectuosa exigencia a terminarla, honrando sus estándares de excelencia y los de la Facultad de Derecho.

Mi gratitud perenne para ellos.

No tengo cómo corresponder a los Doctores Máximo Carvajal Contreras, quien me distinguió siendo mi Tutor principal; a Raúl Contreras Bustamante, quien siendo el distinguido Director de la Facultad de Derecho tuvo tiempo para corregir las diferentes versiones que este tema fue generando; a Carlos Humberto Reyes Díaz, quien me mostró la veta del Derecho Consuetudinario Internacional; y, finalmente, pero no al último, a Ana Eloísa Heredia García, a quien tanto debo en Metodología Jurídica.

No puedo dejar de mencionar a las responsables institucionales del área: mi reconocimiento a Tania Karina Mendoza Martínez y a Laura Magali García Escutia. Muchas gracias por su entusiasmo y profesionalismo.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIAS.....	II
AGRADECIMIENTOS.....	III
TABLA DE CONTENIDO.....	IV
RESUMEN.....	VII
ABSTRACT.....	VII
INTRODUCCIÓN.....	VIII
CAPÍTULO PRIMERO.....	1
EXORDIO.....	1
1.1 NOTAS Y REFLEXIONES INTRODUCTORIAS.....	1
1.2 CONSIDERACIONES HISTÓRICAS SOBRE EL MARCO REGULADORIO DE LA ENERGÍA.....	4
1.3 CONSIDERACIONES HISTÓRICAS SOBRE EL MARCO ECONÓMICO DE LA ENERGÍA.....	17
1.4 CONSIDERACIONES HISTÓRICAS SOBRE EL MARCO POLÍTICO DE LA ENERGÍA.....	31
CAPÍTULO SEGUNDO.....	42
APUNTES PARA LA CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO ENERGÉTICO MEXICANO.....	42
2.1 SUS CREENCIAS, PRINCIPIOS Y VALORES.....	42
2.2 EPISTEMOLOGÍA DEL DERECHO ENERGÉTICO.....	52
2.3 LAS RELACIONES QUE INTERESAN.....	63
2.3.1 <i>Las relativas al objeto de la regulación.....</i>	<i>63</i>
2.3.1.1 Desarrollo tecnológico.....	64
2.3.1.2 Energía.....	67
2.3.1.3 Aprovechamiento.....	69
2.3.1.4 Aguas someras y aguas profundas.....	74
2.3.1.5 Sondeos y yacimientos.....	76
2.3.1.5.1 Una alternativa tecnológica. El Fracking.....	83
2.3.1.6 Electricidad.....	91
2.3.2 <i>Las relativas a la materia de la regulación.....</i>	<i>92</i>
2.3.2.1 Derecho Constitucional.....	93
2.3.2.2 Derecho Administrativo.....	99
2.3.2.3 Derecho Ambiental.....	102
2.3.2.4 Derecho Económico.....	106
2.3.2.5 Derecho Fiscal.....	109
2.3.3 <i>Las relativas a los alcances de la regulación.....</i>	<i>111</i>
CAPÍTULO TERCERO.....	118
REFORMA, CONTRARREFORMA Y SEGURIDAD ENERGÉTICAS.....	118
3.1 EL DEBATE. UNA APROXIMACIÓN A SUS TÉRMINOS.....	118
3.2 LA CONSTRUCCIÓN DE LA REFORMA EN MATERIA DE ENERGÍA. ASPECTOS ESTRUCTURALES.....	121
3.2.1 <i>La fórmula jurídica.....</i>	<i>130</i>
3.2.2 <i>La dinámica parlamentaria.....</i>	<i>133</i>
3.2.3 <i>La orientación estratégica.....</i>	<i>139</i>
PARA FAVORECER LA COMPETENCIA.....	142
PARA LLEVAR A CABO LA PARTICIPACIÓN ESTATAL, EN UN AMBIENTE SIN COMPETENCIA.....	143
3.3 LA CONSTRUCCIÓN DE LA CONTRARREFORMA EN MATERIA DE ENERGÍA.....	145

3.3.1	<i>La ruta jurídica. Saldos</i>	152
3.3.1.1	Un esfuerzo infructuoso de Contrarreforma.	153
3.3.1.2	Un esfuerzo exitoso. Modificaciones a las leyes de la materia.	159
3.3.1.2.1	Ley de la Industria Eléctrica.	159
3.3.1.2.2	Ley de Hidrocarburos	161
3.3.2	<i>La orientación estratégica</i>	163
3.4	LA SEGURIDAD ENERGÉTICA	168
3.4.1	<i>Acerca del tema</i>	168
3.4.2	<i>Revisando el interior. Aspectos domésticos de la seguridad energética</i>	177
3.4.3	<i>Notas para entender el marco de referencia de la Contrarreforma</i>	179
3.4.3.1	El intervencionismo estatal de 1917, en 2019.....	179
3.4.3.2	El intervencionismo estatal de 1950, en 2019.....	182
3.4.3.3	El intervencionismo estatal en 2023.	184
3.5	LA CONNOTACIÓN REGULATORIA. NOTAS PARA EXPLICAR EL CONFLICTO DE MODELOS JURÍDICOS	187
3.6	LA INSTITUCIONALIZACIÓN	189
3.6.1	<i>Las buenas noticias</i>	189
3.6.2	<i>Las malas noticias</i>	192
3.7	UNAS REFLEXIONES PROVISIONALES	200
CAPÍTULO CUARTO		202
POLÍTICA ENERGÉTICA DE MÉXICO (2018-2023). SU INCIDENCIA EN LAS RELACIONES COMERCIALES CON AMÉRICA DEL NORTE		202
4.1	UNA REFLEXIÓN GENERAL A MANERA DE INTRODUCCIÓN	202
4.1.1	<i>Política Energética. Legalidad, constitucionalidad y convencionalidad</i>	202
4.1.1.1	El equilibrio paralizante	203
4.1.2	<i>Una estrategia administrativa. Connotaciones de legalidad</i>	222
4.1.3	<i>Una estrategia legislativa. Connotaciones de constitucionalidad</i>	234
4.2	GENERALIDADES SOBRE LOS TRATADOS COMERCIALES INTERNACIONALES	242
4.2.1	<i>Derechos humanos de segunda generación: Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales</i>	243
4.2.2	<i>Algunos principios de derecho internacional consuetudinario de los acuerdos comerciales, en general</i>	247
4.3	GENERALIDADES SOBRE LOS TRATADOS QUE INTERESAN: TMEC Y TIPAT	249
4.3.1	<i>Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, Estados Unidos de América y Canadá</i>	249
4.3.1.1	Principales disposiciones genéricas	250
4.3.1.2	Controversias	251
4.3.1.2.1	Resolución de controversias Inversionista contra Estado. (Capítulo 14).....	252
4.3.2	<i>Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT)</i>	255
4.3.2.1	Controversias	256
4.4	REFORMAS A LA LEY DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA Y SU IMPLICACIÓN CON LOS TRATADOS COMERCIALES REGIONALES (TMEC Y TIPAT).	258
4.4.1	<i>Algunas aristas del tema</i>	258
4.4.1.1	La tensión entre el derecho interno y el derecho internacional.	259
4.4.1.2	El concepto de “recepción” del derecho internacional en el derecho interno. La jerarquía normativa.	260
4.4.1.3	Más allá del artículo 133 de la Constitución Federal.....	262
4.4.2	<i>Entrando en materia: un acto legislativo como violatorio de los acuerdos comerciales</i>	263
4.4.2.1	El acto legislativo.....	264
4.4.2.2	Los acuerdos comerciales	270
4.4.2.2.1	Lo general.....	271
4.4.2.2.2	Lo particular.....	271
CONCLUSIONES.....		279

FUENTES DE CONSULTA 281

RESUMEN

Esta investigación se propuso abordar la manera de entender y explicar la formación, contenido y desarrollo de la regulación energética como rama autónoma del Derecho Público, a partir de la decisión de reformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en 2013 y del despliegue de ordenamientos normativos reglamentarios y administrativos posteriores.

A pesar de las reformas realizadas a las leyes federales sustantivas en materia de electricidad e hidrocarburos, en 2021, esta investigación mantuvo la disciplina del análisis metodológico para organizar la comprensión dinámica del ordenamiento jurídico de la energía, ofreciendo una explicación jurídica a las medidas institucionales que pretendieron revertir el sistema de economía mixta adoptado en 2013 en esta materia.

Palabras clave: Mercado; competencia económica; transición energética; monopolios.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to give an approach that will enable the comprehension, explanation, content and development for the regulation of Energy Law as an autonomous branch of Public Law since the 2013 decision to reform the Political Constitution of the United Mexican States. New regulatory normative orders were established and previous administrative policies were preserved.

Despite the new reforms made to the substantive federal laws in regard to electricity and hydrocarbons, in 2021, this research maintained the discipline of methodological analysis to organize the dynamic understanding of the legal ordering of Energy, offering a logic and legal explanation to the institutional measures that they sought to reverse the mixed system adopted in 2013 in this matter.

Keywords: Market; economic competition; energy transition; monopolies

INTRODUCCIÓN

La ordenación jurídica de la energía en México constituye un esfuerzo para identificar los elementos formales que, conforme al régimen jurídico mexicano, han venido adoptándose sucesivamente para ofrecer un campo de estudio del Derecho de la energía que, partiendo de su reconocimiento de una disciplina autónoma de naturaleza esencialmente económica, puede identificarse y caracterizarse con sus propios principios y valores, como ocurre con otras disciplinas jurídicas más exploradas.

Hasta 2013 es posible observar un despliegue normativo autónomo para una materia que se inscribía más en el campo del Derecho Constitucional y en el Administrativo, en la medida que su justificación institucional se consideraba esencialmente como un tópico del servicio público (en lo relativo a la cadena de valor de la electricidad) y de aprovechamiento estratégico de recursos naturales (en el caso de los hidrocarburos y derivados), en la medida que el ámbito de la regulación constitucional se limitaba a la protección de los monopolios naturales de la energía y su función como insumo para los procesos de producción.

Es por ello, que en el modelo energético anterior, la normatividad descansaba, por una parte, en la regulación de las relaciones comerciales con los proveedores y, por otra, en la búsqueda de la eficiencia de la actividad administrativa, técnica y operativa de la Comisión Federal de Electricidad y de Petróleos Mexicanos* en cuanto a la gestión de los recursos (presupuestales, técnicos, humanos y operativos) se refería, por lo que la Reforma Constitucional en Materia de Energía la reformuló estructuralmente para someter algunas partes de las cadenas de valor de la electricidad y de los hidrocarburos a la lógica del mercado y a otras las mantuvo como ámbito exclusivo del Estado, a efecto de promover la seguridad energética a corto y largo plazos, para cuyo efecto fue necesario reformar también la administración pública y crear nuevas estructuras e instituciones jurídicas, ya sea como entes (las Empresas Productivas del Estado y sus Subsidiarias y Filiales),

* Para efectos de simplificación, en el transcurso de este trabajo utilizaré las siglas CFE para referirme a la Comisión Federal de Electricidad y PEMEX para Petróleos Mexicanos.

como Reguladores (Comisión Reguladora de Energía, Comisión Nacional de Hidrocarburos, Agencia Nacional de Seguridad Industrial y la Protección al Ambiente del sector Hidrocarburos, principalmente) o con sus órganos administradores de los mercados energéticos (Centro Nacional de Control de Energía y Centro Nacional de Control del Gas Natural).

Si bien, esta investigación no se propone revisar los términos formales que supone una reforma administrativa a la escala que provocó la adopción de una nueva política energética mexicana basada en la liberalización de la economía de la energía, conviene tener un acercamiento a alguno de los principios que deben considerarse al intentar una nueva estructura administrativa para responder a las pretensiones de un sistema más amplio como es el político, dada la importancia tan significativa que la energía ha tenido en el nacionalismo mexicano, especialmente en la concepción del modelo de Nación que implica.

Por ello, la dicotomía política-administración representa un análisis que es inseparable en el campo de estudio de este trabajo, en el que la juridificación resulta de la propuesta formal de regulación obtenida por consenso de los actores productivos y de los factores reales de poder en un contexto de globalización que hacía necesario el cambio de visión acerca de la energía y, que al no ser compartido por la nueva administración, ha generado una pugna que se centra en la visión ideológica, no en el conocimiento de las variables que realmente cuentan.

Leemans señala que la maquinaria gubernamental debe adaptarse a las condiciones cambiantes, a las demandas y a las oportunidades que varían drásticamente de un país a otro y que dependen de varios factores, entre los que se encuentran situaciones políticas totalmente nuevas; nuevas demandas políticas; institucionalización; profesionalización, especialización y diferenciación e integración; ampliación en la escala; y, nuevos valores y actitudes.*

En ese contexto, la realidad energética de México, que desde 1982 ha respondido a la integración con las políticas norteamericanas, sugería que la seguridad

* Consúltese LEEMANS, Arne F. "Cómo reformar la administración pública". Fondo de Cultura Económica. Primera reimpression. México. 1982. pp. 13-17.

energética -abasto y suministro ininterrumpido de recursos energéticos- debía orientarse hacia la descarbonización de la economía, es decir, a la reducción de la huella de carbono, por lo que hacerlo, implicaba una amplia reforma de la administración tanto en su organización y objetivos como de su estructura a fin de adaptarla a la nueva realidad, lo que explica la aparición de nuevos órganos y el redimensionamiento de otros. Como diría Caiden, fuimos testigos de “[...] la inducción artificial de la transformación administrativa que confronta oposición”*.

Sin duda, la iniciativa para reformar el régimen jurídico de la energía encontró una fuerte justificación en la globalización,** en tanto ésta se ha concebido como el marco de referencia responsable de la difusión del modelo neoliberal en el mundo. Sin embargo, sostengo enfáticamente que la Reforma en materia de energía en México respondió a la idea de que el Estado se mantuviera como operador en aquellas actividades que le permitieran intervenir con exclusividad y como reguladores en las que se dejaban a la disciplina del mercado, de manera diferente a los principios del neoliberalismo en boga.

Así, las Empresas Productivas del Estado, cuya figura ha sido objeto de revisiones muy serias respecto de su naturaleza jurídica en cuanto aparece como un agente económico bifronte: por una parte, su actividad responde a la presencia estatal en la operación de las “Áreas Estratégicas”, por otra, como un agente económico obligado a competir para crear valor de mercado en un régimen de competencia, se concibieron como:

Empresas cuya titularidad corresponde al Estado y participan en el mercado como las demás empresas privadas. Su objetivo es generar valor económico con equidad y responsabilidad social y ambiental. Estas empresas cuentan con un régimen especial separado del resto de las entidades paraestatales. Tienen autonomía presupuestal y estarán sujetas sólo al balance financiero y un límite en servicios personales de acuerdo con lo que apruebe el Congreso de la Unión.

* Citado por Lemmans. *op. cit.* p. 18.

** Joaquín Estefanía define la globalización económica, como “aquel proceso por el cual las economías nacionales se integran progresivamente en el marco de la economía internacional, de modo que su evolución dependerá cada vez más de los mercados internacionales y menos de las políticas económicas gubernamentales”. ESTEFANÍA, Joaquín. “La nueva economía de la globalización”. Editorial Debate, S.A. Primera edición. España. 2001.

Para su administración, organización y estructura corporativa, deben adoptar las mejores prácticas a nivel internacional que garanticen la transparencia, eficiencia, eficacia, honestidad y productividad en el desarrollo de sus actividades para obtener los mayores ingresos y garantizar el ejercicio del gasto en beneficio del Estado.*

El sistema jurídico previo a 2013 se concibió para mantener la centralización de la administración y control de los procesos energéticos. Sin embargo, la vigencia y continuidad de ese modelo era disfuncional a la realidad global: a un medio tecnológicamente cambiante que busca su abaratamiento; la transición hacia la energía limpia; al agotamiento de los yacimientos convencionales de petróleo; a la emergencia ambiental por el calentamiento global; y, finalmente, a la búsqueda de nuevos modelos de gestión energética decididos a abandonar la economía fósil, propia de principios del siglo XX, basada en la extracción y aprovechamiento de los hidrocarburos y en las compañías eléctricas de gestión centralizada.

Esta investigación se propone, en consecuencia, ofrecer una explicación que contribuya a explicar tanto la dinámica regulatoria y el despliegue de las fórmulas jurídicas que, a través del tiempo, han regulado el acceso y aprovechamiento de la energía en México, como de las circunstancias estructurales que han rodeado a esas iniciativas. Los esquemas de regulación recogidos por nuestras instituciones jurídicas a la que hemos llamado “Ordenación de la energía”, históricamente han operado circularmente en nuestro país desde el siglo XIX, ya con el aprovechamiento industrial del petróleo en el resto del mundo: de una postura abiertamente liberal se transita secuencialmente a una intervencionista y luego a otra nuevamente liberal y así sucesivamente, en respuesta, sin duda, tanto a nuestras estrategias de crecimiento económico como al modelo de Nación impulsado por cada régimen de gobierno.

Por tanto, conviene caracterizar nuestro sistema jurídico relacionado con la energía -Ordenación de la energía- a partir de referir simultáneamente las explicaciones políticas y económicas que rodean su aprovechamiento, a partir de sus propias

* BRITO MELGAREJO, Rodrigo; ORELLANA MOYAO, Alfredo; REYES DÍAZ, Carlos Humberto (Coordinadores), *Vademécum de Energía*, Tirant Lo Blanch, Primera edición, México, 2017, p. 247.

circunstancias de tiempo y lugar y, y, especialmente, entendiendo que se trata de un capitalismo tardío.

En nuestro país, la dinámica no ha sido sustancialmente diferente en los fines para alcanzar la suficiencia y la seguridad energética, pero sí en los medios: llegamos con 150 años de retraso a la forma de producción capitalista y, a pesar de ello y de las diferencias que se observaban con los países desarrollados, decidimos modernizarnos adoptando lo mismo la legislación liberal de la propiedad influenciados por el modelo norteamericano y permitir que los dueños del suelo lo fueran también de los productos del subsuelo -como el petróleo- como la idea de soberanía absoluta proveniente de la Constitución de Cádiz de 1812; lo mismo las ideas del intervencionismo estatal propias del modelo impulsado por la estrategia de industrialización impulsada por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) en la época de la posguerra mundial, que de las ideas liberales de Reagan y de Thatcher y del Monetarismo de la Escuela de Chicago y su consecuente propuesta de diversas reformas energéticas que corrieron con diferentes suertes, para tratar de regresar actualmente a la solución energética de la década de los 70 -monopolios estatales- y, en cada época, con las modificaciones constitucionales políticamente correctas y sus leyes reglamentarias pragmáticamente adecuadas.

Un aspecto que adicionalmente ha abordado de manera marginal esta investigación es la de apuntar que, irrefrenable e irreversiblemente, la convergencia de nuevos sistemas de energía con nuevas tecnologías de la comunicación ha determinado el tránsito hacia nuevas revoluciones económicas en la historia, como afirma Rifkin.*

Así aconteció con la aparición del vapor barato, la imprenta y la máquina de vapor en la Primera Revolución Industrial; los petrolíferos refinados, el motor de combustión interna, el automóvil y los medios de comunicación radioeléctrica, en la

* “Varios autores han apuntado a la presencia de fuerzas de transformación tan relevantes que constituyen un modo de producción novedoso y diferente a los anteriores, que merece clasificarse y entenderse como una Revolución Industrial: la internacionalización del capital productivo, la creación de bloques comerciales en diferentes regiones del mundo, el comercio intra-empresarial y los costos de transporte de bienes hacia los mercados de mayor dinamismo, la suponen como el factor de acumulación”. AMPUDIA, Sergio. “Tercera Revolución Industrial e innovación: nuevos parámetros para una industria mexicana del siglo XXI”, en “México frente a la Tercera Revolución Industrial. Cómo relanzar el proyecto industrial de México en el siglo XXI”. Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas. Primera edición. México. 2013. p. 192.

Segunda Revolución Industrial; la generación eléctrica fotovoltaica, las celdas de combustible y la internet, en la Tercera Revolución Industrial; y, la inteligencia artificial y el hidrógeno en lo que será la Cuarta Revolución Industrial, y, todo ello, aparejado con los modelos e instituciones jurídicas que lo mismo han servido para promoverlo que para obstaculizarlo.

Para ese efecto, se utilizó el método deductivo con el propósito de ordenar, inicialmente, los elementos económicos y políticos que influyeron en la juridificación de los modelos jurídicos de la energía durante el siglo XX, desde la legislación porfirista hasta la que rige actualmente, para posteriormente identificar y explicar los rasgos característicos de la Reforma Constitucional en Materia de Energía que dio nacimiento al Derecho Energético como disciplina autónoma de la Ciencia Jurídica, para confrontarlos con la lógica de la Contrarreforma y sus esfuerzos de juridificación o de expresión jurídica, destacando el resultado indeseable de la confrontación de ambos modelos jurídicos: el deterioro de la suficiencia y de la seguridad energética del país.

Así, de acuerdo al método deductivo, de los hechos conocidos derivados tanto de las Exposiciones de Motivos como de las propias iniciativas de ley como las discusiones parlamentarias relativas al proceso que concluyó con la reforma Energética iniciada en diciembre de 2013, al traducirse en productos regulatorios o en medidas de orden administrativo de carácter general, fue posible identificar los actos concretos que se sugerían en las previsiones generales de ésta.

En lo relativo a la Contrarreforma y sus expresiones, debió recurrirse al método inductivo a fin de inferir la consistencia que las medidas anunciadas o adoptadas por el gobierno, a manera de política energética, podían identificarse y, en consecuencia, compararse con las prescripciones de la Reforma y organizarse de ese modo en un marco institucional susceptible en convertirse en objeto de estudio, como ocurrió.

Cualquiera que sea la ruta que siga la política energética de esta administración o de la siguiente, espero que esta investigación haya recogido los elementos de análisis necesarios para orientarla jurídicamente, en la medida que los hechos

relacionados con la energía no son técnicamente opinables, pero sí económicamente previsibles.

El aparato crítico de esta investigación se basó en la estructura presentada en los *Estándares para la integración de los trabajos de investigación Ética académica y aparato crítico en el posgrado en Derecho*. * Bajo ese contexto, el trabajo consta de cuatro capítulos con el objeto de abordar comprehensivamente el desarrollo y la explicación de cómo el orden jurídico mexicano se fue estructurando a partir de las condiciones de facto y de iure que respondían, en su momento, a la visión del país, México, en cuanto a la disponibilidad, seguridad y aprovechamiento de sus recursos naturales vinculados con la energía, se refiere.

Así, el **Capítulo Primero** aborda la descripción de la generalización de los aspectos regulatorios, económicos y políticos que han incidido y conformado el marco jurídico de la energía al que le llamamos “Ordenación” en cuanto supone que puede describirse recurriendo a esas variables estructurales.

El **Capítulo Segundo** se propone caracterizar esa Ordenación en tanto puede caracterizarla y describirla de acuerdo con sus propias creencias, principios y valores como una disciplina autónoma del Derecho, con un objeto de regulación específico a partir de la Reforma de 2013.

En cuanto al **Capítulo Tercero**, la investigación se propone describir y confrontar los elementos jurídica e institucionalmente presentes en la pugna del modelo de la Reforma -basado en la economía mixta y en la participación privada- y el de la Contrarreforma -basado en la recentralización y en las ventajas monopólicas de los agentes públicos de la energía-, de cuya pugna se revisan sus posibles resultados.

El **Capítulo Cuarto**, final, busca identificar y describir las implicaciones comerciales supranacionales que las medidas de política energética pueden representar en la región de Norteamérica en la medida que estamos vinculados a través de tratados

* *Estándares para la integración de los trabajos de investigación Ética académica y aparato crítico en el posgrado en Derecho*, División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho, UNAM, México, 2023 [en línea], http://www.posgrado.derecho.unam.mx/manual/EstandaresParaLaIntegracionDeLosTrabajosDeInvestigacion.EticaAcademicaYaparatoCriticoEnElPosgradoEnDerecho2023_07_06.pdf [consulta: 26 de noviembre de 2023].

internacionales con nuestros socios comerciales de la región., a efecto de procurar señales de alerta al respecto.

Habrá que destacar en este último Capítulo, que la contrarreforma a la regulación energética a la que nos referiremos en los Capítulos precedentes, activó, como pocas veces se ha visto, la discusión jurisdiccional sobre el alcance de éstas, en la medida que los agentes económicos que se han venido sintiendo jurídicamente afectados por ésta -particularmente en el ramo de la electricidad- han presentado medios de defensa (el amparo indirecto, en especial) para controvertir la constitucionalidad de la reforma a los artículos de la Ley de la Industria Eléctrica que fueron objeto de ésta (3, fracciones V, XII, XII Bis y XIV; 4, fracciones I y VI; 26;35; 53; 101; 108; y, 126, fracción II, con algunos artículos Transitorios cuya constitucionalidad también se puso en duda.

En esta investigación, sin embargo, se concluye que ese debate jurídico es complementario porque el análisis de la juridicidad de estas debe hacerse a la luz de la convencionalidad, no de la legalidad o constitucionalidad únicamente, por las razones y análisis que corresponden a ese Capítulo final.

CAPÍTULO PRIMERO

EXORDIO

1.1 NOTAS Y REFLEXIONES INTRODUCTORIAS.

La dinámica regulatoria que está sufriendo el Derecho Energético mexicano como disciplina autónoma del Derecho Público, con sus propias instituciones, principios y valores -circunstancia a la que nos referiremos con mayor detalle en el Capítulo Tercero de esta investigación- nos obliga a hacer algunas consideraciones al respecto antes de abordar el entorno y descripción del régimen jurídico aún vigente y que se estableció a partir de la llamada “Reforma Energética”, iniciado con las modificaciones a los artículos 25, 27 y 28 constitucionales en diciembre de 2013, a efecto de identificar en este apartado la pertinencia del modelo energético constitucionalmente aún vigente basado formalmente en la disciplina del mercado y cuya trayectoria pretende ser descrita en este trabajo a fin de sostener la importancia del contexto, propósitos e instrumentos propios de esa reforma aún reciente y de sus antecedentes. Contrastarlo superficialmente con el adoptado por este régimen en el marco de una Contrarreforma energética que ha buscado juridificar su Proyecto de Nación en el sistema jurídico mexicano, en un primer intento constitucionalmente infructuoso, a partir de las normas administrativas que regulan la operación de la cadena de valor de la electricidad, para posteriormente intentarlo con las leyes sustantivas secundarias, incluyendo la Ley de Hidrocarburos; y, recientemente, con cambios a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), persigue demostrar que un sistema jurídico es eficiente cuando logra hacer que la regularidad social coincida con la regularidad jurídica, como aconteció con la Reforma Energética de 2013.

Por tanto, cuando el sistema jurídico formal es sometido a presiones institucionales que responden a la perspectiva de extender, en el ámbito administrativo, la

interpretación de las normas jurídicas de manera contraria al espíritu con que se concibieron y que, esencialmente, descansan en el ánimo de recuperar el papel protagónico de los monopolios públicos y, conforme el sistema jurídico fue imponiendo límites a ese propósito, se orientó a modificar la regulación secundaria para ajustarla a las pretensiones estatales extra-constitucionales y, en su momento, la modificación misma del texto constitucional.

En este punto, es de relevancia mencionar que el 17 de abril de 2022, fue rechazada por la Cámara de Diputados la modificación a los artículos 25, 27 y 28 de la CPEUM que había sido presentada el 30 de septiembre de 2021 como iniciativa preferente ante el Congreso de la Unión y de cuya Exposición de Motivos y contenido material de la propuesta de modificación a los artículos sustantivos así como de los Transitorios¹, se desprendía que, o bien respondía a:

- i) Una incompreensión absoluta de las reglas que rigen el comportamiento económico y del funcionamiento de los mercados regulados para crear condiciones de producción de bienes socialmente necesarios (la electricidad lo es, sin ser un bien público como tal, aunque la calidad de ésta sí lo es, como advierte la economía ambiental), en atención a que resuelven necesidades colectivas, independientemente que el origen de su provisión y suministro sea público o privado, nacional o extranjero, mientras sea asequible, ininterrumpido y competitivo;
- ii) Un desconocimiento de la capacidad efectiva de atención del suministro eléctrico del país, incluyendo la demanda agregada de ésta que es del orden del 3% anual a pesar de la pandemia, por parte de la CFE, dado su retraso tecnológico, escala y pasivos contingentes de orden laboral y presupuestal;
- iii) Un desconocimiento de cómo influyen los mecanismos financieros internacionales, las carteras de crédito bancario, los intereses de los accionistas de usuarios importantes de electricidad y de sus inversionistas y del cumplimiento de los compromisos internacionales de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero (GEI`s) contraídos por México así

¹ Los detalles se verán en el Capítulo Tercero de este trabajo, pero es conveniente anunciarlo desde este momento.

como las políticas de transición energética de nuestros socios comerciales que ahora se centran en el riesgo climático para orientar la oferta eléctrica hacia las energías limpias;

- iv) El planteamiento era de tal forma inescrutable, especialmente para los espectadores poco versados en el tema eléctrico, que era una provocación tal que fuera inaceptable para los partidos de oposición y que, antes de asumir los costos de dejarla pasar en la Cámara de Diputados y detenerla en la de Senadores, optaron por rechazarla en la Cámara de Origen; o,
- v) Una combinación de todas.

Sin embargo, una aproximación que cumpla con el rigor metodológico de una investigación y que además tenga la finalidad de ofrecer explicaciones constitucionalmente consistentes acerca de las condiciones que tradicionalmente han sido tomadas en consideración por los gobiernos anteriores al régimen peñanietista promotor de la Reforma al capítulo económico de la Constitución y por éste mismo, no puede ignorar las tensiones a las que se encuentra sometida la regulación energética vigente a partir de que prácticamente tanto el abasto, las inversiones privadas realizadas al amparo de esa Reforma y las que dejarán de hacerse, el desmantelamiento administrativo de los órganos reguladores en materia energética, el sometimiento de la política energética a la refinación de petróleo crudo, así como las consecuencias que ello podría suponer para nuestro país en el ámbito internacional, deben ser materia de una revisión más o menos genérica para explicar la pertinencia, si la hay, de su inserción en nuestro sistema jurídico en los términos que propone su Contrarreforma, como lo veremos en los capítulos subsecuentes.

Ello, invita a estudiar y a describir una posible realidad jurídica paralela, aplicable a los mecanismos de acceso y control de la energía bajo la lógica de la “Soberanía Energética”, en los términos que este nuevo esfuerzo promovido por la presente administración, para dar marcha atrás a los postulados esenciales de la ordenación energética como había sido concebida e impulsada en la pasada administración.

Por tanto, ya que los detalles de la política jurídica se verán más adelante, considero indispensable recurrir a diversas visiones que me ayuden a explicar tanto los

elementos que caracterizaron la Reforma Energética de 2013 como los referentes históricos que ésta tuvo que tener en consideración para constitucionalizar esa iniciativa, las leyes secundarias y reglamentos, la creación de las figuras administrativas de Derecho Público que aparecieron (Empresas Productivas del Estado y Órganos Reguladores Coordinados en materia Energética, esencialmente) ya que buscó mantener el espíritu de las decisiones políticas fundamentales que recoge nuestra Carta Magna, especialmente en el tema del petróleo que se encuentra íntimamente arraigado en el nacionalismo mexicano y ha sido objeto de medidas regulatorias que, en la distancia, parecería que estamos en la tesitura de recuperar explícitamente para diseñar los términos y alcances de la Contrarreforma.²

Desde luego en la medida que lo considere conveniente y que sea útil para los propósitos explicativos de estas fórmulas lo haremos de manera explícita en el apartado correspondiente de esta exploración académica, particularmente por lo que se refiere al Capítulo Tercero.

1.2 CONSIDERACIONES HISTÓRICAS SOBRE EL MARCO REGULATORIO DE LA ENERGÍA.

Uno de los aspectos más relevantes que se encuentran presentes en el campo del aprovechamiento de los recursos naturales para obtener, generar y distribuir energía, según el caso, se refiere al papel que ha desempeñado el Estado mexicano al respecto ya que históricamente tanto el petróleo como la electricidad se encuentran asociados a la manera en cómo conciben y despliegan su participación para fomentar, promover, regular, prohibir o inhibir el papel que la regulación va a representar en tanto que el régimen jurídico es la forma en que el poder público se

² La acepción “Contrarreforma”, así, con mayúscula, no tiene ninguna pretensión peyorativa que suponga descalificar el esfuerzo de este régimen para ajustar la Constitución Política y de sus leyes y disposiciones administrativas o reglamentarias para modificar el marco jurídico vigente; es tan sólo un vocablo al que recurre para distinguir entre la lógica de un cambio estructural en materia de gestión y regulación energética en México, ocurrido en 2013, con el esquema contrario que ahora es objeto de interés de esta administración (2018-2024) para regresar a los modelos de suministro propios del Estado de Bienestar de la segunda mitad del siglo XX.

hace presente, ya sea para ejercer sus derechos de propiedad, en tanto que los cambios más relevantes en materia energética se han dado respecto del artículo 27 de la Constitución federal, ya sea para intervenir socialmente el mercado a través de entidades públicas, ya sea para dejar un ámbito de participación a la inversión privada.

Para ello, ha adoptado, según la época, medidas de abstención que se traducen en la limitación de su intervención en ese campo a partir del reconocimiento liberal de los derechos individuales a la salud, la vida, la libertad y la propiedad tutelados en las constituciones de naturaleza liberal e individualista, particularmente en la de 1857, hasta una abierta intervención estatal según se fueron incorporando y aceptando los principios de “propiedad originaria” y de “dominio público”, a partir del artículo 27 de la Constitución de 1917, pasando por el reconocimiento a la economía mixta previsto en las reformas a aquélla para incorporar el capítulo económico en 1983 para reconocer la complementariedad de la participación pública, privada y social, así como la propia reforma de 2013 que, a querer o no, modeló la concepción de un Estado Regulador orientado a operar en mercados complejos propios de un entorno post-industrial³.

En esa tesitura, conviene referir los criterios que sostendré a lo largo de este trabajo en tanto ofrecen una caracterización de la conducción histórica del Estado mexicano en cuanto su papel en la economía y que para esta investigación son útiles porque me permiten una línea de argumentación que se ciñe a lo político, pero también a lo institucional y económico y permite deducir cómo las instituciones jurídicas, ya sea a nivel constitucional ya sea a nivel de las leyes reglamentarias e, incluso, las disposiciones administrativas, van integrando orgánica y sucesivamente, un marco jurídico que inhibe o estimula la participación privada sin detrimento de la conducción indisputable del Estado.

Recurso a Nora Hamilton en cuanto afirma:

³ De manera general, ese régimen mixto obedece al reconocimiento de las Áreas Estratégicas reservadas al Estado (en electricidad, la planeación y el control del Sistema Eléctrico Nacional, así como la transmisión y distribución de aquélla, y, en hidrocarburos, la exploración y extracción), en coexistencia con el ámbito de participación previsto para los inversionistas privados, en los demás segmentos.

En suma, el papel del Estado, tal como le enfoca la Constitución, es revolucionario y antimperialista pero no anticapitalista; sus funciones tienden a la eliminación de ciertas formas de producción precapitalista y del dominio extranjero sobre los recursos naturales, como medios para establecer implícitamente las condiciones necesarias de la producción capitalista nacionalista.⁴

Si bien Hamilton se refiere a la de 1917 y a sus modificaciones la observación es, a mi juicio, perfectamente admisible para considerar de esa manera a todos los cuerpos constitucionales anteriores incluso desde la de 1824, de manera tal que, independientemente de los arreglos políticos interiores en los que concurren diversos intereses, evidentes o no, la fórmula de Hamilton considera que el control del aprovechamiento de los recursos naturales es muy relevante para la clase política constituida en gobierno, cualquiera que sea o haya sido su orientación ideológica.

Desde luego, esta afirmación es categórica y parece acercarse más a lo que la Constitución actualmente previene al respecto desde 1917 pero no es así, ya que las Constituciones anteriores tenían establecido su propio perfil conforme a la visión dominante en cada época y de una manera u otra se proponían favorecer las condiciones jurídicas y materiales proclives a promover el desarrollo y conseguir lo que ahora entenderíamos como crecimiento económico, por lo que quisiera extraer de la visión de Hamilton algunas apreciaciones útiles para los propósitos de esta investigación, en la inteligencia que para este análisis lo relevante es, principalmente, la constitucionalización de la energía como marco institucional que regula el acceso y aprovechamiento a la energía asequible y competitiva sin soslayar que las leyes secundarias han tenido un papel relevante para definir los alcances de la participación privada en la energía sin asumir el desgaste de constitucionalizar una nueva visión. Por ello, este trabajo debe orientar su objeto de análisis en función de entender la óptica regulatoria de la inserción de México en la dinámica de las variables que han influido históricamente en éstas, subrayando, por supuesto las modalidades jurídicas adoptadas internamente para procurar esa

⁴ HAMILTON, Nora, "Los límites de la Autonomía Estatal", *Revista Nueva Política*, número 2, volumen 1, abril-junio 1976, México, p. 207.

integración sin alterar los equilibrios políticos que concurren en esa materia y, en cuanto a esa pretensión se refiere, se han justificado sucesivamente en torno a estas consideraciones:

La primera de estas etapas inicia con la Primera república federal, en 1824, que considera una apertura inicial y unilateral hacia las economías de otros países y continúa hasta la Constitución de 1917, pasando tanto por el Porfiriato como por la Constitución de 1857 que es un texto claramente de corte liberal, en la que los derechos individuales de propiedad, libertad, vida y salud son reconocidos y respetados escrupulosamente, más allá de consideraciones de tipo económico.

Para sostener la vigencia de este enfoque, no obsta que, frente a las dificultades creadas para la protoindustria heredada de la Colonia -minera y textil- hubiese habido períodos alternados de librecambismo con los de proteccionismo. En México es regularmente frecuente que el modelo económico sea superado por políticas de coyuntura sin variar los detalles constitucionales, como veremos más adelante.

Desde luego, en la perspectiva liberal que corresponde a esta óptica, la intervención estatal se considera nociva para la marcha de la economía y supone un modelo que recomienda favorecer la inversión privada, como es el caso del período porfirista en el que también promueve la inversión europea a contrapelo de la norteamericana.

Esta etapa corresponde a la aparición del capitalismo concurrencial, en un principio, y se cierra con la aparición del capitalismo monopólico, en el que ya los Estados Unidos de Norteamérica se significan como la potencia hegemónica al concluir la Primera Guerra Mundial, por lo que no solamente la figura de Díaz deja de ser representativa o necesaria para los nuevos inversionistas, sino incómoda, dada su proclividad a favorecer el capital europeo.

Una segunda etapa del modelo constitucional es, sin duda, el emanado de la Constitución de 1917 y la recuperación que hace la Nación los recursos naturales que la legislación novohispana reservaba para la Corona en función de la Bula que el Papa Alejandro Sexto había expedido para reconocer los derechos de propiedad de las tierras del Nuevo Mundo (América) a sus descubridores y, posteriormente, conquistadores.

Aunque no es objeto específico de esta investigación estudiar exhaustivamente las implicaciones de los bienes de “dominio directo y de propiedad originaria” de la Nación en referencia a los derechos patrimoniales que conforme a la Escuela Clásica del Derecho fueron heredados por parte de la Corona a la Nación recién independizada se debe apuntar que, conjuntamente con la Facultad Regulatoria del Estado, actualmente, como tal corresponde naturalmente a ésta no solamente el usufructo de los productos del subsuelo tales como los minerales, especialmente el oro y la plata, sino que podía disponer de ellos de manera absoluta, pudiendo determinar, incluso, los derechos de apropiación que pudieran tener los particulares al respecto, mediante la figura de la concesión o merced real, según el período que se trate, en base al dominio directo.

En esa tesitura, podemos estimar que el “dominio directo” y “la propiedad originaria” guardan entre sí una relación de complementariedad desde el punto de vista de la racionalidad patrimonial en que se inscriben: mientras que la propiedad originaria, a diferencia de lo que piensan algunos autores, no tiene una connotación propiamente civilista que pudiera sugerir solo un derecho real estricto sobre los productos del subsuelo, las tierras, los bosques, las aguas subterráneas y, en general, los recursos naturales susceptibles de apropiación, es la base para determinar a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público. El dominio directo, por su parte, es la aptitud de conceder a los particulares una formadelegada de apropiación en la medida que concurren consideraciones de interés público que hacen conveniente la participación de éstos en su aprovechamiento como una manera de llevar a cabo el cumplimiento de los fines del Estado.

Si bien ello puede ser claramente comprensible tratándose de hidrocarburos, la electricidad apareció en ese esquema a partir del aprovechamiento del agua, toda vez que la generación eléctrica se dio originalmente a partir de las hidroeléctricas por lo que la connotación patrimonialista de la electricidad actualmente tendría serias dificultades para asemejarla al petróleo ya que, aun siendo ambas formas de energía, los hidrocarburos (gas natural y petróleo) son una energía primaria, mientras que la electricidad puede ser un vector energético toda vez que su existencia no se da en la naturaleza de manera espontánea sino como parte de un

proceso de producción que se produce y se consume en tiempo real y requiere el gasto de energías primarias para obtenerla, como puede ser el caso de las centrales eléctricas de ciclo combinado que utilizan gas natural o bien combustóleo e incluso las fuentes de energía limpia, como es el vapor o bien fotovoltaica proveniente del sol o la eólica proveniente del aire que son las energías primarias que producirían una forma de energía que se utilizó para generarlas.⁵

Una tercera etapa estaría significada por una clara intención de promover la intervención estatal en la economía en función de atender directamente - endógenamente- las estrategias, recursos e instrumentos jurídicos y económicos destinados a promover el crecimiento económico del país basado en la sustitución de importaciones, con motivo de la desatención del suministro a México de bienes de consumo suntuario e intermedios por parte de los Estados Unidos provocado por la guerra de Corea. Desde entonces, el impulso del modelo económico descansa en la participación del Estado en la estrategia de crecimiento económico que en México fue identificado como “Desarrollo Estabilizador”.

Sin embargo, el agotamiento de este modelo en los países en vías de desarrollo hizo necesario que se promoviera con mayor interés la participación privada en la economía a efecto de que fueran los agentes económicos privados, en un mercado en creación, pero suficientemente dinámico, quien tuviera a su cargo el impulso del crecimiento económico, dejando al Estado la regulación, primordialmente.

Conforme a ello, en su momento se insertó el Capítulo económico de la Constitución de manera expresa, en los artículos 25, 27 y 28 de ésta, con el propósito de reconocer el régimen de economía mixta, la participación de los sectores público, social y privado, la rectoría económica del Estado y, en suma, para desplegar el concepto “constitución económica” en el cual quedan comprendidas, en palabras de Roldán Xopa, “la ordenación fundamental de las relaciones económicas, de los procedimientos de creación de normas regulación económica, las instituciones públicas que regulan, aplican y resuelven controversias respecto a tales relaciones:

⁵ Un vector energético es aquella forma de energía que para su generación requirió de un gasto previo en energía primaria para, a su vez, obtener energía.

[...]. La justificación del término reside en la economía de los conceptos. Por una parte, es un concepto referencial que comprende normas que tienen como ámbito material la actividad económica de los operadores jurídicos en tanto agentes económicos (individuos, empresas, agentes públicos), cuyas capacidades o roles significan libertades, derechos, deberes y responsabilidades en relación contractuales o extracontractuales o como ilícitos económicos. Por la otra, se encuentra la potestad o competencia normadora, o dicho en términos más específicos, reguladora e interventora del Estado, orientada por políticas”⁶.

En esos términos, aún en esta etapa, se observa un segundo *momentum* que corresponde a un período que mantiene y aún profundiza la reforma de 1983, en la medida que busco fortalecer y regular las modalidades de intervención del Estado en la vida económica del país y que, en su momento le reservó en exclusiva la operación y desarrollo de lo que denominó “Áreas Estratégicas” e identificó las que serían áreas de oportunidad para la coparticipación público -privada en lo que reconoció como “Áreas Estratégicas”, como lo revisaremos en el transcurso de este trabajo, pero que anticipamos por tratarse de una institución que adquiere la mayor relevancia por la manera en que se insertó en nuestro sistema constitucional, a manera de capítulo económico de éste y, que incluso actualmente sirve de referente para dilucidar lo que conviene que el Estado haga o deje de hacer.

Un tercer *momentum* es, sin duda, la Reforma Energética de 2013, ya que no solo contempló la liberalización casi absoluta de la economía para permitir la inversión extranjera directa sino que creó mecanismos de mercado y de competencia para los agentes económicos de acuerdo con las reglas del Mercado Eléctrico Mayorista, por lo que se refiere a electricidad, pero también a los contratos permitidos para la exploración y extracción de los hidrocarburos y del régimen de permisos para las actividades reguladas.

Cabe aclarar que previamente y en esa tesitura de conseguir la aprobación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) hoy sustituido por el TMEC, así como por el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico

⁶ ROLDÁN XOPA, José, La ordenación constitucional de la economía. Del Estado regulador al Estado garante, Fondo de Cultura Económica, México, 2018, p. 39.

(TIPAT), el país necesitó procurar crear un clima de confianza a partir de adaptar sus instituciones a un factor de competencia que ha sido tradicionalmente ajeno a nuestro sistema económico, caracterizado básicamente por la existencia de duopolios o de monopolios y que, esencialmente, se propuso fracturar una serie de relaciones clientelares con algunos agentes económicos que habían dominado el periodo del “desarrollo estabilizador” en un entorno de economía cerrada sujeta a medidas arancelarias y no arancelarias, como fueron los permisos previos de importación o de impuestos a los productos importados.

La liberalización energética desplegó, así, la “Función regulatoria” del Estado, acompañando a una reforma previa a la Constitución en materia de telecomunicaciones y de competencia económica⁷, atendiendo la preocupación de este en corregir las fallas de los mercados⁸ que podrían presentarse en el diseño y operación de éstos en materia eléctrica y en la de petrolíferos. En esa tesitura, el Estado pasó de liberal a regulador.

Así, conforme a estas consideraciones, conviene anticipar cuáles son los elementos que nos interesan:

- i) A contrapelo de la lógica neoliberal imperante desde 1983, en materia energética la intervención estatal se considera no solo necesaria sino indispensable para corregir las fallas de mercado derivadas de la implementación de la fórmula jurídica que se adoptó para llevar a cabo la liberalización de la energía;
- ii) El diseño y, como consecuencia, la construcción de los mercados supone que la regulación normativa deba contribuir a alinear los incentivos económicos a la búsqueda de la competencia y al clima de inversión

⁷ Publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 11 de junio de 2013.

⁸ Se consideran “fallas de mercado” a aquellas situaciones en las que éste, el mercado, no puede asignar eficientemente recursos escasos en atención a que se presentan situaciones que impiden su funcionamiento, por su naturaleza o, de hecho, y cuya corrección corresponde al Estado ya sea reorganizando al mercado o sustituyéndolo con asignaciones administrativas. En el Capítulo Tercero de esta investigación volveré a significarlas, en la medida que la Contrarreforma es, esencialmente, una secuencia inducida de ellas.

privada que ello requiere, para lo cual el Estado garante funciona como regulador.

En conclusión, la descripción de la manera en cómo el marco jurídico histórico permite describir no solo el modo concreto conforme al cual se formulan los límites permisibles y las expectativas de fomento a las conductas económicas privadas, ya sea a través de instrumentos de regulación directa, ya sea a través de instrumentos de fomento, permite conocer los propósitos de política pública y de proyecto de sociedad pública y privada, forman parte del componente de decisiones del régimen político, en los términos que más adelante abordaremos de manera específica.

Al respecto, conviene revisar la jurisprudencia denominada “Estado regulador. El modelo constitucional mexicano lo adopta al crear a órganos autónomos en el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Tesis p./J. 46/2015 (10ª.), en la *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, en el Libro 26, Enero de 2016, Tomo I, página 339., en la que acepta que éste es “entendido como el modelo de diseño estatal insertado para atender necesidades muy específicas de la sociedad postindustrial (suscitadas por el funcionamiento de mercados complejos), mediante la creación de ciertas agencias independientes -de los órganos políticos y de los entes regulados- para depositar en éstas la regulación de ciertas cuestiones especializadas sobre la base de disciplinas o racionalidades técnicas”.

Por otra parte, siguiendo la orientación propuesta por Nora Hamilton para entender el modo de conducción económica que ha caracterizado al Estado mexicano, para el desarrollo de este Capítulo se estará a lo siguiente:

1. Tal como hemos dicho, hay tres regímenes que pueden ofrecer una manera de organizar y entender los modelos energéticos adoptados por los diferentes gobiernos a partir de la Constitución de 1824 y su juridificación como instrumento restrictivo utilizado para alinear los recursos energéticos institucionales al cumplimiento de los fines estatales en materia de desarrollo económico que suponen la capacidad de la burocracia política para hacer valer su proyecto de Nación orientado al mantener el impulso del capitalismo

en nuestro país. Para ese efecto, históricamente lo han formalizado con su inserción en el texto dogmático de nuestras Constituciones (1824, 1857 y 1917, esencialmente, sin perjuicio de lo previsto por las Bases y Leyes Constitucionales de 1836, Bases Orgánicas de 1843 y el Acta Constitutiva y Reformas de 1847) y es sus leyes secundarias;

2. Los intentos modernizadores que el gobierno impulsó a partir de su independencia, coexistieron con diferencias y pugnas internas que se expresaban en visiones contrastantes de país: lo mismo se concebía que la mejor alternativa política era el centralismo que el federalismo, la monarquía que la república, los conservadores y los liberales, el librecambismo o el intervencionismo estatal y así sucesivamente. Sin embargo, el impulso a la inserción en la economía mundial de acuerdo con el modo de producción capitalista se mantuvo constante, aunque es difícil aceptar que ello obedeció a una visión de largo plazo. Todos los regímenes del siglo XIX concibieron en sus constituciones un modelo liberal de la economía y, consecuentemente, un Estado sin facultades efectivas de intervención al respecto;
3. La economía del siglo XIX y de principios del XX fue esencialmente liberal, lo que se tradujo no solo a que en sus Constituciones políticas se mantuviera un régimen de respeto a la esfera de los derechos individuales y a su capacidad de exigir activamente al Estado su cumplimiento, sino también en las leyes que nos importan para entender ese período: el Código de Minas, de 1884, la Ley Minera de los Estados Unidos Mexicanos, de 1892, la Ley del Petróleo de 1901 y, en lo conducente, la Ley Minera, de 1909, en la que ya se atisba la vocación patrimonialista del Estado -de la Nación- con la recuperación del concepto “dominio directo” aplicable a los minerales, en general.

Sobre el particular, por conducto de esta área, agradecemos la amable consideración para que el Titular de esta Procuraduría asista a tan distinguido evento, sin embargo, derivado de la agenda de trabajo, y otras encomiendas, me permito informar que no será posible asistir a su distinguida invitación.

La comprensión de los elementos jurídicos y contextuales que se fueron presentando para la inserción constitucional de ese principio -así como del de “propiedad originaria” es esencial para explicar la reformulación de la política petrolera anterior a la Constitución de 1917 y posterior a la expropiación petrolera de 1938

4. Las dos guerras mundiales tuvieron un efecto promotor de la industrialización en México: la primera de ellas tuvo como consecuencia conmoverlo para procurar el acceso y distribución de los recursos petroleros en beneficio de la Nación, cuya verificación se consiguió varios años después con la expropiación de la industria petrolera en 1938. La segunda de éstas, propició que la reconstrucción global promoviera la industrialización del país, como una medida estructural impulsada por los Estados Unidos de América, en sintonía con su reintegración interna de una economía de guerra a una economía civil, a través de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), hoy Banco Mundial (BM) y el Fondo Monetario Internacional (FMI), iniciando la deseada inserción en la economía mundial a partir de los Acuerdos de Breton-Woods.

En la posguerra mundial, por una parte y por la Guerra de Corea, por la otra, el Presidente Alemán decidió modificar el artículo 49 y el segundo párrafo del 131 constitucionales a efecto de facultar al titular del Ejecutivo a intervenir en el comercio exterior sin pasar directamente por el Congreso de la Unión, privilegiando la estrategia sustitutiva de importaciones complementado por la Ley de Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica, que se convierte en el referente regulatorio más importante de varias administraciones para promover medidas de política económica centradas en la intervención social del mercado por parte del Estado, especialmente a través de entidades paraestatales, como fue el caso de la propia Comisión Federal de Electricidad que se transformó de Comisión Intersecretarial en organismo descentralizado regulado por la Ley para el Control,

por parte del Gobierno Federal, de los Organismos Descentralizados y Empresa de Participación Estatal⁹.

Dicho ordenamiento fue publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 30 de diciembre de 1950. En su Exposición de Motivos establecía que:

esencialmente tiende a impedir alteraciones fundamentales en los factores de nuestra economía, como alzas excesivas e injustificadas de precios, contrarrestar en lo posible o hacer frente a fenómenos de escasez en los abastecimientos de materias primas para las industrias, de encarecimiento de artículos destinados al consumo general y conjurar el peligro de que la situación anormal en que nos encontramos, y que puede agudizarse, se causen graves perjuicios a la población y a ramas importantes de la economía mexicana¹⁰.

Siguiendo a González Pedrero ¹¹ cuya opinión es relevante para entender la orientación que este régimen tiene respecto de la energía, en especial del petróleo, diríamos que la industrialización impulsada bajo la estrategia sustitutiva de importaciones, obedeció más al aprovechamiento pragmático de las condiciones geoeconómicas de la posguerra que a una estrategia diseñada para ese efecto. “El modelo empírico de sustitución de importaciones empezó a funcionar sobre la marcha, más como coyuntura que como plan: fue una necesidad impuesta al país por la Segunda Guerra mundial y, en especial, por la dirección que tomó el aparato productivo norteamericano, al intervenir los Estados Unidos en el conflicto mundial. El Gobierno aprovechó entonces aquella circunstancia e hizo bien. Así comenzaron la aventura y las tribulaciones industrializadoras de México”¹².

González Pedrero supone que la importancia del petróleo es tal, que su aprovechamiento debe servir para impulsar el modelo de crecimiento económico del país, así como que el empleo rural pueda ser una alternativa viable para conseguir el desarrollo de manera independiente al modelo industrializador impulsado por nuestro socio comercial más importante, los Estados Unidos de América y

⁹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1947.

¹⁰ Véase la Exposición de Motivos de la Ley de Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica.

¹¹ Véase GONZÁLEZ PEDRERO, Enrique, “La riqueza de la pobreza”, en *Lecturas Mexicanas*, segunda serie, número 17, editorial Joaquín Mortiz, Secretaría de Educación Pública, México, 1985, p.105.

¹² *Idem*.

abandonar la ruta de la industrialización adoptada desde 1940 en México. A mi juicio, la lectura de este autor contribuye a entender el pensamiento ideológico que parece guiar la ruta de la economía del país adoptada por esta administración 2018-2024, especialmente en cuanto a que desdeña el crecimiento del sector manufacturero que es intensivo en el consumo de electricidad y opta por el crecimiento del sector agrícola, de lo que resulta que Contrarreforma se centra en considerar como “[...]

[...] Un propósito de importancia estratégica para la presente administración es el rescate de Pemex y la CFE para que vuelvan a operar como palancas del desarrollo nacional, así como en la búsqueda paralela de la soberanía alimentaria lo que sugiere prescindir del cultivo de los productos comercialmente más rentables para sus dueños y orientados a la exportación (café, hortalizas, algodón, frutas, tabaco) para sembrar aquellos que forman parte de nuestra dieta milenaria, que son los granos, en general¹³.

Desde luego sin el ánimo de desviar la atención de la idea que estamos siguiendo respecto del fundamento ideológico de la Contrarreforma y su justificación teórica, no puedo dejar de citar a Yolanda Trápaga Delfín, cuando hablando de la globalización y el abasto alimentario de las economías de diferentes países, afirma:

Todas las economías que tienen éxito en el proceso de acumulación de capital han adoptado el patrón alimentario basado en proteínas de origen animal, que es totalmente ineficiente si se pretende competir con un patrón centrado en granos y otros vegetales; pero es el sistema vigente en los países ricos y entre la población de altos ingresos del mundo, así como el modelo al que aspiran los países pobres¹⁴.

La naturaleza intervencionista estatal puede observarse, incluso, desde la propia administración de Juárez, quien gobernó casi permanentemente en uso de facultades extraordinarias, nacionalizó los bienes de la Iglesia Católica para insertarlos en circuitos productivos. “Por consiguiente, el Estado mexicano puede considerarse intervencionista en términos de sus relaciones globales con la

¹³ Véase el apartado “3. Economía”, el rubro “Rescate del sector energético”, del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2024, publicado en el Diario Oficial de la federación del 12 de julio de 2019.

¹⁴ TRÁPAGA DELFÍN, Yolanda. “La Nueva Ruta de la Seda y la seguridad alimentaria en China”, en MARTÍNEZ RIVERA, Sergio E. y TRÁPAGA DELFÍN, Yolanda. “Las economías emergentes en la globalización”. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera edición. México. 2019, p. 110.

economía y autoritario paternalista, en sus relaciones con los obreros y los campesinos. La naturaleza autoritaria del Estado se refuerza con su papel tutelar al erradicar la influencia de la Iglesia católica y al asumir las funciones de ésta en la educación del pueblo coma en otras palabras en su papel formador de la conciencia nacional punto y aparte el estado De hecho coma encarna la nación al cumplir sus funciones como lo indican los artículos constitucionales relativos a la propiedad”¹⁵

1.3 CONSIDERACIONES HISTÓRICAS SOBRE EL MARCO ECONÓMICO DE LA ENERGÍA.

En el transcurso de este apartado he intentado presentar un modelo de análisis conforme al cual se identifiquen únicamente los rasgos generales de las medidas de política regulatoria que tradicionalmente se han venido insertando en los textos constitucionales como una fórmula local para destacar no solo la relevancia que determinada visión estatal puede representar en una visión de país, sino para establecer un catálogo de ámbitos permitidos o no para los particulares. En lo que a esta investigación corresponde, esa visión debe centrarse en el apartado económico de ésta, toda vez que aún se concibe como un régimen de economía mixta donde la participación social o privada no pueden ser reguladas únicamente mediante normas de comando y de control, sino a través de la alineación de incentivos que, por su rango superior al ser constitucional, deben de ser deducidos por las leyes reglamentarias, los reglamentos y demás disposiciones administrativas a efecto de complementar el marco normativo con el cual se pretende obtener la conducta socialmente deseable, recurriendo, por supuesto, a los intereses económicos de los agentes económicos.

El alcance de la participación estatal descansa en el espacio constitucional que distingue entre las reservas para las “Áreas Estratégicas” o para las “Áreas Prioritarias”, denominadas así a partir de 1983 con la inclusión del capítulo económico en ésta, en los artículos 25, 26, 27, 28 y 73, la cual se encuentra sujeta, por supuesto, a las visiones de política económica, política interior, política

¹⁵ TORRES Jr., Ángel, *El petróleo y la sucesión presidencial*. Editores Asociados Mexicanos, México, 1981, p. 63.

regulatoria y política energética, en este caso. En otras palabras, depende de la orientación que trace un precepto constitucional para corresponder a la visión e interés del régimen.

Siendo la nuestra una constitución rígida, cuya modificación depende de un proceso legislativo complejo, en el que participan ambas Cámaras y la mayoría de las legislaturas de los estados, en la práctica la Constitución federal se ha enmendado más de 600 veces, en algunas ocasiones contemplando varios artículos correlacionados con la medida de regulación que se propone. En esta administración, simplemente, han sido más de 50 los artículos modificados.

Con base en lo anterior, quisiéramos hacer un esfuerzo para asociar la descripción y principios del modelo de crecimiento económico capitalista descrito por Walt Whitman Rostow en el que refiere cuáles son las etapas de éste¹⁶ y que para los efectos de este Apartado pueden resultar de utilidad para comparar esa variable con la dinámica de la legislación energética y la situación económica del país en diferentes períodos en los que la consolidación del control de la renta petrolera y el impulso a la economía basado en el uso creciente de electricidad, forman parte del componente explicativo. Son las dos variables que me interesa asociar a efecto de abordar la etapa histórica en la que aparece la inversión en energía, su desarrollo ulterior a partir de realidades geopolíticas y su conformación. Éstos son, a saber: i) la sociedad tradicional o sociedad preindustrial; ii) sociedad tradicional; iii) condiciones previas al impulso inicial o despegue; iv) camino a la madurez tecnológica; y, v) alto consumo masivo.

Recurrir a W. W. Rostow busca no solamente hacer una aproximación a un modelo de análisis que ofrece una estructura descriptiva útil para comparar el estilo el estilo de crecimiento económico capitalista adoptado por México desde el siglo XIX, como he insistido, que justifica apelar a un enfoque pertinente para explicar el desarrollo económico de México vinculado al estado del arte de la energía a nivel mundial: el

¹⁶ En su obra, Rostow se propone aplicar la teoría económica a la historia económica de las sociedades, a fin de explicar el tránsito de éstas en el capitalismo, a través de diferentes etapas. ROSTOW, Walt Whitman. "The Stages of Economic Growth", *Economic History Review*, Vol. 11. 1959 y del mismo autor, "The Developing World in the Fifth Kondratieff Upswing", *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 420. 1975.

crecimiento económico basado o en el desarrollo del sector manufacturero requiere la disponibilidad de energía, cualquiera que sea su origen pero si bien esa variable ha sido una realidad para impulsar el modo de producción capitalista basado en la economía de mercado regulado, en México ha transitado en la decisión de recuperar el aprovechamiento de los recursos naturales en manos de extranjeros, por lo que adquiere una complejidad que es necesario explicar.

Rostow publicó en 1960 el modelo de “Etapas del Crecimiento Económico”, siguiendo la visión de la economía neoclásica y con el ánimo de explicar estructuralmente las razones del despegue económico de un país basado en la producción manufacturera. Esta tesis me convence en atención a las consideraciones de las Leyes del desarrollo económico de Kaldor, quien en la década de los 60 formuló tres proposiciones conforme a las cuales debe preverse el crecimiento económico y que establecen que la manufactura desempeña el papel central en el crecimiento económico. Recomiendo revisarlas cuidadosamente para entender su pertinencia en la explicación de un modelo de desarrollo económico como el nuestro.

Conforme a ese modelo me referiré a las coincidencias buscadas en cuanto a energía y modelo desarrollo económico se refiere, cuyos ciclos coinciden con las premisas que he venido sosteniendo y que trato de asociar entre sí bajo diferentes enfoques:

- i) La realidad energética entre petróleo y electricidad es diferente porque cumplen funciones distintas, uno es un recurso renovable y el otro no y sus cadenas de valor funcionan con diferentes lógicas de extracción, en un caso, y de precio, en otra: mientras una se ha asociado al crecimiento económico del país en función del papel que en el gasto público ha representado el precio del crudo de exportación, es decir, de la renta petrolera, la otra ha formado parte del componente del costo de producción de las empresas, en general, y de las manufactureras, en lo particular, sin perjuicio que la generación y la comercialización de ésta sea en sí misma un área de negocios abierta con motivo de la liberalización de la energía; y,

- ii) En el contexto de la energía como ahora lo ubicamos; en la atención de la demanda efectiva de tecnología para la movilidad y la iluminación; su aplicación para usos industriales; la aparición del motor de combustión interna y su uso generalizado en cadenas de producción; el crecimiento de las ciudades debido a la transferencia de mano de obra de las zonas rurales a las zonas urbanas que incrementaron la demanda de energía; las dos guerras mundiales; y, la industrialización acelerada como proyecto de Nación centrado en el crecimiento del mercado interno.

Por tanto, según el enfoque de Rostow que hemos adoptado para explicar cómo el entorno de desarrollo de las fuerzas productivas, el modelo de Nación y el pensamiento jurídico confluyen, como no ocurre en ninguna otra materia jurídica, en la explicación de la organización sucesiva del Derecho -ordenación- en el campo de la energía:

1. La prerrevolución industrial, en la modalidad tradicional y transicional cuya clasificación se refiere al desarrollo de las economías capitalistas, ocurrió en México en la administración porfirista, es decir, entre 1877 y 1910 y durante el período que duró hasta 1940. Inicia con el período de tiempo en el que Díaz accede a la presidencia de la república, empieza la explotación comercial de pozos petroleros en EEUU y en el mundo (en México el primer pozo comercial en México fue mucho después, La Pez I, en 1901, en el municipio del Ébano, San Luis Potosí), se inventó el motor de combustión interna con lo que se generalizó el uso del automóvil para lo cual se abren caminos y se ocupan las ciudades, se inicia la electrificación de las grandes ciudades a partir de la creación de las compañías eléctricas centralizadas con Edison (General Electric) y con Tesla y se continúa con los sucesivos intentos del gobierno para recuperar para la Nación el acceso a los beneficios de la renta petrolera, mediante la vía impositiva.

Si bien en el Porfiriato empezaron a operar en nuestro país varias compañías petroleras, el mecanismo de promoción elegido por el Estado fue el de otorgar a éstas grandes facilidades para que pudieran instalarse en este país rural, dominado por la forma de producción hacendaria, con especial predilección por las compañías

europas como la Compañía Mexicana de Petróleo “El Águila” a la cual Díaz le concedía varias deferencias y las norteamericanas como la Waters Pierce Oil Company y la Mexican Oil Company.

Podría decirse que esas tolerancia y facilidades que Díaz concedió a las petroleras, ya sea en salarios bajos y condiciones insalubres de higiene, apropiación de terrenos propiedad de comunidades indígenas o sociales, exención de impuestos y otras, fue causa de la gran irritación social que quedó marcada en el inconsciente del pueblo mexicano y que por ello forma parte del nacionalismo más acendrado de la comunidad mexicana la que está dispuesta a admitir el manejo de la renta petrolera como mejor convenga a las finanzas públicas siempre y cuando la participación del capital extranjero sea marginal, como ha ocurrido históricamente, aún con sus matices, incluyendo la actual regulación producida con motivo de la Reforma Energética de 2013.

Lo cierto es que, como lo expongo en este Capítulo, el petróleo en México nunca ha sido palanca de desarrollo. Si bien es cierto que la renta petrolera ha servido para financiar el 40% del gasto público ello no ha mejorado los indicadores de bienestar, productividad o crecimiento ni del país ni de las entidades federativas petroleras, como Tabasco, Campeche o Veracruz, en cuyo territorio se hace la exploración y extracción de hidrocarburos y se llevan a cabo otras actividades reguladas relacionadas con la cadena de valor de los hidrocarburos, como almacenamiento, transporte, etcétera.

Dada la inexistente planta productiva mexicana, ni la electricidad ni el petróleo constituían recursos que agregaran valor a los procesos de producción, por lo que no se le reconocía algún valor de uso mejor a otros combustibles, como el carbón, por ejemplo.

2. Durante 1910 y hasta 1917, en atención a que la legislación mexicana establecía que el petróleo era propiedad del dueño del suelo y que, por lo tanto, tenía el derecho de aprovechamiento sobre el recurso, como lo establecían tanto el Código de Minas de 1884, como la Ley Minera de los Estados Unidos Mexicanos de 1892, en el marco de una legislación liberal

que no consideraba que los recursos del subsuelo fuesen propiedad de la Nación, como ocurrió con el artículo 27 de la Constitución de 1917¹⁷, no podía encontrarse mayor interés con los sucesivos gobiernos emanados de la Revolución de 1910 que el de obtener un flujo de ingresos fiscales que les permitiera mantener y sufragar los gastos militares que implicaba la pacificación del país. Desde Madero como Venustiano Carranza, en este período, y aún con el Grupo Sonora en el poder, se pretendió imponer contribuciones a las petroleras extranjeras que operaban en el país, siendo este un esfuerzo un tanto infructuoso pues éstas alegaban la aplicación de la legislación porfiriana conforme a la cual habían invertido y generado derechos, incluyendo las Leyes del Petróleo de 1901 y de 1909, como fundamentos jurídico-formales para exceptuarse de esos pagos. De hecho, a la luz de la Constitución de 1917, la irretroactividad de la ley operaba en favor de su postura, la cual solo acabó zanjándose con la expropiación de 1938, después de varios desencuentros sobre la irretroactividad misma del propio artículo 27.

3. En 1940 y hasta 1955, nuestro país entró en la ruta de “despegue” prevista por Rostow, básicamente porque las condiciones económicas del mundo favorecían el impulso a la industrialización de las economías de los países en vías de desarrollo a partir de la estrategia de “Industrialización sustitutiva de importaciones” cuyo estudio ha sido objeto de varios autores.¹⁸. Para este momento, la expropiación petrolera ya era un hecho y había traído como consecuencia dos temas relevantes para este análisis: por una parte la

¹⁷ En efecto, con este instrumento, del 22 de noviembre de 1884, se abandonó la línea regulatoria trazada por las Ordenanzas de Minería, del 22 de mayo de 1783 y, dentro de la lógica jurídica liberal que predominó a partir de esa época y hasta 1917, reconoció los derechos de propiedad de otra manera. En su artículo 10 previno que: “Son de exclusiva propiedad del dueño del suelo, quien, por lo mismo, sin necesidad de denuncia ni adjudicación especial podrá explotar y aprovechar: Fracción IV. Las sales que existen en la superficie, las aguas puras y saladas, superficiales o subterráneas; el **petróleo** y los manantiales gaseosos o de aguas termales y medicinales [...]”.

¹⁸ “En suma, las primeras etapas de la industrialización de México fueron tan sorprendentes como la suerte que acompaña a veces al jugador novato. El ritmo de crecimiento se mantuvo, con altibajos ciertamente, durante 3 décadas: el PIB creció en este periodo a una tasa del 6.5% anual, caso excepcional en América Latina, elevando el producto por persona de 13 dólares en 1950 a 713 dólares a precios corrientes en 1970”. GONZÁLEZ PEDRERO, Enrique, *op. cit.*, p. 107.

apropiación de la renta petrolera por parte del Estado mexicano la que podía utilizarse para subsidiar y fomentar la instalación de empresas mexicanas que contribuyeran a satisfacer la demanda del mercado interno y, por otra, la consolidación política de este modelo autoritario que se propuso impulsar el crecimiento industrial del país, a partir de las herramientas que mantenían el control del petróleo, en el ámbito del Estado pues ya habían dejado a los particulares, por el momento, solo la posibilidad de participar mediante contratos.

4. En ese período y con ese motivo se expide la Ley de Industrias de Transformación, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 13 de mayo de 1941, lo que representa una reformulación del patrón de desarrollo económico vigente hasta esa fecha, basado en la exportación de sorgo y productos minerales, para los países involucrados en la Segunda Guerra Mundial.

En los años subsecuentes, la industrialización se mantuvo como eje de la política económica habiendo recibido un fuerte impulso por los conflictos bélicos de 1939-1945 y la Guerra de Corea, por lo que en 1955 inicia el período llamado “Desarrollo Estabilizador” con la publicación de la Ley de Fomento de Industrias Nuevas y Necesarias ¹⁹, en lo que podríamos identificar como “camino a la madurez tecnológica” en la clasificación de Rostow y que concluyó en 1970, cuando era evidente que la generación de riqueza pasaba ya a la intervención directa del Estado, a través de una política monetaria inflacionaria, la contratación de deuda pública y, desde 1979, con el ingreso de divisas a través de la renta petrolera.

En esta ruta, el Estado procuró consolidar las alianzas e instituciones políticamente heredadas del cardenismo, preparó el terreno para la llegada de los civiles al gobierno y el camino rostowiano de “alto consumo masivo”, con lo cual se suponía que el mercado interno estaría en posibilidad de atender la dinámica de consumo de una naciente clase media con mayor educación y orientada al consumo de bienes suntuarios e intermedios. En esa ruta, en 1960, el presidente Adolfo López

¹⁹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de enero de 1955.

Mateos modificó el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a efecto de mantener el sector energético en manos del gobierno federal, pasando a transformar a la CFE y a PEMEX, en monopolios estatales, con lo que excluyó constitucionalmente la participación de la inversión privada en el manejo directo de estas actividades y les reservó, en algunos, casos, la posibilidad de hacerlo a través de contratos, con lo que aparece el contratismo energético como entorno para la aparición de proveedores privados, nacionales y extranjeros, cuya restitución se procura en el régimen actual.

Aunque con otros propósitos lo volveré a invocar textualmente en el Capítulo Tercero de esta investigación, me parece necesario destacar que en materia de hidrocarburos, se reformaron los párrafos cuarto a séptimo y la fracción I del 27, para incluir la fórmula: “Se dispone que tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, no se otorgarán contratos ni subsistirán los que se hayan otorgado”, y fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 20 de enero de 1960; mientras que tratándose de electricidad adiciona el párrafo sexto del 27 en estos términos: [...]” Corresponde exclusivamente a la Nación generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica con objeto de la prestación del servicio público; por lo anterior, no se otorgarán concesiones a los particulares.”, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de diciembre de 1960, con erratas del 7 de enero de 1961.

En este aspecto, la Reforma de 2013 propuso una fórmula más transparente y jurídicamente más precisa para permitir la participación privada de manera directa en la cadena de valor de la energía y, para ello, determinó que en los casos de generación y comercialización de electricidad se adoptará un régimen de permisos administrativos los cuales, por su naturaleza, suponen un derecho preexistente del particular para que la autoridad levante las restricciones que impone para evitar que el libre ejercicio de ese derecho preexistente provoque molestias a terceros o vaya en detrimento del interés público, para lo cual establece el cumplimiento de ciertos requisitos reglados; para la transmisión y distribución de energía eléctrica - que se mantuvieron como servicio público cuya prestación corresponde exclusivamente al Estado a través de CFE- se previno la figura de los contratos,

condicionando la participación privada para el caso de ineficiencia de la propia CFE para atender adecuadamente esa “Área Estratégica” y, en consecuencia contribuir subsidiariamente con los propósitos de esa parte de la cadena de valor.

En el caso de los hidrocarburos y sus derivados, la Exploración y Extracción se realiza por contrato, ya que se trata de “Áreas Estratégicas” conforme a cualquiera de las modalidades consideradas por la Ley de Hidrocarburos (servicios; utilidad o producción compartida; y, licencia), mientras que los demás elementos de la cadena de valor (tratamiento y refinación de petróleo; procesamiento de gas natural; exportación e importación de hidrocarburos y petrolíferos; transporte; almacenamiento; distribución; compresión; descompresión; licuefacción; regasificación; comercialización y expendio al público de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos) son objeto de permiso en los términos que su solicitud y otorgamiento suponen, para lo cual su procedencia se encuentra reglamentada cuidadosamente en el Reglamento de las Actividades a que se refiere el Título Tercero de la Ley de Hidrocarburos.

El “Desarrollo Estabilizador”, pese a las objeciones que tuvo este modelo de crecimiento económico, fue eficiente para México los primeros quince años de su adopción, en los que las tasas anuales de crecimiento fueron tales que se le denominó “el milagro mexicano” y que no se ha repetido desde la década de los 70 hasta el momento (2022). En esa década, ante las contradicciones sociales que presentó el modelo de crecimiento industrializador, se impulsó el denominado “desarrollo compartido” concebido como una estrategia de desarrollo económico con un fuerte contenido social y del que haremos referencia solo marginalmente y en tanto la mención de las medidas de ajuste regulatorio a la Constitución federal y a las leyes secundarias relacionadas con la gestión energética cumplan a explicar la formación jurídica del marco regulatorio y que, para efectos de esta investigación, puedan ofrecer una explicación convincente de cómo la gestión energética históricamente se ha mantenido en el propósito de impulsar el capitalismo en México en base a la intervención social del mercado, a partir del crecimiento del sector paraestatal o, como ocurre con el régimen constitucional actual de la energía,

recurriendo al mercado regulado como un modo de asignar recursos socialmente demandados.

Adelantaría que, desde mi punto de vista, ninguna de esas pretensiones ni esquemas históricamente contemplado, con sus variantes, visiones, estrategias, principios y valores, coincide con lo que propone la 4T en cuanto regresar al sistema de asignación planificada de electricidad con exclusión de los privados de los medios de producción de ésta, ni tampoco con el impulso a la administración privilegiada de PEMEX de la cadena de valor del suministro de combustibles utilizando prácticas desleales de competencia contrarias a la letra del 28 Constitucional para favorecer la refinación de petróleo como eje de la política energética del país: aunque parece haber coincidencias con la política de los 60 en cuanto a la restitución monopólica de los recursos energéticos y con los 70, en cuanto a la intervención social del mercado, esa visión es incompatible con la lógica de impulso a la economía capitalista que, como regla ha mantenido la postura estatal desde 1824, como más adelante precisaré.

5. El evento más significativo para entender el uso del petróleo como componente central del gasto público -hasta el 40% del presupuesto federal, en algún momento- más allá de explicar la eficiencia social del “desarrollo compartido”, es el hallazgo del yacimiento petrolero “Cantarell” en la Sonda de Campeche²⁰ y que llegó a convertir a PEMEX, en la cuarta empresa petrolera más importante a nivel mundial, lo que coincidió con el incremento constante del precio del petróleo para llegar de 2 dólares por barril a 36 dólares lo que permitió un crecimiento económico semejante a la posguerra aunque por diferentes causas, durante los 3 años que el precio del crudo se mantuvo alto.

Cuando en septiembre de 1981 era claro que el mercado petrolero se había vuelto de compradores y el presidente López Portillo se negó a bajar el precio del barril del crudo de exportación y a devaluar el peso, dejó al país en una crisis económica

²⁰ Cantarell fue el hallazgo petrolero más importante que ha habido en la historia de México. Ubicado en la Sonda de Campeche inició operaciones en 1979 y está formado por diversos pozos, llegó a su pico de producción en 2004.

semejante a la de 1976. No es propósito de este trabajo revisar la pertinencia de esa política petrolera, pero indudablemente se volvió evidente que, desde entonces, el precio de los hidrocarburos lo fija el mercado, no el gobierno. Sin embargo, no puedo dejar de hacer notar que, en el marco de las crisis provocadas por las políticas económicas de los períodos 1970 a 1982, concluyó con expropiaciones: en un caso de extensiones agrícolas dedicadas a la producción de grano en el noroeste del país, en otro, la de la banca.

6. Habría que añadir que el marco jurídico que requería la estrategia de petrolización de la economía que nos transformó de un país importador neto de energía a otro exportador de ésta, ya estaba constitucionalizado desde 1960 y que las leyes reglamentarias necesarias, especialmente la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en el Ramo del Petróleo eran consistentes, en la medida que ésta consideraba que correspondía a la Nación mexicana el dominio directo, inalienable e imprescriptible, de todos los carburos de hidrógeno que se encuentren en territorio nacional, incluida la plataforma continental y la zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a éste[...], como se preveía en su artículo primero²¹.

Por su parte, el asunto eléctrico también estaba suficientemente estructurado para que la CFE y, en su momento la Compañía de Luz y Fuerza, S.A, atendieran la demanda agregada de electricidad provocada por el crecimiento poblacional, la consolidación de los centros urbanos, la producción manufacturera, el crecimiento del sector paraestatal y, en suma la electrificación del país, era innecesario modificar las normas constitucionales (salvo la relativa a la prohibición de la participación de particulares en la energía nuclear, cuya inserción constitucional se hizo en el artículo 27, mediante reforma publicada el 6 de febrero de 1975, lo que posteriormente permitió la creación de Uranio Mexicano, S.A. (URAMEX), de muy corta existencia. Así, en efecto, no solamente se encontraba vigente la reforma constitucional en materia de electricidad de 1960 (texto que se modificó con la Reforma Energética

²¹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de noviembre de 1958 y abrogada el 11 de agosto de 2014.

de 2013), sino que también la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Energía Eléctrica, de 1975²² fortalecía la electrificación del país de manera consistente, por lo que no fue necesario adaptar el marco regulatorio de esta actividad que, en ese entonces, se sujetaba a la lógica del servicio público con lo que ello implicaba: permanencia, ininterrupción, constancia, características propias de un Estado Benefactor y para lo cual financiaba su operación con ingresos monopólicos.

Por otro lado, la nacionalización de la industria eléctrica, realizada por el presidente López Mateos en septiembre de 1960, fue previa a la modificación del 27 constitucional a que me he referido, mediante la compra de las acciones de *The Mexican Light and Power, Co*; *The American and Foreign Power, Co.*; y, Compañía Eléctrica de Chapala, S.A., con lo que el Estado adquirió el control de la industria por vía distinta a la de derecho público, reorganizándolas en la Compañía de Luz y Fuerza del Centro, S.A. y sus subsidiarias en algunos estados de la república, a efecto de prestar el servicio de energía eléctrica en coordinación con la propia Comisión Federal de Electricidad. En 1994 (9 de febrero), se crea “Luz y Fuerza del Centro”, como organismo descentralizado, del cual ya hablaremos posteriormente.

Por otra parte, en tanto no prosperó la ejecución del “Acuerdo de disolución y liquidación de la Compañía de Luz y Fuerza del Centro, S.A.” (16 de diciembre de 1974) en atención a la oposición que mantuvo el Sindicato Mexicano de Electricistas, no resulta de interés para este apartado profundizar al respecto.

7. La etapa de “alto consumo masivo” pareció interrumpirse con la crisis de 1976-1979 y 1981-1982, por lo que la renta petrolera vino a subsidiar prácticamente la mitad del gasto público federal, en la medida que los ingresos públicos dejaron de depender de la recaudación fiscal y que el mercado interno se debilitó para estar en posibilidad de ser reactivado por la demanda: Desde luego, la “madurez tecnológica” rostowiana dejó de operar como un mecanismo de reducción de los costos de operación en todo el sistema energético, en general, y del eléctrico, en particular, porque la inversión en nuevas tecnologías -de exploración y extracción en aguas semi-

²² Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 22 de diciembre de 1975.

profundas y profundas, en el caso de PEMEX, ya que Cantarell estaba en aguas someras y proveía de la mayoría del petróleo para la exportación, así como en la generación eléctrica cuya inversión se mantuvo en proyectos hidroeléctricos de gran escala, en carbón y en ciclo combinado, cuyo crecimiento se dio de manera exponencial en la década de los 90-, lo cual resulta relevante para entender las razones por las cuales ha sido tan cuestionado el tránsito de una economía energética basada en el poder de mercado del Estado hacia una economía que descansa en la disciplina del mercado, es decir, en la competencia, que fue la esencia de la Reforma de 2013;

8. En 1983, era claro que ya no había condiciones para financiar la operación del sector paraestatal con recursos presupuestales únicamente por lo que, en función del llamado “consenso de Washington” se exigió al país reducir el gasto público y liberalizar la economía²³, por lo que a través de diferentes instrumentos jurídico-políticos como fueron los Pactos para la Estabilidad Crecimiento Económico y otros sucesivos, fueron una manera de mantener medidas de estabilización con ajustes estructurales diversos al mercado, lo cual llega hasta el preludio de la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, con la modificación al marco regulatorio de diversas leyes reglamentarias, sin variar las restricciones Constitucionales a la participación privada, como fueron los ajustes a la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, su reglamento y a la Reglamentaria del 27 constitucional en el Ramo del Petróleo, de claros visos de inconstitucionalidad pero que sirvieron para preparar el camino de la regularidad jurídica con la liberalización de la participación privada, la extinción del régimen monopólico de la energía y la estructuración jurídica de los mercados de hidrocarburos y sus derivados y de la electricidad, como referiré en el Capítulo Segundo de este trabajo;

²³ El “Consenso de Washington” inaugura la etapa neoliberal en América Latina. Con anterioridad, Estados Unidos y Gran Bretaña ya habían hecho lo propio con las economías desarrolladas aprovechando la caída del Muro de Berlín.

9. De 1992 a 2013, la dinámica del crecimiento basada en el “alto consumo masivo” seguía con altibajos: ni lograba ser aceptable para la izquierda la liberalización de la energía, a pesar de la evidencia empírica del caso, ni podía continuar bajo la perspectiva del “nacionalismo revolucionario de la época de los 80: subsistía la resistencia de los factores reales de poder que solo admitieron las modificaciones a las disposiciones secundarias pero no al texto constitucional haciendo difícil el ajuste exigido por los socios comerciales al respecto. El TLCAN, de 1994, no logró integrar explícitamente a su texto el Capítulo sobre energía, aunque el Anexo 6.2 mantuvo un halo de protección a la inversión extranjera directa en ese rubro.

Los intentos de Salinas, Zedillo, Fox y Calderón fueron formalmente legislativos sin que la CPEUM pudiera ser modificada. Empero, lo rescatable de ese *momentum* es identificar los esfuerzos institucionales realizados por el régimen para reconocer la incapacidad de los monopolios naturales insertos en la Constitución, en la visión de la izquierda, en el ánimo social y en el imaginario colectivo, en atención a la relevancia del petróleo, los cuales no pudieron prosperar. Esa constitucionalización debió esperar hasta 2013, en que, merced al “Pacto por México”, se lograron los acuerdos políticos pertinentes para desarrollar el extenso marco jurídico requerido, iniciado con la Reforma constitucional de 2013 y de su despliegue vertical y horizontal para construir el ámbito en el cual el desmantelamiento de los monopolios estatales y la liberalización de la industria energética, podrían crear los incentivos para promover la inversión privada, según sus prescripciones normativas.

10. Podría decir que hasta aquí el criterio de Rostow me ha servido para asociar el régimen de la energía con el modelo de acumulación capitalista, la definición de los espacios públicos y privados sucesivamente hegemónicos y su institucionalización en reglas de Derecho y la construcción de entidades administrativas susceptibles de traducir las políticas públicas económicas en medidas de Estado para atender la demanda efectiva de energía de la sociedad mexicana. Por ello, he preferido solo mencionar el entorno, mencionar las medidas jurídicas asociadas al cumplimiento de los fines estatales al respecto y prescindir de los detalles. Este trabajo académico no

se formula con el ánimo de recurrir a la historia del pensamiento político, de descripción de las leyes o de las instituciones encargadas de ejecutarlas e impulsar los modelos de las cadenas de valor de la energía, sino la de aportar las herramientas analíticas que suelen abordarse por separado para entender la formación del ámbito jurídico de la energía en México. Una mera descripción sucesiva de los ordenamientos legales que, en su momento, respondieron al impulso de la lógica gubernamental es confuso e inútil para abordar comprehensivamente, es decir, integralmente, un escenario de tensión institucional de esta materia: el marco jurídico actual, vigente desde las prescripciones constitucionales adoptadas en 2013 y cuyas leyes sustantivas han sido modificadas estratégicamente por esta administración, para revertir los principios conforme a los cuales funcionan los operadores privados, no hace más que hacer indispensable este análisis para deducir si las condiciones que dieron origen al intervencionismo estatal o la liberalización de los mercados protegida por la función regulatoria del Estado es pertinente o no.

1.4 CONSIDERACIONES HISTÓRICAS SOBRE EL MARCO POLÍTICO DE LA ENERGÍA

Hemos sostenido que el Derecho Energético mexicano se ha construido como resultado de la dinámica de los factores jurídico, económico y político. Sin recurrir a esa semblanza sería muy difícil entender las razones de carácter político que han permeado en la lógica de este régimen para poner en tensión esos equilibrios llevando a esta disciplina a su judicialización, por lo que ahora coexisten 3 regímenes jurídicos formales: i) aquel que no fue afectado explícitamente por las reformas a las leyes de la Industria Eléctrica y la de Hidrocarburos²⁴ y que, por lo tanto, subsiste *mutatis mutandi*; ii) el que resulta de las modificaciones a esa leyes y que se encuentra sub-iudice por la vía del Amparo, en atención a que fueron

²⁴ Publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* de fechas 9 de marzo de 2021 y 4 de mayo de 2021. Una segunda reforma a la Ley de Hidrocarburos, a su artículo Décimo Tercero Transitorio, se publicó el 19 de mayo de 2021.

desestimadas la Acción de Inconstitucionalidad promovida por 78 Senadores y las Controversias Constitucionales promovidas por la Comisión Federal de Competencia Económica y por el estado de Colima, lo que hace que sean los Colegiados o la Corte, en su caso, quienes conozcan de dichas reclamaciones de los particulares que aún se encuentran en proceso; iii) aquel que se refiere a las modificaciones a esas leyes y que no fue recurrido con la entrada en vigor de éstas y que espera interponer los medios de defensa que le asistan, cuando se produzca el primer acto de autoridad fundado en las modificaciones y sus consecuencias.

En este escenario formal, complejo y crecientemente confuso, considero necesario apuntar que la energía siempre ha formado parte, explícita o implícitamente hablando, del Proyecto de Nación impulsado por los diferentes regímenes de gobierno, desde el Porfiriato.

Para ese efecto, quisiera recurrir a Lorenzo Meyer para definir de qué trata un Proyecto de Nación, para lo que apunta:

Teniendo como base la experiencia histórica, un proyecto de nación, es una gran propuesta de futuro colectivo enmarcada por una ideología, sostenida por un partido o coalición y a la que se atribuyen posibilidades de éxito si tienen el respaldo de actores políticos clave y la aceptación de una parte sustantiva de la ciudadanía. Se trata de un diseño de régimen político para hacer del ejercicio del poder la solución a los grandes problemas nacionales. Esa fórmula política plantea metas generales y sugiere medios para alcanzarlas²⁵.

Para Meyer, un “régimen político” es “la red de instituciones, reglas y valores que regulan la disputa y el ejercicio del poder. Esas instituciones no son únicamente las que consagran los documentos legales, también lo son las prácticas informales, que incluso pueden ser ilegales, que efectivamente rigen la conducta ciudadana. [...] Todos los sistemas políticos reales, incluidos los democráticos, suelen tolerar prácticas que contravienen sus principios”²⁶.

²⁵ MEYER, Lorenzo, *Nuestra tragedia persistente. La democracia autoritaria en México*, Random House Mondadori, Capítulo I, México, p. 15.

²⁶ *Ibidem*, p. 4.

Con esa referencia, quisiera adelantar que históricamente se han observado 3 modelos energéticos sujetos a la visión y objetivo de un régimen político y que responden al interés de desplegar una visión ideológica para alcanzar la concretización de una aspiración futura. En ese sentido, podría hablarse también que la 4T puede describirse como un Proyecto de Nación centrado en el aprovechamiento del petróleo como una convocatoria representativa de los intereses colectivos representados en este régimen

Para Meyer, un “régimen político” es “la red de instituciones, reglas y valores que regulan la disputa y el ejercicio del poder. Esas instituciones no son únicamente las que consagran los documentos legales, también lo son las prácticas informales, que incluso pueden ser ilegales, que efectivamente rigen la conducta ciudadana. [...] Todos los sistemas políticos reales, incluidos los democráticos, suelen tolerar prácticas que contravienen sus principios”²⁷.

Así:

- El primero de ellos, es el Porfiriato (1880-1910) que se inscribe en la lógica en que Díaz entiende su realidad geográfica; el apetito de dominio y de expansión hacia el sur por parte de los Estados Unidos de Norteamérica; el desarrollo y aparición del capitalismo monopólico, como modalidad histórica del capitalismo; el interés de los europeos de invertir en México o en sus colonias de Asia o de África, especialmente de los ingleses en el campo del petróleo dada su competencia por la hegemonía global con los norteamericanos; y, finalmente, el cambio tecnológico de los sistemas de energía y de comunicación basados en el motor de combustión interna y en los hallazgos científico relacionados con la electricidad y las telecomunicaciones (radio, radiotelegrafía, teléfono, principalmente). Dados los términos del incipiente y casi inexistente sector industrial, el aprovechamiento de los recursos petroleros y la inversión en electricidad se dejaron en manos de extranjeros, como es posible observar en las leyes del Petróleo de 1901 y de 1909 y en la legislación hidráulica que requería de

²⁷ *Idem*, p. 4.

concesiones a los particulares para producir electricidad, en los términos de la Ley del 18 de diciembre de 1902 y de la Ley para el Aprovechamiento de Aguas de Jurisdicción Federal, de 1910.

No hay mucho que añadir: su proyecto de nación descansaba, esencialmente, en favorecer la inversión extranjera en el campo de petróleo, al principio, y en la industria eléctrica, posteriormente, para impulsar la formación de capital originario; el desarrollo de los medios de comunicación y de transporte, especialmente del ferrocarril; y, la europeización del país, incluyendo los sistemas agropecuarios. Así, su mejor estrategia fue adaptarse formalmente al modelo constitucional norteamericano, demócrata, federalista y republicano y operar en una realidad paralela que funcionaba en lo político exactamente en sentido contrario.

Es indispensable recordar la presencia del Visitador General José de Gálvez en la Nueva España como representante del Rey Carlos III a finales del siglo XVIII, con el propósito de restituir para la Corona los recursos naturales y la explotación de actividades que la administración virreinal había concedido a particulares a partir de las corporaciones y, consecuentemente recuperar para la Corona los recursos derivados de los estancos. Si la pregunta fuera: ¿la actual administración pretende impulsar una contrarreforma energética para recuperar la renta que recibía monopólicamente la hacienda pública por su participación en hidrocarburos y derivados y en electricidad?, la respuesta sería un Sí categórico: su política interna y energética es rentista no nacionalista, como ocurrió en los 30 con el petróleo y en los 60 con la electricidad.

El concepto Nación es eminentemente sociológico. En la propuesta constitucional de la Reforma Energética de 2013 se utilizó como un recurso retórico para hablar de la colectividad y con el propósito de evitar la politización de la referencia a la propiedad de los recursos del subsuelo. En estos momentos, no sé si a ese concepto se le conceda la misma connotación para sugerir exactamente lo contrario: la Nación como espacio omnicomprensivo.

En cuanto a hidrocarburos, la realidad es que la mayoría de las compañías petroleras de la época porfiriana eran europeas, lo que coincidía con las

expectativas del Díaz para no depender de las inversiones norteamericanas cuya expansión ya era preocupante para el régimen que presidía: prefería apostar por favorecer las inversiones de las potencias europeas (a la sazón, Reino Unido, Francia, Italia, España y Alemania), que estuvieran dispuestas a hacerlo México que por la Standard Oil Company, de Rockefeller. Sin embargo, esa iniciativa no prosperó porque las potencias europeas prefirieron invertir en sus colonias en Asia y en África y no competir con los estadounidenses que ya apuntaban a ser la nueva potencia hegemónica.

El capitalismo, como actividad económica en la que los medios de producción son privados ya transitaba de concurrencial a monopolístico y algunas de las razones era la confluencia de nuevos sistemas de energía basados en los derivados del petróleo (cuyo uso intensivo se debió al motor de motor de combustión interna); la producción en serie del automóvil y en los vehículos militares; en la aparición de las compañías eléctricas centralizadas, como la *General Electric*; en la producción en serie, en el crecimiento de las ciudades y del sector industrial, y, en las prácticas de abaratamiento del crédito y del costo del dinero. Por supuesto, a principios de siglo XX, México estaba bastante alejado de ello: su población en un 90% era analfabeta y predominantemente rural.

Por tanto, para efectos de este trabajo se recurrirá a plantear la visión y desarrollo de las instituciones relevantes, dejando para las notas a pie de página los comentarios de autores que subrayen los detalles específicos que ilustren las afirmaciones que se contienen en el texto principal y que, por tanto, las confirman. Este es un ejercicio de teorización (formación de teoría) de los elementos distintivos de esta rama del Derecho en el que su primer propósito es demostrar que se distingue de otras disciplinas, jurídicas o no, con las cuales mantiene instituciones que se significan por observarse y explicarse de manera distinta en cuanto se juridifican en torno a las cadenas de valor de la energía. Un segundo propósito es el de explicar esas categorías teóricas a la luz de sus propios principios y valores.

- El segundo proyecto de Nación es el del “nacionalismo revolucionario” que abarca desde 1917 hasta 1982 y responde a la consolidación de la

hegemonía de la facción victoriosa del conflicto armado de la Revolución, ya sea sucesivamente el del Constitucionalismo, el del Grupo Sonora e, incluso, el del régimen de partido de Estado.

La energía se convierte, bajo las premisas de la “propiedad originaria” y del “dominio directo” no solo en una fuente de recursos económicos para el gobierno sino también de su consolidación política, social y estratégica con alianza con corporaciones sindicales, básicamente, como ocurre con la expropiación petrolera, la creación de la Comisión Federal de Electricidad en 1937 y su posterior transformación en organismo descentralizado en 1949, con el ánimo de utilizar los recursos energéticos no solo para impulsar la industrialización acelerada del país sino para mantener el control político y económico frente al capital privado.

Los esfuerzos de Carranza, de De la Huerta, de Obregón y de Calles para obligar a las petroleras a pagar impuestos tenían como pretensión más la de mejorar las finanzas de sus movimientos para comprar armas que la de fortalecer la presencia del Estado frente a estos agentes económicos que le disputaban la supremacía política: las compañías tenían sus propias guardias blancas que cuidaban los territorios petroleros donde ni siquiera el Ejército mexicano podía incursionar.

Todo ello, a partir de la participación sucesiva en la renta petrolera hasta apropiarse de ella, ya sea admitiendo modalidades para la participación privada o excluyéndola.

El tratamiento jurídico del petróleo osciló entre el reconocimiento de los derechos adquiridos por las compañías extranjeras a través de las concesiones confirmatorias, la participación complementaria en terrenos nacionales con vocación petrolera, los intentos de mexicanizar la industria y su fracaso, el control del petróleo con coparticipación privada y la exclusión del capital privado regulándolo a través de los diversos regímenes de permisos contemplados por la Leyes del Petróleo de 1925 (reformada el 10 de enero de 1928), la de 1940, la de 1941 y la de 1958, esencialmente. Cabe señalar que el párrafo sexto del artículo 27 Constitucional fue reformado el 9 de noviembre de 1940, dando origen a un régimen legal que de manera subsecuente dejaba a las leyes secundarias la manera en que la Nación llevaría a cabo la explotación de los hidrocarburos, lo cual, desde

entonces, se volvió una estrategia común para ajustar la participación privada al marco legal, sin variar la Constitución;

- El tercero, podríamos identificarlo como “liberalismo social” que, independientemente de las dificultades que supone describir de éste la coincidencia de elementos típicamente individuales con compromisos colectivos, se impulsó desde 1983 hasta 1994 que, en lo político planteaba una gran estrategia de clientelismo electoral que se impulsaba por el uso institucionalizado de los programas sociales con el propósito de soportar los costos sociales de la integración de la economía del país con la región de Norteamérica -especialmente con los Estados Unidos- con quienes en materia de hidrocarburos y sus derivados ya éramos dependientes: exportábamos crudo y adquiríamos petrolíferos desde la crisis de 1982 y que para cuyo efecto se buscaba cumplir con los postulados del “Consenso de Washington”.

En materia de electricidad se promovieron modificaciones a la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, publicadas en el Diario Oficial del 23 de diciembre de 1992 así como a su Reglamento, para incluir a los Productores Independientes de Energía, cogeneración, pequeña producción de energía eléctrica, importación y exportación, básicamente, ya que el autoabastecimiento estaba contemplado desde la versión original de la ley de 1975.

Desde luego, habría que considerar que, como muchas soluciones jurídicas de esa época, la regulación se ajustó a las medidas prácticas que requería la inminencia de la negociación, firma y puesta en marcha del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) así como en el ánimo de favorecer la consolidación de éste. El tema de la energía no se incluyó explícitamente en ese cuerpo legal internacional, pero esa fórmula inconstitucional resultó y quedó para otras épocas en las que las condiciones geopolíticas y de política interior permitieran los ajustes requeridos a la legislación nacional para dar seguridad jurídica a la inversión privada.

- El cuarto sería conocido como del “bono democrático”, que se desarrolló desde el año 2000 hasta 2012, con la alternancia en el poder del Partido revolucionario Institucional con el Partido Acción Nacional, en el que se hicieron esfuerzos para cambiar el artículo 27 Constitucional en materia de hidrocarburos y, frente a la resistencia de la izquierda, la falta de consensos políticos y la poca claridad del futuro inmediato, se optó por modificar la regulación, como es el caso de las reformas menores a la Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, de 1958, y, la Ley de Petróleos Mexicanos conforme a la cual se optó por diversos contratos de servicios en materia de exploración y producción. Cabe señalar que, en este período, durante la gestión del presidente Fox, se utilizaron contratos (Contratos de Servicios Múltiples), con base en la Ley de Obras Públicas y su Reglamento, para llevar a cabo actividades de exploración y desarrollo en la Cuenca de Burgos, cuyos yacimientos tenían características tan específicas que requerían un alto grado de flexibilidad para su producción.

Por tanto, sin restar importancia a los intentos de modificación del marco constitucional por parte de los presidentes Zedillo, Fox y Calderón, lo relevante es apuntar que se recurrió a los contratos que, con diversas modalidades, permitieran la participación privada en la industria petrolera.

- El quinto proyecto de Nación soportado en la energía es, sin duda, el que se propuso ajustar estructuralmente el marco regulatorio de ésta a partir de la modificación a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución federal -cuyas reglas de implementación se consideraron en 21 artículos Transitorios- publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 20 de diciembre de 2013 de la que hemos venido identificando como “Reforma Energética”. Desde luego, la amplitud del despliegue reglamentario y administrativo que ello implicó, se significó, de acuerdo con el sentido histórico que le hemos querido atribuir en este Capítulo introductorio, en un trazo regulatorio cuya intención, escala, orientación, consistencia y despliegue, constituyeron un modelo jurídico único en la historia de nuestro sistema.

Es relevante puntualizar que los Transitorios de un Decreto de reforma a la Constitución forman parte del cuerpo legislativo que se tradujo en las modificaciones sustantivas (25, 27 y 28) y que, en consecuencia, su vigencia se actualiza materialmente cuando las leyes secundarias, sus reglamentos y las disposiciones administrativas derivadas de éstas transgreden las previsiones normativas conforme a la cual se dio orientación a la producción regulatoria derivada de aquéllos.

Para destacar la escala a que me refiero, mencionaré en este apartado y describiré posteriormente, el esfuerzo regulatorio realizado para significar su contenido y soporte estructural a la reforma: conviene mencionar que en el Diario Oficial del 11 de agosto de 2014 se publicó la expedición de 9 leyes reglamentarias nuevas y la modificación de 12 ya existentes; el 31 de agosto de 2014 se publicaron 22 reglamentos y, sucesiva y consistentemente durante más de un año se publicaron diversas Disposiciones Administrativas de Carácter General (DACG), Manuales de Prácticas de Mercado, Bases Operativas del Mercado Eléctrico Mayorista, Acuerdos, Circulares, criterios, etc. Con el propósito de evitar una *vacatio legis* que pudiera alterar los equilibrios regulatorios conforme a los cuales fue concebido y llevado a cabo el modelo. La Ley para la Transición Energética que, a nuestro juicio contempla los mecanismos más relevantes que, como propósito central de la modificación del modelo de energía vigente hacia uno reducido en carbono, concebido en la Reforma Energética, se publicó el 25 de diciembre de 2015. A explicar ello regresaremos expresamente en los capítulos subsecuentes.

Este proyecto de Nación puede reconocerse con sus propios rasgos y caracterizarse como un modelo de dominación hegemónica del último régimen político priísta en cuanto a que el Estado decidió impulsar la construcción de un modelo energético basado en fuentes renovables y más limpias, por un lado, y, a la maximización de los ingresos petroleros en beneficio de la Nación, por la otra: tanto la generación y aprovechamiento de la electricidad basada en fuentes de energía eléctrica renovable suprimiendo aquella costosa y contaminante así como el agotamiento de los yacimientos de petróleo barato ubicados en tierra o en aguas someras, hicieron recurrir a tecnologías y combustibles más limpios con los que el

país no contaba y cuyo desarrollo basado en la lógica del mercado, como veremos en el Capítulo Tercero, fue el propósito de la Reforma de 2013.

En su oportunidad apelaremos a una reflexión más detallada al respecto, pero por lo pronto cabe apuntar que en adelante a esto lo identificaremos como “descarbonización de la economía”, para evitar recurrir en cada oportunidad a enumerar las medidas vinculadas a ello, como son, según los postulados de esta investigación, los Certificados de Energía Limpia, los derechos financieros de transmisión, el mercado spot, la potencia, la gestión liberalizada de los petrolíferos y la electrificación del transporte, en el caso de los hidrocarburos y sus derivados, etc.

A todo esto, habría que añadir una preocupación que se presenta constante en estas reflexiones y que supone que, si bien es cierto que desde los puntos de vista jurídico-formal, económico y político es posible ofrecer una manera de entender la importancia que la energía, en general, y su juridificación en particular, han tenido en nuestros modelos económicos, también lo es que la política energética de esta administración no solo merecería intentar caracterizarla en función de sus referentes históricos para deducir cómo se inserta en sus prescripciones -la terminación de la forma pre-capitalista de producción, el impulso a capitalismo económico de México y la búsqueda de reapropiación de los recursos naturales por parte del Estado- sino procurar hacer algunos pronósticos al respecto.

Sin embargo ello no es posible, porque la búsqueda de la “soberanía energética” postulada por este régimen y sus modos de alcanzarla, a los que nos referiremos específicamente en el Capítulo Tercero, no parecen corresponder a la fórmula de análisis que propusimos en cuanto a que cada época se articula en función de un proyecto de Nación que descansa en el impulso del crecimiento industrial como estrategia de desarrollo económico, para cuyo efecto, la energía representa una variable políticamente fundamental pero como instrumento, no como fin en sí misma. Incluso ni con Lázaro Cárdenas ni con López Mateos, ni con López Portillo, para hablar de regímenes autoritarios reconocidos, y menos aún, con los regímenes emanados de las políticas liberales y neoliberales.

Para entenderlo, podríamos considerar que la opinión concluyente de Lorenzo Meyer, ofrece una ruta para entender esa postura respecto del petróleo:

Si hay un indicador que hoy puede resumir las diferencias más sustantivas entre derecha e izquierda en materia de política económica -y también exterior, así como la idea misma de país-, ese es el petróleo.

Desde 1938, y durante más de cuatro decenios, la izquierda dentro y fuera del Gobierno no pudo sostener una política petrolera nacionalista, pero a raíz de la crisis económica de 1982 se abrió un periodo de indefinición que ya se ha prolongado durante un cuarto de siglo. Todo indica que se aproxima el momento de una redefinición²⁸.

Con ello, quiero apuntar a que la propiedad originaria, la participación estatal y el aprovechamiento del petróleo y de sus derivados, se han convertido en el eje central no solo de la energía, en este régimen, sino de la economía y de su visión de gobierno, dejando de lado el entorno geopolítico que ya observa en la reducción de emisiones de dióxido de carbono, una manera de entender y propiciar el futuro ambiental de la siguiente generación. Veamos.

²⁸ *Ibidem*, p. 15.

CAPÍTULO SEGUNDO

APUNTES PARA LA CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO ENERGÉTICO MEXICANO.

2.1 SUS CREENCIAS, PRINCIPIOS Y VALORES²⁹.

Como se ha venido diciendo, en 2013 nuestro país se propuso ordenar (en el sentido de organizar) las modalidades y alcances de la colaboración público-privada en torno al sector energético, a efecto de que, recurriendo al diseño de mercado para promover la participación privada en los segmentos de la cadena de valor en que pudiera resultar más eficiente que las entidades públicas para procurar la seguridad energética sin perjuicio de conservar como monopolios naturales otros de ellos en un esquema de subsidiariedad que contribuyera a hacer asequible el suministro, era indispensable estructurar un esquema de incentivos a la competencia que pasara por el desmantelamiento parcial de los agentes públicos de la energía: Comisión Federal de Electricidad (CFE) y Petróleos Mexicanos (PEMEX), así como en impulsar la descarbonización de la economía, a través de una transición energética ordenada.

El Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018³⁰, había propuesto 5 grandes metas nacionales entre las que se encontraba “México Próspero”, en cuyo rubro consideró varias líneas de acción concernientes a la energía considerada básicamente, como un insumo cuyo acceso y disponibilidad deberían ser accesibles, suficientes e ininterrumpidas, para cuyo efecto propuso, dentro del Objetivo 4.6 (Abastecer de

²⁹ Para los efectos de esta caracterización, considero: i) “**Creencias**”, a la convicción y conformidad institucionales para ordenar la regularidad social con la regularidad jurídica en una materia específica; ii) “**Principios**”, a las normas de carácter general que soportan la visión y los objetivos estratégicos del ordenamiento; y, iii) “**Valores**”, a las categorías ontológicas tomadas en consideración para desplegar esa regulación conforme a la conducta esperada, en tanto el Derecho observado como técnica social.

³⁰ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de mayo de 2013.

energía al país con precios competitivos, calidad y eficiencia a lo largo de la cadena productiva), diversas Líneas de Acción que, distinguiendo aquellas dirigidas a la electricidad y a los hidrocarburos y sus derivados, tuvieran como resultado la garantía de su abastecimiento, a partir tanto de la modificación del marco institucional como de las medidas administrativas tendientes a incrementar la oferta de energéticos y su asequibilidad.

Si bien en el planteamiento no se expuso explícitamente la adopción de fórmulas diferentes a las constitucionalmente vigentes hasta esa fecha, basadas en la participación dominante de PEMEX y de CFE sin estar sometidas a la competencia con agentes privados, algunas de las medidas contempladas sólo podían conseguirse recurriendo a la formación de mercados.

De la lectura de esa visión de planeación del desarrollo y sus estrategias de ejecución, no se advertían explícitamente la naturaleza y alcances de las medidas concretas conforme a los cuales el gobierno había decidido ordenar jurídicamente sus pretensiones en materia energética y, menos aún, las decisiones orientadas a implementar institucionalmente la política regulatoria a la que recurriría para someter al órgano legislativo las adecuaciones que correspondieran a efecto de definir el régimen constitucional, la naturaleza y alcance de éste así como las leyes reglamentarias pertinentes para agotar el espectro de regulación relativo y las sucesivas disposiciones administrativas de carácter técnico que, distinguiendo entre lo relativo a hidrocarburos y derivados y de electricidad, articulara la decisión política con la realidad jurídica.

Puede inferirse, entonces, que esas especificaciones y objetivos específicos pensados para la energía fueron derivadas de las consideraciones genéricas que el propio Plan tuvo en cuenta para impulsar el “México Próspero” que anunció, consistentes en procurar:

- i) La reformulación del papel de la intervención del Estado en la economía, a partir de la liberalización de los sectores económicos para eliminar obstáculos en éstos y dirigirlos hacia el mercado, especialmente en el sector manufacturero en el que la energía sólo era un insumo y no un

producto en el que hubiera participación privada directa dado el papel históricamente dominante de los agentes públicos;

- ii) La provisión de bienes públicos a cargo del gobierno, para procurar el fomento y eficiencia de los sectores estratégicos, entre los cuales se encontraba la energía, eliminando las fallas de mercado que les impedían alcanzar su potencial; y,
- iii) La eliminación de barreras regulatorias que habían impedido la libre competencia y, en consecuencia, la entrada a nuevos competidores que tuvieran acceso a insumos estratégicos necesarios para llevar a cabo su actividad productiva, tales como financiamiento, energía y telecomunicaciones.

Aunque fue hasta el “Pacto por México” cuando se hizo claro que la política energética empezaría a recurrir a la participación privada directa en las cadenas de valor de los recursos energéticos, el Plan ya contemplaba genéricamente un replanteamiento estructural tanto acerca de la naturaleza y alcance de la intervención del Estado en la economía, como de la reorientación de las actividades más significativas para favorecer la productividad económica, como lo es la energía.³¹

El cumplimiento de ese objetivo requería que se desplegaran dos estrategias complementarias: por un lado, la creación de una serie de condiciones institucionales que crearán espacio para el “piso parejo” (*level playing field*), para lo cual era necesario separar la estructura corporativa de esos entes estatales distinguiendo entre sus actividades que debían someterse a la competencia y las que no, con el propósito de dismantelar esos monopolios estatales y, por otro, establecer las cadenas de valor y asignar a los componentes de éstas las reglas conforme a las cuales tanto las corporaciones estatales como los particulares debían competir entre sí, para cuyo efecto se reformularon las Áreas Estratégicas,

³¹ Véanse los Objetivos 4.6.1 y 4.6.2. “Asegurar el abastecimiento de petróleo crudo, gas natural y petrolíferos que demanda el país” y “Asegurar el abastecimiento racional de energía eléctrica a lo largo del país”, respectivamente.

que quedaban reservadas de manera exclusiva para el Estado, con aquellas en la que los particulares podían invertir³².

Así, en materia de hidrocarburos, se distinguieron las "actividades reservadas", es decir, aquellas cuyo control queda directa e irrenunciablemente en la esfera estatal y las "actividades reguladas", en las que los agentes económicos privados pueden participar mediante permisos otorgados por los diferentes órganos estatales pero que, una vez habilitadas jurídicamente operan en el mercado conforme a reglas de derecho común.

En electricidad, se concibió en un esquema mixto en el que aquellas actividades que no se consideraran como servicio público (transmisión y distribución) estarían basadas en la disciplina del mercado en el que todos los agentes económicos, incluyendo a la CFE, debían someterse a la competencia toda vez que el criterio de despacho de la energía obedecía a la lógica de la energía más barata, circunstancia que era posible conseguir a través del desarrollo tecnológico, especialmente el que recurría a los recursos de la naturaleza como son la fotovoltaica, eólica e hidráulica. La geotérmica es, en México, a pesar de ser un país que tiene grandes yacimientos y cadenas volcánicas, un tema que se ha explotado muy poco en la generación eléctrica.

En lo relativo a hidrocarburos, PEMEX recibió en Asignación (una figura jurídica que se utiliza en el Derecho Mexicano para conceder el acceso a recursos naturales a las entidades públicas sin someterlo a licitación o a concurso, como es el caso de los particulares), más del 80% de las reservas probadas de hidrocarburos tanto en tierra como en aguas someras y profundas, con la posibilidad de asociarse con empresas privadas, nacionales o extranjeras, en la exploración y extracción de aceites y de gas natural, mediante la figura llamada **farm-out**, que es un arreglo

³² Como lo veremos nuevamente, el presidente Miguel de la Madrid, promovió la inserción de una fórmula constitucional que definió lo que en un régimen de economía mixta debía, por su importancia política, jurídica, sociológica y/o jurídica, quedar reservado en exclusiva para el Estado y lo que, por otro lado, permitiría la participación privada, bajo la rectoría económica del Estado. Para ello, constitucionalizaron los conceptos "Áreas Estratégicas" y "Áreas Prioritarias", mediante reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en febrero de 1983.

típico de la industria petrolera “[...] y se utiliza para la adquisición de derechos sobre áreas exploratorias entre empresas”³³.

En ese contexto, la Reforma Energética mexicana permitió la celebración de 111 contratos petroleros con diversas compañías nacionales y extranjeras, con un valor aproximado de \$159,000 millones de USD. En el campo de la electricidad se concedieron más de 40 permisos que permitieron incrementar la generación eléctrica fotovoltaica en un 700% comparada con la línea base anterior a la Reforma.

A partir de 2018, el gobierno mexicano decidió orientar la política energética a lo que llamó "soberanía y seguridad energéticas" y por ello decidió ajustar el marco jurídico secundario de la energía por las vías administrativas y en cambios a las leyes reglamentarias pero manteniendo la redacción del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, provocando una doble regulación que entra en contradicción con el sistema legal mexicano que coloca a la Constitución Política y a los Tratados Internacionales en la cúspide de la pirámide normativa y que exige que todo el demás cuerpo regulatorio se ajuste a las prescripciones del texto constitucional.

La parte medular de este trabajo de investigación sostiene que el tema energético debe ser ordenado desde nuestra Constitución Política dado que se trata de una decisión política fundamental que no puede constreñirse a incorporarse meramente en leyes y normas secundarias. Como se mencionará en el transcurso de este trabajo, el titular del Ejecutivo Federal ha buscado, directa o indirectamente, convertir la política energética en el eje de modificaciones que conduzcan a la recentralización de la electricidad a su antigua vocación de servicio público y a los hidrocarburos y sus derivados a su tratamiento como bienes de propiedad originaria y, por ende, en el regreso a su carácter de dominancia en el mercado, ya no solamente mientras estén en el subsuelo sino aun cuando hayan sido incorporados

³³ LAMANNA, Darío G., *Aspectos jurídicos y contractuales de la industria petrolera*, LID Editorial Mexicana, Ultradigital Press, México, 2017. p. 59. En este mismo apartado, posteriormente haremos un análisis más detallado de lo que se conoce como “farm-out”, dada la conveniencia de revisar mejor algunas de sus prescripciones.

a un circuito comercial mediante su refinación o procesamiento y su consecuente venta al público³⁴.

- i) Restituir la calidad de agentes económicos dominantes a la CFE y a PEMEX, eliminando la competencia y las cargas de tratamiento asimétrico que la legislación les fijó para evitar que su histórica dominancia en los servicios energéticos desalentara las inversiones privadas;
- ii) Imponer barreras de entrada a nuevos competidores por la vía de instrucciones o por medio de disposiciones emitidas por la Secretaría de Energía o por las Comisiones Reguladora de Energía y de Hidrocarburos;
- iii) Modificar las leyes sustantivas que regulan la operación y funcionamiento de los mercados energéticos, así como los instrumentos de planeación de los sectores hidrocarburos y electricidad para ajustarlos al esquema de restitución de las prácticas monopólicas absolutas y relativas que, antes de la Reforma de 2013, venían realizando PEMEX y CFE conforme al marco jurídico de esa época; y,
- iv) Abandonar el cumplimiento de metas de reducción de emisiones de dióxido de carbono al recurrir al uso intensivo de fuentes fósiles y cambiar las reglas del despacho eléctrico para dar preferencia a la proveniente de las centrales eléctricas de ciclo combinado de la CFE que suelen usar energía fósil, en detrimento del despacho de las más baratas que son provenientes de fuentes limpias.

Con ello, el entorno de la energía en México no solamente se ha venido judicializando de manera activa ³⁵ (es decir, por los titulares de permisos de generación eléctrica y de venta al público de petrolíferos), sino también de la exigencia de los usuarios a hacer valer su derecho a tener acceso a la electricidad limpia (que lo hacen en función de sus decisiones corporativas), es decir, que

³⁴ Al hablar de la Contrarreforma energética, ampliaré estas consideraciones.

³⁵ Además de una Acción de Inconstitucionalidad, se promovieron 2 Controversias Constitucionales y un innumerable cantidad de juicios de amparo en contra de las reformas a las leyes mencionadas.

desean consumir energías bajas en carbono, han planteado en las cortes mexicanas su inconformidad por la pertinencia de la medida.

Por otra parte, algunos inversionistas privados han presentado reclamaciones ante los tribunales mexicanos alegando que los requisitos adicionales que ahora se exigen y la posibilidad de hacer retroactivo el cumplimiento de algunos requisitos que no existían en las leyes mexicanas cuando decidieron invertir, incumplen con la seguridad jurídica esperada para garantizar el clima de negocios y, en consecuencia, el retorno de sus inversiones, como lo veremos en el Capítulo Tercero de esta investigación.

La apertura del sector energético mexicano redujo la esfera de influencia del sector gubernamental en la economía y trasladó la renta energética hacia las empresas que decidieron invertir en energías limpias (fotovoltaica y eólica, principalmente) que, por resultar fuentes intermitentes, no son atractivas para los propósitos de recentralización de la generación eléctrica ni para la distribución y venta al público de petrolíferos sujetos al poder del mercado, es decir, la posibilidad de recurrir al control de precios que impulsa actualmente la política energética del país.

Es claro que el Estado mexicano busca recuperar la renta de las actividades redituables que por razones de inversión y/o de riesgo, decidieron trasladarse a la inversión privada. Aunque esta hipótesis me parece robusta quiero matizarla porque es factible que pueda interpretarse a partir de visiones ideológicas en varios sentidos que, como mitos, son recurrentes en el pensamiento colectivo que rodea a la energía: el petróleo, en especial, se conduce en el imaginario colectivo que el recurso fue sobre aprovechado indebidamente por las compañías petroleras extranjeras con el consentimiento de Porfirio Díaz y que el régimen posrevolucionario, especialmente con la expropiación petrolera, devolvió a la Nación la soberanía sobre ellos, así como, en su momento, lo hizo la mexicanización de la industria eléctrica, invocando los valores patrimoniales de dominio eminente de la legislación colonial.

Es indispensable recordar la presencia del Visitador General José de Gálvez en la Nueva España como representante del Rey Carlos III a finales del siglo XVIII, con

el propósito de restituir para la Corona los recursos naturales y la explotación de actividades que la administración virreinal había concedido a particulares a partir de las corporaciones y, consecuentemente recuperar para la Corona los recursos derivados de los estancos. Si la pregunta fuera: ¿la actual administración pretende impulsar una contrarreforma energética para recuperar la renta que recibía monopólicamente la hacienda pública por su participación en hidrocarburos y derivados y en electricidad?, la respuesta sería un Sí categórico: su política interna y energética es rentista no nacionalista, como ocurrió en los 30 con el petróleo y en los 60 con la electricidad.

El concepto Nación es eminentemente sociológico. En la propuesta constitucional de la Reforma Energética de 2013 se utilizó como un recurso retórico para hablar de la colectividad y con el propósito de evitar la politización de la referencia a la propiedad de los recursos del subsuelo. En estos momentos, no sé si a ese concepto se le conceda la misma connotación para sugerir exactamente lo contrario: la Nación como espacio omnicomprensivo.

En cuanto a hidrocarburos, la realidad es que la mayoría de las compañías petroleras de la época porfiriana eran europeas, lo que coincidía con las expectativas del Díaz para no depender de las inversiones norteamericanas cuya expansión ya era preocupante para el régimen que presidía: prefería apostar por favorecer las inversiones de las potencias europeas (a la sazón, Reino Unido, Francia, Italia, España y Alemania), que estuvieran dispuestas a hacerlo México que por la Standard Oil Company, de Rockefeller. Sin embargo, esa iniciativa no prosperó porque las potencias europeas prefirieron invertir en sus colonias en Asia y en África y no competir con los estadounidenses que ya apuntaban a ser la nueva potencia hegemónica.

El capitalismo, como actividad económica en la que los medios de producción son privados ya transitaba de concurrencial a monopólico y algunas de las razones era la confluencia de nuevos sistemas de energía basados en los derivados del petróleo (cuyo uso intensivo se debió al motor de motor de combustión interna); la producción en serie del automóvil y en los vehículos militares; en la aparición de las compañías eléctricas centralizadas, como la *General Electric*; en la producción en serie, en el

crecimiento de las ciudades y del sector industrial, y, en las prácticas de abaratamiento del crédito y del costo del dinero. Por supuesto, a principios de siglo XX, México estaba bastante alejado de ello: su población en un 90% era analfabeta y predominantemente rural.

Los esfuerzos de Carranza, de De la Huerta, de Obregón y de Calles para obligar a las petroleras a pagar impuestos tenían como pretensión más la de mejorar las finanzas de sus movimientos para comprar armas que la de fortalecer la presencia del Estado frente a estos agentes económicos que le disputaban la supremacía política: las compañías tenían sus propias guardias blancas que cuidaban los territorios petroleros donde ni siquiera el Ejército mexicano podía incursionar.

Por tanto, para efectos de este trabajo se recurrirá a plantear la visión y desarrollo de las instituciones relevantes, dejando para las notas a pie de página los comentarios de autores que subrayen los detalles específicos que ilustren las afirmaciones que se contienen en el texto principal y que, por tanto, las confirman. Este es un ejercicio de teorización (formación de teoría) de los elementos distintivos de esta rama del Derecho en el que su primer propósito es demostrar que se distingue de otras disciplinas, jurídicas o no, con las cuales mantiene instituciones que se significan por observarse y explicarse de manera distinta en cuanto se juridifican en torno a las cadenas de valor de la energía. Un segundo propósito es el de explicar esas categorías teóricas a la luz de sus propios principios y valores.

Este Capítulo Segundo se concibió con el propósito de fijar los elementos jurídicos y materiales que, independientemente del rumbo que tome la regulación energética en nuestro país, sirvan para comparar las propuestas y transformaciones que se formulen respecto de éste toda vez que, independientemente de su régimen, van a estar presentes invariablemente como objeto de regulación.

Este esfuerzo de identificación de las instituciones, principios y relaciones que realmente interesan al estudio del Derecho Energético de México, responden a la conveniencia de superar el debate ideológico que hay detrás de la energía, ya que la Reforma Energética propuso postulados que aún están vigentes pero que están en continua tensión: por una parte, porque ésta se propuso rediseñar el régimen de

servicio público basado en la confiabilidad y regularidad del suministro eléctrico y, por la otra, transitar de un régimen patrimonial decimonónico basado en el aprovechamiento de los recursos energéticos del subsuelo a otro basado en la apropiabilidad -de corte anglosajón-. Si la contrarreforma energética se propone operar para modificar esa lógica sin modificar la Constitución Política, es necesario que estemos conscientes cuáles serán los espacios regulatorios afectados y, eventualmente, sus consecuencias económicas, sin que este trabajo tenga por objeto pronunciarse por la pertinencia de alguna medida en uno u otro sentido pero sí la de subrayar la conveniencia de mantener su coherencia con otros regímenes normativos involucrados como son el Acuerdo de París, el Tratado México, Estados Unidos y Canadá y los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, involucrados.

Debo insistir que, por una parte, no hay antecedentes de una sola disciplina jurídica que rápidamente haya construido tanto Derecho (en el sentido cualitativo leyes, reglamentos, disposiciones administrativas, criterios, sentencias) como lo es la Energética. Es difícil que, si prosperan los cambios a diversas leyes y criterios, las instituciones jurídicas de México puedan fijar una ruta a la energía sin desconocer el funcionamiento de las inversiones privadas, de la conducta de los agentes económicos y, en general, de la realidad de los mercados: de no hacerlo así, habrá encarecimiento, desabasto y retraso tecnológico de tal magnitud, que se perderá una generación completa. Otra más además de las décadas de los 70 a los 90.

Cualquiera que sea el modelo energético que nuestro país adopte, deberá quedar reflejado de manera explícita, consistente, amplia, transparente y literal, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como actualmente se encuentra en ese cuerpo jurídico y, si se considera que el modelo es impertinente a la realidad política y jurídica de México, debe atenderse no solo a la pulcritud y claridad regulatoria -cambiar la Constitución, si es el caso- sino a las condiciones de todo tipo que inciden en una decisión de esa naturaleza ya que las prescripciones constitucionales responden a problemas de poder -de política- no del derecho.

Este Capítulo recoge, pues, los elementos que corresponde identificar y analizar para tener en cuenta de manera invariable para pronunciarse sobre los conceptos

e instituciones jurídicas que rigen sobre los modelos de acceso y aprovechamiento energético, independientemente de los términos y propósitos propios de la política energética.

2.2 EPISTEMOLOGÍA DEL DERECHO ENERGÉTICO.

El Derecho Energético puede caracterizarse como rama autónoma del derecho positivo mexicano sólo a partir de la Reforma Energética de diciembre de 2013, en la medida que la política regulatoria energética se concentró entre otros medios, en crear las condiciones institucionales, jurídicas y materiales que hicieran posible la inversión privada en un contexto de competencia que obedecía a la disciplina del mercado, para lo cual era indispensable deconstruir el entorno de dominancia creado por diversas decisiones constitucionales alrededor de los monopolios estatales de la energía -PEMEX y CFE- consideradas como Áreas Estratégicas reservadas de manera exclusiva para el Estado y articuladas bajo la noción de servicio público³⁶. La dinámica regulatoria de la Reforma, tanto en hidrocarburos como en electricidad, segmentó los monopolios en cadenas de valor en apartados en que algunos se mantuvieron como Áreas Estratégicas y otros no, que entraron a la lógica de la competencia con oferentes privados.

En electricidad, la cadena de valor se forma por la generación, transmisión, distribución y comercialización, en la que la primera y la última entraron a un régimen de competencia mientras que la transmisión y la distribución se mantuvieron como monopolio natural. En cuanto a hidrocarburos se refiere, la cadena de valor se segmentó en tres componentes: *upstream*, (exploración y extracción) que se mantuvo como actividad reservada para el Estado; *midstream* (tratamiento y refinación de petróleo, procesamiento de gas natural, transporte, almacenamiento, distribución, regasificación, licuefacción, compresión y descompresión de gas natural y venta de primera mano); y, *downstream* (venta al público de petrolíferos).

³⁶ Según la doctrina aceptada en nuestro sistema jurídico, el servicio público se define como una actividad cuya prestación corresponde originariamente al Estado, tiene como propósito atender necesidades colectivas y que debe prestarse de forma, permanente, continua e ininterrumpida.

En los hidrocarburos, solamente entraron a la competencia el expendio al público de diésel, gasolina y gas L.P.

Si bien, esta postura puede que no sea fácilmente aceptada por algunos estudiosos de la materia en atención a que la regulación energética en México tiene una larga tradición que inicia en el Derecho Novohispano con las Ordenanzas de Minería; por los esfuerzos regulatorios y fiscales derivados de la llegada de compañías extranjeras al país en la administración de Porfirio Díaz para extraer su petróleo; y, más aún, en toda la legislación que se construyó en los gobiernos posrevolucionarios, especialmente durante la gestión presidencial de Lázaro Cárdenas a partir de la expropiación petrolera de 1938, así como las sucesivas leyes reglamentarias del artículo 27 constitucional en materia de petróleo y de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, lo cierto es que, como cuerpo jurídico sistematizado, institucionalizado con principios, valores y postulados jurídicos propios alrededor de una política y de un modelo jurídicos, estructurado con organismos públicos de naturaleza jurídica excepcional diferentes a los que operan en otros campos del Derecho y que cumplen con objetivos complementarios y, finalmente, robustecido con criterios y ponderaciones jurídicas producidas por el Poder Judicial que han explorado la vigencia de los principios regulatorios que rigen la actividad energética en México, el Derecho Energético como tal, nace en 2013.

La lógica patrimonial en que se concentró la legislación sobre hidrocarburos y, en su momento la eléctrica (hidroeléctricas, geotérmicas, carboníferas y, en cierto modo, gas natural), partían de la idea del aprovechamiento de los recursos naturales SUSCEPTIBLES de apropiación -que no lo son todos- y regulaban el funcionamiento estatal en actos de *dominium*, no de *imperium*, por lo que esa regulación resultaba difícil separarla o caracterizarla con independencia del Derecho Constitucional e, incluso, del Administrativo.

En efecto, es hasta 2013 cuando la re-ingeniería jurídica permitió:

- i) Crear un entorno institucional que regula la participación privada, sin prescindir de la participación pública;

- ii) Iniciar el desmantelamiento sistemático de los monopolios estatales para convertirlos de agentes dominantes a agentes económicos, sin perder de vista su papel central en el proceso de migración de un modelo energético basado en el poder del mercado a otro basado en la disciplina del mercado;
- iii) Vincular las externalidades ambientales con el sistema de precios de la energía, de tal forma que pudiera internalizarse el costo social de la generación eléctrica; y,
- iv) Crear un esquema financiero que maximizara la renta petrolera para aplicar los excedentes a programas presupuestales de naturaleza pública; v) insertar en el circuito del Sistema Eléctrico Nacional las energías intermitentes (fotovoltaica y eólica, fundamentalmente) a partir de sus atributos tecnológicos, de precio y de renovabilidad.

Con estos propósitos, se construyó un entramado constitucional, legal y administrativo de gran alcance, que dio solidez a las cadenas de valor de la energía como para constituirse en un cuerpo normativo susceptible de caracterizarse como una rama emergente del Derecho.

De este diseño y despliegue normativo se derivaron la creación de instituciones como el Mercado Eléctrico Mayorista y el régimen de contratos y asignaciones de la industria petrolera; instrumentos, como los Certificados de Energía Limpia y los derechos financieros de transmisión, Productos Asociados y Servicios Conexos así como las contraprestaciones provenientes de la renta petrolera; órganos, como son los órganos Reguladores Coordinados en materia energética, las Empresas Productivas del Estado, sus Subsidiarias y Filiales, el Centro Nacional de Control de Energía y el Centro Nacional de Control de Gas Natural y el Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo; y orientaciones estratégicas para modificar la matriz energética y migrar de energías fósiles a energías limpias.

Por supuesto, el entramado normativo construyó los niveles regulatorios a partir de la ordenación constitucional, desagregándose en leyes secundarias, reglamentos, Disposiciones Administrativas de Carácter General, Manuales, Normas Oficiales

Mexicanas, Criterios, Acuerdos, lineamientos y, en general, un cuerpo regulatorio vertical y horizontal nunca antes visto en el sistema jurídico mexicano.

Por lo tanto, su estudio obedece a la necesidad de entenderlo como una disciplina emergente en el Derecho mexicano con sus propios elementos epistemológicos en cuanto:

- i) Su preocupación analítica tiene un objeto y un propósito especializados diferentes a otras ramas del Derecho, que aborda la descripción de las normas propias de la técnica, de la actividad de los agentes públicos y privados en esa materia y en sus implicaciones jurídicas elementales;
- ii) Su explicación responde a la juridificación de una política regulatoria capaz de producir un régimen normativo que responde a su propio modelo jurídico, es decir, un conjunto de normas jurídicas vinculadas entre sí en función de su coherencia, que buscan obtener la conducta socialmente deseable; y,
- iii) Su capacidad de adoptar y adaptar autónomamente los principios y criterios provenientes de la ciencia y de la tecnología conforme a los cuales se pueden modelar las normas jurídicas aplicables a las cadenas de valor de la energía.

En ese contexto los elementos teóricos que aportan las notas más relevantes para caracterizar al Derecho Energético como rama autónoma del sistema jurídico mexicano se encuentran, siguiendo en lo conducente a Roldán Xopa, en la ordenación constitucional de la energía en cuanto su inserción en el texto constitucional sugiere y avala sus connotaciones económicas pero de cuyo análisis se desprende una ruta adicional relacionada con los cambios estructurales de la geopolítica global y que, para nuestro país, supone un régimen jurídico específico y mixto, distribuido en Áreas Estratégicas de la energía y las que no lo son.³⁷

La “ordenación jurídica de la energía” se inscribe en principio, pues, en la “ordenación constitucional de la economía” y se desprende del concepto de

³⁷ ROLDÁN XOPA, José. *op. cit.* P. 39.

constitución económica en función de la inserción de aquélla en el capítulo económico de ésta. Agregaría que si esa capacidad ordenadora cumple con una vocación capaz de sistematizar el objeto de estudio de una rama del Derecho al que le concierne el aprovechamiento de recursos escasos, como es la energía, estamos en posibilidad de desprender de esta ordenación un sistema normativo que responde a su propia dinámica y valores. “Comprenderemos [...] la ordenación fundamental de las relaciones económicas, de los procedimientos de creación de normas de regulación económica, las instituciones públicas que regulan, aplican y resuelven controversias respecto de tales relaciones”³⁸.

Como una aproximación a definirlo, conviene explorar algunas consideraciones sobre su objeto de estudio y su sistematización reconociendo algunas dificultades doctrinales y metodológicas para hacerlo, ya que a pesar de que se trata de una disciplina jurídica suficiente y ampliamente desarrollada (22 leyes federales, 22 reglamentos y más de 300 disposiciones administrativas de diferentes rangos y denominaciones, lo que lo vuelve un objeto de estudio claramente diferenciado de otras ramas del Derecho (Administrativo, Ambiental, Económico, Internacional, Fiscal, entre otros) y de otras disciplinas científicas afines que contribuyen a su construcción normativa (Economía, Política, Administración, Ingeniería, Física, Química, etc.) Su inserción en el panorama del pensamiento jurídico se formalizó a partir de su ordenación sistemática en el texto constitucional.

Revisemos algunas definiciones que intentan describirlo:

Estimamos que el Derecho Energético Mexicano es, según Manuel Jiménez López, al que la doctrina constitucional y administrativa lo identifica con otras denominaciones, carece en la actualidad de un sustento doctrinal y metodológico que le permita ubicarse como una disciplina autónoma dentro de la Ciencia Jurídica.³⁹

El mismo autor apunta que, para alcanzar su autonomía, debe contemplar “[...] el conjunto de normas, principios e instituciones que regulan relaciones jurídicas

³⁸ *Ibidem*, p. 40.

³⁹ JIMÉNEZ LÓPEZ, Manuel, “Reflexión en torno al concepto del Derecho Energético Mexicano”, en *Scientific International Journal*, volumen 10, número 3, septiembre-diciembre 2013, Universidad Juárez del Estado de Durango, p. 110.

derivadas de la explotación, el uso o aprovechamiento de los recursos naturales constitucionalmente determinados en base al conocimiento de la comunidad”.⁴⁰

Una definición más completa y cercana a lo que define y caracteriza al Derecho Energético, la propone Iñigo del Guayo Castiella, de la Universidad de Almería, cuando afirma que una definición debe incluir la finalidad de lo definido, por lo que el Derecho de la Energía es:

[...] aquella parte del ordenamiento jurídico que establece las reglas para que el suministro final de energía a los usuarios sea seguro, económicamente eficiente y sostenible medioambientalmente. Lógicamente está constituido por normas de derecho público y de derecho privado de origen internacional, europeo, nacional, autonómico y local, agrupadas *ratione materiae*.⁴¹

En otra tesitura, algunas fuentes señalan que: “El Derecho Energético contiene las normas que regulan las distintas fuentes y formas de energía, uso y aprovechamiento por parte de particulares y el Estado, así como el control o rectoría de este último sobre la energía misma”⁴²

Para Cayo Salinas, el Derecho Energético es:

[...] la rama del derecho que se ocupa de establecer las relaciones o situaciones jurídicas derivadas de la energía eléctrica, de las energías renovables y de los servicios energéticos. Por su amplitud estudia, entre otros, la adecuada tramitación administrativa de los diversos procedimientos (energéticos, ambientales, urbanísticos, declaración de utilidad pública); la defensa letrada en recursos contencioso-administrativo interpuestos contra resoluciones administrativas para la implantación de instalaciones de energías renovables; planteamiento de conflictos; asesoramientos regulatorio a productores eléctricos y toda otra cuestión derivada del suministro de energía eléctrica.⁴³

Como observamos, los intentos de definir al Derecho Energético han sido aproximaciones intuitivas que se han concebido para explicar el objeto de estudio

⁴⁰ *Ibidem*, p. 115.

⁴¹ DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo, “Conceptos, contenidos y principios del Derecho de la Energía”, en *Revista de Administración Pública* 212, Universidad de Almería, España, 2020, p. 313.

⁴² ORTEGA LOMELÍN, Roberto *et al.*, “Derecho de la Energía”, Enciclopedia Jurídica Mexicana, 1ª. Edición. Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Anuario, 2003. México.

⁴³ Tomado del blog de la página de Cayo Salinas & Asociados S.C. Estudio de abogados.

de la disciplina (qué hace la energía, formas y sujetos de aprovechamiento, pero sin considerar sus principios y valores, ya sea porque se limitan a abordar solamente la electricidad y su régimen de permisos y autorizaciones, dejando de lado a la cadena de valor de los hidrocarburos líquidos, sólidos y gaseosos que también forma parte de su objeto de regulación, o bien porque no alcanzan a destacar los aspectos distintivos que lo diferencian del Derecho Constitucional o del Administrativo.

En principio, el tema del aprovechamiento de los recursos naturales o más exactamente la apropiación privada y pública de los recursos naturales, es un tema que tímidamente sugieren estudiar los analistas partiendo de una noción errónea: si bien los hidrocarburos son recursos naturales susceptibles de apropiación una vez que están fuera del subsuelo, la electricidad no forma parte de ese componente de preocupación jurídica por más que las fuentes primarias sean fósiles para no hablar de las energías renovables, es decir, la cadena de valor de la electricidad se ha descentralizado reduciendo los precios de manera significativa y haciendo indispensable optar por alternativas que excluyen a la CFE. Si, como objeción a este planteamiento se considerara que la luz solar y la fuerza del viento también son recursos naturales, habría que destacar que el artículo 27 de la Constitución Política federal, distingue entre recursos naturales susceptibles de **apropiación**, generalmente regulados por las leyes sectoriales ambientales (vida silvestre, agua, forestal, pesca, recursos genéticos, biocombustibles, etc.) y los que no lo son, como el sol y el viento aunque sí son susceptibles de **aprovechamiento**, lo que tiene una connotación jurídica muy distinta.

En cuanto a petrolíferos se refiere (gas LP, gasolina, diésel, combustóleo, queroseno, parafinas etc.) es mucho más barato importarlos a México porque PEMEX no tiene la capacidad de refinar petróleo ligero y, en consecuencia, lo importa de los EEUU o bien importa las gasolinas y demás derivados de ésta.

Lo mismo ocurre con el gas natural, del cual dependemos que los EEUU lo exporten a México para producir el 70% de nuestra electricidad en nuestras plantas de ciclos combinados.

En México, históricamente se ha construido una visión deformada de la energía: la expropiación petrolera y la nacionalización de la industria eléctrica no tienen nada en común más allá de la constitución de monopolios naturales. Sin embargo, en la narrativa oficial siguieron una ruta que la Reforma Energética de 2013 simplificó: los petrolíferos, en cuanto a energía se refiere, ya no son un bien elástico en la oferta ni la electricidad lo es en la demanda: son perfectamente sustituibles en función de los precios. La actual política energética se opone a esta realidad, desconociendo cómo opera la fuerza tecnológica en los mercados. Es posible que, a muy corto plazo, produzca fallas del mercado a las que posteriormente me referiré de manera breve. Electricidad proveniente de energía primaria fósil y petrolíferos, son perfectamente sustituibles de acuerdo con la curva de indiferencia del consumidor: ¿para qué recurrir a la energía cara y contaminante, si hay otros modelos de negocio diferentes que garantizan el abasto más barato y menos contaminante? Veamos, pues, algunas consideraciones que deberían traducirse en el esfuerzo de construir una definición válida:

El Derecho Energético obedece a una matriz regulatoria de amplio espectro que tiene que caracterizarse conforme a las visiones jurídicas emergentes que contribuyeron a adecuar el nuevo entorno de mercado y su coexistencia con la regulación prescriptiva propia de la actividad del Estado que se desarrolla en forma de servicio público, que definió la Reforma Energética aún vigente, (participación privada, garantías a la inversión, desarrollo tecnológico, economía de escala, influencias técnicas, financieras y ambientales), por lo que sería adecuado pasar a revisar las pretensiones jurídicas del nuevo modelo de mercado ya que las de servicio público han sido larga y suficientemente exploradas. Sin embargo, habría que contabilizar las fallas de gobierno inducidas por la actual administración⁴⁴.

Para Carmen Becerril Martínez, “Conscientes del valor de la energía, cabe preguntarse cuáles son las prioridades de una política energética moderna, pudiéndose definir tres objetivos básicos: la garantía del suministro energético, el asegurar que ese suministro sea lo más eficiente posible desde un punto de vista

⁴⁴ Cuando las fallas de mercado son inducidas por el quehacer gubernamental, crean distorsiones que se identifican como fallas de gobierno.

económico asegurando una calidad adecuada y que dicho suministro se realice en condiciones medioambientalmente respetuosas”⁴⁵.

En conclusión, de las definiciones revisadas encontramos que la caracterización válida de la disciplina se describe en los siguientes términos:

- i) El Derecho Energético pudo caracterizarse como cuerpo jurídico autónomo e independiente de otras ramas del Derecho hasta 2013, cuando se juridificó una política regulatoria que comprende (en el sentido de abarcar) todos los espacios que liberalizó la economía de la energía, a fin de incentivar la inversión privada y la incorporó a la lógica de la economía mixta en cuanto las “Áreas Estratégicas” siguen estando a cargo del Estado, si bien los alcances de la modificación a la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, en 1992, y, en 2008, con los contratos de servicios múltiples, en materia petrolera, fueron intentos modestos en la medida que no modificaron la Constitución Política;
- ii) Su objeto de estudio es la interrelación de las normas que regulan la participación público-privada en la materia conforme a las cuales la actividad pública (en cualquier de sus modalidades: Empresa Productiva del Estado, Empresa Productiva Subsidiaria, alianzas estratégicas) concurre para facilitar la complementación de la inversión privada;
- iii) La disciplina se aparta conceptual y materialmente del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo, en la medida que recoge aportaciones tecnológicas, financieras, jurídicas, económicas y ambientales, abordadas separadamente por nuestro régimen jurídico;
- iv) Las fuerzas tecnológicas han rebasado cualquier previsión pública previa y se orientan a descentralizar el modelo de suministro vigente. La lógica centralizadora de la cadena de valor de la energía como se desarrolló en México antes de la Reforma, se ha basado en la expansión del gasto corriente, especialmente en el crecimiento de la burocracia y sus elevados

⁴⁵ BECERRIL MARTÍNEZ, Carmen. “Política Energética”, en “Diccionario Español de la Energía, con vocabulario inglés-español”, Ediciones Doce Calles S.L., Madrid, España, p. 275.

salarios, y, en la construcción de infraestructura, con todas las implicaciones administrativas que conlleva una gestión de esa naturaleza.

En México, bajo el modelo de monopolio estatal de la energía, se constituyeron organizaciones muy robustas que se acomodaron no sólo en la representación laboral sino también en la estructura política del gobierno: los sindicatos.

En esa perspectiva, apuntaría a que el Derecho Energético es, hoy, el conjunto de normas e instituciones jurídicas, técnicas, económicas y sociales que buscan que las cadenas de valor de la energía garanticen que sea asequible, limpia y competitiva, de acuerdo con diversos modelos de suministro y de negocios contemplados en la ley.

No incluí el valor ambiental porque me parece que está implícito en otro subsistema jurídico, que es el ambiental, ni tampoco la confiabilidad, ni calidad de ésta porque en todo caso es una preocupación que la ley le atribuye al Sistema Eléctrico Nacional y que la tecnología puede resolver.

Esta definición reconoce las particularidades que los mercados, la tecnología y la economía han influido en nuestra visión jurídica en un tema complejo: la técnica jurídica ha tratado de explicar la pertinencia de esta rama del Derecho en función de su relevancia social recurriendo a sus implicaciones históricas, lo que motivó que hasta 2013 se llegaran a alcanzar conclusiones que no solamente postularan la importancia de la participación privada en energía, sino que extendieran su percepción de que la energía es un *commodity* apartado de la lógica política: la mejor energía no atiende a quién la produce, sino a quien lo hace más barato. Y a partir de eso, se construyó la lógica regulatoria aún vigente.

La definición de Derecho Energético que propuse no abandona la pertinencia de recordar el sesgo social y menos aún el medioambiental sino al contrario, enfatiza la importancia de la Economía en la explicación del fenómeno del aprovechamiento de los recursos naturales y de la racionalidad del aprovechamiento y en la generación de residuos, distinguiendo enfáticamente que una cosa es la electricidad y otro el petróleo: si las administraciones gubernamentales insisten en esa comparación es por su redituabilidad político-electoral, no institucional.

Al respecto, Carmen Becerril Martínez, apunta que:

Podemos decir, que estos tres elementos, presentes en las políticas energéticas de los países occidentales hoy son, en buena medida, fruto de las inquietudes económicas de los últimos 30 años. La garantía de suministro se configura como una prioridad expresa (hasta entonces existente, pero tácita) a raíz de la primera crisis del petróleo en el año 1974, que pone de manifiesto la vulnerabilidad de nuestras economías, al albur de los avatares políticos de los países productores de petróleo. Se desarrollan en este contexto histórico importantes políticas de diversificación de las energías primarias y se introduce la eficiencia energética y el uso racional de la energía como criterios de consumo que habrían de colaborar a controlar la dependencia exterior de nuestro abastecimiento energético⁴⁶.

Ésta, acepta que el concepto no puede estructurarse sólo a partir de una concepción jurídica sino también de otras influencias relevantes que hacen que el Derecho Energético considere el campo de la técnica -del desarrollo de las fuerzas tecnológicas- para obtener una diferenciación significativa respecto de otras ramas del Derecho. Es imposible soslayar que la regulación energética se alimenta de diversos campos del conocimiento como son, entre otros, los factores proveniente de consideraciones microeconómicas, medioambientales, ingenieriles, tecnológicas y de otras disciplinas que se explican en función a que la energía ahora es un recurso elástico⁴⁷: hace mucho tiempo que los combustibles fósiles dejaron de ser imprescindibles para la sociedad en la medida que los pasivos ambientales, especialmente los asociados con el cambio climático y la contaminación de las cuencas atmosféricas e hidrológicas, empezaron a coincidir con el factor de precio: las economías ambiental y la energética empezaron a transitar juntas para concluir que la contaminación y el aprovechamiento excesivo de los recursos naturales eran política y económicamente incorrectos, tecnológica y socialmente inviables y que la racionalidad económica debería migrar a una transición energética que prescindiera de la emisión de dióxido de carbono.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Entendemos por elasticidad de un bien a aquel atributo microeconómico que hace que éste se sustituya por otro que reporta la misma utilidad, cuando hay aumento en su precio. Consecuentemente, es inelástico cuando a pesar de que hay incremento en su precio, no tiene sustituto.

La segunda contribución vino cuando se reconoció que el metano (proveniente de la descomposición biológica de los desechos orgánicos) mantiene un potencial calorífico que lo convierte en un excelente recurso de reaprovechamiento para la economía circular. El tercero vendrá cuando los reguladores se percaten que la dinámica tecnológica va mucho más rápida que la actividad regulatoria y que es imposible que ésta le siga el paso: terminarán liberalizando los sectores tecnológicamente más avanzados (digitalización, descentralización y descarbonización de la energía) a efecto de que la lógica del mercado promueva la concurrencia de diversas tecnologías en diversos campos relacionados con la productividad y con el confort energético. Ya se avista el desarrollo del segmento de prosumidores (consumidores que producen su propia energía) y de la economía manufacturera *in-situ*, a través de impresoras 3D.

En esas condiciones, creo que el Derecho Energético es una rama autónoma del Derecho que responde, por una parte, a las consideraciones generales de las disciplinas jurídicas que, formando parte de un sistema de reglas de conducta, recogen principios y valores de una técnica social que específicamente tiene la capacidad de tener como objeto de regulación las cadenas de valor de la energía, distinguiendo al respecto, los ámbitos de actividad público y privado, por la otra.

2.3 LAS RELACIONES QUE INTERESAN.

Desde el punto de vista de las particularidades e instituciones jurídicas conforme a las cuales el Derecho Energético mexicano adquiere su propio perfil como rama del Derecho y desde el cual puede ser explicado y distinguido, hemos elegido referirnos a aquellas relaciones de carácter temático que conviene reconocer para revisar cómo su propio contenido, principios y valores mantienen contacto con la materia energética pero especialmente en cuanto a su epistemología se refiere y la vuelve una disciplina que puede ser influida por otras ramas del conocimiento.

2.3.1 Las relativas al objeto de la regulación.

En la perspectiva que observamos al Derecho Energético, su cadena de regulación buscó proponer la estructura de instituciones, formales e informales, conforme a las

cuales alinear los incentivos jurídicos y económicos que, bajo un mismo modelo jurídico, deberían conducir a obtener la conducta socialmente esperada de los operadores jurídicos, de los sujetos regulados y de los recursos científicos, económicos y técnicos convocados a ajustarse a la política jurídica a la cadena de conforme a la cual fue diseñado.

2.3.1.1 Desarrollo tecnológico.

Como se ha venido apuntando, el desarrollo de las fuerzas tecnológicas ha vuelto irrefrenable la materia energética.

Más allá de acomodar la innovación tecnológica como una variable ajena a la competitividad energética, hoy aparece en el panorama de las cadenas de valor de la electricidad y de los hidrocarburos como un componente insustituible para migrar a los nuevos nichos que generan los modelos de negocio basados en la competencia y en el sistema de precios basados en la descarbonización de la economía en atención a la evidencia científica de la contribución significativa que los combustibles fósiles tienen respecto del calentamiento global.

En el pasado inmediato, en tanto que el abasto energético dependía de los monopolios estatales no había espacio para la competencia porque los monopolistas u oligopolistas no tienen incentivos para aprovechar tecnologías más eficientes en la medida que el costo de producción no es significativo en el precio. Un entorno monopólico no requiere de mejoras o innovaciones tecnológicas porque el consumidor no puede optar por otro proveedor, como es reconocido por la microeconomía.

Más aún todavía, las prácticas monopólicas de los agentes públicos (no necesariamente de los privados) deben ir acompañadas de formas de regulación directa (comando o control) que suelen excluir a los instrumentos económicos basados en la competencia, por lo que las fórmulas tecnológicas suelen observarlas como costo, no como inversión y, en esa tesitura, la adopción de tecnología es innecesaria porque tanto sus tarifas como sus costos de operación están permanentemente subsidiados, lo que les impide conocer cuál es la calidad y

cantidad de suministro energético socialmente necesario, ya que no hay costos de oportunidad en sus decisiones que responden a criterios clientelares o burocráticos. La adopción de tecnologías competitivas, así, pugna con la regulación basada en instrumentos de comando y control y termina trasladando los costos ambientales a la sociedad, encareciendo el costo de producción.

En la medida que la Reforma Energética planteó separar orgánicamente a las ahora llamadas Empresas Productivas del Estado y sus Subsidiarias para evitar la transferencia de ineficiencias tecnológicas inter-socios (de las generadoras de CFE entre sí, recibiendo renta o transferencia de recursos de transmisión y distribución o de CFE Energía o CFE Internacional), también alentó la adopción de tecnologías ahorradoras que hubieran servido para reducir sus costos de generación. En el caso del petróleo PEMEX debía asociarse con privados para acceder a los yacimientos de aguas profundas para los cuales no tiene tecnología disponible y, con ciertas medidas y limitaciones legales, estaba en posibilidad de acceder dentro de las previsiones del marco legal de la Reforma Energética.

Conviene revisar los “Términos para la estricta separación legal de la Comisión Federal de Electricidad” publicados el 11 de enero de 2016 en el Diario Oficial de la Federación, así como el correlativo modificatorio publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 25 de marzo de 2019.

De la lectura de ambos, se observa que, mientras el primero dividió vertical y horizontalmente la estructura corporativa de la CFE, el segundo restituyó la conformación vertical que, como monopolio, siempre había caracterizado la operación de CFE, de manera tal que le devuelve su papel de agente dominante. Aunque esta última medida -la restitutiva- ha sido muy poco explorada, lo cierto es que con ello se inició la recentralización de la energía y el desmantelamiento de la regulación asimétrica que pugnaba por transformar a la CFE en un agente económico apto para la competencia de mercado.

Resulta oportuno tomar nota de algunas reflexiones de un actor activo de la Reforma Energética, César Emiliano Hernández Ochoa, cuando observa que:

Una diferencia importante entre la Ley de la CFE y la Ley de Petróleos Mexicanos es el énfasis que la primera le da al tema de la competencia económica. Esta distinción se remonta a la reforma constitucional que, desde su origen, obligó la estricta separación legal de la CFE con el objeto de permitir el acceso abierto y no discriminatorio a la red y la competencia en la industria eléctrica⁴⁸.

Si bien, se ha anunciado que PEMEX ya no participará en las Rondas ni acudirá a la asociación público-privada llamada *farm-out*, la realidad es que no cuenta con la tecnología necesaria para operar autónomamente con independencia de los privados, por lo que es esperable una reconsideración en el tema de hidrocarburos a fin de cumplir con las metas de extracción y de refinación contempladas por esta administración 2018-2024.

Citando nuevamente a Lamanna, hablando de los *farm-out*.

Este tipo de contratos es típico de la industria petrolera y se utiliza para la adquisición de derechos sobre áreas exploratorias entre empresas. Concretamente, una parte que desea “entrar” a ser parte o socia de un contrato de derechos de exploración (la parte que “llega” o se establece *-Farm-in-* se denomina *farmee*) se compromete a asumir cierta porción del costo de los trabajos exploratorios (generalmente la perforación de un pozo) de la parte poseedora de los derechos de exploración denominada *farmor*) a cambio de cierta porción de sus derechos (*Farm-out*)⁴⁹.

De ello, podemos deducir que la tecnología se encuentra siempre presente como una posibilidad que la Ciencia aplicada resuelva un problema de producción, de costos o de logística, en la medida que significa que las medidas innovadoras se relacionan invariablemente con la productividad y que ello ocurre, siempre, en condiciones de competencia.

Así, quiero anticipar alguna conclusión provisional: las fuerzas tecnológicas terminarán por subordinar las consideraciones ideológicas en uno u otro sentido y la técnica se pondrá al servicio de la generación-consumo más eficiente, llámese butanol o gas natural para la movilidad, llámese celdas de combustible,

⁴⁸ HERNÁNDEZ OCHOA, César Emiliano, *Reforma Energética, electricidad*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2018, p. 59.

⁴⁹ Véase LAMANNA, Darío G., Aspectos jurídicos y contractuales de la Industria Petrolera, *op. cit.*, p. 60.

almacenamiento, melanina o tierras raras para la electricidad: la fusión de conocimiento proveniente de diversas disciplinas apunta a una Cuarta Revolución Industrial imposible de frenar.

2.3.1.2 Energía.

La energía es la capacidad de la materia de producir trabajo en forma de movimiento, iluminación o calor, lo que significa que para un usuario es un insumo intermedio de cuya combinación con otros influye en la determinación del costo de producción de un proceso manufacturero o bien para la generación de valor en la prestación de un servicio. Sin embargo, a partir de la Reforma en Materia de Energía, también puede ser una actividad productiva orientada a generarla o distribuirla, como producto o como servicio, mediante la búsqueda de una utilidad de mercado.

Como afirma Muller:

La energía construye y destruye economías, provoca guerras entre países, y su despilfarro podría dar al traste con nuestros ecosistemas. ¿De dónde la obtenemos? ¿Cómo la usamos? ¿Podemos evitar malgastarla? La energía nos tiene reservadas muchas sorpresas: hechos que definen y limitan las tecnologías del futuro, desde la posible economía basada en el hidrógeno hasta el porvenir del carbón, el petróleo y la energía solar, pasando por toda la gama de posibilidades⁵⁰.

Desde ese punto de vista, la energía es un factor económico de cuyo aprovechamiento se condicionan las actividades productivas de una sociedad⁵¹, es decir, es un bien socialmente indispensable a pesar de que en su aprovechamiento se generan diversas externalidades ambientales que, generalmente, no se incluyen

⁵⁰ MULLER, Richard A. *Física para futuros presidentes*. Antoni Bosch, editor, S. A. Primera edición española. España, 2009. p. 13.

⁵¹ Aunque posteriormente lo detallaré, la generación o producción de energía y su suministro han determinado históricamente la estructura de socialización y de producción de las comunidades humanas. A partir de la primera revolución industrial, en cuanto determinó la migración de las poblaciones de campesinos a las ciudades, la cadena de valor de la energía se amplió a la producción manufacturera.

en los costos de producción pero que no se puede dejar de producir, dado su valor social.

Me explico: la cadena de valor de la energía en México, hoy, se encuentra sometida formalmente a la economía de mercado a pesar de que la política energética de este régimen ha cuestionado materialmente la pertinencia del modelo. Hasta hoy, la recentralización energética se ha traducido en una serie de normas y disposiciones administrativas que pugnan con el modelo vigente porque no se ha optado por la fórmula más categórica: cambiar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁵², violando varios tratados y acuerdo internacionales vigentes, regresar al modelo de suministro basado en los entes públicos, no en el mercado.

Hasta el momento, de manera contraria a lo aún previsto por la Constitución federal, la política energética del país se ha centrado en restituirle a PEMEX y a CFE su carácter dominante en el régimen de mercado a través de modificaciones a las leyes de la Industria Eléctrica y la de Hidrocarburos, Acuerdos, memoranda, circulares, instrucciones o medidas de carácter administrativo.

El aprovechamiento energético pertenece a un antiguo modelo extractivo en nuestro país: si primero lo hicieron las empresas extranjeras basadas en la noción que el petróleo no podía ser aprovechado por los mexicanos, después lo hizo el organismo estatal fungiendo como generador de divisas y de ingresos para contribuir al gasto público federal a partir de la idea de la renta petrolera. La realidad es que ninguno de los esquemas favoreció a la Nación ni siquiera a partir de la expropiación petrolera donde a partir de la cual se inició la expoliación a la Nación por parte de contratistas, de la administración estatal, así como del Sindicato petrolero.

Es difícil hablar de energía sin recurrir a las visiones que las administraciones públicas del país le han dado al recurso: si con López Mateos la electricidad debía regresar al pueblo a través de la Comisión Federal de Electricidad y de la Compañía de Luz y Fuerza y de sus sindicatos -SUTERM y SME, respectivamente, López

⁵² La política energética del país se ha centrado en hacer de facto esa restitución, contrariando el espíritu de la ordenación.

Portillo anunció que el petróleo era un recurso que debía servir a la Nación para administrar la abundancia y con esa visión comprometió la salud financiera de México por una generación al menos. La realidad es que el petróleo ha sido palanca de subdesarrollo para el país y la electricidad, en la medida que no migre hacia las energías limpias, se puede convertir en un hoyo financiero deficitario permanentemente en la búsqueda de un regreso imposible a una economía cerrada propia de los 70, que ya resiente la tensión de esa visión y la propiamente tecnológica.

En cuanto a electricidad se refiere, el modelo de mercado aún vigente privilegió la lógica de la competencia para favorecer los modelos más baratos y más limpios. Si bien las renovables no entran en la esfera de intereses de la CFE en tanto su factor de planta es intermitente e inestable, habría que considerar que la estructura de generación de la CFE es obsoleta y cara, con un enorme incidencia en el gasto corriente y, ahora, en función del debate tecnológico basado en las bondades de la energía limpia, se encuentra renuente a reconocer en su visión institucional que los factores tecnológicos hacen inoperante e innecesario regresar a un modelo monopólico y centralizado de energía.

Para la microeconomía (disciplina de la Economía que atiende la dinámica de los mercados, la conducta de los agentes económicos y el sistema de precios), un monopolio natural se justifica únicamente por dos razones: cuando en función de los costos la solución más eficiente para la provisión de un bien o la prestación de un servicio es que haya un solo proveedor, así como cuando se trata de prestar o proveer un conjunto de bienes o de servicios. A lo primero se le llama “economía de escala”, a lo segundo, “economía de alcance”.

Desde este punto de vista, es insostenible que la CFE quiera seguir proveyendo electricidad como agente dominante, cuando la tecnología ha abatido los precios de generación. En materia de electricidad, el desarrollo tecnológico provoca que la generación y comercialización sea más eficiente a través de la competencia.

2.3.1.3 Aprovechamiento.

En tanto que hablando de hidrocarburos la energía es obtenida a partir de la extracción de éstos del subsuelo -y de manera previa, por la exploración- cuando hablamos de ellos, debe suponerse que nos referimos a recursos naturales susceptibles de apropiación, en tanto que una vez que, mediante la asignación o el contrato, se incorporan al mercado.

La electricidad, de manera distinta, no es un recurso natural, por lo que no cabe en la diferenciación si es o no susceptible de apropiación, por lo que debe producirse y consumirse en tiempo real. Esto es, las centrales eléctricas y la infraestructura de transmisión y distribución deben ajustar sus provisiones a la demanda efectiva de electricidad que puede haber en un momento y tiempo determinados, para lo cual deben contar con la capacidad instalada para satisfacerla.

CFE ya no podía resolver eso, sino que dada la obsolescencia de los equipos y su falta de adecuación a la realidad de la sustitución de energías fósiles por limpias para la producción de electricidad había que optar por nuevas decisiones en materia de generación y de suministro, por lo que se recurrió al mercado.

El concepto se vincula con la conducta económica que pretende llevar jurídicamente un bien que, por su naturaleza, o bien en principio está fuera del comercio (los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la Nación), o bien hay que producirlo para incorporarlo a un circuito comercial.

Como hemos dicho en párrafos precedentes, la cadena de valor de los hidrocarburos, se compone por el *upstream*, por el *midstream* y por el *downstream*, que se explican cómo una serie de actividades que a partir de que obtienen -extraen- la molécula del subsuelo le van agregando valor mediante actos de transformación industrial (refinación y procesamiento del petróleo y del gas natural, respectivamente, así como licuefacción, compresión y regasificación del gas natural) o bien mediante actos de comercio y de logística que los llevan de los centros de producción a los de consumo (venta de primera mano, transporte y almacenamiento, en general), hasta su venta al público en general (expendio).

La extracción (explotación), junto con la exploración, forma parte del *upstream*.

El modelo mexicano concebido para ese efecto, consideró dos instrumentos legales que se utilizarían en función de la persona jurídica que realizara el acto de exploración y, en su caso, de extracción (explotación) de hidrocarburos: la asignación, reservada para las Empresas Productivas del Estado (CFE y PEMEX y sus Subsidiarias, únicamente) y los contratos, reservados para los particulares, pero también para las Empresas Productivas del Estado.

Al respecto, Roldán Xopa dice:

Las reformas estructurales comprenden, entre otras, un conjunto de normas constitucionales que modifican sustancialmente las reglas que definen la intervención y la participación pública en sectores relevantes: competitividad, telecomunicaciones, radiodifusión, competencia económica, hidrocarburos y energía eléctrica, principalmente; el régimen jurídico de las mismas: áreas estratégicas y servicios públicos; las funciones normativas del Estado sobre actividades económicas específicas: se reconoce constitucionalmente la función regulatoria⁵³.

Aunque la Asignación es una figura que ya existía en nuestro Derecho, específicamente, en la Ley de Aguas Nacionales según la cual se autoriza a personas morales de Derecho Público a usufructuar cierto volumen de agua y respecto de lo cual, podríamos decir que hay cierto derecho pre-existente en la medida que comparten de alguna manera la personalidad jurídica del Estado y en tanto éste tiene como propósito crear las condiciones jurídicas y materiales que permitan el desarrollo económico y social, es conveniente que cuenten con los recursos necesarios para ese efecto. Pero el particular no está en esa misma tesitura: ni tiene derechos pre-existentes, ni su propósito inmediato y directo es satisfacer necesidades colectivas -en este caso, la provisión de combustibles asequibles y competitivos-, ni puede acceder al usufructo de un bien si no cuenta con un estatuto jurídico (un contrato con el Estado) que le autorice a realizar actos de apropiación.

Sin embargo, la legislación mexicana decidió que, aun cuando se tratase de personas de Derecho Público también deberían someterse al cumplimiento de

⁵³ ROLDÁN XOPA, José, *op. cit.* México, 2018. p. 33.

determinados requisitos (Plan de Exploración y Plan de Desarrollo) que garantizaran que el interés patrimonial del Estado se encontraba garantizado en la medida que la propia Reforma Energética se propuso maximizar las utilidades para el Estado por lo cual sometió a las Empresas Productivas del Estado a un trato análogo a los particulares en cuanto a operación extractiva se refiere.

Conviene tener en cuenta los artículos Sexto y Noveno Transitorios del Decreto promulgatorio de la Reforma Energética del 20 de diciembre de 2013 los cuales, como se ha insistido, tienen validez material a pesar de su carácter de Transitorios. De su lectura se desprende que la Asignación y el Contrato de Exploración y Extracción son dos caras de la misma moneda: mientras que una (la Asignación) previene requisitos de desempeño propios de la competencia en un mercado regulado, también dio a PEMEX la oportunidad de optar preferentemente por las áreas asignadas antes que los particulares y, en esa medida, PEMEX recibió en Asignación el 80% de las reservas probadas. A pesar del plazo concedido en los Transitorios para que PEMEX ofreciera resultados en la explotación de hidrocarburos, éste se cumplió sin que el aprovechamiento hubiese ocurrido, pero el órgano regulador decidió ampliarle el plazo a pesar de que lo que procedía era revocar la Asignación.

Por lo que se refiere a los Contratos de Exploración y Extracción (Explotación) debe decirse que, aun cuando no pueden considerarse como concesiones, cuyo otorgamiento está prohibido por nuestra Constitución Política, representan un acto de autoridad, en su celebración, que se genera a partir de una licitación. Ese acto de autoridad prescinde de la concurrencia del Estado en su personalidad de derecho Público en cuanto lo firma con el particular que obtuvo la licitación y pasa al campo de derecho Privado y se somete a la regulación de las relaciones mercantiles, como cualquier particular.

Existen 4 clases de modalidades contractuales:

- i) De servicios, en los que la retribución que se le cubre al contratista es en efectivo;

- ii) De Utilidad Compartida, en el que la contraprestación se le cubre al contratista con un porcentaje de la utilidad obtenida;
- iii) De Producción Compartida, cuya contraprestación se cubre con un porcentaje de la producción obtenida; y,
- iv) De licencia, cuya contraprestación se cubre con la transmisión onerosa de los hidrocarburos, una vez que hayan sido extraídos del subsuelo.

En atención a que son muy específicas las contraprestaciones fijadas para cada modalidad contractual, para los efectos de este trabajo decidí no incorporarlas al texto y solo hacer un llamado a que se revise con atención el Título Segundo de la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, ya que previene ciertas reglas que no solamente le conciernen a la fijación de los montos, sino también a las condiciones que suelen acompañar a la ejecución, interpretación y cumplimiento de un contrato.

La regla, respecto a la modalidad de contratación por la que se decida optar, es que la Nación elegirá la que resulte más adecuada que maximicen los ingresos para lograr el mayor beneficio del desarrollo a largo plazo. Cabe subrayar que, en atención a esta premisa -la maximización de los ingresos y utilidades que la Nación pueda obtener por el aprovechamiento, directo o indirecto, de sus recursos petroleros- que se publicó la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos a fin de establecer contribuciones tributarias diferentes a los impuestos con el carácter de aprovechamiento y que responden a la lógica de alinear los incentivos económicos para distribuir el riesgo de que las actividades de exploración sean infructuosas, pero también, en su caso, de resultar exitosa se compense el riesgo y se mejore el retorno de la inversión del contratista.

Lo verdaderamente importante de las Asignaciones y Contratos petroleros es que distingue un régimen propio de economía mixta que, sin desconocer, la diferente naturaleza e intereses de los agentes públicos y privados que pueden participar bajo ese régimen en la extracción, explotación y aprovechamiento de hidrocarburos, pudo ofrecer distintas fórmulas para permitir que la inserción de Petróleos Mexicanos en la competencia petrolera mantuviera su carácter de empresa pública con un régimen de excepción, sin perjuicio de favorecer la competencia como

contexto indispensable de la disciplina de mercado que reconoce, todavía, nuestra legislación.

El propio artículo 4 del ordenamiento citado, establece que el pago al Estado mexicano de las contraprestaciones que se establezcan en los contratos no exime a los contratistas del cumplimiento de las obligaciones tributarias establecidas en la Ley del Impuesto sobre la Renta y demás disposiciones fiscales. Sin embargo, es obvio que el modelo de negocios se orientó a distribuir el riesgo basado en el uso intensivo de tecnología, que era un recurso que nuestro país no dispone ya que se rezagó desde la época de Cantarell en la que la extracción del petróleo era barata y se pensó que eso era permanente.

Actualmente, el petróleo barato se agotó. Ya no hay y se hizo necesario ir a aguas someras, profundas y ultraprofundas en las que la tecnología es el factor determinante, ya que México no la tiene. En consecuencia, las Rondas orientadas a licitar tanto áreas Asignadas como Áreas Contractuales buscaba que los participantes tuvieran acceso a las fórmulas tecnológicas suficientemente adelantadas que garantizaran la existencia de yacimientos rentables que facilitaran la inversión privada, nacional o extranjera, y, había que buscarla entre los que la tuvieron. Se encontraron en empresas con capital y tecnología extranjeras.

2.3.1.4 Aguas someras y aguas profundas.

Los campos en aguas someras, son “[...] considerados convencionales por la industria energética, y que tienen un tirante de agua de hasta 500 metros, fueron descubiertos en México a inicios de 1980 en el Golfo de México, frente a las costas de Tabasco y de Campeche, donde se hallan los campos más grandes del país. Esos campos en aguas someras son: Cantarell, Abkatún-Pol-Chuc y Ku-Maloob-Zaap”⁵⁴. El término proviene de la traducción del inglés shallow waters. Se acostumbra considerar como aguas profundas si ésta es menor que la mitad de la longitud de la ola superficial.

⁵⁴LÁZARO SÁNCHEZ, Iván, *Los contratos petroleros. Un nuevo paradigma constitucional en México*, Tirant lo Blanch. Primera edición. México. p. 47.

Cuando en 1973 se dio el embargo petrolero de los países árabes para sancionar el apoyo que los norteamericanos dieron al Estado Judío y que afectó a la comunidad europea y a los Estados Unidos, provocó que el precio de los petrolíferos subiera desmesuradamente en nuestro vecino del norte. Las grandes petroleras transnacionales decidieron invertir en un horizonte de planeación de 50 años, en nuevas tecnologías para extraer hidrocarburos en aguas profundas. El segundo salto tecnológico lo dio el *fracking*, en la medida que se trata de extracción no convencional, como veremos.

El tema de aguas profundas y de aguas semiprofundas no es un tema menor en cuanto a exploración y extracción (explotación) se refiere: las reservas de hidrocarburos se clasifican en probadas, probables y posibles y su diferencia estriba en la comercialidad de la extracción de éstos en la medida que, según el precio internacional del petróleo, se determina si conviene extraerlo a menos de 500 metros (aguas semiprofundas) o más (aguas profundas), ya que el tirante de agua supone un gasto de energía que debe corresponder a la energía obtenida en función del precio. Por tanto, lo relevante no es que haya petróleo o no, la exploración previa puede dar cuenta de eso, sino si la extracción es comercial y económicamente conveniente.

En 2018, la política energética de México volvió a partir de la idea que la extracción (explotación) de hidrocarburos debía concentrarse en los pozos maduros que tradicionalmente había provisto de petróleo a México. La perspectiva tenía, desde luego, una larga tradición iniciada con el aprovechamiento del llamado Complejo Cantarell, considerado en su momento uno de los más importantes a nivel mundial, pero en realidad ya nada tenía que ver con ese hallazgo: el aprovechamiento petrolero se ha ido al petróleo caro ubicado en aguas profundas y semiprofundas para el que México no dispone de tecnología de extracción.

Si bien la política energética del país en cuanto a petróleo se refiere, se orientó a recuperar los pozos maduros ubicados en tierra en la perspectiva de incrementar la producción petrolera con esta estrategia que supone recurrir a la idea del petróleo disponible y barato, la evidencia empírica ha demostrado que éste ya se acabó y que habrá que recurrir al proveniente de aguas semiprofundas o profundas, donde

se encuentran la mayoría de los mantos que pueden resultar rentables con precios de largo plazo de 50 USD o más por barril de petróleo.

Como afirma Aldo Flores Quiroga:

En Estados Unidos más de 70 empresas petroleras con múltiples asociaciones perforaron 137 pozos en aguas profundas y ultraprofundas del Golfo de México, produciendo un millón de barriles diarios de petróleo (casi la mitad de la producción total de México) en 2012. En México PEMEX ha perforado sólo seis pozos exploratorios en este tipo de proyectos. Cada pozo en aguas profundas tiene un costo aproximado de entre 150 y 200 millones de dólares. En este tipo de proyectos el mayor reto tecnológico, por encima de la perforación de pozos, es el diseño y construcción de la infraestructura submarina de producción. La maquinaria y los ductos necesarios para operar un campo a más de 2,000 m de profundidad están diseñados para trabajar sin falla, pausa o mantenimiento durante largos períodos, en condiciones extremas. Las empresas petroleras invierten para desarrollar internamente esa tecnología y tienen estrategias de asociación que les permiten manejar los riesgos⁵⁵.

Por tanto, el tema de aguas someras no puede explicarse si no es en función de la importancia de las aguas profundas en la medida que es en donde se encuentran los yacimientos más importantes de hidrocarburos y en los cuales las necesidades tecnológicas y de inversión son enormes, por lo que PEMEX no tiene la capacidad de realizar por sí mismo las inversiones necesarias para incursionar en ese segmento de la actividad exploratoria y en la extractiva.

2.3.1.5 Sondas y yacimientos

Las sondas y los yacimientos son formaciones geológicas que conservan en su lecho hidrocarburos susceptibles de apropiación en función de su comercialidad, es decir, cuando la extracción (explotación) resulta redituable a partir de la comparación entre los costos de extracción y el precio internacional del barril de petróleo o del gas natural.

⁵⁵. FLORES QUIROGA, Aldo, *Reforma Energética, hidrocarburos*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 78.

Los hidrocarburos, como cualquier caso de explotación de productos del subsuelo, responden a la expectativa de precio que determina el mercado internacional, en función de que los costos de exploración y, sobre todo, de extracción, sean menores que la energía que se obtendrá de ellos. En caso contrario, el propietario (en este caso, la Nación), siempre tendrá la posibilidad de retenerlos en el yacimiento para esperar una mejor cotización.

En México, no ocurría así: se determinaban metas de producción en función de una plataforma establecida sobre la probabilidad de obtener determinado precio, pero mientras la renta petrolera era utilizada para sufragar el 40% del gasto público, la meta de producción debía cumplirse de cualquier manera.

Con esa lógica, la Reforma Energética de la que hemos hablado, estableció un esquema que reconoció la importancia de PEMEX para la economía del país y, mediante la figura de las Rondas – en especial la “Cero”- pudo optar por mantener, como dice Flores Quiroga:

La prerrogativa de escoger las áreas de exploración y producción en las que demostrara contar con capacidades técnicas financieras y de ejecución para operar de manera eficiente y competitiva. Este proceso, conocido como “Ronda cero” le permitía a la compañía continuar sus actividades sin interrupción, y le daba la oportunidad de establecer alianzas y asociaciones que incrementaran su capacidad de inversión y acceso a nuevas tecnologías y conocimientos⁵⁶.

Según el mismo autor, PEMEX obtuvo 489 asignaciones, de las cuales 108 le permiten realizar actividades de exploración, 286 de extracción y 95 para campos de producción en espera que el Estado las licite.

Como hemos venido insistiendo, con exclusión del período porfirista que coincide con una revolución industrial sin precedente basada en las comunicaciones eléctricas, en la aparición del capitalismo monopólico, en la invención del motor de combustión interna y en la producción en serie del automóvil, así como en el período posrevolucionario en la que el gobierno está constreñido por la necesidad ineludible de obtener su reconocimiento por la comunidad internacional, especialmente la de

⁵⁶ *Ibidem*, p. 54.

los Estados Unidos de América, México ha vivido tres etapas en la época moderna en cuanto a que son posteriores a la expropiación petrolera de 1938, a cuya explicación conviene recurrir para recordar que éstos no siempre han sido activos del desarrollo, ya sea por la inestabilidad y volatilidad de los mercados, ya sea por la falta de idoneidad de política públicas al respecto:

- i) La primera de ellas fue a finales de los 70 cuando nuestro país era importador neto de energía. El yacimiento Cantarell no estaba todavía en proceso de explotación y el presidente José López Portillo ya había anunciado que requería de un plazo dividido en tres etapas para administrar al país: los primeros dos años, para contender con la crisis heredada por la administración echeverrista; el segundo, para consolidar los cambios, y, el tercero para administrar el crecimiento acelerado de la economía⁵⁷.
- ii) La segunda, fue cuando a principios de los 80 el petróleo tuvo un incremento acelerado de precios y el yacimiento Cantarell ya era una realidad: en cuanto el precio del barril del petróleo subió rápidamente (de 3 USD a 36 USD por barril), el presidente López Portillo decidió invertir en el país los excedentes lo que calentó la economía de manera nunca antes vista, intentando aprovechar ese incremento para acelerar la dinámica de la planta industrial y el empleo en el país, sin que el peso tuviera respaldo frente al dólar estadounidense y que éste se mantuviera subvaluado.

Prefiero creer que esa visión tenía un sesgo de realidad y de conocimiento económico y no de corrupción. Aunque esa postura me parece ingenua, por decir lo menos, creo que López Portillo estaba convencido realmente que la renta petrolera sería permanente y que las necesidades globales de energía garantizaban una

⁵⁷ Al respecto, puede revisarse la serie producida por Editorial Clío respecto de los presidentes, con guión de Enrique Krauze. En especial el video denominado “El perfil de un presidente” relativo a la promoción mediática de José López Portillo, en la época del crecimiento petrolero del país y “López Portillo, el presidente apostador”, que da cuenta de la caída de la economía cuando bajaron drásticamente los precios del petróleo y de la errática conducción política que siguió a eso, habiendo concluido con la expropiación bancaria de 1982.

renta petrolera muy atractiva para financiar el crecimiento del mercado interno, sin contar ni con empresarios, financieros, científicos y tecnólogos aptos para ello: había solamente burócratas de alto perfil, más preocupados en mantener su estatus que en beneficiar al país.

El resultado es conocido: una vez que los EEUU tuvieron garantías de suministro, abandonaron sus compras estratégicas y el precio internacional se desplomó. La siguiente gran crisis la provocó López Portillo al indexar los salarios al precio del petróleo y nacionalizar los bancos lo que tuvo a mediano plazo un gran impacto en la economía en la medida que la administración pública del país no tenía experiencia en el servicio público de banca y crédito.

Hoy podemos comparar ese período como análogo a la “enfermedad holandesa”. López Portillo no estaba preparado para entender la dinámica de los mercados en el entorno energético con crecimiento acelerado de los precios a corto plazo, pues antes de él ya éramos prácticamente importadores netos de energía.

En la década de los 60, en los Países Bajos encontraron grandes reservas de gas natural en el Mar del Norte lo que trajo como consecuencia en un incremento importante en sus divisas y, en consecuencia, en su capacidad de importar bienes y servicios por lo que éstos dejaron de producirse localmente y, por sus consecuencias en la economía de esto, se le conoce como “enfermedad holandesa”. Lo mismo ocurrió con nuestro petróleo: en México se significó por mantener el peso subvaluado frente al dólar por lo que se incrementaron las importaciones; la incipiente industria local perdió competitividad por el aumento real en sus costos de producción que dependían de manera importante de los insumos de origen extranjero; y, en menor empleo estable. Esa volatilidad destruyó la economía mexicana cuando cayeron las exportaciones petroleras.

- iii) La tercera es cuando el precio del barril de petróleo, en 2012, llegó a estar hasta en 113 USD y de cuyo aprovechamiento no se tiene un registro suficientemente confiable como para saber con exactitud en que proyectos fue utilizado y cómo fueron contabilizados, sin que su incidencia

en el gasto público haya sido especialmente relevante, en función de los proyectos u obras realizadas.

Si seguimos esa línea de análisis, percibiremos que las sondas y los yacimientos no son más que acumulaciones de minerales con valor energético que históricamente no hemos rentabilizado porque los hidrocarburos se han vendido como crudo, sin valor agregado. Los esfuerzos de refinación de petróleo se concluyeron hace tiempo -los de procesamiento de gas natural ni siquiera han formado parte del interés gubernamental y preferimos quemarlo-. México decidió que era mucho más barato importar la gasolina de otros países, especialmente de los Estados Unidos, y, de cualquier manera, obtener una renta tributaria a través del Impuesto Especial sobre Producción de Bienes y Servicios (IEPS), por lo que se dejó de invertir en la modernización de las 6 refinerías.

Sin el propósito de alentar una controversia, la visión liberal del tema propone que un país debe concentrarse en los productos en los que es más competitivo e importar aquéllos en los que no lo es (teoría de las ventajas competitivas). Lo cierto, es que en México es muy onerosa la refinación de petróleo dado que el crudo mexicano es pesado y nuestras refinerías no están adaptadas a eso: además de los costos directos e indirectos que implica la extracción de crudo, que son altos aún en tierra, el proceso genera un 30% de combustóleo con alto contenido de azufre lo que lo saca del mercado de combustibles.

El costo de oportunidad de intentar volver a buscar la seguridad energética refinando nuestro petróleo es enorme, considerando que, además, ya pugna con las medidas ambientales destinadas a buscar la reducción de emisiones de dióxido de carbono. Por otra parte, como ya he afirmado, la gasolina como combustible ya es un bien elástico en su oferta y la electricidad también, por lo que esta confluencia provoca que la movilidad transite hacia energías más baratas como el gas natural vehicular, para que, un futuro muy próximo, el transporte sea eléctrico. Y, cabe aclarar que, por ahora, México no tiene una política pública para aprovechar su gas natural, aun siendo el sexto país con las mayores reservas mundiales de esta molécula.

Por tanto, el tema de los yacimientos de hidrocarburos debe explorarse en función de las variables económicas que realmente cuentan, no de la magnitud y tamaño de éstos y fuera de consideraciones de política o ideológicas que suelen apartarse de la racionalidad de la maximización de las ganancias públicas derivadas de la renta petrolera. Sin embargo, no puedo dejar de llamar la atención respecto de la poca importancia que le merece a los *policy-makers*⁵⁸ de la política energética actuales (2023) el tema de la seguridad energética del gas natural: cuando el *shale gas* o gas de lutitas empezó a hacer evidente que los Estados Unidos de América ya pasaban de ser deficitarios en hidrocarburos a superavitarios y que, por tanto, lo podían vender a precios muy bajos, el gobierno mexicano decidió adquirirlo de los yacimientos texanos (pasamos de 20 a 3 USD por millón de BTU's),⁵⁹ y conforme a ello, orientamos la Reforma Energética en el campo de la electricidad a licitar gasoductos⁶⁰.

“El 80% del costo de la generación de energía eléctrica depende del costo de la energía primaria que se requiere para generarla y que para 2012, [...] alrededor de la energía eléctrica generada utilizaba gas natural. Sin embargo, 21% de la capacidad instalada funcionaba a partir del combustóleo, un energético que, en ese año, era cuatro veces más caro y 68% más contaminante que el gas natural”⁶¹, por lo que resultaba urgente promover una política pública que alentara la construcción de infraestructura de gas natural, por lo menos.

Era necesario impulsar una política energética que garantizara sólo a corto plazo el suministro comercial del gas natural proveniente de Texas: aun cuando eso hubiera podido considerarse un logro menor pero significativo, dada nuestra dependencia del gas texano, me es inexplicable que la administración gubernamental del país en 2013 se limitara a impulsar la construcción de gasoductos provenientes de EUA,

⁵⁸ Me refiero a aquellos funcionarios o bien expertos que opinan y proponen la política energética.

⁵⁹ La Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, define al BTU como la unidad térmica británica que representa la cantidad de energía necesaria para elevar la temperatura de una libra de agua (0.4535 kilogramos) un grado Fahrenheit (0.5556 grados centígrados) en condiciones atmosféricas normales.

⁶⁰ Como resultado de la creciente demanda, México pasó a ser un importador neto de energía.

⁶¹ OCHOA REZA, Enrique, “Para entender la reforma al sector eléctrico”. Producciones Sin Sentido Común, S.A. de C.V., Primera edición, México, 2015, p. 22.

cuando bien pudieron haber impulsado que CFE entrara en la “Ronda Cero” para constituirse en Asignatario de yacimientos de gas natural, por más costoso que resultara procesarlo. Ochoa Reza dijo que a partir de 2013 -con motivo de la Reforma Energética la CFE y PEMEX, junto con el sector privado, licitaban gasoductos que procuraban incrementar la capacidad del Sistema Nacional de Gasoductos en un 75%, de lo que se tenía en 2012.

Me parece que era una política muy pobre basada en los medios y no en los fines, que debió considerar que el gas natural es energía de transición a la limpia y que comprometió, innecesariamente, la salud eléctrica del país. Aún más difícil me es entender por qué esta administración -la de López Obrador- no reformuló el interés de PEMEX en ello y se simplificó en, por una parte, establecer barreras de entrada a los agentes privados propietarios de los medios de producción energética y, por otra, negarse a los *Farm-out* y a la madurez del mercado eléctrico sin buscar la garantía del suministro.

Recordemos que durante la negociación del T-MEC jamás se insertó ninguna prohibición para los participantes del Tratado en imponer barreras de entrada a los productos basados en el costo de producción, pero sí en el costo ambiental y en el social.

Dice Ochoa Reza:

En los últimos años, el precio del gas natural decreció considerablemente, en gran parte, debido a que la extracción de shale gas se hizo posible en términos económicos, lo que aumentó su producción en los Estados Unidos. Mientras que en abril de 2012 el barril de petróleo se encontraba por arriba de los 100 dólares, el millón de British Thermal Unit (BTU) de gas natural estaba por debajo de los tres dólares en Estados Unidos. Por esta razón, Pemex dirigió sus inversiones a proyectos más rentables como la producción de petróleo en lugar de la extracción de gas natural.⁶²

Si bien se ha tenido históricamente la oportunidad de aprovechar el gas natural mexicano para utilizarlo en los ciclos combinados de generación eléctrica de la cual, más de la mitad producida por CFE, se obtiene de esa manera, los costos de su

⁶² *Ibidem.* p. 24.

endulzamiento han hecho que sea más barato adquirirlo e importarlo de los EEUU, para favorecer la renta petrolera. Sin embargo, hoy que es evidente la enorme dependencia que existe de las importaciones de este hidrocarburo y que sería razonable invertir y desarrollar tecnología para garantizar la suficiencia de éste, otra vez se ha optado por apostarle al petróleo -ahora para refinarlo- como expresión máxima de la llamada soberanía energética.

2.3.1.5.1 Una alternativa tecnológica. El Fracking.

El *fracking* o fracturación hidráulica, es un modelo de suministro energético sumamente cuestionado desde el punto de vista ambiental. Seguramente por un desconocimiento técnico de los detalles que rodean a esta tecnología, se le han opuesto objeciones que, para los propósitos de esta publicación, resulta importante destacar y que se refieren a la autonomía de la materia ambiental con la energética: mientras una se preocupa por los medios, la otra lo hace por los fines, lo que las significa de manera distinta. Y es en el *fracking* en la que el punto de encuentro puede abonar a las diferencias conceptuales conforme a las cuales una y otra abordan el tema del suministro y de la contaminación y en las que la tecnología apunta para hacer distinciones significativas: una se refiere al deber ser (la ambiental) y la otra al ser (la energética).

La revisión jurídica de esta tecnología merece tratarse de manera específica. Por ello, decidí anticipar un acercamiento de este tema a efecto de considerarlo como parte de un modelo de extracción con determinados costos ambientales pero que se significa como una alternativa esencialmente energética que atiende a la necesidad de recurrir a nuevos procedimientos extractivos adecuados a las nuevas zonas exploradas que, por tratarse de yacimientos de extracción más complicada, requerían hacerlo con una innovación tecnológica para abaratar los costos. Los expertos en petrología, al explicar algunas clases de perforación no convencional en donde existen rocas sedimentarias con partículas del tamaño de la arcilla y del limo y actúan como sellos para el entrapamiento de petróleo y de gas, explican que el fracturamiento ha impulsado de manera significativa la exploración y

extracción de los hidrocarburos contenidos en los yacimientos de lutitas, a pesar de que internacionalmente se han generado serias objeciones ambientales al uso de esa tecnología⁶³, de la cual en muchos ámbitos de la industria petrolera se les reconoce como una verdadera revolución tecnológica.

Desde el punto de vista microeconómico, la tecnología es una variable que irrumpe en la dinámica de los costos que, como se sabe, se representan en forma de una curva convexa ascendente. Los oferentes en el mercado, cuando les es posible, optan por adoptar o desarrollar medidas tecnológicas que deflactan la curva ascendente de los costos y la hacen caer. Imaginemos el costo directo de extracción del petróleo en tierra cuando éste es cada vez más escaso y empieza mostrar agotamiento: hay que recurrir a mayores profundidades sin la certeza que la comercialidad sea exitosa, por lo cual se migra a otras formas de producción tecnológicamente más eficientes.

El *fracking*, no sólo respondió a esa circunstancia, sino que permitió la autonomía energética de los Estados Unidos respecto de sus proveedores tradicionales, como Venezuela.

Al respecto, Jessica Jaramillo, citada por Iván Lázaro Sánchez apunta:

La fracturación hidráulica o *fracking* consiste en una perforación en vertical, de aproximadamente 3 Km de profundidad, en la que se inyecta agua, arena, y aditivos químicos. Una vez perforado, se pone un caño de acero llamado *casing*, hasta el fondo del pozo. Entre ese caño y la pared del reservorio hay un espacio en el que se agregan cementos especiales que evitan la comunicación de la parte superior con la parte inferior⁶⁴.

Lo cierto es que desde los 80, en que se empezó a utilizar la hidrofracturación, esta ha ido progresando tecnológicamente: la perforación de pozos horizontales de alcance extendido, facilitaron el contacto con un volumen mayor de roca lo que ha

⁶³ Véase ANGLÉS HERNÁNDEZ, Marisol, Fracturación Hidráulica y su impacto en los derechos humanos a un medioambiente sano, al agua y a la salud, en *Fracking: ¿Qué es y cómo evitar que acabe con México?*, ACKERMAN, John M., Tirant Humanidades, México, 2016, p. 34.

⁶⁴ LÁZARO SÁNCHEZ, Iván, *op. cit.*, p. 55.

hecho innecesario utilizar grandes volúmenes de agua y han simplificado el uso de químicos que contaminen innecesariamente las aguas del subsuelo.

No pretendo detenerme en los aspectos ambientales de la hidrofracturación y su valor en el suministro energético porque una y otra disciplina mantienen lenguajes, visiones y objetivos diferentes, particularmente porque el análisis ambiental prescinde del componente económico con relativa frecuencia, pero sí relativizarla con las prácticas tecnológicas vigentes utilizadas para la extracción de hidrocarburos: aceptémoslo, todas contaminan de alguna manera alguno de los elementos materiales que componen el ambiente. Mientras una lo hace con las aguas superficiales, otra lo hace con las del subsuelo, otras la atmósfera o el suelo. La más elemental lógica permite dilucidar que las del subsuelo dependen de la conformación geológica que puede estar absolutamente confinada o bien es susceptible de confinarse mientras que las aguas superficiales, no.

Si hay derrame o vertimiento de hidrocarburos o incluso el uso de químicos, la evidencia científica demuestra que se afecta toda la cuenca en función de las corrientes de agua lo que no ocurre en el subsuelo, por lo que los impactos ambientales son negativos con cualquier tipo de tecnología, lo que varía es sola el medio en que ello ocurre⁶⁵.

En ese sentido, Lázaro Sánchez, afirma:

Irremediablemente, la industria de hidrocarburos no puede prescindir del uso de productos químicos y emitir residuos peligrosos que provocan daños potenciales al medio ambiente⁶⁶

Ahora bien, en materia energética no se trata de desconocer las externalidades negativas *que acompañan su cadena de valor: la energía, con cualquier tecnología comercial, de alguna manera, es un factor de contaminación y de sobreexplotación de recursos naturales que es imposible pasar por alto. No lo voy a hacer, pero*

⁶⁵ Refiriéndose a la pregunta ¿cuál es la cantidad óptima del esfuerzo de reducir la contaminación para la sociedad?, se afirma: “Hay una explicación potencialmente controversial, a saber: que no sería óptimo para la sociedad tratar de eliminar por completo la contaminación. Dicho de otro modo, [...] podría ser socialmente óptimo tolerar alguna contaminación”. COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y Economía*, segunda reimpresión en español, México, 2002, p. 40.

⁶⁶ LÁZARO SÁNCHEZ, Iván, *op. cit.* p. 76.

tampoco a aceptar la pertinencia de una visión sesgada -la ambiental- que no reconozca que la generación, producción y disponibilidad de energía cumple una función económica y social insoslayable con la realidad social y económica que requiere aceptar los límites ambientales de su posición operativa.

Me explico: ni la visión endógena -legislativa- ni la exógena -agencias internacionales- han propuesto que la tecnología de *fracking*, por lo menos la que actualmente ya se utiliza, resulte hostil al ambiental, mucho menos de un país en vías de desarrollo energético como México.

Creo conveniente contextualizarlo: En su informe de 2015, la Agencia para la Protección Ambiental de los Estados Unidos (EPA, por sus siglas en inglés) decidió que la fracturación hidráulica plantea riesgos para el agua potable pero que el daño es **limitado**. Por su parte, la Agencia Internacional de la Energía (IEA), en su reporte sobre el petróleo y gas de estos yacimientos, reportó que:

[...] la estimación de crudo en el mundo, gracias a los hallazgos y posibilidades tecnológicas de extraer estos recursos no convencionales, pasó de 3 mil 012 a 3 mil 357 millones de barriles, mientras que en gas se alcanzó un total de 15 mil 583 a 22 mil 882 billones de pies cúbicos⁶⁷.

Por consiguiente, en cuanto a *fracking* se refiere, la consideración es: ¿cuánta contaminación y en qué medio ambiental es más fácilmente admisible y en cuál no, cuando hablamos de tecnologías extractivas de energía? ¿Cuáles son los agentes económicos emergentes con el uso de estas nuevas tecnologías y cuáles los excluidos?

El patente rechazo al *fracking*, por parte de algunos expertos, se funda esencialmente a que esta técnica causa un impacto severo y dañino al agua, al medio ambiente y a la salud humana; así también socava los derechos humanos de tercera generación o de solidaridad y, consecuentemente universales, indivisibles, interdependientes y progresivos, que es imprescindible anteponerlos a los impactos peligrosos y dañinos que esa técnica ocasiona irremediablemente⁶⁸.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 57.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 55.

Habría que decir que en México no existe jurídicamente ninguna restricción para el uso de la tecnología del *fracking* y que esta puede utilizarse en actividades de *upstream* bajo Disposiciones Administrativas de Carácter General y de NOM's que establecen las reglas propias bajo la lógica de un deber de cuidado para preservar el medio ambiente, por lo que considero que el debate es cuestionable: toda actividad humana tiene incidencia en el medio ambiente, especialmente las utilizadas en la generación y producción de energía, por lo cual es indispensable establecer los términos en torno a lo que significa un pasivo ambiental, aun cuando, en última instancia todo recaiga en una perspectiva de derechos humanos: la sociedad necesita extraer, transformar y devolver residuos al medio ambiente y no por eso es necesario prohibirlas. Ciertos bienes y servicios se producen porque satisfacen necesidades colectivas que la sociedad requiere para funcionar y todas contaminan: energía, minería, agricultura, crecimiento urbano, pesca, transporte, turismo, ganadería, etc. y forman parte de la economía de un país y que pueden someterse a diversas acciones de compensación que resarzan el daño producido al ambiente con motivo de la realización de una actividad económica socialmente necesaria, como es la disponibilidad de energía.

Como afirma Lamanna:

Como conclusión, puede afirmarse que, frente a determinado proyecto, y sin generalizaciones, es necesario poner en la balanza qué tipo de necesidades queremos satisfacer, qué tipo de degradaciones puede soportar el medio ambiente y, en consecuencia, qué tipo de impactos pueden ser permisibles. Alimentarnos, movernos de un lugar a otro, educarnos, trabajar, supone una inevitable degradación del planeta. Lo que hay que buscar es el necesario equilibrio entre los beneficios que obtenemos por realizar este tipo de actividades⁶⁹.

Sin el ánimo de apartar la revisión de la idea central que se revisa -aprovechamiento vs. daño ambiental- quisiera destacar que el concepto "precio-sombra" ha sido muy poco explorado por la regulación mexicana. Su consideración dentro de las políticas

⁶⁹ LAMANNA, Darío G., *op. cit.*, p. 75.

ambientales, podría contribuir a facilitar proyectos de hidrofracturación, en sintonía con la preocupación de Lamanna⁷⁰.

Muller dice que: “[...] cuando se deja de lado, temporalmente, la política y se considera la energía de manera objetiva, se llega a la conclusión que a menudo van en contra de la intuición y que resultan inesperadas”⁷¹ y, asimismo, que

El futuro crecimiento económico de México, y su bienestar general, depende de cómo maneje sus necesidades de energía, como ocurre con todos los demás países del mundo. Pero contar con la correcta política energética es muy complicado, pues el tema suele ser tecnológicamente complejo y políticamente delicado.

El mayor problema, como suele ocurrir con las tecnologías que se renuevan aprisa, es la desinformación. “Lo malo de casi todos no es tanto su ignorancia -afirmó el humorista decimonónico Josh Billings-, sino que saben muchas cosas que no son como ellos creen que son”.⁷²

Aún si se comprobara que la hidrofracturación o la exploración y extracción de hidrocarburos en áreas no convencionales para producir *shale*-gas o petróleo de lutitas contaminan de manera tal que afectan los ecosistemas de modo superior a las tecnologías alternas, examinemos las acciones públicas que deban disponerse para procurar su compensación ambiental. Hemos tolerado que se produzcan petrolíferos en refinerías ineficientes y altamente contaminantes e, incluso, que se esté generando electricidad con carbón y combustóleo y, a contrapelo, preocupa el uso de una tecnología muy poco explorada en el país y que puede contribuir a resolver el tema de la seguridad y suficiencia energéticas. Lo otro es continuar con la importación.

Desde el punto de vista de su disponibilidad, México cuenta con:

⁷⁰ Respecto al “precio sombra” como componente de la formulación y despliegue de políticas públicas relacionadas con el impacto ambiental de la energía, se sugiere consultar el apartado 2.5 “El valor del medio ambiente en presencia de restricciones” del Capítulo Dos, “El problema desde el punto de vista económico” de AZQUETA, Diego. “Introducción a la Economía Ambiental”. McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U. Primera edición en español. España. 2002. pp. 51-52.

⁷¹ MULLER, Richard A. “Energía para futuros presidentes. La ciencia detrás de lo que dicen las noticias”. Libros Grano de Sal. Primera edición. México. 2019. p. 21.

⁷² *Ibidem*, p. 15.

[...] un gran potencial de recursos no convencionales. Más de la mitad de los recursos prospectivos de petróleo y gas del país se encuentran en este tipo de yacimientos. De acuerdo con la Agencia Internacional de Energía, México destaca entre los países con mayores recursos de este tipo en el mundo: 6º. lugar en gas, 10º. en petróleo. El desarrollo de lutitas en México ofrecerá nuevas oportunidades de inversión que permitan incrementar las reservas y producción de hidrocarburos⁷³.

El proceso del fracking es sencillo, en principio. Se perfora la capa de lutitas y luego se inyecta agua a alta presión. Si la presión aporta una fuerza mayor que el peso de la roca encima, la roca se partirá, dejando que el agua penetre. La grieta permite que se escapen los gases absorbidos en los poros internos. Al liberar la presión el agua brotará a borbotones, junto con el gas.

Esto se puede mejorar. Si además del agua se añade arena o perdigones de piedra, pequeñas y duras esferas quedarán dentro de las grietas. Luego, cuando se suprima la presión, las grietas se mantendrán abiertas, permitiendo que el gas de otras grietas remotas siga difundándose hasta el pozo, para entonces extraerlo⁷⁴.

Tenemos, en efecto, que en nuestro país la tecnología de lutitas puede contribuir a incrementar la plataforma de extracción y su impacto ambiental puede ser compensado tal y como debería ocurrir con cualquier otra tecnología, aunque desde luego se han elevado muchas voces que cuestionan la pertinencia de recurrir al petróleo proveniente de fuentes no convencionales, ante sus probables costos ambientales derivados del proceso de extracción.

La propia SEMARNAT publicó en 2016 una “Guía de criterios ambientales para la exploración y extracción de hidrocarburos contenidos en lutitas”, en el que refiere los impactos que la fractura hidráulica podría provocar al medio ambiente, a saber: i) disminución de la disponibilidad de agua para uso y consumo humano; ii) contaminación de acuíferos con las sustancias químicas adicionadas al agua para realizar la fractura; iii) contaminación del suelo; iv) contaminación por radioactividad de aguas de retorno en procesos de extracción de hidrocarburos; v) contaminación

⁷³ FLORES QUIROGA, Aldo, *op. cit.*, p. 80.

⁷⁴ MULLER, Richard A. *op. cit.* p. 111.

del aire y al calentamiento global; vi) afectación a la infraestructura de movilidad y habitacional; y, vi) pérdida de biodiversidad⁷⁵.

Desde que el fracking o hidrofracturación se empezó a utilizar como una tecnología susceptible de incrementar la plataforma de extracción de petróleo para los Estados Unidos, ha provocado constantes objeciones ambientales que reclaman, entre otras cosas, hacer efectivo el “principio de precaución” para prohibir el uso de esta tecnología.

Al respecto, podría decirse que:

El petróleo se utiliza básicamente para el transporte y toda nueva fuente de petróleo tropezará con la oposición de quienes consideran al automóvil como algo maligno. Pero será más difícil de resistirse al petróleo de lutitas, por razones tanto económicas como de seguridad energética⁷⁶.

Habría que añadir, que en todas las relaciones económicas donde los costos de producción se combinan con los de cualquier otra clase, como los ambientales y aún los sociales, la ciencia, en general, y la tecnología, en particular, operan para que la curva de costos se module para reducirlos y haga factible comercialmente hablando la continuación de la actividad económica.

En esa tesitura -básicamente, porque las consideraciones formuladas respecto de los costos ambientales del fracking también podrían hacerse extensivas a cualquier elemento de la cadena de valor de otra clase de energía- es necesario subrayar que el desarrollo tecnológico es provocado por la competencia en el ámbito de los mercados regulados con el propósito de reducir los costos, pero este desarrollo está sometido a la dinámica de la aparición y adopción de nuevas tecnologías sucesivas.

Por eso, la técnica de fracking pasó de perforar verticalmente a determinada profundidad, a hacerlo de manera horizontal, reduciendo significativamente los costos ambientales.

⁷⁵ Desde luego, desde que el fracking o hidrofracturación se empezó a utilizar como una tecnología susceptible de incrementar la plataforma de extracción de petróleo para los Estados Unidos, ha provocado diferentes objeciones ambientales que reclaman, entre otras cosas, hacer efectivo el “principio de precaución” para prohibir el uso de esta tecnología.

⁷⁶ MULLER, Richard A. *op. cit.* p. 308.

Como afirman Aghion, Antonin y Bunel, al hablar sobre destrucción creativa:

Una tecnología genérica (TPG) no está “lista para usar”. Su implementación en los diversos sectores de la economía necesita innovaciones en los procesos secundarios. Cada innovación secundaria adapta la tecnología genérica a las necesidades de un sector en particular⁷⁷.

En esa tesitura, como he venido subrayando a lo largo de esta investigación, el propósito central de la reforma Energética no fue el intento de devolver a la inversión privada la posibilidad de tener participación en la acumulación de capital en el sector energético ni la de sustituir las antiguas estructuras de generación, transformación, extracción y distribución de energías, como generalmente se ha pensado, sino la de garantizar la transición hacia tecnologías y combustibles más limpios recurriendo a la posibilidad de que algunos medios de producción de energía fuesen privados, en un escenario de competencia⁷⁸. Esta idea la trataré más adelante.

2.3.1.6 Electricidad.

Como se ha advertido, la mayoría de la energía eléctrica que se produce por parte de la CFE proviene de gas natural como fuente primaria, es decir, energía fósil, además de diésel, carbón, y, sobre todo, combustóleo proveniente de PEMEX porque el petrolífero refinado en el país no tiene mercado en el extranjero por su alto contenido de azufre. De ellas, la mayor parte se produce con gas natural como energía primaria ya que resulta mucho más barata que el combustóleo y el diésel y su combustión genera menos emisiones de dióxido de carbono. En el marco de la Reforma Energética, se optó por sustituir el uso de los derivados del petróleo por gas natural, a efecto de obtener una reducción en el costo de producción, pero

⁷⁷ AGHION, Philippe, CÉLINE, Antonin y BUNEL, Simon. “El poder de la destrucción creativa. ¿Qué impulsa el crecimiento económico?”. Editorial Deusto. Primera edición. España. 2021. p. 47.

⁷⁸ “Tal como vimos en el capítulo 1, esa decisión (se refiere a la opción entre derecho privado y regulación. La inserción es mía) debe cruzarse con la que define al papel del Estado como propietario de los medios de producción (es decir, con la que implica más o menos provisión directa de bienes y servicios por parte del Estado), y que jurídicamente queda definida por las normas del derecho administrativo de los organismos públicos (incluidas empresas públicas, entes descentralizados y administración central”. COLOMA, Germán. “Análisis económico del Derecho. Privado y regulatorio”. Ciudad Argentina, Editorial de Ciencia y Cultura. Argentina. 2001. p. 292.

también en las emisiones de gases de efecto invernadero atribuibles a la industria eléctrica⁷⁹.

Sin embargo, el problema es que a pesar de la disponibilidad de reservas y yacimientos de ese hidrocarburo en México: i) lo importamos de los Estados Unidos de América por lo que no tenemos control absoluto sobre su disponibilidad y condiciones de suministro; ii) dada la dinámica adquirida por la demanda energética que responde tanto a los precios como al desempeño ambiental, el gas natural se ha convertido en una energía de transición susceptible de sustituir a otras; y, iii) el régimen jurídico de los permisos de venta al público de petrolíferos adoptado recientemente en nuestro país, hacen posible que la utilización del gas natural de dedique a la movilidad vehicular como sustituto de la gasolina y del diésel, en función de la Relación Marginal de Sustitución⁸⁰.

En efecto, el desarrollo de nuevos modelos de negocio basados en la lógica de constituir vehículos de propósito especial para llevar a cabo el financiamiento de proyectos administrando los recursos futuros que éste genere cuando se convierta en una obra en operación y garantice el servicio de la deuda con su flujo de caja, la sustitución de las fuentes de energía y de combustibles más limpios atenderá a los incentivos que generen los recursos provenientes de los mercados de carbono por lo que es posible advertir que los nuevos negocios en materia energética crearán su propia demanda y el gas natural se consumirá en su utilización más productiva.

2.3.2 Las relativas a la materia de la regulación.

El Derecho Energético como rama de estudio del Derecho mexicano guarda relaciones con otras ramas de éste ya sean de carácter permanente como concurrencial en tanto que si bien, como todas ellas, la regulación energética se originó en el campo del Derecho Constitucional y simultáneamente en el del

⁷⁹ El gas natural se considera como energía limpia distinta a las energías renovables, cuando en la generación eléctrica mediante ciclo combinado su tasa de emisiones de dióxido de carbono, es hasta de 100 kg/MWh.

⁸⁰ Ésta es un concepto proveniente de la microeconomía que indica, de acuerdo a la Teoría del Consumidor, que es la tasa a la que un individuo está dispuesto a cambiar un bien por otro permaneciendo indiferente si le reporta la misma utilidad.

Administrativo, su caracterización y ordenación sistemáticas concebidas e instrumentadas tanto por el Poder Constituyente como por el Constituido, los órganos administrativos especializados en energía han venido definiendo su orientación y peculiaridades técnicas y económicas, con lo que quedaron establecidas las relaciones inter e intrasectoriales de las diversas formas de energía, así como el régimen de economía mixta adoptado al respecto en nuestro sistema jurídico.

En beneficio de la identificación de sus diferencias, apuntaría que el Derecho Energético es un estatuto jurídico que va orientado claramente a impulsar la competencia de los agentes económicos entre sí como el elemento decisivo de su política jurídica a la que recurre para juridificar el funcionamiento del modelo jurídico basado en el “piso parejo” y, para ello, dota a los agentes jurídicos de una clara fortaleza institucional para que funcionen como reguladores en un entorno regido, en parte, por las reglas del mercado propias de éste, pero también supone la eficacia de los agentes públicos como garantes de la provisión y de la seguridad energética del país.

Como ya he venido reiterando: una cosa es el modelo que se desplegó y ordenó jurídicamente para crear las condiciones de competencia económica en el sistema energético del país y la otra es cómo el actual régimen ha procurado dismantelar su desempeño en la provisión de bienes energéticos, a través de las medidas legislativas y administrativas que he venido mencionando y que, posteriormente, volveré a referir.

Con esas aclaraciones, revisemos las relaciones más significativas con otras ramas.

2.3.2.1 Derecho Constitucional.

El Derecho Constitucional es, sin duda, el cuerpo jurídico más relevante para entender la manera en cómo nuestro sistema jurídico perfila un régimen normativo en función de las jerarquías de tal manera que después de éste las leyes secundarias traducen los conceptos e instituciones jurídicas conforme a las cuales el sistema se propone su cumplimiento, es decir, hacer corresponder la regularidad

social con la regularidad jurídica. El capítulo económico de la Constitución contiene definiciones de orden materialmente legislativo que tienen la capacidad de organizar jurídicamente el orden normativo inferior para juridificar formal y materialmente la visión del Constituyente sobre la energía, esto es, forma parte de las reglas, no de las excepciones.

En esa tesitura, el Derecho Energético abreva de los postulados económicos de la Constitución en tanto su objeto de regulación se encuentra sometido, por su naturaleza, a otros órdenes normativos que obedecen a su propia lógica, como son los provenientes de la Física y de la Química, es decir de la técnica, por lo que el desarrollo tecnológico y los modelos de negocio relacionados con los costos de extracción, distribución, generación, transformación, almacenamiento y transporte pertenecen al campo de las cadenas de valor que deben ser reconocidas por el Derecho, con el propósito de ordenarlas.

Si bien podría decirse que cualquier actividad humana también puede explicarse por sus implicaciones económicas, ya sea de orden individual como social, sólo el campo de la energía requiere recurrir para su aprovechamiento a las exigencias de las ciencias básica y aplicada, en función de sus costos directos (de producción) e indirectos (indirectos).

Para deducir el alcance de ese orden normativo, no bastaron las prescripciones que indican los preceptos sustantivos. Hablando de los artículos 25, 27 y 28 en cuanto a la Reforma Energética se refiere y a pesar de que guardan entre sí relaciones de coherencia, fue necesario agregar una larga y minuciosa descripción de artículos transitorios que, literalmente, entraran en precisiones que señalaban los límites normativos que deberían observar las disposiciones reglamentarias, si es que es válido considerar que una norma constitucional admite las prescripciones que deducirán el desarrollo del modelo jurídico adoptado, es decir, su instrumentalidad, lo que permitió que en agosto de 2014 se expidieran las leyes secundarias y en octubre de ese mismo año, los reglamentos de ellas, con lo que queda claro que no

las reformas en energía con fueron hechas a varias manos, como sugiere Roldán Xopa⁸¹.

Esto es, la Reforma Energética que se originó con las modificaciones al capítulo económico de la Constitución no se limitó a reformar esos tres preceptos (25, 27 y 28) sino que añadió un referente normativo que explícitamente planteó, en tanto propuso cómo debían desarrollarse las previsiones constitucionales y lo hizo en un régimen transitorio. En éste, sus prescripciones claramente establecen cómo han de ser las leyes secundarias y sus reglamentos para cumplir con lo dicho en la parte sustantiva de la Constitución: previene y se actualiza cuando el Congreso decide modificar su vigencia instrumental, sin considerar que forman parte inseparable de la Reforma constitucional. Lo cierto es, que es indisociable del régimen sustantivo y éste debe interpretarse en función de aquél y, por supuesto, éste de aquél.

En este punto, quisiera apartarme momentáneamente para agregar una característica del régimen energético adoptado por nuestra Constitución en los numerales mencionados y que implican significar el verdadero valor que los 21 transitorios del Decreto promulgatorio representan en la dimensión que éste adquirió en virtud de ellos: sin abandonar su connotación económica identificable como un régimen de economía mixta centrado en la propiedad originaria de los hidrocarburos así como en la participación de los particulares en la generación y comercialización de la electricidad, para realizar una aportación significativa que merece ser explorada: la reforma energética supone la instrucción regulatoria más relevante para la realidad política y social, además de la económica que hemos aceptado. Es el abandono paulatino del modelo capitalista centrado en el uso intensivo de energía fósil, para transitar, a partir de la destrucción creativa, un cambio de época basado en la producción y consumo de la electricidad limpia y en el uso intensivo de formas avanzadas de información y comunicación.

⁸¹ Roldán Xopa, dice que: “En conjunto, son reformas al capítulo económico de la Constitución, pero con sentidos conceptuales, ideológicos y de política contrastantes. Se trata de una Constitución hecha a varias manos”. ROLDÁN XOPA, José. “La Constitución económica en México”, en “WITKER. Jorge, Coordinador. *op. cit.*, p. 36.

Los artículos Décimo Séptimo y Décimo Octavo transitorios de la reforma, ordenan la transición energética de manera irreversible lo cual, por sus implicaciones estructurales, suponen el abandono de la economía del carbono y sus implicaciones medioambientales y sociales, equivalentes a la transformación global que representó la primera revolución industrial, originada en Inglaterra hacia 1750 y que alcanzó su pleno desarrollo en la segunda mitad del siglo XVIII en los Estados Unidos de América, con la incipiente aparición del capitalismo monopólico. Y que, como afirma Ashton, “[...] los cambios no fueron tan sólo “industriales”, sino también sociales e intelectuales. El término “revolución” implica un cambio repentino que no es, en realidad, característico de los procesos económicos”⁸².

En virtud de que, a partir de ello, CFE y PEMEX se constituyeron en monopolios estatales y de que, por otra parte, la deconstrucción del modelo jurídico de competencia basado en la disciplina del mercado debe hacerse a ese nivel y no en las leyes secundarias, lo que es la parte central de las conclusiones de esta investigación, es indispensable indagar, pues, de qué se trata el contenido constitucional cualquiera que sea su materia.

La energía, se significa por rasgos regulatorios que son objeto de una visión constitucional:

- i) Su pertinencia al capítulo económico de la Constitución, no al de derechos humanos;
- ii) Su dicotomía, en cuanto insumo en la producción de bienes o servicios, pero también como producto o servicio comercializable;
- iii) Su relevancia e incidencia en problemas económicos globales, como es el cambio climático.

Aunque se verá en otros capítulos, vale la pena adelantar dos ideas significativas que se refieren a la ordenación de la economía energética cuando lo hace la Constitución y lo que, para nuestra tradición jurídica, significa el papel del Estado, ya sea que desde el punto de vista político se le considere Gendarme o de

⁸² ASHTON, T.S. *op. cit.* p. 9.

Bienestar, desde el punto de vista económico se le considere liberal o intervencionista o desde el punto de vista jurídico se le considere garante o regulador: no es lo mismo que a éste se le conciba como activo, es decir, responsable de crear las condiciones jurídicas y materiales necesarias para llevar al desarrollo o bien como garante, en cuanto a lo cual se debe constreñir a respetar los derechos humanos de los particulares, a la construcción de infraestructura, impartir justicia, mantener el orden interno y la defensa del exterior.

Cualquiera que fuese la orientación decidida, ésta debe reconocerse en la Constitución y, si además, se encuentra en su capítulo económico es ahí donde habría que atisbar la verdadera naturaleza de los actos que al Estado corresponde realizar en materia de energía. Como veremos posteriormente, se adoptó para ésta el régimen de economía mixta en la que corresponde al Estado dirigir la economía orientando, prohibiendo, promoviendo o induciendo la participación privada, pero no sustituyéndola en cuanto a la producción de bienes privados se refiere. Si, por alguna razón de ideología o de clientelismo político, hoy le disgusta que algunos medios de producción de energía se encuentren en manos de particulares, su sustitución debería formularse modificando la Constitución, no las leyes reglamentarias como lo hizo en materia de electricidad y de hidrocarburos.

Las referencias al Estado regulador y al Estado garante no plantean alternativas entre modelos de Estado o formas alternativas de explicación o preferencia ideológica; aluden a dos funciones diversas pero complementarias. La regulación se entiende como una función pública que, a partir de ciertas políticas públicas o determinada intencionalidad, sirve para que se establezcan intervenciones y se orienten los comportamientos a cierto propósito. En esto el derecho en su función de orientación es arquitectura, ingeniería social. El estado garante se ubica en una fase distinta de tal proceso: hace que las intervenciones sean efectivas, es decir, que cumplan en la realidad aquello que se proponen, esto es, que haya calidad institucional.⁸³

Con ello, entendemos que el orden jurídico centralizado que constituye al Estado, opera en función de una concepción temática en materia de energía en cuanto le reconoce su connotación económica, en general, y en cuanto a que el acceso a esta

⁸³ ROLDÁN XOPA, José. *op.cit.*, p. 31.

constituye un propósito del Estado ya sea que la observe como bien público, como derecho humano o como resultado de una falla del mercado cuya corrección le corresponde. Si el Estado considera que debe reservarse algunas materias por razones de supremacía (soberanía) interior y las extiende a varios campos, ello no solamente responde a su concepción económica, sino que más íntimamente a su concepción política, como veremos en el transcurso de esta investigación.

Quisiera agregar una característica del régimen energético adoptado por nuestra Constitución en su régimen transitorio, en cuanto a que trasciende la ordenación meramente económica de la energía en la Carta Magna y la lleva a constituirse en una política de Estado llamada a alinear en el futuro todos los recursos políticos y sociales respecto de la atención del pasivo económico más grave que enfrenta la Humanidad: el calentamiento global.

Sin el propósito de abundar en consideraciones formales que distraerían de la conclusión principal: la ordenación de la energía en el capítulo económico de la Constitución y su régimen de economía mixta, quisiera apuntar que el régimen transitorio no sólo describió los límites formales a que en la reglamentación deberían sujetarse tanto los agentes públicos de la energía como el sistema de mercado que inauguraba, sino que incluyó una condición estructural de cambio sucesivo: la transición energética.

Los 21 transitorios del Decreto promulgatorio desplegaron con detalle los límites y alcance de las medias tendientes a crear las condiciones de competencia propias del sistema de mercado, incluyendo aquellas dirigidas a imponer las medidas de regulación asimétrica necesarias para dismantelar los monopolios naturales de la energía, así como el robustecimiento de los órganos reguladores, pero también la instrucción de mantener una ruta hacia la descarbonización de la economía que no estaba en el horizonte de las decisiones políticas fundamentales propias de su inclusión en ese texto, sin que vaya en detrimento de esta consideración que el Constituyente haya decidido considerarlo en los artículos transitorios, que no por ese hecho comprometen su ámbito de validez, de manera semejante a los que se encuentran en el texto sustantivo.

La reforma energética supuso, así, la instrucción regulatoria más relevante para la realidad política, económica y social: el abandono paulatino del modelo capitalista que desde principios del siglo XX estuvo centrado en el uso intensivo de la energía fósil, para transitar, a partir de la destrucción creativa, a un cambio de época basado en la producción y consumo de la electricidad limpia y en el uso intensivo de formas avanzadas de información y comunicación.

En efecto, los artículos Décimo Séptimo y Décimo Octavo transitorios de la reforma, ordenan la transición energética de manera irreversible lo cual, por sus implicaciones estructurales, suponen el abandono de la economía del carbono y sus connotaciones ambientales y sociales, equivalentes a la transformación global que representó la primera revolución industrial que tuvo su origen en Inglaterra hacia 1750 y que alcanzó su pleno desarrollo en la segunda mitad del siglo XVIII en los Estados Unidos de América, con la incipiente aparición del capitalismo monopólico. Y que, como afirma Ashton, “[...] los cambios no fueron tan sólo “industriales”, sino también sociales e intelectuales. El término “revolución” implica un cambio repentino que no es, en realidad, característico de los procesos económicos”⁸⁴.

Para concluir este apartado quisiera añadir que históricamente la coincidencia de la aparición de desarrollo de nuevos sistemas energéticos -baratos- con modelos de comunicación más rápidos y baratos susceptibles de incrementar el comercio - inteligencia artificial, internet de las cosas, bigdata- y el desarrollo acelerado de tecnologías financieras -fintech, criptomonedas- se significan en cambios estructurales de los sistemas económicos, por lo que la transición energética significa el paso de nuestro país a un cambio de época⁸⁵.

2.3.2.2 Derecho Administrativo.

Sin lugar a dudas, el Derecho Energético se originó en el Derecho Administrativo y comparte con éste acercamientos sectoriales permanentes en cuanto se refiere a

⁸⁴ ASHTON, T.S. *op. cit.* p. 9.

⁸⁵ “En las industrias que hasta este momento hemos examinado, el incremento de la producción se debió a nuevas formas de energía, a nuevas máquinas o bien a nuevos conocimientos derivados de las ciencias”. ASHTON, T.S. *op. cit.*, p. 96.

competencia, consumidor, territorial y urbano, protección civil, agrario, tributario, medios alternativos de solución de controversias, inversión extranjera, derechos humanos, ambiental, propiedad industrial y contencioso administrativo, por lo menos.

Como hemos insistido a lo largo de este trabajo, si bien el Derecho Energético es un cuerpo jurídico estructurado vertical y horizontalmente alrededor de un objeto regulatorio independiente, que responde a sus propios principios, valores e instituciones, la ordenación constitucional de la economía de la energía lo sistematiza para volverlo un objeto de revisión y estudio. No sólo las reformas a los artículos 25, 27 y 28 constitucionales lo enmarcan en el capítulo económico de la Carta Magna, sino también los 21 transitorios de su Decreto promulgatorio.

Aunque desde luego tiene una sólida base constitucional, es excepcional la riqueza jurídica que propició la juridificación de la política energética para:

- i) Liberalizar el régimen jurídico de la energía en las leyes y disposiciones reglamentarias a efecto de permitir y proteger la inversión privada;
- ii) Facilitar el desglose instrumental del régimen de la economía energética que optó por un régimen de economía mixta;
- iii) Suprimir, pero también conservar algunos monopolios estatales, y, simultáneamente, abrir algunos campos de las cadenas de valor a la inversión privada en un modelo de disciplina del mercado; y,
- iv) Crear las bases para un régimen de transición hacia combustibles y tecnologías más limpias, a través de instrumentos económicos y de mercado.

Por tanto, muchas de las previsiones institucionales que formalmente se concentraron en el Derecho Energético, como es la ocupación superficial de la tierra, las licencias sociales (ambiental, social, vecinal, indígena), el contenido nacional y el desarrollo de cadenas productivas locales, se mantienen autónomas pero condicionadas al desarrollo de proyectos e iniciativas energéticas en la medida que las leyes sectoriales son un marco de referencia, cuya aplicación se subordina al sistema de incentivos, ya sea de mercado o no.

En este campo, el Derecho Administrativo, identificado como una rama cuyo contenido material regula la actividad del Estado que se realiza en forma de función formalmente administrativa en varias materias organizadas jurídicamente de acuerdo con su especificidad, existe una relación que interesa significativamente al Derecho Energético: las leyes cuyo diseño regulatorio comprende varios órdenes de gobierno (federal, estatal y municipal) en cuanto su jurisdicción es federal pero su vocación es la distribución de facultades, como son las materias ambiental (a cuyo caso me referiré especialmente por las implicaciones que le conciernen en materia energética), desarrollo urbano, protección civil y cambio climático, principalmente.

Con esa perspectiva, para los propósitos de este trabajo, quedarían fuera de nuestro análisis las materias que aun siendo federales no son generales en cuanto a su organización, es decir, concurrentes para los diferentes órdenes gubernamentales, salvo que de manera circunstancial alguna de sus disposiciones se involucre con lo energético, como son la agraria, indígena, fiscal, comercio exterior, mercantil, civil y económico, fundamentalmente.

Con el derecho Administrativo, finalmente, el Energético comparte como objeto de regulación la naturaleza y funcionamiento de los entes públicos que la Reforma Energética concibió para llevar a cabo el cumplimiento institucional de sus fines: el desmantelamiento de las prácticas monopólicas absolutas y relativas de la CFE y de PEMEX y el consecuente desmantelamiento de las barreras de entrada que inhiben la competencia, para cuyo efecto se concibieron y facultaron a los órganos reguladores que hicieran eficaz la Función Reguladora del Estado, así como la transformación de los monopolios estatales de la energía en Empresas Productivas del Estado, para las cuales las doctrinas publi-administrativistas no eran aplicables de manera ortodoxa y hubo que recurrir a un diseño que combinara autonomía técnica y financiera, pero no política, y que pudiera ejercer las facultades institucionalmente necesarias para garantizar la competencia entre los diversos operadores energéticos -públicos y privados- que demandaba el tránsito hacia la descarbonización de la economía del país.

2.3.2.3 Derecho Ambiental.

El Derecho Energético y el Ambiental son dos disciplinas jurídicas que tienen el mismo objeto (la regulación jurídica de la energía) pero diferente finalidad (uno, el impacto ambiental de la cadena de valor de ésta en cualquier forma; otro, su suministro asequible): el Ambiental se propone evitar el aprovechamiento excesivo o inadecuado de los recursos naturales procurando su conservación y reducir o mitigar la contaminación a través de normas jurídicas que restringen o modulan la libertad económica en función de su costo-beneficio social y de normas técnicas que establecen prescripciones permisibles; el Energético se organiza, en cuanto a la electricidad se refiere, en función de los costos de producción, de comercialización y del presupuesto público en cuanto al servicio público de transmisión y distribución. En cuanto a hidrocarburos se refiere, el Derecho Energético responde a la racionalidad y eficacia de la extracción de hidrocarburos y del abasto asequible de sus derivados.

La definición de Derecho Ambiental propuesta por Raúl Brañes, me parece adecuada en la medida que no confunde los fines con los medios y ofrece una explicación epistemológica de éste. Para ello recurre a dos visiones, según explica: En una primera aproximación, dice que el Derecho Ambiental “es el conjunto de reglas que se ocupan de la protección jurídica de aquellas condiciones que hacen posible la vida, en todas sus formas”. En una segunda aproximación, afirma que puede ser definido “como el conjunto de reglas que se ocupan de la protección jurídica del equilibrio ecológico.”⁸⁶

Aunque el Derecho Energético es mucho más joven que el Ambiental, ambas disciplinas tienen un punto de encuentro que en un principio fue circunstancial y que actualmente es estructural: en 1992, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático y la antigua Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica parecían buscar la transición hacia electricidad más limpia, pero privaba el problema que para la CFE había que dotar con energía de respaldo a las fuentes alternativas

⁸⁶ BRAÑES, Raúl, *Manual de derecho ambiental mexicano*, Fundación Mexicana para la Educación Ambiental, segunda edición, México, 2000, pp. 18-19.

lo que no le resultaba práctico, confiable ni económicamente interesante por lo que esa coincidencia no transitó con éxito. Tampoco ocurrió en 2008 cuando se publicaron la Ley para el Aprovechamiento de Energías Renovables y el Financiamiento de la Transición Energética y la Ley de Aprovechamiento Sustentable de la Energía y, en 2012, la Ley General de Cambio Climático. La causa fue la misma: las leyes ambientales suelen dejar de considerar el sistema de precios en sus objetivos relevantes y se centran en normas de comando y control de difícil coercibilidad, por lo que las metas de transición a las energías limpias, se enfrentaban a la realidad de la estructura de generación de la CFE basada en el respaldo de energías estables proveniente de la combustión fósil.

Hasta 2014 con la publicación de la Ley de la Industria Eléctrica y sus instrumentos de mercado y con la de la Ley de Transición Energética y sus propuestas e instrumentos de planeación orientados al aprovechamiento sustentable de la energía en el entorno internacional del Acuerdo de París de 2015, las modificaciones a la Ley General de Cambio Climático, en 2018, cerraron el circuito regulatorio concebido desde las reformas a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en 2013, para definir las especificidades ambientales de las cadenas de valor de los hidrocarburos, sus derivados petrolíferos y de la electricidad, en México.

Sin embargo, esas coincidencias no son suficientes para confundir los principios e instituciones de uno y de otro:

- i) La regulación energética se basa en la distinción entre los segmentos sometidos a la competencia y los que se mantienen en el servicio público o bien como actividades permitidas o contratadas;
- ii) La regulación ambiental se basa en la regulación directa, que se desarrolla en disposiciones de comando y de control que no reflejan la lógica de precios por lo que su cumplimiento depende de las sanciones y de los mecanismos compulsorios propios de la fiscalización estatal; y,
- iii) La economía energética está contemplada, directa e inmediatamente en la Constitución, mientras que la ambiental se estructura en leyes

generales que regulan la conservación de los recursos naturales y en leyes sectoriales que regulan el aprovechamiento de éstos conforme al régimen de concesiones, no de competencia.

Por ejemplo, el precio de la energía eléctrica en el mercado se fija conforme a tres factores: el costo de producción (que depende de la tecnología e insumos utilizados), el apalancamiento financiero y la escala. Para el Ambiental, eso es intrascendente porque no le rigen principios de competencia económica, sino de conservación.

Por lo tanto, ambas mantuvieron su objeto de conocimiento bajo diferencias sustanciales en su propia lógica regulatoria hasta 2013: bajo los principios estrictamente ambientales, las pretensiones regulatorias deben buscar la minimización de las actividades humanas susceptibles de afectar al ambiente -en la biosfera y en la tecnosfera- mientras que para el energético la compensación ambiental y social forma parte del modelo de negocios que supone. Habría que agregar, también, que para las actividades energéticas la tecnología de punta es un componente esencial de competencia; para la regulación ambiental ésta- la tecnología- se somete a las prescripciones que las propias partes aprueban en la creación de las normas técnicas que sirven para evaluar su desempeño, dado que el despliegue del Derecho Ambiental es principalmente cuantitativo y se centra en normas de comando y de control para cuyo incumplimiento prescribe sanciones negativas, únicamente.

El punto de encuentro de ambas disciplinas se ha dado, sin duda, en las preocupaciones relativas al calentamiento global, ya que las principales emisiones de los gases de efecto invernadero provienen de la industria eléctrica, es decir, del dióxido de carbono. Podría decirse que las prescripciones originales en materia de atención al calentamiento global se dieron en el ámbito de lo ambiental pero a partir de 2013 la regulación energética las adoptó seriamente en cuanto la transición energética se volvió un tema tecnológicamente robusto, se descentralizó la generación de electricidad y se abarató para hacerla más asequible que la proveniente de fuentes fósiles, por lo que, a partir del despliegue de instrumentos económicos tendientes a corregir las fallas del mercado, ha supuesto una estructura

de incentivos diferentes a los ambientales pero con sus mismas metas: reducir emisiones en la oferta o en la demanda de energía.

Al respecto, Gabriel Quadri anticipaba:

De manera evidente, de acuerdo con las estimaciones de costos más amplias y minuciosas hechas hasta ahora y aquí referidas, es racional y necesario actuar en la mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero. Obviamente, también es imperativo hacerlo de manera eficiente, distribuyendo el esfuerzo de mitigación de la forma más amplia posible a través de sectores económicos y de regiones geográficas, buscando las opciones más baratas y, por tanto, que permitan un mayor crecimiento económico. Teóricamente y en el largo plazo, como todo economista sabe, la búsqueda de eficiencia debe llevar a igualar los costos marginales de mitigación de todos los sectores y países. **Esto sólo puede lograrse a través del mercado**⁸⁷.

La política regulatoria de uno y otro, en sus instituciones y modelos jurídicos han tomado orientaciones diferentes: una se orienta a la economía mixta basada en la atención de necesidades colectivas, es decir, en la noción del suministro propio del servicio público y, recientemente, en el precio, mientras que la otra prescinde de esas consideraciones para privilegiar la generación de bienes públicos, como es la calidad del medioambiente. En ese ámbito, la política y regulación energética crearon en 2013 el Mercado Eléctrico Mayorista donde se permite y obliga, entre otras operaciones reguladas, a realizar transacciones de potencia, Derechos Financieros de Transmisión y Certificados de Energía Limpia, creando un escenario propio para la reducción de emisiones de carbono.

Ello, no pretende sugerir de manera alguna que la regulación energética se haya sobrepuesto a los principios ambientales pero sí concluye que una y otra mantienen diferencias en cuanto a los medios pertinentes para favorecer la migración hacia fuentes limpias de energía ya que una, la disciplina energética, observa la transición como su finalidad más pretendida a través de una estructura de incentivos que reduzcan significativamente los precios, la otra, la ambiental, supone la tutela del

⁸⁷ QUADRI DE LA TORRE, Gabriel. "Calentamiento global, bienes públicos y mercado de carbono", en "Energía el reto". Foreign Affairs en español. Instituto Tecnológico Autónomo de México. Volumen 7, Número 3, Julio-septiembre. México. 2007. p. 123.

derecho a un medio ambiente sano para las siguientes generaciones. “Al examinar las principales corrientes de pensamiento en disciplinas jurídicas, se pretende identificar cuáles son los rumbos que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia han seguido para responder a las necesidades del tiempo presente y, en muchos casos, para anticipar las del futuro previsible”⁸⁸.

2.3.2.4 Derecho Económico.

Es importante distinguir el concepto de Derecho Económico cuyo desarrollo conceptual está asociado a la noción de la intervención estatal en la economía y que es propia del modelo económico de posguerra impulsado por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) para los países en vías de desarrollo como México, del de Análisis Económico del Derecho impulsado por la escuela norteamericana para dilucidar las implicaciones que tienen las normas jurídicas sobre las conductas de los agentes económicos en un entorno de mercado.

Al respecto, el analista Juan Carlos Bayón, explica:

No deja de resultar llamativa la coincidencia en el tiempo-aproximadamente, el comienzo de la década de los setenta- de dos movimientos teóricos que en sus grandes líneas podrían interpretarse como de signo contrario. Mientras la economía de bienestar de raíz neoparetiana entraba en crisis y ello propiciaba el reencuentro de la economía normativa con la filosofía moral y política y la subsiguiente reconsideración global del valor de la eficiencia, en el ámbito de la teoría jurídica (especialmente estadounidense) entró en escena con extraordinaria pujanza una corriente -la del llamado “análisis económico del derecho”⁸⁹.

Me explico: la intervención del Estado en la economía tuvo en México un campo fértil para su desarrollo y justificación conceptual. La posguerra mundial y, en su momento, la guerra de Corea, favorecieron que nuestro país se orientara a la atención de la demanda norteamericana de bienes agrícolas y minerales distraída por su economía de guerra, por lo que ordenamos nuestra Constitución Política para

⁸⁸ VALADÉS, Diego. *op. cit.*, XI.

⁸⁹ BAYÓN, Juan Carlos. “Justicia y eficiencia”, en DÍAZ, Elías y COLOMER, José Luis (eds), *Estado, justicia, derechos*, Alianza Editorial, Madrid, España, 2002, p. 262

juridificar la lógica de ese esfuerzo en torno al párrafo segundo del artículo 131 y, para su reglamentación expedimos la Ley de Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica y la Ley de Industrias Nuevas y Necesarias, como lo veremos en Capítulo subsecuente, con el propósito de fijar la naturaleza y alcance que implicaba transformar nuestro régimen económico liberal -el recogido todavía en el Capítulo de “Garantías Individuales”- en otro de carácter intervencionista que duró hasta 1983, cuando el presidente Miguel de Lamadrid, sensible a la ruina en que había recibido el país después de la nacionalización de la banca en 1982, resolvió adelgazar a su mínimo el gasto público; pagar la deuda pública que amenazaba crear un colapso en los sistemas financieros internacionales; favorecer la inversión privada, nacional y extranjera, liberalizar algunas importaciones y, en general, procurar la liberalización de la economía.

Si para ilustrar esta diferencia entre Derecho Económico y economía del Derecho fuere conveniente recurrir a una puntualización, prefiero la ofrecida por Olivera que dice que “toda norma de derecho económico implica una regla de asignación por parte del Estado que tiene lugar en una situación de concurso (es decir, en una situación en la cual existen una pluralidad de pretensiones sobre un bien y una insuficiencia de dicho bien para satisfacer todas esas pretensiones)”⁹⁰. Aunque, desde luego, esa consideración podría considerarse como amplia para explicar, por ejemplo, el acceso al agua, yo la extendería a la energía y diría que las reglas que justifican la intervención del Estado en el acceso a un bien no pueden hacerse extensivas al suministro energético porque éste -el abasto- responde mejor a la disciplina del mercado que a la asignación administrativa. Los incentivos se alinean más adecuadamente para atender la disposición a pagar que a la intervención directa del Estado que es frecuentemente ineficiente.

Agregaría que esta investigación ha sido exhaustivamente enfática en insistir en dos cuestiones relacionadas de la relación entre Derecho y Economía y, de ésta, derivar comentarios sobre la intervención estatal para proveer bienes privados, como la energía:

⁹⁰ Véase COLOMA, Germán, *op. cit.*, p. 222.

- i) A partir de 1917, el Estado mexicano se concibe como un ente política y naturalmente habilitado para participar en el desarrollo económico y social del país, en función de los principios de dominio directo y de propiedad originaria previstos en su artículo 27. Posteriormente y, por otras razones que ya no subsisten, el 131, párrafo segundo, se convirtió en un referente constitucional que dio inicio a una larga serie de actividades económicas cuya regulación dio origen al llamado Derecho Económico, a base de la regulación directa que se traduce en normas de comando y control, en la que el Estado ejerce el “poder de policía”, definido como un conjunto de limitaciones a las actividades privadas en consideración a razones de interés público.⁹¹;
- ii) Para ello, decidió dejar de lado la regulación de los mercados y optó por intervenir directamente en la economía, ya sea produciendo bienes o prestando servicios dejando a los particulares una participación subsidiaria y desarrollando una burocracia paraestatal con la capacidad necesaria para ello, así como a un modelo informal de planeación centralizada;
- iii) En materia energética, la materia se ha vinculado a la noción de nacionalismo y, de hecho, forma parte, del modelo de Nación que todos los gobiernos posteriores a la expropiación petrolera han venido adoptando para ello, aún incluso en la administración de Peña Nieto que en su propuesta de reforma energética tomaba conceptos y modelos derivados de la expropiación, inclusive, pero dejó varios segmentos a la lógica de la competencia bajo un régimen mixto que incluía las “Áreas Prioritarias”, cuyo control reserva al Estado, con otras donde priva la libre

⁹¹ “Entendida en un sentido amplio, la regulación económica es la actividad por la cual el Estado interviene en los mercados y altera de ese modo el funcionamiento que los mismos espontáneamente tendrían. Entendida en un sentido restringido, sólo comprende actividades de carácter permanente que implican la toma de decisiones que en otros casos serían adoptadas directamente por los agentes económicos privados”. COLOMA, Germán. *op. cit.*, p. 221.

competencia, con lo que se aparta de la regulación directa propia del Derecho Económico⁹²;

- iv) La larga tradición jurídica del Derecho Económico ha gozado de una gran aceptación institucional en el medio público, en tanto que, en su búsqueda pública de los asuntos privados, concede a los operadores políticos enormes márgenes de actuación previstos en normas de derecho público -y a veces privado, también- para buscar satisfacer el interés público sin requerir la participación de los agentes privados;
- v) En las definiciones que la propia Constitución adoptó en el régimen mixto de la energía, los particulares pueden -y deben- ser propietarios de los medios de producción de esta y participar en los tramos de la cadena de valor en que el Estado no puede ser más eficiente porque o no cuenta con la tecnología o bien carece de la flexibilidad propia de los mercados;
- vi) En consecuencia, el modelo de intervencionismo estatal centrado en el control de los medios privados de producción de energía tiene un elemento regulatorio formidable en cuanto a que los recursos energéticos así generados son bienes privados que tienen el carácter de mercancía para los efectos de las leyes que regulan su internamiento y circulación en el territorio nacional, como son la Aduanera, la de Comercio Exterior y la de Impuestos Generales de Importación y Exportación, que se mencionan, independientemente de los permisos requeridos para realizar las actividades a que se refiere el Título Tercero de la Ley de Hidrocarburos.

2.3.2.5 Derecho Fiscal.

Si como Derecho Fiscal fuera aceptable incluir diversos conceptos tributarios que no necesariamente se consideran como impositivos, sino que, en el caso de los

⁹² Por otra parte, en cambio, “regulación indirecta” sería aquella que recurre a instrumentos económicos diseñados para obtener la conducta deseable en función de utilidades determinadas por la disciplina del mercado.

hidrocarburos, tienen otra naturaleza recaudatoria, sería posible centrar mejor nuestra reflexión en las implicaciones que la energía ha representado para la hacienda pública.

Para efectos de este trabajo me parece que lo relevante sería volver a traer la idea que los agentes económicos que operan en el ramo de la energía en el sector de los hidrocarburos están obligados a aportar diversas contribuciones llamadas genéricamente contraprestaciones para los contratos y derechos para las asignaciones, conforme a los cuales pueden realizar actividades de exploración y extracción de éstos, en territorio mexicano y que se encuentran específicamente detalladas en la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, de naturaleza diferente a la legislación impositiva.

Esas contribuciones deben depositarse para su administración y distribución en el Fondo Mexicano del petróleo para la Estabilización y el Desarrollo que es un fideicomiso público cuya institución fiduciaria es el Banco de México y al cual no le son aplicables las reglas generales reservadas para los fideicomisos públicos ya que no se le considera entidad paraestatal.

Los fondos que administra, esencialmente provenientes del *upstream* se destinan a 7 diferentes fondos, en los términos a que se refiere la Ley del Fondo, a semejanza del modelo noruego.

Por supuesto, hablar de Fiscal se puede referir también a las deducciones autorizadas y, al respecto, la Ley del Impuesto sobre la Renta, lleva años considerando que la inversión en energía eléctrica puede significar para el contribuyente una deducción acelerada de activos como sería que éstos no solamente no se incluyeran en la base gravable, sino que pudieran formar parte del componente de deducciones que la disminuyen.

En otros campos, la fiscalidad podría extenderse a procurar conseguir fines extra-fiscales, a fin de que los contribuyentes obtuvieran beneficios tributarios derivados de sus inversiones en activos, por ejemplo, paneles fotovoltaicos que fueran útiles para producir su propia energía eléctrica, en lo que hoy se llama abasto aislado o generación distribuida, la instalación de microturbinas o de motores reciprocantes

capaces de utilizar luz solar, gas natural o biogás para producir energía eléctrica y así varios más.

Para los propósitos de esta investigación no sería necesario entrar al análisis de los conceptos de pago que los contratistas privados deban hacer al fisco federal con motivo del cumplimiento de estos. Bastaría señalar que la base gravable y el objeto de la contribución son agentes económicos que han hecho del comercio su ocupación habitual, por lo que las cargas tributarias asignadas a cada régimen contractual son conocidas y aceptables para ellos.

Una última mención acerca de este tema me obliga a referir la importancia que, como barreras de entrada, podrían tener ciertos ordenamientos que por representar un fuerte carácter impositivo de manera especial, pueden tener relación con la connotación fiscal: las leyes de los Impuestos Generales de Importación y Exportación y la de Comercio Exterior, en cuyo fundamento el Ejecutivo Federal puede regular, restringir o prohibir la circulación comercial de productos energéticos, como pueden ser los petrolíferos.

2.3.3 Las relativas a los alcances de la regulación.

El Derecho Energético, tiene relaciones relevantes con otras disciplinas no jurídicas en atención a su contenido esencialmente técnico y económico bajo cuyos principios fueron adoptadas las instituciones jurídicas conforme a las cuales se procuró la seguridad y suficiencia energéticas.

En nuestro país, la regulación jurídica de la energía -su juridificación- fue concebida como un instrumento ordenador de las relaciones de orden económico de los agentes públicos y privados bajo las reglas del mercado previstas en el ámbito y condiciones que el Estado, por una parte, reservó a éstos en ejercicio de su Facultad Regulatoria prevista en la Reforma energética, y, por la otra, las reglas de derecho según las cuales el Estado, a través de sus Empresas Productivas, Subsidiarias y Filiales, debe actuar en los segmentos de las cadenas de valor que le fueron concedidas como “Áreas Estratégicas”, en cuyo espacio institucional el capital

privado sólo puede participar conforme a otras reglas diferentes a la lógica comercial.

El Derecho Energético, como cualquiera otra de las disciplinas jurídicas, obedece a una serie de principios regulatorios u ordenadores que, al volverse un conjunto complejo y ordenado de normas, conforman un sistema jurídico conforme a cuyos principios y valores se pretende conseguir la conducta institucionalmente esperada.

Al respecto Roldán Xopa apunta:

El derecho a través de sus operadores deónticos, prohíbe, prohíbe, autoriza obliga, establece presupuestos de conducta y sanciones como consecuencia. El orden jurídico, per se, no es progresista ni conservador, son los contenidos normativos los que le dan ese carácter. El derecho se conforma como un vehículo de políticas cuyo signo puede ser diverso. La orientación de conductas como una de las funciones del derecho adquiere un papel sobresaliente cuando se trata de la instrumentación de políticas públicas⁹³

En esta disciplina, esas normas se producen, efectivamente, conforme a determinadas pretensiones en las que la participación privada obedece a la lógica de la rentabilidad de su inversión y, la pública, a la de cumplir con propósitos vinculados con la función pública y la atención de necesidades colectivas. Así, en el campo energético, la conducta de los agentes económicos se obtiene bajo la lógica de la utilidad, pero sin menoscabo de que ello procure los beneficios colectivos obtenidos a través de la competencia para cuyo fin es indispensable la adopción de esquemas dinámicos de desarrollo tecnológico que cada vez más rápido la ciencia aplicada está ofreciendo para abaratar el precio de la energía y, en su caso, la sustituibilidad de las fuentes.

En ese contexto, la producción normativa que da cuerpo al Derecho Energético no tiene, como en otras ramas jurídicas, propósitos de ofrecer bienes públicos procurando la solución de las externalidades negativas, como el Derecho Ambiental o bien la administración eficiente de los ingresos públicos, como el Tributario, ni siquiera la administración racional de los recursos naturales del subsuelo, como el

⁹³ ROLDÁN XOPA, José. "Constitución y mercado". Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Primera edición. México. 2004. p. 52.

minero: su pretensión es que la energía sea asequible y limpia, en función de su valor económico, ya sea que se le considere como insumo o como producto, por lo que se acerca a la instrumentalidad que ofrece la ciencia básica y la aplicada, así como la lógica económica y la financiera: se sobrepone a éstas para crear valor económico a partir de la utilidad en el que la transición energética hacia la descarbonización de la economía es simplemente un modelo de formación originaria de capital y no otra cosa. Ese es su diferenciador más evidente.

Por supuesto, esta perspectiva debe hacerse valer e identificar las interrelaciones con otras disciplinas no jurídicas en función de estos principios rectores que han orientado la política jurídica -liberalizadora- del sector energético⁹⁴ y cuya vigencia aún responde a la validez prevista para el derecho positivo en tanto a que la Constitución no ha sido modificada⁹⁵:

- a) La Reforma en Materia de Energía de 2013, obedeció a un cambio estructural, de época, en la medida que significa la adopción de las medidas de transición pertinentes hacia la descarbonización de la economía como parte de la integración regional con los Estados Unidos en materia de energía y de sus metas y objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero;
- b) La forma de organización social adoptada para provocar y conducir esa migración, implicaba adoptar instrumentos económicos y prácticas de mercado, dado que la regulación directa traducidas únicamente en medidas de comando y de control no tiene la capacidad para generar una estructura eficiente para inducir esa migración, sino que había que hacerlo a través de fórmulas económicas inspiradas en la competencia de los agentes económicos, incluidas como tales las Empresa Productivas del Estado,

⁹⁴ “En consecuencia, “liberalizar” la economía la identificamos con el conjunto de acciones tendientes a la creación de condiciones para la realización de una economía de mercado, y por lo tanto con la preponderancia de sus leyes: oferta y demanda como los reguladores principales de la economía”. *Ibidem*, p. 74.

⁹⁵ “La Constitución es así la norma de derecho positivo, que permite identificar a las restantes como componentes de un orden jurídico y establece su estructura. A partir de este ordenamiento se generan una serie de cadenas de validez (en términos de Raz), que va estableciendo las relaciones de pertenencia, subordinación y regularidad de las normas”. *Ibidem*, p. 54.

Subsidiarias y Filiales en cuanto operan en alguno de los segmentos que quedaron dentro del comercio (generación y comercialización, en el caso de la electricidad y midstream y downstream, en el caso de los hidrocarburos⁹⁶);

- c) La Reforma respondió, también, a cumplimiento de objetivos y metas ambientales y, con ello, al acceso a fondos, inversiones y capital financiero que favorecerían el crecimiento de la economía en su actividad manufacturera;
- d) Los modelos de suministro y de seguridad energética tecnológicamente más eficientes, responden a la adopción de modelos con los que México no cuenta, por ejemplo, para la exploración y extracción de hidrocarburos en aguas profundas y ultra-profundas, y de energía fotovoltaica, eólica y micro-hidráulica, así como modelos de negocio, en el caso de la electricidad;
- e) Los modelos de suministro eléctrico a partir de compañías centralizadas son obsoletos, enormemente costosos y monopólicos, disfuncionales a la realidad económica, por lo que el diseño de mercados competitivos, la fortaleza institucional de los reguladores y el desmantelamiento de monopolios y de oligopolios era indispensable para transitar hacia la revolución industrial basada en el crecimiento del sector servicios.

En ese contexto, quisiera caracterizar algunas de las coincidencias con las disciplinas no jurídicas de cuyos principios y herramientas se adoptaron las figuras instrumentales de la Reforma:

- i) La Economía, en cuanto a que la estructura de la cadena de valor de la energía obedece a la búsqueda de la eficiencia y de la racionalidad económicas: no es posible concebir que para la electricidad el costo de generación y de transmisión sean ajenos a la lógica de los precios y de la competencia, ni tampoco que el costo de exploración y de extracción de hidrocarburos no considere la racionalidad económica determinada en el

⁹⁶ Son las actividades económicas a que se refiere el artículo 1º. del Reglamento de las Actividades a que se refiere el Título Tercero de la Ley de Hidrocarburos.

precio del barril del petróleo en el mercado como corresponde esencialmente a cualquier actividad extractiva.

No puedo dejar de añadir una visión estructural al respecto: la transición a modelos de producción y consumo de energía -de uno centralizado basado en las compañías eléctrica- a otro descentralizado libre de carbono, constituirá un cambio tecnológica, cultural y socialmente equivalente a la primera revolución industrial, toda vez que la energía asequible hará posible el acceso a aplicaciones de negocio quizás aún no conocidas.

Por otra parte, la microeconomía aporta los elementos analíticos y el análisis y determinación de los incentivos conforme a los cuales se producirá la conducta de los agentes económicos individuales y de cómo dicha conducta determina los precios y, en consecuencia, las cantidades de diversos bienes y servicios disponibles en los mercados y las medidas de política que inciden en ello;

- ii) La Ciencia básica, en general, y la Ciencia aplicada, en particular, en tanto que la primera permite que los conocimientos patentables se produzcan y, la segunda, que éstos lleguen al mercado a través de la “destrucción constructiva”⁹⁷, es decir, del escalamiento comercial propiciado por la aplicación industrial del nuevo conocimiento.

En cuanto a la segunda, a la que podríamos llamar propiamente tecnología, hemos dicho que su inserción en las cadenas de valor de la producción se da cuando la estructura de costos vuelve obsoleta la manera de combinar sus insumos intermedios (materias primas, agua y energía, principalmente) y requiere una innovación competitiva y esta se encuentra disponible y agrega valor en el mismo o diverso nicho de mercado (por ejemplo, en el caso de los residuos, para reutilizarlos en otras cadenas de valor diferentes a los que los generaron, como sería el caso de los plásticos);

⁹⁷ En 1942, el economista austriaco Joseph Schumpeter escribió el libro “Capitalismo, socialismo y democracia”, en el que proponía que el Estado debía proponerse incentivar la competencia de innovaciones. “Este proceso de destruir los beneficios de la competencia a base de crear conocimientos superiores pasó a ser conocido con el nombre de creación destructiva”. SALA i MARTÍN, “*Economía liberal para NO economistas y NO liberales*”. Random House Mondadori, México, 2008, p. 80.

- iii) Las Finanzas, en la medida que los modelos de negocios han migrado de la bancarización de activos fijos a la de servicios, es decir, la existencia de diversos flujos financieros que tienen disposición a pagar por el desempeño limpio de la generación y consumo de energía ha habilitado diversos mercados emergentes de créditos de carbono que a su vez inciden en la relación CAPEX-OPEX⁹⁸.

La relación del Derecho Energético con estas disciplinas no jurídicas se explica en función de su materia de regulación -la energía- que es multidimensional en cuanto a su naturaleza económica, ya sea que se le considere insumo o producto pero sujeta a las estrictas leyes naturales, de las que se podría citar al menos la Física o la Química, pero también la Climatología, la Geología, la hidráulica y una amplia gama de disciplinas científicas, como no se observa en otras disciplinas jurídicas, en cuanto a su alcance se refiere.

He querido contribuir a ofrecer un panorama básico sobre los elementos distintivos, conceptos, principios, instituciones y valores jurídicos conforme a los cuales se ha estructurado el Derecho Energético en México. Si bien, en la larga tradición jurídica de nuestro país se produjeron y aplicaron disposiciones de contenido materialmente energético (desde la minería hasta diversas etapas muy relevantes en el constitucionalismo mexicano) lo cierto es que no alcanzan a considerarse cuerpos jurídicos sistematizados y organizados en torno a una política jurídica y a un modelo de política económica, sino solamente patrimonialista. Es hasta 2013 cuando el sistema jurídico empieza a construir una serie de normas de diverso alcance e índole que guardan entre sí relaciones de coherencia en función de la conducta socialmente esperada: el abasto energético asequible y competitivo, como este trabajo se ha propuesto demostrar.

En esa tesitura, el siguiente Capítulo busca identificar los elementos más significativos que sirvan para describir el modelo original de la Reforma Energética basado en la competencia, en los incentivos a la inversión, limpia, en la economía mixta y en la certidumbre jurídica a la inversión privada, así como identificar las

⁹⁸ Gastos de Capital (CAPEX) y gastos de operación (OPEX).

medias institucionales adoptadas y promovidas por esta administración y su impacto regulatorio para alterar el funcionamiento del segmento de las cadenas de valor de la energía (electricidad, hidrocarburos y sus derivados).

CAPÍTULO TERCERO

REFORMA, CONTRARREFORMA Y SEGURIDAD ENERGÉTICAS.

3.1 EL DEBATE. UNA APROXIMACIÓN A SUS TÉRMINOS.

Una investigación académica completa acerca de lo que en su momento significó la modificación a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ⁹⁹ , supone no solamente describirla en cuanto al proceso legislativo y entorno político que la enmarcaron, sino también contrastarla con otros esfuerzos regulatorios de esta administración (2018-2024) que, si bien intentaron infructuosamente regresar a la Constitución a su versión original en esa materia, lograron juridificarse en las leyes sustantivas -de la Industria Eléctrica y de Hidrocarburos- cuyo impacto en el entorno regulatorio y en virtud de este, en la situación de la seguridad energética de México, merece una explicación explícita en tanto que, aunque su eficacia jurídica aún se encuentra pendiente de resolver en virtud de que aún se encuentran en examen por parte de los órganos judiciales, han creado un clima de incertidumbre que ha detenido la inversión privada en energía, especialmente en el sector eléctrico, pero también han incidido en las condiciones de garantía de la disponibilidad de aquélla.

Por ello, en este Capítulo abordaremos tanto la descripción de las consideraciones de carácter conceptual, políticas y económicas cuya coincidencia hizo factible la Reforma del 20 de diciembre de 2013, las objeciones y medios que este régimen ha tenido en cuanto a ella y la naturaleza y alcance de las medidas regulatorias que le ha opuesto, así como la descripción relativa acerca de su incidencia e impacto más

⁹⁹ A riesgo de parecer reiterativo, quiero subrayar que cuando menciono la Reforma Constitucional en Materia de Energía, me refiero a las modificaciones publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 20 de diciembre de 2013.

dañino: la inseguridad energética como resultado de la confrontación de medidas institucionales y jurídicas excluyentes.

En esa tesitura, me parece necesario traer a cuenta algunas premisas cuyo desarrollo será objeto de este Apartado:

- i. La Reforma Energética se dio en el marco de un acuerdo político, económico y social que respondía a la idea de impulsar las reformas estructurales que el país necesitaba, según la clase gobernante que accedió al poder en 2012, por lo que la pertinencia técnica y operativa debe ser objeto de análisis en esta investigación.

Ortega Lomelín, afirma que:

En materia energética, el Pacto por México marca una línea compartida de acciones destacando aspectos como el fomento a la competencia económica en el sector de energía; un desarrollo sustentable que combata el cambio climático; y una reforma energética que sea motor de inversión y desarrollo. Dentro de los “Acuerdos para el crecimiento económico, el empleo y la competitividad”, se estableció que para “extender los beneficios de una economía formada por mercados”, se intensificará la competencia económica en todos los sectores de la economía¹⁰⁰.

- ii. Las objeciones formuladas por esta administración (2018-2014) a la Reforma, se inscriben en una visión ideológica sumamente politizada, de fuerte contenido social y de alcance autoritario, que se traduce en el esfuerzo de regresar la gestión energética a los monopolios estatales de la energía, en los términos jurídicos cuya lógica se explica más adecuadamente por responder al modelo de crecimiento económico de la posguerra, de lo que ha resultado la judicialización de la materia, la coexistencia de diversos modelos jurídicos y la falta de cumplimiento del Estado de Derecho, a partir de la captura al regulador.

Cabe aclarar, que la captura regulatoria o “Captura al Regulador” si bien no es en sí misma una falla del mercado, sí es una intervención nociva de éste en el libre

¹⁰⁰ ORTEGA LOMELÍN, Roberto, “La evolución constitucional de la energía a partir de 1917”, Secretaría de Energía, México, 2016, p. 132.

intercambio de bienes y servicios por las distorsiones que le genera. Consiste en que el sujeto regulado (CFE y PEMEX), instruye al órgano público a cuyo cargo se encuentra garantizar las condiciones técnicas, legales y funcionales de la competencia (Comisión Reguladora de Energía y Comisión Nacional de Hidrocarburos), las medidas conforme a las cuales puede adquirir una ventaja o posición indebidas.

- iii. Aunque en el transcurso de este Capítulo la naturaleza “autoritaria” de la política energética será suficientemente observada podría adelantarse que ese concepto, a diferencia de otras definiciones clásicas, (véase a Juan Linz, por ejemplo) supone un modo de conducción institucional que opta generalizadamente por negarse a obedecer las prescripciones jurídicas vigentes o, incluso, operando de manera claramente opuesta y que, por razones clientelares y distributivas, busca persistentemente su legitimación social.

Los esfuerzos de cambios constitucionales, legislativos, técnicos y/o administrativos que esta administración ha procurado, han respondido a la pretensión de regresar a un modelo de mando o planeación centralizadas, muy diferente al de mercado y cuyos efectos y consecuencias han resultado determinantes en la pérdida de la capacidad del país para disponer de energía de manera ininterrumpida.

- iv. La seguridad energética es la expresión más relevante de la política y de la planeación energéticas. Su existencia y formalización dependen de la interacción de una serie de medidas multidimensionales que obedecen a condiciones tanto endógenas como exógenas. Por la importancia de aquella para la economía del país, los derechos humanos y la transición hacia combustibles y tecnologías más limpias, concederemos un espacio muy amplio para su revisión e implicaciones, en la medida que considero los desajustes estructurales provocados por las modificaciones impulsadas por la Contrarreforma, están muy poco explorados.

Por supuesto, ni en este apartado ni los demás me he propuesto una defensa a ultranza del sistema de mercado, pero sí de su lógica para asignar recursos escasos

mediante la competencia como fue considerado en la Reforma Energética en la que, al mismo tiempo que se desreguló y liberalizó la economía energética para incluir la participación privada en las cadenas de valor, también quedó ampliamente desarrollada la Facultad Regulatoria del Estado, así como su participación en las “Áreas Estratégicas”, cuyo control le fue reservado.

Desde mi perspectiva, la participación privada y la liberalización son medios o instrumentos para llevar la energía hacia el campo de la descarbonización: ésta no sólo es la ruta marcada por el capitalismo como estructura y organización para la producción y el consumo, sino que es indispensable para mitigar el riesgo climático que ahora representa la energía fósil y, en las condiciones estructurales conforme a las cuales operaban PEMEX y CFE, era imposible que se reorientaran espontáneamente hacia la transición.

3.2 LA CONSTRUCCIÓN DE LA REFORMA EN MATERIA DE ENERGÍA. ASPECTOS ESTRUCTURALES.

Como hemos apuntado, la iniciativa de modificación de la gestión y administración de la energía tuvo como propósito “[...] impulsar “una reforma energética que convierta a ese sector en uno de los más poderosos motores del crecimiento económico a través de la atracción de la inversión, el desarrollo tecnológico y la formación de cadenas de valor”¹⁰¹, a través de una re-ingeniería constitucional, legislativa y administrativa de gran alcance que se centró tanto en el desmantelamiento de la dominancia de los monopolios estatales de la energía (Petróleos Mexicanos y la Comisión Federal de Electricidad), las garantías a la competencia a partir del “piso parejo” y en la lógica del mercado.

Para Isaac Katz, existen cinco problemas que toda sociedad debe resolver y para lo cual adopta una forma de organización social conforme a la cual dispone la asignación de recursos escasos -como es la energía- bajo cierto modelo de organización: el tradicional; el mando centralizado; y, el mercado: i) cuáles son los bienes y servicios que se van a producir y qué cantidad de cada uno de ellos; ii) cómo se van a producir esos bienes; iii) cómo se va a distribuir el ingreso producido

¹⁰¹ *Idem.*

en la economía; iv) cómo maximizar el empleo de los factores de producción; y, v) cómo crecer.

En ese sentido, la energía habrá que considerarse como un bien para cuya producción se deben disponer los recursos que se requieran para satisfacer la demanda socialmente efectiva, aunque hidrocarburos y electricidad, para ese efecto, no pueden satisfacer la demanda igual, pues mientras los primeros pueden ser obtenidos del subsuelo e incorporarse al mercado, la segunda debe generarse y consumirse en tiempo real¹⁰². Sin embargo, el propio Katz asegura que: “ninguna sociedad opera con un solo tipo de organización social en su forma pura, conviviendo generalmente los tres tipos, siempre tiende a predominar uno de ellos, lo cual permite caracterizar las diferentes economías”¹⁰³

A ello, habría que añadir que esa decisión debía tomarse en función de la capacidad tecnológica y financiera que ya sufrían tanto Petróleos Mexicanos como la Comisión Federal de Electricidad. Mientras que el primero carecía de tecnología para explorar y extraer hidrocarburos en aguas profundas o ultraprofundas -última opción después del evidente agotamiento del yacimiento Cantarell y la imposibilidad de restituir directamente las reservas probadas y probables del país- el otro organismo no tenía recursos ni técnicos ni financieros para atender la dinámica de la demanda efectiva de electricidad, a razón de por lo menos un 3% anual, de la obsolescencia de su tecnología de generación, de su infraestructura y de la falta de capacidad instalada para generar energía limpia, para lo cual debía recurrir a la inversión privada en condiciones que respondieran a la disciplina del mercado.

Esto fue así porque optar por la descarbonización de la economía, como desde la gestión del presidente Calderón era una clara tendencia de la política energética del país, se había traducido en las Leyes General de Cambio Climático, Aprovechamiento Sustentable de la Energía y de Aprovechamiento de Energías Renovables y Financiamiento de la Transición Energética, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fechas 6 de junio de 2012, 28 de noviembre de 2008,

¹⁰² Al respecto, consúltese KATZ, Isaac, *¿Qué tan liberal es usted?*, Ediciones Coyoacán, México, 2010, pp. 15-22.

¹⁰³ *Ibidem*, p.15

respectivamente, ya era una ruta que perfilaba la regulación de la cadena de valor de la energía que no provenía de los hidrocarburos que se concebía como una condición necesaria para generar electricidad distinta a la del servicio público y que no generaba emisiones de bióxido de carbono, para lo cual los incentivos para favorecer la inversión y desarrollo en la generación de electricidad diferente a la de la Comisión Federal de Electricidad, eran inexistentes.

Lamentablemente, estos ordenamientos nunca fueron cabalmente efectivos y obedecidos en atención a dos circunstancias: por un lado, su fundamento, que al tener pretensiones más ambientales que económicas, no se reflejaba en el sistema de precios, por lo que no quedaba claro cuál era el costo de oportunidad de generarla y aprovecharla, y, por otro, se contradecía con la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, que regulaba la actividad dominante, casi monopólica, en la materia.

Por tanto, se antoja útil inferir una hipótesis acerca de la pertinencia de la Reforma Energética a que me he referido, es decir, del modo y fondo de los términos y de la oportunidad histórica a la que obedeció: sin duda, fue en respuesta a un cambio estructural que supone el tránsito de una época a otra de acuerdo con la lógica de los ciclos largos del capitalismo explicados por Nikolai Kondratieff y por Joseph Schumpeter, cuya pertinencia se caracteriza por tres eventos: la aparición de tecnologías capaces de producir energía eléctrica barata, como es la proveniente de las energías renovables ¹⁰⁴ ; por la incidencia de las energías fósiles en el calentamiento global, como ya ha sido acreditado científicamente con los riesgos climáticos consecuentes; y, finalmente, por el tránsito de la manufactura hacia el sector servicios como motor del crecimiento económico.

Al respecto, se ha dicho:

Schumpeter's contribution examining Long-cycles is obvious. His idea, that innovations to the economy appears in clusters, significantly strengthened the Long-cycles theory. He summarized that the first Long-cycle was mostly influenced by steam engine invention. The

¹⁰⁴ El viento, la hidráulica y la solar, esencialmente, ya que si bien tienen el atributo que comparten con otras al no generar emisiones de carbono, también son las más baratas en función de la tecnología disponible para aprovecharlas comercialmente.

*second Long-cycle was the consequence of wild usage of locomotive and the third long-cycle was caused by electricity. The fourth long-cycle, which followed after WWII, would be possible to describe as oil system and cars caused cycle. Contemporary cycle, which is numbered as the fifth, is caused by IT technologies. We can understand that there are direct relationships between wars and innovations*¹⁰⁵.

Aunque no es materia de la investigación jurídica objeto de este trabajo, es difícil soslayar la vigencia del pensamiento de Schumpeter sobre el desarrollo del modo de producción capitalista y de lo que él denominó “destrucción creativa”, en el que podría ubicarse la sustitución gradual de las fuentes fósiles hacia otras bajas o nulas en carbono, así como el cambio de los medios de producción que ya no necesitaran que la electricidad provenga de compañías centralizadas, como es el caso de la CFE.

Llevar a cabo la Reforma Energética respondió a una tendencia global que ya reconocía no solo el agotamiento del modelo energético basado en la combustión de hidrocarburos, sino en la necesidad de construir una nueva economía basada en la disponibilidad de contar con energía barata producida por el propio consumidor in situ.

Para llevar a cabo esa Reforma, era necesario optar por la planeación centralizada o bien por el mercado y, cualquiera que fuera su orientación y estrategia, no podía llevarse a cabo sin el impulso decidido del Estado.

En cuanto a la primera, lo natural sería que la migración hacia la descarbonización de la energía se encomendara tanto a PEMEX como a la CFE y que en torno a ellos se construyera el esquema logístico y operativo que, bajo la misma idea de servicio público que contemplaba el artículo 27 constitucional adoptado en los años 60, se

¹⁰⁵ “La contribución de Schumpeter al análisis de los ciclos largos es obvia. Su idea que las innovaciones a la economía aparecen en series, fortaleció significativamente la teoría de los Ciclos largos. Resumió que el primer Ciclo largo estuvo principalmente determinado por la invención de la máquina de vapor. El segundo Ciclo largo fue consecuencia del uso intensivo de la locomotora y el tercer Ciclo largo fue causado por la electricidad. El cuarto Ciclo largo, que siguió después de la Segunda Guerra Mundial, sería posible describirlo como un sistema de petróleo y automóviles. El ciclo contemporáneo, numerado como el quinto se debe a las tecnologías de la información. Podemos entender que hay una relación directa entre la guerra y las innovaciones” NARKUS, Sarunas. “Kondatrieff, N. and Schumpeter Joseph A. long-waves theory. Analysis of long-cycle theory”. Universitetet i Oslo. May 2012. p. IV.

hiciera la variación tecnológica que permitiera la reconversión de la planta productiva de la energía eléctrica así como la incorporación de la exploración, extracción, transformación y distribución de hidrocarburos y sus derivados a la descarbonización requerida. Se trataba, en suma, de dirigir todos los esfuerzos de la política y de la planeación energéticas hacia una transición que suponía pasar del uso de energías fósiles a otras renovables, pasando por una energía de transición que podría ser el gas natural.

En la década de los 90, el gas natural fue adoptado como la fuente de energía primaria más importante para la generación eléctrica en México para los ciclos combinados, en atención a su estabilidad ya que permitía utilizar las centrales eléctricas durante 24 horas los 7 días de la semana en tanto no se encontrarán en mantenimiento, lo que resultaba congruente con la lógica del suministro que era, como se dijo, el servicio público. Por otra parte, su combustión genera un 30% menos emisiones de bióxido de carbono que otras fuentes, como el combustóleo y hasta un 50% menos que el carbón.

En cuanto a la segunda, que suponía crear las condiciones efectivas que procuraran la inversión privada en la transición energética era necesario recurrir a mecanismos regulatorios que, basados en la noción de competencia, favorecieran la adopción de las nuevas tecnologías y combustibles más limpios bajo un esquema de incentivos e instrumentos económicos tendientes a corregir las posibles fallas del mercado, evitar intervenciones nocivas de los agentes públicos, dismantelar los monopolios de la energía y, en general, procurar las condiciones jurídicas y materiales del nuevo entorno de transición. Desde luego, las empresas estatales de energía no se encontraban preparadas para competir en todos los segmentos de la cadena de valor, por lo que había que determinar cuáles de éstos deberían mantenerse bajo la responsabilidad exclusiva del Estado. Así como, paralelamente, adaptarlas a la creación de valor económico, es decir, a la búsqueda de utilidades, de tal manera que su régimen jurídico, propio de las entidades paraestatales sujetas a control presupuestario y de poca flexibilidad, se modificara estructuralmente a ese efecto.

Sin separarme de esta idea, quisiera contribuir a explicar la racionalidad de pasar de un modelo jurídico, centralizado, de un absoluto control estatal, a otro que promueve la participación privada, descentralizado, dirigido a la descarbonización del sector energético:

- i) La decisión de modificar la economía energética en México formó parte no solo de una tendencia global preocupada por el riesgo climático sino también por la integración al modelo energético norteamericano, decidido a abandonar en lo posible la economía fósil y desarrollar la infraestructura de fuentes limpias: no hay ninguna duda que, de no alcanzar la meta de reducción de emisiones contemplada en el Acuerdo de París, de 2015, la siguiente generación y, probablemente la actual, se deberán enfrentar riesgos climáticos severos; y,
- ii) La implementación jurídica y funcional de la reforma energética de 2013 ocurrió como una respuesta esencialmente económica, no política¹⁰⁶, frente al agotamiento de los yacimientos de petróleo barato y de la necesidad de atender la demanda agregada de electricidad atribuible no solo a las expectativas de crecimiento económico sino al poblacional también, para lo cual era necesario destinar importantes subsidios y transferencias en atención a la obsolescencia de la tecnología utilizada para generar, la antigüedad de la infraestructura de transmisión y distribución, los gastos de operación y los pasivos laborales, esencialmente.

En el Diario Oficial de la Federación del 11 de agosto de 2014, aparecieron publicadas las nuevas leyes federales y las reformadas para implementar la regulación secundaria de las reformas constitucionales. Se modificó la Ley de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria para cuyo efecto el artículo Cuarto transitorio de esa reforma previó la reducción en un 50 % del pasivo laboral de la Comisión Federal de Electricidad (entre trabajadores activos y jubilados más de

¹⁰⁶ La Contrarreforma energética de 2019-2023 ha tenido la motivación contraria: las iniciativas presentadas para modificar el modelo energético vigente obedecen a una racionalidad política basada en los valores del nacionalismo de la posguerra mundial, según veremos.

120,000 personas) si ésta modificaba su contrato colectivo de trabajo (CCT) con el Sindicato Único de Trabajadores Electricistas de la República Mexicana. Lo mismo propuso en el Tercero Transitorio para Petróleos Mexicanos y el Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana.

Para ese efecto, en 2016 se modificó la Cláusula 69 del CCT con los electricistas a efecto de aumentar la edad y tiempo de servicios para la jubilación y, con ello, reducir la contingencia de ese pasivo. En 2020, fue restituida la cláusula 69 para volver a reducir edad y antigüedad;

- iii) La coincidencia del desarrollo de los nuevos sistemas energéticos (energías renovables, fundamentalmente) que hacen a la electricidad más barata y vuelven sustituibles a los petrolíferos (electricidad, biocombustibles, celdas de combustible, etc.) con los nuevos sistemas de comunicación a través de internet, representan una nueva Revolución Industrial (la Tercera), por lo que las innovaciones técnicas harán necesario e indispensable la producción propia de electricidad, siendo obsoletas las compañías eléctricas centralizadas propias de principios del siglo XX.

Al hablar de la Revolución Industrial (la Primera, desde luego, que tuvo como inicio el siglo XVIII), T.S., Ashton afirma que: “En las industrias que hasta este momento hemos examinado, el incremento de la producción se debió a nuevas formas de energía, a nuevas máquinas o bien, a nuevos conocimientos derivados de las ciencias”¹⁰⁷, tal y como ocurre ahora con las energías renovables, la internet y la Inteligencia Artificial.

- iv) A pesar de tratarse de un proceso de liberalización de la economía de la energía, la intervención estatal no solamente no fue cuestionada sino que desde el principio se le concibió como indispensable para regular a los nuevos mercados, corregir sus fallas y abordar las externalidades ambientales de las emisiones de bióxido de carbono, de lo que se

¹⁰⁷ ASHTON. T.S., “La Revolución Industrial”, Fondo de Cultura Económica, México, Sexta Reimpresión, 1975, p. 96.

derivaron nuevos arreglos institucionales inéditos hasta ese momento, como fueron las Empresas Productivas del Estado y los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética, entre otros.

- v) La pertinencia de una política energética basada en someter a un régimen de competencia a algunos segmentos de la cadena de valor de la electricidad y de los hidrocarburos y sus derivados parecería poner el interés privado por arriba del público (privatización de lo público). Sin embargo, en tanto que esa medida se instrumenta bajo la función regulatoria del Estado, esto es, a una forma de intervención pública en ese entorno económico con el propósito de modularlo, se trata de establecer la primacía de lo público sobre lo privado (publicitación de lo privado)¹⁰⁸.

Habría que añadir que, en función de la naturaleza de la decisión de política energética adoptada al efecto (la transición de la economía hacia energías más limpias y baratas), la solución de mercado era la estrategia más eficiente por la que se hubiera podido optar, ya que no solo había que alinear los incentivos económicos a valorizar financieramente el desempeño bajo en carbono, sino también en desmantelar las estructuras e instituciones que pudieran oponerse a la dinámica de la competencia¹⁰⁹.

La Exposición de Motivos del “Decreto por el que se reforman los artículos 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, fue presentada ante el Congreso de la Unión el 14 de agosto de 2013, con el propósito de revisar tanto el tema de los hidrocarburos como el de electricidad, en consideración al agotamiento del modelo y de los supuestos que vinieron conformando el régimen de explotación del petróleo y del gas natural (con la reforma aprobada se le denominó “extracción”) y de la generación, transmisión y distribución de electricidad

¹⁰⁸ “Los dos procesos, de publicitación de lo privado y de privatización de lo público, de ninguna manera son incompatibles, y de hecho se compenetran uno en el otro”. BOBBIO, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la Política*, Fondo de Cultura Económica, México, Séptima reimpresión, 1999, p. 32.

¹⁰⁹ Katz, afirma que “[...] aunque ninguna sociedad opera con un solo tipo de organización social en su forma pura, conviviendo generalmente los tres tipos, siempre tiende a predominar uno de ellos, lo cual permite caracterizar a las diferentes economías”. KATZ, Isaac, *op. cit.*, 17.

desde la década de los 60 y regresar al esquema de aprovechamiento adoptado por la administración cardenista en el que, unos y otra, admitían la participación de los particulares siempre y cuando ésta se llevara a cabo bajo el control y administración estatal.

La propuesta se soportó en varios ejes estratégicos, cuya justificación y pertinencia se articularon en torno a lo que de ahí en adelante debería concebirse e instrumentarse como política energética a partir de la participación pública y la privada a efecto de garantizar la disponibilidad y suministro de energía dada la incapacidad financiera de CFE y de PEMEX para asumir los costos y mitigar los riesgos financieros derivados de la adopción de las nuevas tecnologías, indispensables para resolver el problema del agotamiento del petróleo de fácil acceso y de la búsqueda y aprovechamiento de yacimientos de gran complejidad respetando el régimen de propiedad de la Nación, así como de agregar energías renovables a gran escala al Sistema Eléctrico Nacional sustituyendo la energía fósil como fuente primaria en el producción de electricidad y atender con un costo más bajo la demanda agregada de ésta, a razón de un 3% anual por lo menos, a saber: i) Fortalecimiento del papel del Estado como rector de la industria petrolera; ii) Crecimiento Económico; Desarrollo Incluyente; iii) Seguridad Energética; Transparencia; y, iv) Sustentabilidad y Protección del Medio Ambiente.

La propia Exposición manifestó, en cuanto a electricidad se refiere:

La organización de la industria eléctrica concebida a principios del siglo XX plantea un enorme reto para armonizar los objetivos de electrificación y abasto a precios competitivos, con el establecimiento de mecanismos adecuados de sostenibilidad y protección al medio ambiente. En materia de electricidad esta reforma tiene como propósito reducir los costos de producción y las pérdidas técnicas y no técnicas a fin de disminuir las tarifas eléctricas y prevenir la pérdida de patrimonio y descapitalización de la CFE así como diversificar la matriz de generación para hacerla más limpia y flexible¹¹⁰.

En cuanto a hidrocarburos expresó que:

¹¹⁰ Exposición de Motivos del proyecto de Decreto por el que se reforman los artículos 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, de fecha 12 de agosto de 2013, recibido por la Cámara de Senadores el 14 de agosto del mismo año, p. 20.

Si bien en su contexto histórico existieron razones para que en 1958 se estableciera que la explotación de la Nación se llevara a cabo sólo a través de Petróleos Mexicanos, la explotación se daba en esa época en condiciones muy diversas a las actuales, partiendo en principio de que se trataba de la explotación convencional del petróleo. Sin embargo, como ya se mencionó, el petróleo de fácil acceso se está agotando y cada vez son mayores los desafíos que se enfrentan para su explotación, entre ellos altos riesgos, grandes inversiones, alta capacidad operativa y la necesidad de recursos tecnológicos cada vez más desarrollados.

En el contexto actual, la imposibilidad de que la Nación pueda aprovechar en sus actividades de exploración y extracción, la participación de particulares, a través de contratos, los cuales podrían aportar precisamente las altas inversiones requeridas, los recursos tecnológicos y la experiencia, así como compartir riesgos, constituye una barrera injustificada que la coloca en desventaja respecto de los demás operadores y que le impide aprovechar en forma óptima sus propios recursos en beneficio de los mexicanos¹¹¹.

Así, la propuesta de Reforma debía partir de identificar el modelo regulatorio pertinente para llevar a cabo esa nueva política y desarrollar: la adopción de un nuevo marco jurídico, el arreglo institucional pertinente para organizar la Administración Pública a ese efecto, el diseño de mercado que distinguiera las actividades que conviniera someter a un régimen de competencia y aquellas que no y los acuerdos políticos que permitieran cumplir ese propósito, para lo cual era necesario liberalizar, desregular, subsidiar, inhibir, prohibir y promover diversos cambios aspectos estructurales de todo el sistema energético.

3.2.1 La fórmula jurídica.

La juridificación de esa iniciativa de política energética significaba una decisión política fundamental, por lo que la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos también requería derivar de ésta la construcción de las instituciones y fórmulas jurídicas secundarias, permanentes y transitorias, que

¹¹¹ *Ibidem*, p. 11.

permitieran las condiciones jurídicas y materiales que permitieran hacer efectiva la modificación constitucional propuesta¹¹².

Después del proceso de discusión legislativa a la cual habría que añadir los 21 artículos Transitorios del Decreto promulgatorio correspondiente, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su parte conducente quedó modificada para incorporar en su texto la modernización energética, para cuyo efecto se reformaron los párrafos cuarto, sexto y octavo del artículo 25; el párrafo sexto del artículo 27; los párrafos cuarto del artículo 28; y se adicionaron un párrafo séptimo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 27; un párrafo octavo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 28, publicándose en el Diario Oficial de la Federación del 20 de diciembre de 2013.

A efecto de reglamentar las reformas, se adoptaron diferentes esquemas de regulación que fueron recogidos en 10 nuevas leyes federales y en la modificación de otras 12, así como en 24 reglamentos y un sinnúmero de disposiciones administrativas, de las cuales es innecesario entrar a una descripción particular salvo que más adelante sea útil para evidenciar la congruencia de alguna de éstas con los propósitos que animaron la Reforma en Materia de Energía, toda vez que ese flujo regulatorio únicamente ha perseguido ajustar el marco normativo a la nueva realidad de la energía en México, por lo que sus prescripciones obedecen a la liberalización y desregulación de ésta.

Ello, no significa que sea ocioso el análisis particular de tales normas, pero revisar cada una de ellas significaría un trabajo innecesario en la medida que el modelo regulatorio se desplegó conforme a la misma política jurídica: la liberalización. Por ello, en este apartado me limitaré a las reformas constitucionales en atención que aún permanecen intocadas y que siguen significándose como la juridificación de la voluntad superior de modernizar el régimen jurídico de la energía, incluyendo los Transitorios.

¹¹² Como afirmó Ferdinand Lasalle: “Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder [...]”. LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Ediciones Coyoacán, Décima Segunda reimpresión, México, 1994, p. 75.

La regulación energética en México se encuentra judicializada, como expusimos en Capítulos precedentes. La validez formal y material de los Transitorios no se ha hecho valer judicialmente, pero en la medida que los actos del Ejecutivo transgreden directamente las propias prescripciones que en éstos se reservaron por el Poder Constituyente a las leyes secundarias derivadas de la reforma, su vigencia se actualiza.

El régimen de economía mixta en materia energética quedó formalizado modulando la participación privada en las “Áreas Estratégicas” reservadas a algunos segmentos de las cadenas de valor de los hidrocarburos y la electricidad, a través de contratos, como en el reconocimiento expreso a los términos que quedó sujeto el espacio que corresponde a la intervención estatal en la economía, así como su connotación de cuidado medioambiental y sustentable.

Esa participación de actividades público-privadas constitucionalmente acotadas fue acompañada de la transformación de la Comisión Reguladora de Energía y de la Comisión Nacional de Hidrocarburos en Órganos reguladores Coordinados en Materia Energética y de su reconocimiento -que no su autonomía- a nivel constitucional, así como de la mutación de los monopolios naturales PEMEX y CFE, en Empresas Productivas del Estado con el mandato de crear valor económico y competitividad para éstas, como si se tratara de agentes económicos privados.

Bajo la lógica del modelo era perfectamente admisible que, si aquéllas eran transformadas en agentes económicos sujetos a un régimen de competencia, su participación en los segmentos de la cadena de valor afectos a ésta, fuera equivalente en cómo operaría para cualquier privado.

En efecto, en el diseño de construcción de organizaciones e incentivos para liberalizar la economía energética, favorecer la eficiencia de asignación de recursos públicos, conceder garantías de seguridad jurídica a los inversionistas y, en general, adaptar la economía a una nueva realidad institucional, había que rediseñar cualitativamente al aparato administrativo del Estado y orientarlo a una fórmula de participación que, en el ámbito energético, le era totalmente ajena -la competencia- en un entorno donde históricamente la CFE y PEMEX habían sido agentes

económicos dominantes y a los cuales había que establecerles regulación asimétrica.

La regulación asimétrica se observa claramente en algunas reglas de derecho previstas tanto en las leyes sustantivas (de la Industria Eléctrica como de Hidrocarburos) como en las leyes orgánicas de PEMEX y de CFE. Son medidas jurídicas que establecen prohibiciones, obligaciones de hacer y no hacer, prestar y tolerar para los agentes económicos que, por su posicionamiento en un mercado, tienen la capacidad de operar con ventajas, crear distorsiones en los intercambios e, incluso, fijar los términos de éstos.

Por eso, era vital que los Reguladores fueran robustos y se adaptaran a nuevas facultades cuasi- ejecutivas, cuasi-legislativas y cuasi-jurisdiccionales que les permitieran cumplir con la Función Reguladora del Estado, a fin de que ésta ajustara la dinámica del mercado, por cuanto a generación y comercialización de electricidad se refería, como a las actividades logísticas y comerciales propias del midstream y del downstream, como los definimos en Capítulos anteriores.

Sin duda, la naturaleza de los nuevos Reguladores no podía explicarse bajo la clasificación doctrinal de esa época: si bien forman parte de la Administración Pública Centralizada, tienen personalidad jurídica propia y además de los recursos presupuestales que les son asignados, pueden obtener ingresos propios (derechos y aprovechamientos) por los servicios que prestan. Por eso, sin duda, su captura por los sujetos regulados, PEMEX y CFE, forma parte de las medidas administrativas que han puesto barreras de entrada a la competencia y participación privada en la gestión energética, haciendo disfuncional la disciplina del mercado como ámbito de actividad de los participantes de los mercados energéticos.

3.2.2 La dinámica parlamentaria.

La reforma a la Constitución aprobada no fue la misma que propuso la Iniciativa presentada el 14 de agosto de 2013, por las razones que veremos más adelante. Aquella incluyó también modificaciones al artículo 25 del texto constitucional como

ya quedó transcrito en el apartado anterior, lo que no estaba originalmente considerado.

Lo relevante, sin embargo, es que la propuesta inicial se centró en retomar el modelo cardenista de aprovechamiento del petróleo y el de la electricidad, en la medida que ambos permitían la participación privada:

- i) En materia de petróleo se prohibía el otorgamiento de concesiones y se dejaba a la legislación secundaria los términos en que podía hacerse el aprovechamiento de los hidrocarburos¹¹³.

El artículo 7º. de la Ley permitía que los particulares participaran mediante contrato en la exploración y explotación de los carburos de hidrógeno, mediante compensaciones en efectivo o equivalentes a un porcentaje de los productos que se obtuvieran. Esa condición se mantuvo hasta la nueva Ley Reglamentaria, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 29 de noviembre de 1958, según la cual la participación privada quedó limitada a los contratos de obra y de prestación de servicios para Petróleos Mexicanos.

En esos términos, la participación privada podía darse mediante contrato, siempre y cuando se tratara de nacionales o de sociedades constituidas íntegramente por personas de nacionalidad mexicana, de lo que se infiere que para Cárdenas no necesariamente debía impedirse la participación privada en la materia siempre y cuando ésta no fuera extranjera.

De alguna manera, consideraba que el Estado no estaba en la capacidad de abordar solo el aprovechamiento de esos productos.

- ii) En el campo de la electricidad, en virtud que el artículo 27 de la Constitución federal no establecía una prohibición expresa al respecto, los particulares podían participar en la generación, transformación, distribución, exportación, importación, compraventa, utilización y consumo de energía eléctrica ésta mediante concesiones o permisos,

¹¹³ Tanto la modificación al párrafo sexto del artículo 27 constitucional, como su ley secundaria (Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia de Petróleo), fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 9 de noviembre de 1940 y son posteriores a la expropiación petrolera.

dependiendo de la distinción que, al efecto hacía la Ley de la Industria Eléctrica¹¹⁴.

La participación privada en la materia debía complementarse con la de la Comisión Federal de Electricidad que, si bien era estrictamente un cuerpo colegiado creado y regido por su propia Ley, publicada en el Diario Oficial del 24 de agosto de 1937 e integrada de manera tripartita por 3 miembros (el titular de la Secretaría de la Economía Nacional quien la presidía, un Vocal Ejecutivo y un Vocal Secretario designado por el Presidente de la República) tenía por objeto organizar y dirigir un sistema nacional de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica basado en principios técnicos y económicos, sin propósitos de lucro.

Al efecto, el Ejecutivo propuso modificar el párrafo sexto del 27 y el párrafo cuarto del 28, en su parte conducente, en los siguientes términos¹¹⁵:

Artículo 27. [...]

[...]

[...]

[...]

[...] 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. Corresponde exclusivamente a la Nación el control del **sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica**; en dichas actividades no se otorgarán concesiones, sin perjuicio de que el Estado pueda celebrar contratos con particulares en los términos que establezcan las leyes, mismas que determinarán la forma en que podrán participar en las demás actividades de la industria eléctrica.

[...].

Artículo 28. [...]

¹¹⁴ Este ordenamiento fue publicado en el Diario Oficial de la Federación del 11 de febrero de 1939.

¹¹⁵ Decidí transcribir literalmente la propuesta porque la reforma aprobada tuvo modificaciones relevantes, incluyendo lo relativo al artículo 25 cuya modificación no estaba prevista originalmente en la Iniciativa.

[...]

[...]

[...] Tratándose de **electricidad, petróleo y demás hidrocarburos**, se estará a lo dispuesto por el artículo 27 párrafo sexto de esta Constitución.

[...]

[...].

Desde luego, no pasa desapercibido que la propuesta del presidente Peña Nieto buscaba recuperar la participación privada en el aprovechamiento de la energía subrayando las semejanzas que la iniciativa tenía con las del modelo cardenista en relación con la realidad energética del país y su necesidad de adecuarla al tránsito ordenado de una economía fósil a otra baja en carbono que ya se hacía evidente a nivel geopolítico.

Si bien esa tendencia quedó jurídicamente reflejada en la reforma publicada el 20 de enero de 2013, también hacía falta reflejar y definir lo estrictamente público frente a ese nuevo espacio de lo privado, por lo que, a petición de la fracción panista, como veremos, se agregó al debate la pertinencia de distinguir lo que se mantenía como un espacio reservado en exclusiva para el Estado y aquél en que coexistiría con el ámbito de lo privado dado el régimen de economía mixta reconocido en el artículo 25 del capítulo económico de la Constitución federal.

La iniciativa fue mejorada, sin duda, en el transcurso de la deliberación parlamentaria, para quedar como se publicó en el Diario Oficial de la Federación, incluyendo no sólo un régimen de economía mixta público-privada, sino también nuevas formas de organización administrativa inéditas hasta ese momento en nuestra literatura administrativa, como son los órganos Reguladores Coordinados y las Empresa Productivas del Estado y un nuevo Fideicomiso en el Banco de México creado para administrar los ingresos derivados de la renta petrolera, a los que haremos mención en el siguiente apartado.

No vendría al caso entrar a detalle en la inserción del Capítulo Económico de nuestra Constitución con los artículos 25, 26, 27 y 28, promovido por Miguel de la Madrid en febrero de 1983, en el contexto de la gran crisis económica con que

recibió al país y la consecuente reacción de los organismos financieros internacionales que, en los términos del Consenso de Washington y del GATT (Sistema General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio), que obligaron a reducir el gasto público y a favorecer la inversión privada, que, para participar, reclamaba las garantías institucionales que le dieran certidumbre a sus inversiones. Desde luego, todo esto como preámbulo al posterior Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), al que nos referiremos en el Capítulo final de este trabajo de investigación.

Habría que recordar, sin embargo, que en ese contexto se constitucionalizaron los conceptos “sector público”, “sector social” y “sector privado”, así como los de “Áreas Estratégicas” (de participación exclusiva del Estado sin constituir monopolios) y “Áreas Prioritarias (actividades relevantes para el crecimiento económico en los que podía participar conjuntamente con los otros sectores económicos o mediante organismos o empresas públicas), lo que constituyó un marco previo a las instituciones que se construyeron con motivo de la Reforma en Materia de Energía.

Fue la fracción del Partido Acción Nacional la que ya había propuesto desde julio de 2013, la inclusión de artículo 25 en la Iniciativa, afirmando que:

Los retos que se tienen en materia de desarrollo de los hidrocarburos, abastecimiento de la energía eléctrica y combate al cambio climático son desafíos que rompen los paradigmas que han dominado hasta ahora e debate nacional. Estos retos deben atenderse con premura y con acciones contundentes, realizando cambios estructurales y de diseño institucional, a través de una reforma integral que recoja los objetivos que deben estar contemplados en toda política energética moderna: seguridad de suministro, competitividad, sustentabilidad y viabilidad fiscal. La iniciativa considera que el país requiere de un cambio profundo en el modelo de gestión y organización del sector energético en su conjunto, pues el actual llegó a su límite y se encuentra en franco agotamiento¹¹⁶.

Por su parte, correspondió al Partido de la Revolución Democrática la Transición Energética, el fortalecimiento de la Comisión Reguladora de Energía y de la Comisión Nacional de Hidrocarburos y “...Constituir una nueva categoría en la

¹¹⁶ ORTEGA LOMELÍN, Roberto, *op. cit.*, p. 140.

administración pública federal destinada a organismos productivos como PEMEX y CFE, cuya naturaleza no corresponde con funciones de índole administrativos, y que requieren ser tratados como empresas públicas”¹¹⁷, de lo cual se derivaron varias medidas institucional y orgánicamente necesarias como fue la inclusión en el texto sustantivo de la Constitución a los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética y a las Empresas Productivas del Estado.

Con esa dinámica, el Congreso de la Unión tomó partes de las iniciativas partidistas para formular una propuesta de reformas a la que añadieron 21 artículos Transitorios, en los cuales establecieron los límites, alcances, naturaleza y prescripciones conforme a las cuales fueron limitando y modulando las leyes secundarias que la Reforma requería.

Si bien, todo ello es de suma importancia para entender el modelo jurídico que se construyó a partir del propósito de liberalizar la economía de la energía; dismantelar los monopolios estatales; mantener los espacios exclusivamente públicos reservados al Estado en las cadenas de valor; fortalecer la Función Regulatoria del Estado, construir el ámbito para la competencia y el intercambio que permitiera reducir los precios de la energía y aumentar su oferta bajo la disciplina del mercado; particularmente la de bajo costo y limpia; subrayar el régimen de propiedad originaria de los recursos naturales del subsuelo; y, en suma, transitar hacia un esquema de energía asequible, barata y limpia, a una economía baja en carbono, prefiero hacer algunas referencias cuando más adelante aborde la Contrarreforma.

Como se mencionó en Capítulos anteriores, el régimen de artículos transitorios del Decreto de Reformas significa una instrucción técnica permanente y obligatoria para el Poder Constituido y se vuelve vigente en la medida que sus previsiones son desacatadas institucionalmente, a pesar de que su obligatoriedad quedó contemplada en las leyes secundarias y sus Reglamentos y, pese a ello, no son acatadas. Apuntaría desde ahora, que estamos en presencia de una “Constitución de Papel” a que se refería Lasalle, por lo que no entraré a ese análisis.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 141.

3.2.3 La orientación estratégica.

Sin duda, una Reforma de esta magnitud no podía efectuarse si no de una manera elaborada y compleja. De ello, lo más complicado era diseñar y construir jurídicamente el andamiaje de nuevas figuras administrativas cuya naturaleza obedeciera a los propósitos de ésta, aunque no estuvieran contempladas en las figuras publi-administrativas reconocidas tradicionalmente por nuestra administración pública que, en la lógica del servicio público y del intervencionismo estatal tenía una gran tradición recibida tanto de la influencia francesa como de la escuela norteamericana, pero que no estaba preparada para participar activamente en los mercados regulados sujetos a la competencia, por un lado, y, por otro, intervenir activamente como regulador.

Las fórmulas adoptadas, según vimos en el diseño constitucional, fueron recogidas y desarrolladas por las leyes secundarias según la orientación y límites de los artículos Transitorios del Decreto de promulgación, como precisé con anterioridad, por lo que me propongo encontrar y recoger de éstos los términos e instituciones que el Constituyente previó para enmarcar la nueva política energética y que han sido afectados por las medidas regulatorias de la Contrarreforma.

Para ese efecto, clasificaré en tres apartados esa distinción. Mi propósito es evitar transcribir los dispositivos más significativos de cada ley o reglamento, porque además de que algunas de las instituciones del modelo de liberalización se distribuyen en varios ordenamientos sería muy difícil aislarlos de las pretensiones específicas de regulación que les dieron origen, por lo que prefiero agruparlos y, así, distinguir si su propósito es favorecer u organizar el mercado, regularlo o corregir sus fallas.

Esta distinción es relevante en función de las principales premisas que hemos adoptado para desarrollar esta investigación: en el régimen de economía mixta que suponen las modificaciones constitucionales, la regulación estatal o bien es orgánica y tiende a establecer la estructura y funciones de las Empresas Productivas del Estado y sus Subsidiarias así como la de los Órganos Reguladores

o bien busca alinear los incentivos hacia la eficiencia económica pretendida por los mercados o la corrección de las fallas de éstos.

Ello, en atención a las observaciones de Katz que hablando de la organización social basada en la oferta y la demanda de bienes o servicios e identificada como mercado, advierte que su espíritu es que la búsqueda de maximización del bienestar individual conseguirá maximizar el bienestar social siempre y cuando no se presenten circunstancias que puedan alterar la dinámica del intercambio -llamadas "fallas de mercado"- cuya corrección corresponde al Estado. También se requiere que la intervención del gobierno no genere distorsiones perjudiciales para el mercado, tales como control de precios, subsidios, barreras de entrada, incentivos ocultos, asimetría de la información, etc.¹¹⁸.

Asimismo, Katz afirma:

En el sistema de mercado la propiedad de los medios de producción es privada y son los propios agentes económicos quienes toman la decisión de cómo asignar los recursos, ya sean el capital físico, la tierra o el propio capital humano, siendo marginal la participación del gobierno en la economía, aunque como se señalará más adelante, el gobierno tiene un importante papel que jugar en este tipo de economía, principalmente en lo que se refiere a la provisión de bienes públicos y la corrección de las externalidades¹¹⁹.

Como lo veremos más adelante, al hablar de la Contrarreforma y sus implicaciones en la seguridad energética de México a que se refiere este Capítulo, es indispensable distinguir "[...] entre las fallas que naturalmente ocurren en la economía por las características propias de los bienes y las distorsiones en los mercados que introduce el gobierno y que generan que el mercado no opere eficientemente. No distinguir entre una falla y una distorsión de mercado puede derivar en una fuente de intervencionismo adicional del gobierno, hecho que a su vez agrava las distorsiones".

Cabría agregar que el diseño de un mercado se encuentra sometido a ciertas reglas que buscan concebir los términos e instituciones que procuren los incentivos

¹¹⁸ KATZ, Isaac, *op. cit.*, p. 22.

¹¹⁹ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 19.

adecuados para favorecer la producción y consumo de los bienes o servicios que una sociedad demanda, por lo que no hay reglas para llevarlos a cabo de manera inequívoca.

En el caso de la Reforma en materia de Energía en México, además de considerar en qué condiciones la inversión privada pudiese llegar a interesar en participar en el sector en el contexto de un régimen energético ideologizado, remendado, complejo e históricamente asociado al nacionalismo revolucionario de principios del siglo XX, de la expropiación petrolera y la estatización de la industria eléctrica de 1938 y 1960, respectivamente, había que negociar con las diferentes expresiones políticas los términos en que la aceptación de la procedencia de la iniciativa no deteriorara su base social o electoral.

Para ese efecto se recurrió a una línea metodológica que, al mismo tiempo que propuso dismantelar los monopolios estatales de la energía para someterlos a un régimen de competencia, se desplegaran jurídicamente las instituciones que tendrían como finalidad que las cadenas de valor de la energía -electricidad e hidrocarburos- respondieran en lo conducente a la disciplina del mercado, con excepción de aquellas que quedaron reservadas al Estado como “Áreas Estratégicas”.

Por ello, el diseño de las reglas de mercado conforme a las cuales fueran a desenvolverse los agentes económicos privados y los públicos fue de la mayor relevancia, para evitar que éste fuera causa de fallas o bien en su desarrollo faltara capacidad de corregirlas, en su caso¹²⁰.

Para varios autores,

El diseño de mercados consiste en la especificación de normas detalladas que habitualmente se analizan mediante lo que antes se llamaba teoría de juegos no cooperativos. El análisis se centra en los

¹²⁰ “El diseño de mercados es el término que se utiliza para referirse a un creciente cuerpo de trabajo, que también podría llamarse “ingeniería microeconómica”, y a la investigación teórica y empírica motivada por ella. [...] Con frecuencia, al tratar de predecir quién hará qué y qué pasará en los mercados, los economistas los ven como algo determinado. En cambio, el diseño de mercados no los ve como algo determinado, sino que combina los enfoques de la teoría económica y la teoría de juegos con el sentido común y las lecciones aprendidas...”. ROTH E. Alvin, BOLTON, Gary E. y KLEMPERER, Paul, *Diseño de mercados*, Fondo de Cultura Económica, México, 2014, p. II.

incentivos para el comportamiento individual en un entorno particular establecido y sus consecuencias.

Un tema organizador menos formal relacionado con esto es que si un mercado pretende tener éxito, tiene que haber un equilibrio entre su comportamiento y las normas, así como entre las oportunidades (no modeladas) y el comportamiento fuera de él, en el que dependiendo de cómo funcione, tenga sentido para los participantes entrar en él y participar. Al respecto, la experiencia sugiere que podemos empezar a diagnosticar si un mercado funciona bien o mal al examinar qué tanta “densidad” ofrece, qué tan bien lidia con la “congestión” y qué “tan fácil y seguro” es participar en él (cf. Roth, capítulo I)¹²¹.

Con esas aclaraciones, propongo la siguiente clasificación de las instituciones contempladas con fines regulatorios en las diferentes leyes y reglamentos publicados para fijar las reglas de funcionamiento de la Reforma Energética, en la inteligencia que se trata de distinguir entre aquellas actividades sujetas a la competencia, de las que no lo están por estar relacionadas con las que corresponden al sector público de manera exclusiva¹²²:

PARA FAVORECER LA COMPETENCIA.

i) En materia de electricidad

- i.1) Subastas de Largo Plazo;
- i.2) Estricta separación legal, contable, funcional y operativa de la Comisión Federal de Electricidad;
- i.3) Transformación de CFE en Empresa Productiva del Estado;
 - i.3.1) Reducción de pasivos laborales contingentes;
- i.4) Creación de Empresas Subsidiarias, Filiales y Vehículos de Propósito Especial (SPV);
- i.5) Transformación del Centro Nacional de Control de Energía en organismo descentralizado;

¹²¹ *Ibidem*. pp. 12 y 13. Cabe aclarar que Alvin E. Roth profesor de la Universidad de Stanford, obtuvo el Premio Nobel de Economía por trabajos relacionados con el funcionamiento de los mercados en la práctica.

¹²² Como lo anticipé, es posible que esta postura metodológica deje fuera de las clasificaciones propuestas a alguna operación o variable o, incluso, a ubicar de manera distinta a varias actividades análogas, pero resultará muy útil para evitar referencias innecesarias o excesivamente detalladas respecto del contenido de las leyes, reglamentos o Disposiciones Administrativas de Carácter General.

- i.6) Acceso Abierto y no indebidamente discriminatorio;
 - i.7) Permisos en materia de generación y comercialización de energía eléctrica
 - i.8) Reglas del Mercado Eléctrico Mayorista:
 - i.8.1) Transacciones reguladas en compra-venta de electricidad;
 - i.8.2) Participantes;
 - i.8.3) Precio Marginal Local;
 - i.8.4) Derechos Financieros de Transmisión;
 - i.8.5) Servicios conexos;
 - i.8.6) Servicios asociados;
 - i.9) Descentralización de la generación de electricidad;
 - i.9.1) Generación distribuida;
 - i.9.2) Abasto aislado;
 - i.10) Criterios de preferencia en el despacho eléctrico;
 - i.11) Instalación de capacidad;
 - i.12) Segmentación del mercado en función con el suministro;
 - i.13) Segmentación del mercado en función del usuario;
 - i.14) Retorno Objetivo, en materia de electricidad;
 - i.15) Dividendo Estatal.
- ii) En materia de hidrocarburos.**
- ii.1) Rondas para licitación de Contratos de Exploración y Extracción;
 - ii.2) Transformación de PEMEX en Empresa Productiva del Estado.
 - ii.3) Transformación, reorganización y creación de Empresas Productivas Subsidiarias de PEMEX.
 - ii.4) Creación del Centro Nacional de Control de Gas Natural;
 - ii.5) Acceso abierto y no indebidamente discriminatorio;
 - ii.6) Permisos en materia de hidrocarburos y sus derivados;
 - ii.7) Migración de Asignaciones petroleras hacia Contratos de Operación Conjunta en Exploración y Extracción;
 - ii.8) Sistemas Integrados de transporte por ducto o de almacenamiento;

PARA LLEVAR A CABO LA PARTICIPACIÓN ESTATAL, EN UN AMBIENTE SIN COMPETENCIA.

- i) En materia de electricidad:
 - i.1) Constitución de Empresas Productivas Subsidiarias de Transmisión y Distribución;
 - i.1.1) Inversión en infraestructura;
 - i.1.2) Contratos de obra o de servicios con participación de particulares;
 - i.2) Ingresos recuperables para los Suministradores Básicos;
 - i.3) Fondo del Servicio Universal Eléctrico;

i.4) Retorno Objetivo;

ii) En materia de hidrocarburos.

ii.1) Asignaciones;

ii.2) Constitución de Empresas Productivas del Estado y Empresas Productivas Subsidiarias de PEMEX;

ii.2.1) Régimen especial en materia presupuestaria, control, control, responsabilidades y gasto;

ii.2.2) Reducción de pasivos laborales;

ii.2.3) Ingresos recuperables para los Suministradores Básicos (CFE)

ii.3) Regulación de contratos petroleros;

ii.3.1) Contribuciones tributarias diferentes a los impuestos;

ii.4) Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo;

ii.5) Zonas de Salvaguarda en materia de hidrocarburos;

ii.6) Suspensión de actividades permitidas en materia de hidrocarburos.

PARA PREVENIR Y/O CORREGIR FALLAS DE MERCADO.

i. En materia de electricidad.

i.1) Fortalecimiento de la Comisión Reguladora de Energía;

i.2) Contenido Nacional Obligatorio en las cadenas de proveeduría de electricidad;

i.3) Preferencia del despacho eléctrico en función de su costo de producción;

i.4) Planeación y control del Sistema Eléctrico Nacional;

i.5) Estrategia de Transición para promover el uso de tecnologías y combustibles más limpios;

i.5.1) Reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, en la generación de electricidad;

i.6) Permisos y autorizaciones de generación y comercialización de electricidad;

i.7) Reducción de emisiones de gases de efecto invernadero en la exploración, extracción, refinación y procesamiento de hidrocarburos;

i.8) Regulación de contratos petroleros;

i.9) Certificados de Energías Limpias (CEL"s);

i.10) Uso y ocupación superficial de la tierra;

i.10.1 Contraprestaciones;

i.10.2 Indemnizaciones;

i.10.3 Consulta indígena, Evaluación del Impacto Social y Evaluación del Impacto Ambiental;

i.11) Programas indicativos para la instalación y retiro de centrales eléctricas;

i.12) Contratos de interconexión;

i.13) Medidas relativas a la Calidad, Confiabilidad, Continuidad y Seguridad del Suministro Eléctrico;

i.14) Intervención, ocupación temporal y requisa de activos de permisionarios;

i.15) Sanciones, en general.

ii. En materia de hidrocarburos.

ii.1) Fortalecimiento de la Comisión Nacional de Hidrocarburos y de la Comisión Reguladora de Energía;

ii.2) Regulación de contratos petroleros;

Contenido Nacional Obligatorio en las cadenas de proveeduría de hidrocarburos;

- ii.3) Estrategia de Transición para promover el uso de tecnologías y combustibles más limpios;
- ii.4) Reducción de emisiones de gases de efecto invernadero en la exploración, extracción, refinación y procesamiento de hidrocarburos;
- ii.5) Permisos y autorizaciones en actividades reguladas en materia de hidrocarburos;
- ii.6) Transparencia, información y rendición de cuentas;
- ii.7) Uso y ocupación superficial de la tierra;
- ii.8) Desarrollo directo de proyectos de suministro de cobertura social;
- ii.8.1 Contraprestaciones;
- ii.8.2 Indemnizaciones;
- ii.8.3 Consulta indígena, Evaluación del Impacto Social y Evaluación del Impacto Ambiental;
- ii.9) Sanciones, en general.

3.3 LA CONSTRUCCIÓN DE LA CONTRARREFORMA EN MATERIA DE ENERGÍA.

La regulación que nuestro país adoptó para liberalizar la economía de la energía conforme a un diseño de mercado formulado de acuerdo con su propia realidad y adoptó elementos de varias experiencia internacionales, cuyo detalle no viene al caso comentar, para conformar un marco constitucional y reglamentario sumamente complejo que no ha sido alterado sustancialmente por las medidas legales de la Contrarreforma, pero sí por sus prácticas operativas que inciden de forma significativa en la seguridad energética, como veremos.

A ese efecto, por Contrarreforma entiendo a aquellas instrucciones y medidas institucionales y/o de carácter jurídico (legislativo y/o administrativo) adoptadas o intentadas de adoptar por este régimen gubernamental (2018-2024) con el propósito de: i) recentralizar la propiedad de los medios de producción de electricidad; ii) asumir el control directo de la cadena de valor de los derivados de hidrocarburos, especialmente del suministro de petrolíferos; iii) controlar los precios para el usuario final de energía; y, iv) revertir la disciplina del mercado, impidiendo la competencia con los agentes públicos.

No incluyo en esta definición la referencia a la soberanía energética por su connotación política, aunque, desde luego, en tanto que la Contrarreforma ha invocado su búsqueda para revertir la Reforma Constitucional, no puedo dejar de

tenerla en consideración en tanto ha influido en la narrativa oficial para dejar de lado las formas jurídicas y, en consecuencia, en el papel de la Constitución (o en el de una Constitución de papel, según se observe)

Podría anticipar que la operación jurídica llevada a cabo para controvertir la pertinencia de las normas positivas de Derecho, sin haber podido modificarlas constitucionalmente, ha creado un escenario de incertidumbre que ha detenido la dinámica de la inversión privada en el suministro energético, es decir, en la oferta y suspendido la transición hacia la descarbonización de la economía para sustituir las fuentes fósiles por energía barata y limpia proveniente de fuentes renovables, lo que afectará la seguridad energética.

En el campo de la microeconomía se ha explorado el impacto que las diversas normas u ordenamientos jurídicos tienen en los mercados y en la conducta de los agentes económicos. Por otra parte, el cumplimiento de las leyes y el Estado de Derecho son variables de interés para la inversión privada, especialmente cuando esta es a largo plazo, como en el caso de la energía. Por tanto, la superposición de otros conceptos e instituciones de Derecho Público al cumplimiento de las prescripciones de Derecho Positivo, como puede ser el de soberanía, no justifican el alejamiento del marco normativo por parte de los agentes públicos.

Además, la soberanía es un elemento que debe ser comprendido a partir de su dimensión política: es un atributo de los Estados modernos, que aparece junto con las constituciones liberales, las de Francia y de Estados Unidos de Norteamérica, que coincide con la gestación de la primera revolución industrial -a mediados del siglo XVIII -con el uso del vapor barato proveniente del carbón, la invención de la máquina de vapor y el uso generalizado de la imprenta. En tanto el Estado está integrado por pueblo, territorio y gobierno, éste, como representante de la colectividad, asume constituirse como un órgano público al que no se le puede disputar la hegemonía interna y es quien está facultado para ejercer de manera monopólica la violencia legítima.

Sin embargo, más allá de la soberanía, la disponibilidad de los recursos naturales, la infraestructura, los factores económicos y el mercado¹²³, influyen en la realidad de la seguridad energética más allá de sus pretensiones, en tanto que ésta responde a variables diferentes a la dimensión geopolítica.

Por ello, en el curso de esta investigación hemos venido formulando diversas preguntas con el propósito de ir aproximando sus respuestas a la comprensión de la relación dialéctica que este régimen mantiene en materia de energía en cuanto ha pugnado por influir en la modificación regresiva e informal de un sistema jurídico que segmentó las cadenas de valor de la energía para someter algunos de sus eslabones a la dinámica de la competencia y, en otros de ellos, para sostener la pertinencia de la operación monopólica de ciertas actividades que se mantienen como “Áreas Estratégicas”.

Así, se ha cuestionado: ¿qué razones tuvo realmente en consideración este régimen para proponer la recentralización de las actividades energéticas para rescatarlas del mercado y devolverlas al Estado? ¿hasta qué punto la concepción moderna de “soberanía” complace a las medidas políticas, institucionales e ideológicas que buscan reapropiarse de la dinámica de la gestión energética del país? ¿qué beneficios ofrece a la seguridad energética del país que los agentes económicos privados se alineen a la conducción estatal, renunciando a los derechos que les asisten como propietarios de algunos medios de producción y distribución de energía? ¿hasta qué punto es pertinente adecuar el marco regulatorio para procurar la intervención estatal directa a través de monopolios estatales o bien dejar de cumplirlo en función de la aspiración de proteger los intereses de la colectividad representada por el Estado? Y, en todo caso, ¿cuál es la ideología que le ha dado soporte teórico a ese esfuerzo de reconfiguración institucional del sector energético conforme a nuevas reglas, principios y valores?

Estas preguntas, si bien suponen implicaciones jurídicas, responden al ánimo de escudriñar las razones políticas – de la real politik, me refiero- que ha tenido en

¹²³ “El mercado lo podemos definir, genéricamente, como el arreglo institucional en el que concurren libremente oferentes y demandantes para que, a través del intercambio voluntario de bienes y/o servicios, ambas partes puedan obtener un beneficio”. KATZ, Isaac M., *op. cit.*, p. 33.

cuenta el régimen para crear distorsiones al mercado, intentando suprimirlo y buscar la autosuficiencia en medidas de asignación administrativa de los recursos energéticos ya sea imponiendo barreras a la competencia, fijando controles de precio, regulando la importación de petrolíferos, imponiendo obstáculos al comercio exterior, capturando a los reguladores energéticos, subsidiando los precios de venta de la energéticos para mantenerlos fijos, asumiendo las pérdidas de las entidades CFE y PEMEX como una cuestión de Estado y poniendo en riesgo la seguridad energética del país.

La respuesta esencial para empezar a responder esas preguntas es: el proyecto de Nación que inspira a esta administración exige, en principio, recurrir al nacionalismo energético, especialmente en el ramo del petróleo, para recuperar el control del acceso, uso y aprovechamiento de los recursos energéticos del país, según se infiere.

Lorenzo Meyer, afirma:

A la distancia, cada vez es más claro que la expropiación y nacionalización de la industria petrolera mexicana en 1938, fue el punto culminante de un largo esfuerzo nacionalista cuyo origen antecede incluso a la Revolución mexicana. La decisión que tomó hace más de setenta años el presidente Lázaro Cárdenas -recuperar el dominio sobre un recurso natural no renovable y estratégico – no ha sido igualada por ninguna otra acción semejante de la docena de gobiernos que siguieron al del general de Jiquilpan.¹²⁴

[...]

Debido a su hondo significado histórico y por su importancia económica y política, la naturaleza de la industria petrolera se mantiene como un asunto que no se circunscribe al ámbito de la racionalidad económica sino que toca un tema muy sensible de la imaginación colectiva con relación a la soberanía, a la idea que México como sociedad nacional tiene de sí mismo frente al exterior¹²⁵.

Desde luego, la expropiación petrolera tiene un fuerte sentido nacionalista y, por ende, antiextranjero y antimperialista que aún reconoce el mérito político de general

¹²⁴ MEYER, Lorenzo, *Las raíces del nacionalismo petrolero en México*, Editorial Océano de México, México, 2009, *op. cit.*, p. 15.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 18.

Lázaro Cárdenas por lo que la identificación de propósitos entre la medida expropiatoria y la política energética de este régimen es un factor clave para reconocer un esfuerzo nacionalista previo con los intentos que ahora se procuran.

Lorenzo Meyer refiere que cuando el presidente López Portillo decidió volver a México un exportador de crudo en atención a los altos precios internacionales del petróleo y a convertir esos ingresos en la palanca de desarrollo económico del país, lo hizo en contra de las recomendaciones hechas por Cárdenas en el sentido de conservarlos esencialmente para la refinación y consumo internos y, consecuentemente, limitar su exportación, tal como ahora propone la política de refinación de PEMEX¹²⁶.

El nacionalismo energético iniciado en la industria petrolera se extendió también al campo de la electricidad, ya que los valores políticos que se exaltaron con motivo de la estatización¹²⁷ de la industria eléctrica, realizada por el presidente López Mateos en 1960, se inscribió en tres circunstancias coincidentes:

- i. El modelo de industrialización sustitutiva de importaciones impulsado por la Comisión Económica para América latina y el Caribe como estrategia de crecimiento económico para los países en vías de desarrollo, requería la intervención directa del Estado para garantizar el impulso del proceso;
- ii. Las compañías privadas que operaban en el país participaban en una proporción del 46% de cobertura y se negaban a ampliar sus inversiones para electrificar las zonas rurales del país en atención a las bajas tarifas que tenían autorizadas, así como a la reducida capacidad de pago de las poblaciones objeto de la ampliación del servicio, por lo que estaban dispuestas a vender sus acciones y activos;

¹²⁶ Véase MEYER, Lorenzo, *op. cit.*, p. 16.

¹²⁷ “Resulta especialmente difícil comprender la naturaleza y alcance de fenómenos como la nacionalización. [...] se tiende con frecuencia a atribuir a lo nacional una gran significación, incluso un valor moral superior, a partir del cual se explican erróneamente situaciones sociales y políticas que reclaman un tratamiento objetivo y propiamente científico”. Véase AGUILAR M. Alonso “Nacionalización y capitalismo monopolista de Estado”, en *Estrategia. Revista de análisis político*. Año 2, Vol. 2, Número 7, enero 25 de 1976, Talleres de imprenta Venecia, México, 1976, p. 4.

- iii. La estatización del sector eléctrico podía hacerse en cuanto era políticamente comparable con la expropiación petrolera, independientemente que una fuera ejecutada por un acto de comercio y la otra por la vía del derecho público¹²⁸.
- iv. Una nacionalización es diferente a una estatización como una forma de adquisición de la propiedad por parte del Estado por la vía del derecho privado, aun cuando el resultado sea en ambos casos la apropiación y control de los activos de uno o varios agentes económicos. La nacionalización opera en el contexto de una mixtura entre Teoría del Estado y del Derecho.

Con esos antecedentes, resultaba atractivo recuperar del pensamiento colectivo la conveniencia y necesidad de recuperar el manejo de los energéticos y llevar a cabo una contrarreforma que tuviera ese propósito. Sus alcances e instrumentalidad las abordaré en el siguiente apartado ya que las propuestas de juridificación intentadas al respecto, con la reforma a la Ley de la Industria Eléctrica y a la Ley de Hidrocarburos llevadas a cabo efectivamente ¹²⁹, se continúan en un intento frustrado de modificar los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política federal en materia de electricidad¹³⁰ que, de haberse consumado, habría implicado una atípica y heterodoxa nacionalización, con efectos de expropiación indirecta.

La “Expropiación Indirecta”, es una medida de apropiación estatal irregular contemplada por los Tratados Internacionales que protegen la inversión de extranjeros, inferida por medidas gubernamentales desplegadas de tal manera que, sin cubrir la indemnización y sin decretarse la causa de utilidad pública

¹²⁸ Conviene revisar el discurso del 27 de septiembre de 1960 del presidente López Mateos al anunciar lo que llamó la “nacionalización” de la industria eléctrica, así como la Exposición de Motivos para la adición del párrafo sexto del artículo 27 constitucional, que aparece en el Diario de los Debates del 25 de octubre de 1960.

¹²⁹ Publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fechas 9 de marzo de 2021 y 4 de mayo y 19 de mayo de 2021, respectivamente.

¹³⁰ Consúltese la “Iniciativa del Ejecutivo Federal, con proyecto de decreto, por el que se reforman los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia energética”, publicada en la Gaceta Parlamentaria del 1 de octubre de 2021.

indispensables, el gobierno impide a un particular llevar a cabo el objeto de las actividades que legalmente tiene autorizadas.

Por otro lado, en el ámbito personal, el entonces ex-candidato presidencial López Obrador, en 2008, ante la propuesta del gobierno calderonista reformar las leyes que permitieran la participación nacional y extranjera directa en las áreas de exploración, extracción, transporte, almacenamiento y refinación de petróleo, se opuso a la iniciativa por medio de una coalición de izquierda conformada en el Frente Amplio Progresista, por lo que en el ánimo del ahora presidente siempre ha estado presente, de manera congruente, su rechazo a las medidas tendientes a permitir la participación privada en la materia. Por ello, que es comprensible que una vez siendo presidente, estuviera en su visión de gobierno regresar el estado de cosas a las condiciones previas a la reforma energética de 2013.

En esas condiciones, la Contrarreforma requiere construir, a partir de la noción de soberanía nacional, los elementos políticos y jurídicos conforme a los cuales se adoptara formalmente la justificación ideológica necesaria para obtener el apoyo político y social que requería para darle sentido institucional a su propuesta, lo que incluía la restitución del control energético para el gobierno como representante del interés general, a través de PEMEX y de CFE, y, en particular al titular del Ejecutivo Federal, como representante del interés gubernamental.

Para ese efecto, se desplegaron dos rutas: a) la primera, para recuperar el carácter intervencionista del Estado que encontró su justificación en el párrafo tercero del artículo 27 constitucional de 1917, que establecía el régimen de dominio directo y de propiedad originaria de la Nación¹³¹; b) la segunda, la adición de un párrafo segundo al artículo 131 de la propia Constitución federal, para dotar al presidente de la república de facultades extraordinarias en materia de exportación e importación de mercancías en territorio nacional. El artículo 28 de la Constitución, ya complacía las facultades del Ejecutivo en materia de monopolios y de áreas

¹³¹ Dicho párrafo expresa en su primera parte que: “La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar su conservación”.

estratégicas, por lo que se ajustó a la lógica del papel del presidente en el desarrollo económico.

3.3.1 La ruta jurídica. Saldos.

Los efectos jurídicos formalmente más evidentes, como hemos señalado, descansan en la noción abstracta de soberanía estatal y, conforme a ella, el Gobierno se ha apartado de su cumplimiento, resultando de ello una confrontación compleja entre fines y medios que han acabado por poner en riesgo la estabilidad energética del país.

A reserva de abordar con más detalle los aspectos jurídicos de la confrontación, podríamos describir la situación actual en estos términos:

- i. La coexistencia de 3 modelos de política regulatoria, debido a la judicialización de las reformas legales: a) el que la propia reforma energética admitió como régimen legado, que corresponde a aquellas empresas que quedaron sujetas al régimen de permisos concedidos conforme a la abrogada Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica y cuya migración hacia el Mercado Eléctrico Mayorista podía darse o no a concluir la vigencia de aquellos; b) el régimen liberal que adoptó la reforma constitucional como modelo regulatorio que creaba las condiciones de competencia inter e intraenergéticas, favorecía la inversión privada, establecía la regulación asimétrica y, procuraba estructuralmente la transición energética de la energía fósil a la limpia, basada en un sistema de mercado; c) el régimen modificado contemplado en las contrarreformas a las leyes de energía que, si una vez analizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se declara inconstitucional para efectos individuales, obligará a los agentes económicos a esperar el primer acto de aplicación para buscar la protección judicial de sus inversiones;
- ii. La amenaza de recibir aranceles punitivos derivados de la reclamación de nuestros socios comerciales regionales (América del Norte) respecto

de presuntas violaciones a los términos del Tratado México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) por favorecer administrativa y regulatoriamente la posición de mercado de las empresas estatales mexicanas de energía;

- iii. La reducción de la oferta energética en electricidad y la incapacidad infraestructural de atender efectivamente el crecimiento de su demanda agregada en el futuro inmediato, así como la reducción de la plataforma de extracción de PEMEX, el desperdicio del gas natural asociado a ésta, la falta de crecimiento de la plataforma de refinación, los costos presupuestales derivados del financiamiento al precio de los petrolíferos y de la electricidad y los costos de oportunidad para alcanzar la modificación de la matriz energética hacia combustibles y tecnologías más limpias;
- iv. La dependencia a la importación de petrolíferos y la reducción de la capacidad de inventario de éstos, así como la falta de inversión en transmisión y distribución de las redes eléctricas;
- v. La devolución, renuncia o devolución anticipada de áreas contractuales de petróleo y/o gas (Relinquishment)¹³² por parte de empresas petroleras ganadoras de licitaciones de las Rondas; y,
- vi. El costo social derivado de los pasivos ambientales vinculados al uso de energía fósil en la producción de electricidad por parte de la CFE y su costo de oportunidad para migrar a la descentralización de la generación eléctrica y el rezago generacional en la descarbonización de la economía.

3.3.1.1 Un esfuerzo infructuoso de Contrarreforma.

En la Gaceta Parlamentaria del 1 de octubre de 2021, apareció publicada la “Iniciativa del Ejecutivo Federal, con proyecto de Decreto, por el que se reforman

¹³² La devolución, renuncia, terminación anticipada de áreas contractuales otorgadas a empresas privadas con motivo de la reforma energética, es conocida como “Relinquishment” y es una institución jurídica reconocida a nivel mundial.

los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia energética”, con la pretensión de devolver a la Comisión Federal de Electricidad el control total de la cadena de valor de la energía eléctrica.

Más allá que se haya tratado de un esfuerzo fallido, la Iniciativa representó un ejercicio autoritario de formalización constitucional -es decir, al más alto nivel regulatorio de nuestro sistema jurídico- de una visión estatal ávida de hegemonizar el enfoque del Poder político, alrededor de un recurso que por su naturaleza no forma parte ni de los bienes de dominio directo ni de la propiedad originaria de la Nación (no se dispone de electricidad libremente en la Naturaleza). Ese intento debería merecer observarse desde varios ángulos en cuanto se refiere tanto al modelo jurídico que propuso (una reforma incongruente con el capítulo económico de la Constitución) como de las justificaciones descontextualizadas que lo impulsaron: el desarrollo tecnológico actual es contrario tanto a la generación centralizada de electricidad, como a la producción de ésta en base a energías fósiles.

La iniciativa no correspondió a una propuesta de eficacia de mercado ni de servicio público (la generación ya no lo es) sino a una decisión de un intervencionismo estatal propio de la posguerra: el planteamiento suponía transformar a la CFE en un órgano operador-regulador constitucionalmente autónomo, con facultades exclusivas para adquirir electricidad a los precios en que el oferente obtuviera “una utilidad razonable”. La medida significaba volver un estanco¹³³ al sector eléctrico.

Aunque fue una Iniciativa que no prosperó, me parece importante recogerla en esta investigación para sólo revisar la validez de sus supuestos y lo que su eventual aprobación pudo representar para la economía y para la racionalidad energética del país. Desde luego, esa referencia tampoco merece una revisión muy amplia, pero es reveladora de la visión de un régimen que no acaba de entender que la suficiencia energética está determinada por el cambio estructural hacia las energías limpias y baratas y que de ello depende la inserción de México en la nueva

¹³³ Es decir, un monopolio del Estado, ajeno al régimen de competencia. Una falla de mercado.

distribución internacional de trabajo en cuanto a que la integración regional exige energía baja en carbono.

La lectura de la “Exposición de Motivos” de dicha iniciativa contiene la justificación de las razones técnicas, jurídicas y operativas conforme a las cuales la administración actual considera necesario revertir la Reforma en materia de Energía de 2013. Es una narrativa que se centra en consideraciones extra-legales y que, en función de la representación colectiva que asume representar, objeta la pertinencia de la propiedad privada de los medios de producción de electricidad.

En efecto, la narrativa con la que inicia justificando las reformas constitucionales y, especialmente, el modo en que resuelve redactarlas revelan, al menos, una falta enorme de técnica jurídica de la que, en virtud que no progresó ante el órgano legislativo, sólo vale la pena tomar de ella algunas partes selectas de sus propuestas tan sólo para confirmar su impertinencia con un modelo de suministro eléctrico que, supuestamente pretendía.

Así, en la Exposición de Motivos el presidente considera que:

- a) La reforma constitucional en materia energética publicada en el Diario Oficial de la Federación de 20 de diciembre de 2013, significó un cambio normativo de carácter regresivo. Estableció un sistema eléctrico nacional cuyos verdaderos objetivos fueron el despojo, la desaparición de las empresas energéticas del Estado y el otorgamiento de beneficios ilimitados al sector privado. Así se instrumentó el menoscabo de los derechos históricos de la Nación sobre el patrimonio energético, el desmantelamiento de una industria eléctrica de carácter integral -resultado de décadas de enormes esfuerzos ciudadanos y gubernamentales-, concluyendo con el debilitamiento del Sistema Eléctrico Nacional, la seguridad energética y la seguridad nacional¹³⁴.
- b) La reforma energética convirtió a la CFE en plataforma para los intereses privados, se obliga a la CFE a comprar energía en contratos a largo plazo a los llamados “Productores Independientes” por 25 años, asegurándoles la recuperación de su inversión y al final del contrato se quedan con la

¹³⁴ Exposición de Motivos de la Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia energética. Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados. Anexo I. Número 5877-I. 1 de octubre de 2021. p. 1.

propiedad de la Central Eléctrica, convirtiéndose en competidores de la CFE¹³⁵;

- c) Otro negocio otorgado a los privados son los Certificados de Energías Limpias;
- d) La reforma energética, a través de la CRE, otorgó permisos de generación de manera ilimitada y sin considerar la planeación y la demanda futura; la mayoría son renovables intermitentes, creando una sobre oferta de generación para atender la demanda eléctrica pronosticada para el 2024 y después¹³⁶;
- e) La CFE se integra como un solo organismo del Estado en forma vertical y horizontal y mantendrá la Subsidiaria CFE Telecomunicaciones e Internet para Todos y las Filiales CFEEnergía, CFE International y CFE Capital. Se cancela su estricta separación legal¹³⁷;
- f) El Estado, a través de la CFE llevará a cabo el abastecimiento de energía eléctrica de manera exclusiva¹³⁸;
- g) Las actuales inversiones en generación eléctrica legítimas del sector privado, podrán participar en la generación hasta el 46 por ciento del consumo eléctrico nacional, sujetas a la planeación y control del sistema eléctrico nacional, a través de la CFE¹³⁹;
- h) La CFE será responsable de la ejecución de la Transición Energética en materia de electricidad, así como de las actividades necesarias para ésta¹⁴⁰;
- i) Se establece el área prioritaria del desarrollo de las industrias requeridas para la Transición Energética¹⁴¹;
- j) La presente Iniciativa con Proyecto de Decreto propone un nuevo Sistema Eléctrico Nacional, y dado el imperativo de que el abastecimiento de energía eléctrica funcione de manera ininterrumpida, se establece un régimen transitorio consistente en que el estado, a través de la CFE, asuma el control de dicho Sistema conforme lo señala el presente Decreto, a fin de que se tomen las decisiones necesarias, en tanto conforme al transitorio Octavo, se emita la legislación secundaria necesaria para la cabal implementación de esta Reforma Constitucional en materia de electricidad¹⁴²;

Quizás de toda la estructura normativa en que se soportó la propuesta de reforma y adiciones constitucionales, la más relevante fue la orgánica, en cuanto a que, en los términos que justificaba en la Exposición de Motivos, reservaba para la CFE el

¹³⁵ *Ibidem*, p. 6.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 8.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 20.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 21.

¹³⁹ *Idem*.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 23.

¹⁴¹ *Idem*.

¹⁴² *Ibidem*, p. 24.

papel de organismo del Estado cuya responsabilidad principal sería operar todo el sistema de suministro, a partir de constituirse en el órgano central del sistema:

- k) La Comisión Federal de Electricidad, organismo del Estado con personalidad jurídica y patrimonio propio, es responsable de la electricidad y el Sistema eléctrico (sic) Nacional, así como de su planeación y control; será autónoma en el ejercicio de sus funciones y en su administración, y estará a cargo de la ejecución de la Transición Energética en materia de electricidad, así como de las actividades necesarias para ésta.

La Comisión Federal de Electricidad generará al menos el cincuenta y cuatro por ciento de la energía eléctrica que requiera el país. El sector privado participará hasta en el cuarenta y seis por ciento de la generación que requiera el país. El servicio público de abastecimiento de energía eléctrica será prestado exclusivamente por la Comisión Federal de Electricidad, la que podrá adquirir energía eléctrica del sector privado¹⁴³

En esa tesitura, con la propuesta de reformas a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se preveía que correspondía a la Nación, a través de la Comisión Federal de Electricidad:

- La prestación exclusiva del servicio público de abastecimiento de energía eléctrica;
- La preservación de la seguridad y autosuficiencia energéticas, así como el abastecimiento continuo de electricidad a toda la población;
- El establecimiento de Reservas Nacionales para el litio y demás minerales estratégicos para la Transición Energética, los que no podrán ser concesionados a particulares;
- La generación, conducción, transformación, distribución y abasto de energía eléctrica, de manera exclusiva para la CFE;
- La utilización sustentable, por parte del Estado, de todas las formas de energía de las que dispone la Nación a efecto de llevar a cabo la Transición Energética;

¹⁴³ *Ibidem*, pp. 32-33.

- El carácter de prioritario de las industrias requeridas para la Transición Energética;
- El carácter constitucional autónomo de la CFE;
- La participación de la CFE en la generación exclusiva del 54% de la electricidad y el 46% restante para los particulares, en la inteligencia que la prestación del “servicio público de abastecimiento” estará a cargo de aquella, la cual podrá adquirir la proveniente del sector privado.

Sería difícil encontrar la racionalidad jurídica de la Iniciativa, más allá de la idea de conservar en exclusiva en favor del Estado a través de su pretendido organismo del Estado -que por cierto, hubiese devenido en uno constitucional autónomo (OCA), sin ninguna justificación- operador de toda la cadena de valor de la electricidad en circunstancias que de haberlo llevado a cabo es virtual y materialmente imposible, dado que no tiene recursos institucionales siquiera para atender la demanda agregada de electricidad que se incrementa anualmente a razón del 4.1%.

Como argumento central de la Iniciativa, el titular del Ejecutivo Federal apunto:

Es compromiso de mi gobierno garantizar la seguridad energética, como condición necesaria de la seguridad nacional, lo que obliga a rescatar de esta trama impuesta por la reforma a la Comisión Federal de Electricidad; para restablecer un sistema eléctrico comprometido con el pueblo que asegure el abastecimiento confiable de energía eléctrica a los más bajos precios. La crítica pormenorizada de la citada reforma energética del 2013 es la justificación más contundente de la iniciativa de reforma que planteamos al Constituyente Permanente¹⁴⁴.

Para efectos de esta investigación, no hay elementos para efectuar una revisión jurídica de la Iniciativa: sus pretensiones y alcances fueron absolutamente políticos por lo que hay manera siquiera de deducir cómo se habría enfrentado la tarea de generar la legislación secundaria, ni cuál habría sido la reacción de los mercados, así como la imposibilidad de plantear un medio de defensa respecto de la reforma a la Constitución. No fue aprobada por la Cámara de Senadores¹⁴⁵.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 2.

¹⁴⁵ Su aprobación fue rechazada por ésta, en la sesión del 17 de abril de 2022.

Cabe agregar que su contenido se sometió al análisis de lo que se llamó “Parlamento Abierto”, en el cual se recibieron opiniones de expertos sobre la Iniciativa, pero ésta se mantuvo en los términos en que fue presentada ante la Cámara de Diputados.

3.3.1.2. Un esfuerzo exitoso. Modificaciones a las leyes de la materia.

3.3.1.2.1 Ley de la Industria Eléctrica.

Como se ha venido mencionando, las leyes de la Industria Eléctrica y la de Hidrocarburos fueron reformadas en 2021, cuya vigencia se encuentra sub-iudice, en tanto fueron objeto de diversos medios de defensa en cuanto se publicaron.

Desde luego, aunque quizás vendría al caso hacer un recuento de la trayectoria judicial que han tenido esas impugnaciones me parece más necesario hacer énfasis en los principios y criterios que las han orientado, a pesar de ser evidente que son notoriamente inconstitucionales en la medida que no respetaron el espíritu de las modificaciones sustantivas y las Transitorias del texto constitucional, pero que bajo el principio de “PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD”, los órganos administrativos están obligadas a acatarlas hasta en tanto se determine su constitucionalidad, aunque haya dudas fundadas sobre su procedencia.

Estas reformas fueron recurridas mediante amparo indirecto y se concedieron a los quejosos las suspensiones provisionales y luego las definitivas, ambas con efectos generales. La Comisión Federal de Competencia como el Senado interpusieron Acción de Inconstitucionalidad y Controversia Constitucional, respectivamente, por lo que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó suspender el trámite de las revisiones interpuestas contra los efectos generales de las suspensiones definitivas, mismo que ya fue levantado por lo que continúa la sustanciación de los amparos.

Más allá de los detalles procesales que el tratamiento de ese medio defensa ha merecido y cuya conclusión aún está por verse, me parece necesario destacar que

nuestros socios comerciales Canadá y Estados Unidos de América, formularon objeciones a las reformas a la Ley de la Industria Eléctrica por considerar que concede ventajas indebidas a la CFE, en detrimento de la competencia que se encuentra contemplada en el Tratado México, Estados Unidos y Canadá.

En esa tesitura, no me preocupa explorar los detalles que han caracterizado la impugnación de esas reformas, sino sus consecuencias: la pugna de modelos jurídicos diferentes que, si bien no es tan extraña en nuestro sistema en cuanto a que la actividad legislativa y administrativa suelen producir normas que contradicen la lógica regulatoria de una norma o de un conjunto de normas anteriores creando un conflicto material y temporal de éstas, se observa en cuanto en esta materia subsisten normas constitucionales y reglamentarias que han sido afectadas en la parte más sensible del modelo de inversión que son las ventajas competitivas concedidas a la CFE. Además, la judicialización de la materia afecta la oferta y disponibilidad de energía y, por tanto, a la seguridad energética del país, que también es preocupación del Gobierno.

Un modelo jurídico es una visión que explica en lo general, la naturaleza y alcance de las disposiciones normativas en función de la conducta social que se propone obtener, por lo que exige coherencia entre ellas de manera tal que cuida la redacción y espíritu de las disposiciones para que los incentivos queden alineados a las pretensiones del modelo. Cuando ocurre que alguna de las normas no es coherente con ese propósito o lo contradice, como es el caso de la preferencia del despacho que cambió la reforma a la Ley de la Industria Eléctrica o la negativa ficta en el caso de los permisos de petrolíferos que modificó la reforma a la Ley de Hidrocarburos, los modelos entraron en conflicto, afectando la disponibilidad ininterrumpida de recursos energéticos, es decir, la seguridad energética.

Con la modificación a la Ley de la Industria Energética, se reformaron los artículos 3, fracciones V, XII y XIV; 4, fracciones I y VI; 12, fracción I; 26; 35, párrafo primero; 53; 101; 108, fracciones V y VI, y 126, fracción II; y se adicionó una fracción XII Bis al artículo 3 de la Ley de la Industria Eléctrica.

Esencialmente, las modificaciones propuestas se traducen en:

- i. Conceder ventajas competitivas a las Subsidiarias de la CFE, especialmente en la preferencia del despacho de energía eléctrica, para cuyo efecto crean, entre otras figuras, el Contrato de Cobertura Eléctrica con compromiso de Entrega Física;
- ii. Facultar al Centro Nacional de Control de Energía a decidir sobre el acceso libre y no indebidamente discriminatorio, lo que es una barrera de entrada;
- iii. Desplazar a las energías limpias en la preferencia del despacho eléctrico, considerando el costo de producción fijo y no el variable;
- iv. Condicionar el régimen de otorgamiento de permisos a las consideraciones provenientes de la Planeación del Sistema Eléctrico Nacional;
- v. Aplicar retroactivamente las reformas a los permisos legados vigentes, a efecto de revisar administrativamente su vigencia;
- vi. Mantener la Seguridad de Despacho, Confiabilidad, Calidad y Continuidad del Sistema Eléctrico Nacional como una barrera de entrada;
- vii. Atenuar la regulación asimétrica impuesta en materia de Certificados de Energía Limpia.

Las modificaciones propuestas inciden, pues, en el modelo jurídico de liberalización de las leyes y conceden ventajas indebidas a los organismos que pueden celebrar los Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física relacionados institucionalmente con la CFE¹⁴⁶

3.3.1.2.2 Ley de Hidrocarburos.

En materia de hidrocarburos se practicaron dos reformas. La primera de ellas, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del 4 de mayo de 2021, reformando

¹⁴⁶ Estos contratos aparecen con motivo de la reforma a la Ley de la Industria Eléctrica de marzo de 2021 y esencialmente reservan la compraventa de energía eléctrica o Productos Asociados en una hora o fecha futura y determinada, exclusivamente a través de suministradores básicos. Hasta ahora, el único Suministrador de ese tipo, es CFE Suministrador Básico.

los artículos 51; 53, párrafo segundo; 56, fracción XI, y 57, y se adicionan una fracción III al artículo 51, una fracción XII, pasando la actual fracción XII a ser fracción XIII, al artículo 56; el artículo 59 Bis, y un párrafo segundo a la fracción II del artículo 86, de la Ley de Hidrocarburos.

Las modificaciones realizadas, se traducen en:

- i. Establecer cargas financieras regulatorias para contar con activos de almacenamiento que sólo PEMEX puede cumplir ex ante.
- ii. Establecer barreras de entrada a la inversión, para dar trámite a las solicitudes de permisos al amparo de la negativa ficta.
- iii. Fortalecer las facultades de las autoridades administrativas para intervenir activamente cuando se detectan combustibles irregulares.
- iv. Conceder facultades confiscatorias al Secretaría de Energía cuando se perciban riesgos comerciales atribuibles a un ambiente de competencia comercial con PEMEX.
- v. Ampliar las facultades sancionadoras de las autoridades en cuanto a nuevas causales de revocación.

La otra reforma a la Ley de Hidrocarburos se publicó en el Diario Oficial del 19 de mayo de 2021, se limitó a restituirle a PEMEX la posición de agente dominante del mercado, dejando sin efectos facultades concedidas a la Comisión Reguladora de Energía para sujetar a principios de regulación asimétrica las ventas de primera mano de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos y otras medidas de comercialización.

Evidentemente, las modificaciones realizadas tanto a la Ley de la Industria Eléctrica como las de la Ley de Hidrocarburos, tuvieron propósitos restitutorios de la dominancia de las Empresas Productivas del Estado, en la medida que establecieron ventajas indebidas, como es el caso de la CFE, o bien cargas regulatorias para competidores de PEMEX o facultades expropiatorias, indirectas o

no, en el caso de la suspensión¹⁴⁷ de los permisos en los casos que se estimaron de interés público.

3.3.2 La orientación estratégica.

Este apartado tiene una especial relevancia: caracteriza la dinámica que este régimen ha concedido al tratamiento de la gestión de los permisos y autorizaciones cuyo otorgamiento corresponde a los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética, en la medida que sin haberse modificado los fundamentos legales que regulan el funcionamiento de éstos, su intervención ha consistido en limitar abiertamente la participación de los agentes privados para evitar la competencia con los agentes públicos, a través de 2 medidas:

- i. La Captura a los Reguladores¹⁴⁸.
- ii. Otorgamiento de facilidades administrativas de carácter general a las Empresas Productivas del Estado y Subsidiarias.

En cuanto al primero, habría que decir que ante la imposibilidad de variar o suprimir algunas expresiones constitucionales, esencialmente, el Ejecutivo optó por instruir, designar funcionarios ideológicamente afines al proyecto de recentralización energética o bien ambas medidas, para modular los criterios administrativos que correspondía aplicar en su ámbito de actividades a los Órganos Reguladores Coordinados en materia Energética, a efecto de que dentro de sus facultades de apreciación se pronunciaran en contra de mediadas que pudieran alentar la competencia con los regulados PEMEX y CFE.

Es difícil admitir que la política energética sometió el despliegue del modelo de política jurídica que se había iniciado en la Constitución federal en diciembre de

¹⁴⁷ Los supuestos que contempla el 59 Bis (peligro inminente para la seguridad nacional, la seguridad energética o para la economía nacional) son propios de la Ley de Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica de diciembre de 1950. Dicho ordenamiento fue abrogado en 1992.

¹⁴⁸ La llamada "Captura al Regulador" se identifica como una falla institucional del mercado donde el regulador se sujeta a las directrices que le marca el sujeto agente económico regulado, en detrimento de la competencia. Si bien este fenómeno pudiera haberse visto en materias como telecomunicaciones, protección al consumo, regulación sanitaria, regulación financiera, etc., no hay precedentes que sea un agente público regulado, el que secuestre al regulador.

2013 y se había reproducido en multitud de disposiciones inferiores para favorecer técnica, financiera, jurídica y operativamente los preceptos de liberalización recogidos desde la Carta Magna. Pero así ha sido.

El marco formal de esa estrategia lo constituye el Memorándum de fecha 22 de julio de 2020 que, con 17 medidas o instrucciones, el presidente instruye a los Reguladores y, en lo conducente, a la Secretaría de Energía, de procurar el fortalecimiento de los regulados Empresas Productivas del Estado y Subsidiarias.

MEMORÁNDUM DE ANDRÉS MANUEL LÓPEZ OBRADOR, PRESIDENTE DE MÉXICO A SERVIDORES PÚBLICOS E INTEGRANTES DE LOS ÓRGANOS REGULADORES DEL SECTOR ENERGÉTICO

Con absoluto respeto a la autonomía de los organismos que representan y a cada uno de ustedes, mujeres y hombres libres, expongo con total transparencia los lineamientos básicos de la nueva política energética que considero deben aplicarse en beneficio del pueblo y de la nación.

Como sabemos, desde hace más de tres décadas, en el marco de la política neoliberal o neoporfirista, se fue imponiendo un proceso de privatización para debilitar y transferir empresas públicas a particulares y despojar a los mexicanos de la riqueza petrolera y de la industria eléctrica nacional.

En el gobierno anterior se pretendió dar plena cobertura legal a esta política de pillaje con la llamada reforma energética, la cual llevó a la aprobación de una modificación constitucional, conseguida con base en sobornos entregados a la mayoría de legisladores y mediante el engaño mediático a la población. Se dijo, de manera mendaz, que dicha reforma se traduciría en la llegada a raudales de inversión extranjera, en más producción de petróleo, gas y electricidad y en mejores precios de estos energéticos para beneficio de los consumidores y del desarrollo de país.

Muy pronto supimos del resultado de este atraco y de su correspondiente engañifa: nada ganó la nación, todo se tradujo en negocios lucrativos para empresas particulares y políticos corruptos. Tanto Pemex como la CFE quedaron casi en ruinas: endeudadas, con sus capacidades productivas disminuidas, con reducción de sus mercados y, para colmo, sometidas a una regulación que privilegia a los particulares; en cambio, en la aplicación de la reforma energética se preservaron los arraigados vicios de ineficiencia, corrupción y derroche.

Con el abandono de la industria petrolera los mexicanos nos volvimos grandes importadores de gasolina y diésel, así como dependientes del extranjero en el abasto de gas y productos petroquímicos. Por si fuese poco, desde antes de la reforma privatizadora y con mayor celeridad a partir de su aprobación, los precios de los energéticos no sólo no disminuyeron, como lo habían prometido los neoliberales, sino que se incrementaron, lo que representó un daño adicional a la economía popular y a la del país.

En razón de lo anterior, es urgente profundizar en los cambios ya iniciados para rescatar a Pemex y a la CFE, considerando a estas empresas públicas como

estratégicas e indispensables para el desarrollo independiente y soberano de nuestra nación.

En lo fundamental, nuestro planteamiento, respaldado por el voto democrático de las y los mexicanos, consiste en regresar, sin ignorar las nuevas realidades, a la política que aplicaron en su tiempo los presidentes Lázaro Cárdenas del Río y Adolfo López Mateos.

Tal es el espíritu que nutre el objetivo superior del actual gobierno: recuperar el pleno dominio público del petróleo y de la industria eléctrica. En lo específico, la decisión se traduce en no continuar con la privatización del sector energético y frenar la aplicación de las medidas impuestas para beneficio de particulares. En otras palabras, poner un alto a los jugosos negocios privados a costa de malos negocios públicos.

En esta dirección debemos avanzar hasta el límite que permita el actual marco jurídico. No obstante, si para poder aplicar la nueva política de rescate a Pemex y a la CFE fuera necesario proponer una nueva reforma energética, no descartamos esa posibilidad; es decir, debe mantenerse abierta, entre otras, la opción de presentar una iniciativa de reforma constitucional ante el Congreso de la Unión para hacer valer, sin lugar a dudas, el principio del dominio de la nación sobre sus recursos naturales.

Para saber si podemos cumplir con el propósito de fortalecer a Pemex y a la CFE con el marco legal vigente, expreso con mucha claridad cuáles son los compromisos, las acciones y los cambios que deben emprenderse, tanto en las dos empresas públicas en cuestión como los organismos reguladores del sector energético:

1. Mantener la política de no aumentar en términos reales el precio de las gasolinas, el diésel, el gas y la electricidad.

Alcanzar la autosuficiencia energética en bien de nuestra soberanía nacional.

No exportar petróleo; extraer sólo el que necesitamos para nuestras refinerías, y dejar de importar gasolinas y diésel.

4. Aplicar el siguiente programa de producción: 1.8 millones de barriles diarios en 2020; 1.9 en 2021; 2.0 en 2022; 2.1 en 2023 y 2.2 en 2024.

5. Continuar con el programa de rehabilitación de las seis refinerías para alcanzar, en 2022, un procesamiento de un millón 200 mil barriles diarios; así como terminar en ese mismo año la nueva refinería de Dos Bocas, en Paraíso, Tabasco, para agregar 340 mil barriles diarios adicionales, con lo cual estaríamos muy cerca de la autosuficiencia en gasolinas y diésel.

6. Definir lo antes posible la conveniencia de construir el nuevo tren de refinación de Cangrejera para alcanzar la autosuficiencia de combustibles antes de finalizar nuestro gobierno. Ello implicaría procesar 200 mil barriles más por día, con lo cual, estaríamos dando valor agregado a un millón 750 mil barriles diarios de petróleo crudo; con una reserva 250 mil millones, de acuerdo a los cálculos de producción para 2022.

7. En cuanto a la industria eléctrica, priorizar y optar por lo más rentable: construir o reconstruir plantas para satisfacer la demanda del sureste, en particular, de la Península de Yucatán; así como abastecer con energía suficiente a Baja California Sur.

8. Es indispensable potenciar la generación de energía en las hidroeléctricas porque existen la infraestructura básica y el agua, no hay riesgo de daños al medio ambiente y únicamente se requiere modernizar o ampliar el sistema de turbinas para producir más energía limpia y de bajo costo.

9. Pemex y la Comisión Federal de Electricidad, deben reconocer los contratos suscritos por los anteriores gobiernos, siempre y cuando no impliquen fraudes en contra de las empresas públicas y de la Nación.

10. De existir pruebas de influyentismo y corrupción, proceder de inmediato a la presentación de denuncias penales ante la autoridad competente.

11. Debe suprimirse el otorgamiento de subsidios de cualquier índole a empresas particulares del sector energético.

12. El sistema eléctrico nacional deberá ser alimentado en este orden: en primer lugar, subirse a la red de distribución la energía producida en las hidroeléctricas; en segundo, lo generado en otras plantas de la CFE; en tercero, la energía eólica o solar de particulares y al final, la energía de ciclo combinado de empresas privadas.

13. La Comisión Federal de Electricidad debe aplicar un plan para el uso y la venta del gas adquirido en demasía en el anterior gobierno, a fin de evitar multas y pagos exagerados por ese mal negocio público realizado en el periodo neoliberal.

14. Detener el otorgamiento de permisos o concesiones a particulares en el sector energético por sobreoferta de petróleo y electricidad para el mediano y largo plazo.

15. Apoyar a Pemex y a la CFE en la política de producción y distribución de energéticos en el país para evitar que sigan perdiendo participación en el mercado nacional, se debiliten financieramente y se incumpla el compromiso de no aumentar, en términos reales, el precio de las gasolinas, el diésel; el gas y la electricidad a los consumidores nacionales.

16. Tanto en extracción de petróleo como en refinación, así como en generación de energía eléctrica, no se descartará la asociación con inversionistas privados, siempre y cuando se trate de acciones complementarias y que no afecten el interés nacional.

De manera puntual, considero que la iniciativa privada puede participar, como está sucediendo, en las convocatorias de contratos de obras y adquisiciones de Pemex y de la Comisión Federal de Electricidad.

También se debe respetar, como ya lo expusimos, las concesiones de las llamadas rondas para la producción de petróleo sin volver a convocar a nuevas subastas, pues el potencial petrolero que quedó fuera de tales concesiones sólo podrá ser explotado por Pemex. Para mayor precisión, vaya este ejemplo: si el equivalente al 20 por ciento del total de las reservas petroleras fueron entregadas a empresas particulares, el 80 por ciento restante deberá ser inalienable y de uso exclusivo de la nación.

Asimismo, en la generación de energía eléctrica, la producción de plantas privadas, sean nacionales o extranjeras, en ninguna circunstancia podrá superar el 46 por ciento del consumo nacional.

En cuanto a la industria petroquímica, se permitirá la asociación público-privada y la mayor inversión de empresas particulares, siempre y cuando ello no implique la entrega de insumos de Pemex, como sucedió con la planta de etileno de Odebrecht, o el otorgamiento de subsidios compromisos de créditos de la banca de desarrollo.

17. En Pemex y la CFE se debe desterrar la corrupción, el influyentismo y la impunidad; hacer cada vez más eficiente la administración y la operación en el manejo de los planes, programas y proyectos de ambas entidades; no incurrir en la indolencia en la defensa y protección de sus activos y bienes, y abandonar ideas como que estas dos empresas son "propiedad del gobierno" -pues su dueña es la nación y que el "charro" aguanta todo tipo de abusos y pillajes. La consigna, reitero, es eficiencia, austeridad y cero corrupción e impunidad.

En fin, los organismos reguladores del sector energético, en apego a su autonomía, deben informarnos si está permitido por la ley o no el fortalecimiento de Pemex y la CFE por medio de las directrices aquí expuestas.

Aclaro que todo lo que hagamos debe de apegarse a normas legales y bajo ninguna circunstancia, alterar el Estado de derecho.

Asimismo, si ustedes consideran que no podría aplicarse la política descrita con el actual marco legal, me gustaría obtener sus comentarios a fin de tomarlos en cuenta para informar en una próxima reunión sobre el plan de acción más conveniente para beneficio de nuestro pueblo y del interés nacional.

Como es natural, este claro y sincero posicionamiento desatará la crítica y el debate con nuestros adversarios. Tengamos presente que esta nueva política tiene dos fundamentos básicos: poner por delante el interés del pueblo y de la nación y no olvidar que por esta política energética votaron quienes nos eligieron para gobernar a México.

Por último, sostengo que los órganos de regulación creados durante el periodo neoliberal deben ajustarse a la nueva política económica y energética, y que su misión debe ser la de sumar esfuerzos con la secretaria de Energía, Pemex y la CFE para rescatar las industrias del petróleo y de la electricidad de la nación.

Todavía es tiempo de corregir el rumbo de la política entreguista que se ha venido imponiendo en el sector energético.

No permitir que la CRE, el CENACE, la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) y otros organismos, supuestamente autónomos, y los consejos de Pemex y de la CFE, terminen convertidos, como era la intención de los tecnócratas privatizadores y de sus jefes, en simples instrumentos, con la simulación del libre mercado, en instancias a modo y en andamiajes serviles en beneficio del sector privado y en perjuicio del patrimonio nacional.

Palacio Nacional, Salón Guillermo Prieto, 22 de julio de 2020

Desde luego, escapa a los propósitos de esta investigación pronunciarse sobre la pertinencia o sentido de los pronunciamientos que el presidente fórmula para justificar sus instrucciones. Lo cierto es, que varias de estas constituyen una invitación a abstenerse de sujetar la actuación de los Reguladores a los términos legales contemplados en los ordenamientos que rigen su actuación, lo que deja a los particulares en estado de indefensión y a los inversionistas a revisar la conveniencia de mantenerse en las inversiones en energía.

3.4 LA SEGURIDAD ENERGÉTICA.

3.4.1 Acerca del tema.

Estoy de acuerdo con Víctor Rodríguez Padilla cuando afirma que “[...] la definición de la seguridad energética es, a final de cuentas, una definición a modo”¹⁴⁹, ya que encuentra, según Sovacool, que existen 45 definiciones del concepto que se refieren a lo mismo, pero con matices diferentes¹⁵⁰.

Así, este trabajo se propone deducir los elementos que estructuralmente pueden explicar a qué nos referimos cuando hablamos de seguridad energética y explicar las generalidades de ésta que dependen de una gran variedad de factores dinámicos que procuran evitar la dependencia o vulnerabilidad energéticas y, en una segunda parte, deducir de ellas una versión que ofrezca un panorama para México en cuanto a las variables críticas que, para el caso de nuestro país, sean efectivamente demostrables y objetivas.

La seguridad energética, como preocupación estatal, tuvo una explicación militar de origen y se le relacionó con la capacidad de participar en una guerra de manera viable: la invención del motor de combustión interna ofreció una primera tecnología con propósitos generales que desarrolló sucesivas tecnologías secundarias que concluyeron en su uso bélico y con ello la dependencia del petróleo para que de su refinación se produjeran los petrolíferos -gasolina esencialmente- que contribuirían a motorizar la Primera Guerra Mundial al inicio del siglo XX.

Hablando del petróleo, Lorenzo Meyer dice:

¹⁴⁹ RODRÍGUEZ PADILLA, Víctor, “Seguridad energética. Análisis y evaluación del caso de México”, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Serie Estudios y Perspectivas, Sede Subregional de la CEPAL en México, número 179, Naciones Unidas, diciembre de 2018, México, p. 22.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p.19.

De una modesta actividad pasó a ser pivote de grandes fortunas y conglomerados al inventarse el motor de combustión interna. Con ello, este combustible, conocido desde épocas remotas, se simple iluminante y medicamento se convirtió en una de las principales fuentes de energía del mundo actual: el auge del petróleo se inició con la utilización masiva del automóvil en las sociedades industriales y su fabricación en serie habría de coincidir -entre otras cosas- con e inicio de la Revolución mexicana.¹⁵¹

No obstante, con el transcurso del tiempo la seguridad energética, en cuanto podemos entenderla, por el momento, como la suficiencia para atender la demanda efectiva de energía de una sociedad, pasó a representar una preocupación civil en cuanto su importancia para el desarrollo de las comunicaciones y del comercio de bienes y servicios, característicos del modelo de desarrollo basado en la forma de producción capitalista que exigía la diversificación de las fuentes de suministro. Varios países, preocupados por ello, empezaron a constituir empresas públicas que garantizaran la seguridad del abasto en aquellos tiempos que la descolonización ya se avizoraba como una tendencia global.

Habría que anotar que el concepto de seguridad energética, en atención a la expansión del capitalismo monopolístico que ya empezaba a advertirse como una modalidad más agresiva del capitalismo concurrencial fue una preocupación de los países industrializados que tuvo como propósito que la disponibilidad del petróleo y sus derivados no fuese un obstáculo para la búsqueda de nuevos mercados, al margen de los aspectos militares que ya empezaban a perder fuerza específica respecto de su uso, dejando su lugar al uso de los combustibles fósiles para favorecer el transporte, esencialmente.

Por el otro lado, la electricidad, cuyo uso ya era común en algunas ciudades para sustituir la iluminación obtenida por la combustión del aceite de ballena en los primeros años del siglo XX, ya era un insumo necesario no solo para atender ciertos servicios públicos, sino también para procurar el funcionamiento de los medios de comunicación que ya la requerían para su funcionamiento como fueron, inicialmente, el telégrafo. La radiocomunicación y, posteriormente la televisión y el

¹⁵¹ MEYER, Lorenzo, *op. cit.*, p. 31.

teléfono, a partir de las compañías eléctricas centralizadas que ya empezaban a aparecer, como fue el caso de la General Electric, sino también para atender la manufactura industrial que ya desplazaba a la agricultura como sector hegemónico de la economía: el cambio estructural que significó ese tránsito, debe atribuirse esencialmente a la electricidad y su innegable vinculación con el desarrollo del sector secundario, la migración del campo a la ciudad, el crecimiento de éstas y la modificación del modo de producción en serie.

Al hablar de energía, desde luego, es imposible separar la coexistencia dos formas principales -petrolíferos y gas natural, por una parte y electricidad por la otra- en tanto cumplen con satisfacer: los bienes y servicios que una sociedad demanda, así como la cantidad de ellos; cómo se van a distribuir; y, cómo van a aportar al crecimiento económico, según la estrategia que este adopte. En esa tesitura, la energía hoy es un commodity sujeto a la oferta y la demanda en la medida que son los mercados los que fijan los precios, no la voluntad gubernamental. Sin embargo, para los propósitos de este trabajo será conveniente hacer mayor énfasis en la manera como un país genera las condiciones jurídicas, materiales y políticas para satisfacer su demanda agregada y no tanto cómo obtiene renta de la venta del petróleo¹⁵².

Conviene adoptar alguna definición que ofrezca los elementos de consideración para caracterizar la seguridad energética de México para contar con un referente que nos permita ir explicando las medidas de política energética que inciden en la disposición de energía en nuestro país, en tanto que en el plazo de 4 años, es decir en la presente administración (2018-2024) estas han sido adoptadas en función de una visión política de fuerte contenido nacionalista en un modelo de gestión energética en el que coexisten varios regímenes excluyentes cuya interacción afecta, desde luego, la descripción del modelo de seguridad energética del país, como veremos más adelante.

¹⁵² En el caso de los países exportadores de petróleo, la renta petrolera es una fuente relevante de divisas que contribuyen de manera significativa a cubrir el gasto público. En el caso de México, ésta se significó como la más importante, llegando a representar el 40% del mismo.

De las definiciones encontradas por Sovacool he elegido dos que estimo útiles para caracterizar la situación de México y en la medida que gobiernos, organizaciones, empresas, centros de investigación, universidades y analistas hablan, pero que “cada uno entiende cosas distintas”, quisiera adoptar las siguientes:

La primera de ellas, refiere sin duda a un régimen mixto en el cual caben el modelo de decisión centralizada con otro de mercado, en la medida que supone un arreglo institucional satisfactorio para los participantes que pueden tomar decisiones y/o presionar para garantizar sus intereses, que garantice el suministro energético a corto y largo plazos en el que no riñen la participación e inversión privada y la intervención estatal para cumplir con sus propósitos y que, por tanto, define:

La seguridad energética es la disponibilidad ininterrumpida de fuentes de energía a un precio asequible (Energy International Agency, 2017). A largo plazo la preocupación reside en las inversiones suficientes y oportunas que se requieren para suministrar energía de acuerdo con la evolución de la demanda. A corto plazo la preocupación se centra en la capacidad del sistema energético para responder a desequilibrios entre la oferta y la demanda que causan daños económicos y sociales, ya sea por indisponibilidad física o precios excesivos o volátiles. En el mercado petrolero internacional la preocupación está en el precio porque la indisponibilidad física casi nunca ocurre. Por el contrario, en los sistemas eléctricos y de gas natural lo que preocupa es la indisponibilidad por ausencia de oferta o falla en el transporte¹⁵³.

La otra, considera una variable relacionada con las connotaciones ambientales que hoy en día influyen como variables emergentes en las cadenas de valor de la energía, particularmente por el impacto que sus emisiones de gases de efecto invernadero representan para el calentamiento global, pero también la inscribe en el marco de otras variables que implican que las cadenas de valor de la energía tengan suficiencia y disponibilidad y sean económicamente asequibles y socialmente aceptables:

La seguridad energética es la capacidad de una economía para garantizar la disponibilidad de energéticos de manera sostenible y oportuna, con precios que no afecten negativamente el desempeño

¹⁵³ Véase RODRÍGUEZ PADILLA, Víctor, *op. cit.*, p. 20.

económico (APEREC, 2007). El concepto de seguridad energética se sintetiza en cuatro palabras: availability, accessibility, affordability y acceptability¹⁵⁴.

De ello, se infiere que la seguridad energética se entiende como un modo de organización social para producir y consumir ese recurso que, atendiendo los factores geográficos, la disponibilidad de recursos naturales, la organización de los mercados, el alcance e instrumentos de intervención estatal en la economía de la energía, el proyecto de Nación, la capacidad tecnológica de los agentes económicos interesados en participar, la dependencia y vulnerabilidad de los recursos energéticos e, incluso, las experiencias históricas, decide la manera en cómo y por qué se determinan incentivos o negativos que el Estado construye al respecto.

El artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al referirse al aprovechamiento de los recursos naturales, hace diferencia entre aquellos que son susceptibles de apropiación -como los hidrocarburos- de otros que no lo son, como la energía solar y el viento, entre otros. A esta consideración regresaremos en algún momento, en atención a que actualmente en la política energética de México coexisten dos enfoques diferentes al respecto.

En ese sentido, la energía habrá que considerarse como un bien para cuya producción se deben disponer los recursos que se requieran para satisfacer la demanda socialmente necesaria. Sin embargo, hidrocarburos y electricidad, para ese efecto, no pueden satisfacer la demanda igual, pues mientras los primeros son obtenidos del subsuelo y se incorporan al mercado mediante alguna figura jurídica permitida, la segunda debe generarse y consumirse en tiempo real.

Agregaría que esas decisiones aún admiten otro nivel de condicionantes en cuanto a la adopción a que inciden en las perspectivas pública y privada respecto de la seguridad energética, como son las tendencias a la integración regional, el modelo de desarrollo económico, el cambio climático y la aparición disruptiva de tecnologías emergentes de combustibles y energías más limpias.

¹⁵⁴ Estos conceptos sugieren que la seguridad energética depende de que haya recursos energéticos (availability), existan efectivamente elementos jurídicos y materiales para obtenerlos o generarlos (accessibility), haya condiciones y pertinencia financiera para producir, extraer y distribuir energía (affordability) y que ello sea social y ambientalmente aceptable (acceptability). *Idem.* p. 20.

La multidimensionalidad de la materia -seguridad energética- enmarcada en la conformación de las variables a que hemos aludido invita a adoptar un enfoque integrador que tenga la capacidad de identificar los pesos específicos que en cada país puede adquirir ésta. Por ejemplo, dada la conflagración bélica entre Rusia y Ucrania, el suministro de hidrocarburos se hizo complicado para Europa, en atención a que las sanciones comerciales aplicadas a Rusia por diversos países, la llevó a adoptar restricciones para ellos en el suministro, elevó el precio de los hidrocarburos a nivel mundial y provocó una visible inflación en el resto del mundo. En esas condiciones, sería lógico entender que Alemania y Francia, por mencionar a los compradores más importantes de energía proveniente de Rusia, hayan buscado en el carbón, la primera, la fuente de suministro más confiable pero muy contaminante y la segunda, haya adquirido las acciones que accionistas privados tenían en la compañía de electricidad de Francia, para darle al gobierno la conducción indiscutible de la seguridad energética, a través del impulso a la energía nuclear.

En consecuencia, las decisiones que cada país toma al respecto, pueden ser observadas de manera estructural o coyuntural, según resulte de los principios y valores que rijan su política energética. El caso de México, según veremos más adelante, debe verse en esa óptica para entender sus movimientos pendulares: de un modelo de administración de la energía propio de la posguerra mundial y basado en la operación de monopolios estatales a partir de 1938, en el caso de los hidrocarburos y de 1960 en el caso de la electricidad (Comisión Federal de Electricidad y Petróleos Mexicanos) pasó en 2013 a un régimen de mercado que, sin haberse desmantelado en esta administración, sus esfuerzos han sido para regresar el modelo a sus orígenes.

Aunque se verá más adelante, quisiera apuntar hacia algunas consideraciones para el caso de México, con el objeto de contrastar la naturaleza y alcance del concepto genérico de seguridad energética con las especificidades de nuestro país: la confusión entre los conceptos soberanía, seguridad y autosuficiencia energéticas adoptadas por la administración actual como he insistido, ha justificado que al amparo de la noción de soberanía se hayan propuesto decisiones de política

regulatoria, capturado a los reguladores del sector, interpuesto barreras de entrada a la competencia y adoptado incentivos negativos para desalentar la inversión privada en la propiedad de los medios de producción de energía con el propósito de restituir a los monopolios estatales y a la Secretaría de Energía, el papel de impulsores del modelo de gestión energética que supone la centralización institucional como modo de asignación de recursos energéticos, siguiendo la clasificación que Katz propuso.

Nuestro análisis pretende identificar la disfuncionalidad del binomio soberanía energética-seguridad energética y sus consecuencias, cuando uno de ellos pretende someter al otro a su propia lógica.

Por ello, conviene segmentar las variables del entorno y enmarcarlas conforme a ciertas consideraciones de ordenación que permitan caracterizarlas y unificarlas, según ese autor, lo que además permitirá concluir si el concepto soberanía funciona aisladamente o lo hace a partir de correlaciones estructurales que determinan que para hacer valer los atributos del concepto político -supremacía al interior, autonomía del exterior- se adapte a la realidad de éstas. Así, con el ánimo de estar en posibilidad de detectar amenazas y de preparar las estrategias de defensa se propone: “La soberanía, la robustez y la resiliencia son tres perspectivas de la seguridad energética, según Cherp y Jewell (2011). Las tres perspectivas tienen sus raíces en las ciencias políticas (la perspectiva de soberanía), las ciencias naturales e ingeniería (la perspectiva de robustez) y las ciencias económicas (perspectivas de resiliencia)¹⁵⁵ y se encuentran de tal manera interrelacionadas que no es posible abordarlas por separado. Ello, significa que la dimensión política, la infraestructural y la económica son inseparables y que un concepto no puede funcionalizar a los otros -y mucho menos ignorarlos- sin que la seguridad se vulnerabilice.

Jacques Percebois, citado por Rodríguez Padilla, define la vulnerabilidad energética como “[...] una situación en que un país no es capaz de tomar decisiones de política energética de manera libre y soberana o **tomarlas, pero a un costo económico**

¹⁵⁵ Véase RODRÍGUEZ PADILLA, Víctor, especialmente el Capítulo E. “Hacia la unificación de las tres perspectivas de la seguridad energética”, *op. cit.*, pp. 27-31.

políticamente insoportable. La vulnerabilidad energética difiere de la dependencia energética ya que se puede ser dependiente sin ser vulnerable. Un país que importa la mayor parte de su energía, pero a un precio accesible y garantiza la seguridad del suministro mediante la diversificación de las fuentes de aprovisionamiento será dependiente pero no vulnerable”¹⁵⁶

Por lo que se refiere al caso de México nuestro análisis se orientará a la revisión de sus condicionantes estructurales cuya explicación se encuentra más en el peso específico que se le ha dado a lo político en detrimento de lo técnico y económico, que a las condicionantes exógenas que pudiesen responder a los intereses de integración energética de nuestros principales socios comerciales.

Por tanto, antes de pasar a considerar las variables críticas de la seguridad energética en nuestro país -objeto de este apartado- conviene contextualizarlas en estos términos:

- i. Si bien nace como una consideración de carácter militar en el que su importancia obedece a la importancia del petróleo como combustible primario para los motores de las embarcaciones que tenían como propósito favorecer el comercio marítimo y la expansión comercial de las economías desarrolladas que, como Inglaterra, tuvieron la capacidad tecnológica e infraestructural de buscar nuevas colonias para garantizar la suficiencia de materias primas y de fuerza de trabajo para los procesos manufactureros que ya habían iniciado desde el siglo XVIII. Desde luego, tiempo después se incorporaron otros países como en el uso de esta tecnología -disruptiva en ese entonces- Alemania, Francia, Países Bajos, en el uso de esta tecnología -disruptiva para esa época- encontraron en la colonización su fuente de suministro energético;
- ii. Este proceso de industrialización fue relativamente tardío en los Estados Unidos, quienes por 1860 se incorporaron a la revolución industrial iniciada en Inglaterra un siglo antes, pero que también, en el marco aún

¹⁵⁶ RODRÍGUEZ PADILLA, Víctor, *op. cit.*, p. 21.

del capitalismo concurrencial, tuvieron sus propias fuentes de abastecimiento y desarrollaron vigorosamente su industria petrolera¹⁵⁷;

- iii. La importancia de la seguridad energética pasó al campo de lo civil en tanto la refinación del petróleo para ser usado como gasolina y la electricidad utilizada para la iluminación primero y luego en la maquinaria que impulsó la manufactura en un cambio estructural donde era notable que los esquemas de crecimiento económico, ya se habían trasladado abiertamente hacia la producción industrial. Si bien no inició con el petróleo esta transición sino con el uso del carbón, la producción en masa de automóviles fue definitiva para considerar el suministro del petróleo como estratégico, así como la aparición de compañías eléctricas centralizadas que empezaron a usar corriente alterna;
- iv. El concepto seguridad energética es genérico en cuanto considera todas las formas de ésta, ya sean hidrocarburos y sus petrolíferos derivados como la electricidad cualquiera que sea la energía primaria utilizada para producirla. Sin embargo, ambas responden a diferentes racionalidades en cuanto a su cadena de valor se refiere: la electricidad no es un producto que exista libremente en la naturaleza por lo que difícilmente se le puede concebir como recurso natural susceptible de apropiación, aunque algunos de los elementos que participan en su generación sí lo sean, además que tiene ser generada y consumida en tiempo real dada su naturaleza de flujo. Los hidrocarburos, por su lado, son productos del subsuelo sujetos a regímenes de apropiación que, en principio, suponen que pueden pertenecer a los poseedores de la superficie, como en los estados Unidos como alguna vez lo fue también en México o bien la Nación, como es el caso de nuestro país;

¹⁵⁷ El primer pozo petrolero explotado en territorio norteamericano y quizás en el mundo, fue perforado en 1859 por Edwin Drake de la empresa Seneca Oil, en Oil Creek, Pensilvania. En ese entonces y mucho antes, el petróleo se refinaba y utilizaba para iluminación debido a que tenía menos producción de humo y era menos oloroso que el aceite de ballena. La invención del motor de combustión interna, en 1876 y su posterior utilización por los automóviles, a partir de 1895, vinieron a hacer el cambio que, en la Primera Guerra Mundial, permitió a los países victoriosos ganarla.

- v. La seguridad energética debe someterse a la fórmula más adecuada para alinear correcta y jerárquicamente a los factores que inciden en ella, según las características de disponibilidad y consumo de cada región¹⁵⁸;
- vi. Cada país debe asegurar la generación y suministro para evitar la vulnerabilidad y la dependencia energética y dependerá de la importación de energía; y,
- vii. Estamos observando la inminencia del agotamiento de la economía carbonizada y el tránsito hacia el uso de energías limpias que desplazarán a los combustibles fósiles.

3.4.2 Revisando el interior. Aspectos domésticos de la seguridad energética.

La capacidad de México para contar con energía asequible y limpia, se deterioró por la Contrarreforma energética afectando de manera evidente la disponibilidad ininterrumpida de recursos energéticos.

La ruta hacia la refinación de crudo adoptada como estrategia de recuperación de la soberanía energética no ha sido una decisión viable para ello, porque en la geopolítica global y regional dominan las ventajas de otras fuentes en función del precio y de su menor participación en emisiones de gases de efecto invernadero, como son las renovables, por lo que las inversiones y el financiamiento público y privado han decidido fomentarlas. Sólo el gas natural -energía fósil- podría tener una sobrevivencia mayor en tanto se le considera energía intermedia o de transición.

Aunado a las distorsiones de mercado atribuibles al arreglo institucional de regresar a la preeminencia de las energías fósiles en nuestro país, la dinámica económica internacional va a otra ruta en esa materia:

¹⁵⁸ “Cómo se organice una sociedad, es decir cuál es el marco institucional y en particular, cuáles son los elementos determinantes para juzgar el éxito o fracaso de la organización de la sociedad, considerando que el objetivo último es la maximización del bienestar presente y futuro de los individuos, además de que éste sea creciente en el tiempo”. KATZ, Isaac M, *op. cit.*, p. 16.

- a) Condicionantes geopolíticos, como son la guerra comercial entre los Estados Unidos y China; la presión diplomática y comercial hacia la integración regional de América del Norte en función de las tecnologías limpias para reducir emisiones de gases de efecto invernadero y la división internacional del trabajo para que las armadoras instaladas en México empiecen a ensamblar vehículos eléctricos hacia el mercado estadounidense, así como la fabricación de semiconductores;
- b) Condicionantes ambientales, como es la urgencia de la reducción de emisiones de los gases de efecto invernadero de manera significativa para 2030; la orientación de los mercados y fondos financieros para procurar inversiones que reduzcan la huella de carbono de las empresas y el financiamiento para los países en vías de desarrollo para aumentar su capacidad de resiliencia condicionada al cumplimiento de sus Compromisos Determinados Nacionalmente; y,
- c) Condicionantes comerciales, derivadas esencialmente del Tratado comercial entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT) y el Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea (TLCUEM).

A contrapelo, las actuales medidas de política energética de México se han extrapolado a sujetarse a la vigencia de un régimen jurídico ya abrogado que regía la intervención directa del Estado en la economía, soportado por los principios de propiedad originaria y de dominio directo que el artículo 27 constitucional adoptó en 1917, en circunstancias muy diferentes a la actualidad. Con propósitos explicativos convendría conocer e identificar los elementos jurídicos concretos con que esas medidas han puesto en riesgo la suficiencia energética del país en la medida que, sin fundamento constitucional alguno, rigen de facto la gestión de la oferta de energía en el mercado interno.

3.4.3 Notas para entender el marco de referencia de la Contrarreforma.¹⁵⁹

Como he insistido a lo largo de este trabajo y, de hecho a lo largo de este trabajo, durante el período 2018-2023 la Administración impulsó una serie de regulaciones de diferentes niveles que comenzaron en el ámbito técnico-administrativo, siguieron con sendas reformas a las leyes sustantivas de la electricidad y de los hidrocarburos e, incluso, procuraron sin éxito una reforma a la Constitución federal con la intención de echar hacia atrás la construcción regulatoria realizada en el contexto de la Reforma en Materia de Energía de diciembre de 2013, por lo que a ese esfuerzo institucionalmente impulsado por el Estado merece considerarse como “Contrarreforma”, como lo apuntamos al inicio de esta investigación.

Cabría añadir que ese esfuerzo se enmarcó en una serie de visiones propias de otras maneras de entender la intervención estatal en la economía que, desde luego, ya se encontraban rebasadas por ordenamientos jurídicos que liberalizaron varios ámbitos de la economía del país, privilegiando la desregulación y, sobre todo, la participación privada que operaba de acuerdo con la disciplina del mercado.

Por eso, en este apartado nos proponemos hacer una revisión de las fórmulas jurídico-económicas conforme a las cuales el Estado se legitimaba para impulsar el desarrollo económico del país, sustituyendo incluso la inversión privada y que sirvieron de marco a esta Administración para legitimar su intervención contrarreformista.

3.4.3.1 El intervencionismo estatal de 1917, en 2019.

El Estado mexicano desde 1917 tiene, como se ha sostenido en este trabajo, una vocación natural para intervenir activa y directamente en el desarrollo económico del país en un entorno de capitalismo dependiente, extinguir las formas de

¹⁵⁹ Según Douglass C. North, al hablar de incentivos e instituciones señala que los individuos y las organizaciones suelen tomar sus decisiones sobre la base de las ideologías imperfectas, que son sus modelos de cómo funciona el mundo.

producción pre-capitalistas y recuperar para los nacionales la explotación de los recursos naturales.

Nora Hamilton, afirma:

La conceptualización del estado como una entidad autónoma que utilizaría su poder en favor de los grupos y clases marginados, y para fomentar el desarrollo económico independiente, fue un elemento importante de la Revolución Mexicana. La Constitución de 1917 consagra implícitamente la autoridad del Estado como encarnación del interés nacional y el responsable de la educación del pueblo.

Acepta el régimen de propiedad y las relaciones de producción capitalista, pero permite al Estado imponer restricciones a la propiedad privada, llevar a cabo una amplia reforma agraria y revisar las condiciones monopólicas otorgadas a individuos y a empresas¹⁶⁰

En el mismo sentido se pronuncia Héctor Cuadra:

El Estado mexicano a partir de 1917 es, no un espectador impasible de la vida social, sino el agente más capacitado y más fuerte para dirigir, reglamentar y promover el bienestar del mayor número de miembros.

Ello solamente podía obtenerse en un Estado cuyo gobierno se apartase, desde el punto de vista de su organización, de los marcos tradicionales. La Constitución de 1917 tuvo la necesidad de otorgar al Poder Ejecutivo facultades desconocidas en la Constitución anterior de 1857, desechando la idea de establecer equilibrios funcionales e inclinándose hacia un verdadero desequilibrio -aún mayor por posteriores reformas constitucionales- en favor del Ejecutivo, en quien habría de residir el centro de gravedad del sistema para poder llevar a cabo las enormes tareas que le iba a encomendar.¹⁶¹

Queda claro que es el artículo 27 constitucional en el que se dan los fundamentos y alcances originales del intervencionismo estatal: las reformas al párrafo tercero, incorporan al sistema de propiedad multifacético el condicionamiento que puede conceder a la propiedad privada según lo requiera el interés público, lo que aunado a la reforma de su párrafo cuarto, también en el texto original de este artículo,

¹⁶⁰ HAMILTON, Nora. "Los límites de la autonomía estatal" en *El Sistema Mexicano*. Editorial Nueva Política, Vol. 1. Núm. 2, abril-junio 1976, distribución Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V. México. 1976. p. 207.

¹⁶¹ CUADRA, Héctor, "Vicisitudes del Derecho Económico en México" en *Estudios de Derecho Económico II*, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera edición, México, 1977, p. 116.

establece la propiedad inalienable e imprescriptible de los recursos del subsuelo, entre ellos, los hidrocarburos en tanto bienes de propiedad originaria y de dominio directo, cuya referencia es básica en el régimen patrimonial reconocido por nuestras leyes en virtud que a la propiedad social y privada, agrega la pública.

En el caso de la electricidad, el párrafo sexto del propio 27 se modificó posteriormente para establecer que la energía eléctrica es un servicio público cuya prestación queda a cargo exclusivamente del Estado¹⁶².

Para un analista constitucional, esa realidad formal ha quedado modificada sustancialmente debido a la complejidad de los fenómenos sociales y políticos que rodean el tema de la energía. Cabría adelantar a las conclusiones que justamente con la reforma energética de 2013 se modificaron varios artículos del capítulo económico del texto constitucional, entre ellos el 27, para construir un régimen de mercado en el que la asignación de esos recursos lo hacen las preferencias individuales de los consumidores en un entorno de competencia y que, sin modificar el régimen de propiedad originaria de los hidrocarburos, estos, cuando ya fueron extraídos mediante asignación o contrato, ingresan al mercado en calidad de mercancías.

En esa lógica, la electricidad pasó del régimen estricto del servicio público a la segmentación de su cadena de valor, a efecto de que la generación y comercialización de aquella se hiciera en un entorno de competencia, mientras que la transmisión y distribución se mantienen como monopolio natural, llamado “Área Estratégica”.

La Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos ya había sido modificada con una reforma a los artículos 25, 27 y 28, publicada el 3 de febrero de 1983, a efecto de incorporar el capítulo económico y, consecuentemente, el régimen jurídico de economía mixta, que aún existe. Desde luego, fue una medida que el gobierno de Miguel de la Madrid debió promover para dar garantías a la inversión privada y a los capitales extranjeros ante la crisis política y económica provocada por el régimen anterior, en la que nuestro país estaba limitado y condicionado para

¹⁶² La reforma fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del 29 de diciembre de 1960.

acceder al crédito externo, por la baja de los precios internacionales del petróleo y por el impedimento de crecer con emisión inflacionaria de circulante.

El regreso a la realidad política, jurídica y económica de 1917 es imposible, simplemente porque el avance tecnológico y los cambios estructurales del sistema económico mundial que ya se está trasladando del sector manufacturero a los servicios y a la descarbonización de la movilidad y de la generación eléctrica.

3.4.3.2 El intervencionismo estatal de 1950, en 2019.

Desde otro punto de vista menos vistoso pero igualmente relevante para la reivindicación política de la energía, convenía asociarla a un entorno de intervencionismo estatal justificado por amenazas exógenas provocadas por la desestabilización provocada por la pos-guerra mundial y los ajustes a la economía mundial que había que llevar a cabo, con el propósito de traspasar las facultades extraordinarias con que debía contar el titular del Ejecutivo Federal frente a los otros poderes, a efecto de atender rápida y oportunamente las condiciones cambiantes del entorno, a las circunstancias actuales en las que las amenazas se encuentran en la supuesta pérdida de la soberanía atribuida a la reforma energética de 2013 y la necesaria recentralización del control de ese sector, en el ámbito exclusivo de la presidencia de la república.

La posguerra mundial, en efecto, impulsó en los países en vías de desarrollo la estrategia sustitutiva de importaciones, con el propósito de alentar la forma de producción industrial como instrumento de desarrollo, subordinando al sector primario (agrícola) a esa estrategia a efecto que proveyera mano de obra barata y recursos derivados de las exportaciones, sobre todo de sorgo, para financiar la productividad del sector. El sector terciario (servicios) cumplió con el papel de emplear o subemplear a la población trabajadora desplazada del sector agrícola que no pudo ocuparse en la industria.

En ese sentido y con el propósito de entender la racionalidad de una intervencionismo estatal más activo centrado en las facultades del presidente de la república con menoscabo de las encomendadas constitucionalmente a los otros

poderes, en la medida que, hasta 1950, no era permisible reunir en una sola persona o corporación dos o más poderes, con la sola excepción del caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo en el caso de suspensión de garantías individuales contemplada en el artículo 29 constitucional. Cuadra dice:

Por la fuerza de las cosas, por la inercia misma del desarrollo socioeconómico del país, el estado mexicano ha asumido diversas formas de intervención económica en el transcurso de su historia, acentuando en los últimos tiempos un estatismo bien perfilado, aunque conciliador.

Pero, además, a partir de la Segunda Guerra Mundial, pasando por el agudo ciclo de posguerra, el mundo ha vivido en una anormalidad tal, que se ha traducido, en forma evidente, en una sensación de inseguridad sobre el futuro inmediato, en un propósito de procurar salvaguardar los niveles económicos que puedan afectar a las grandes masas de población y, sobre todo, en la tendencia de adoptar las medidas inherentes a este estado de emergencia¹⁶³.

La circunstancia que finalmente influyó en adicionar un párrafo segundo al artículo 131 de la Constitución política, fue la de concentrar en el Ejecutivo Federal las facultades en materia de comercio exterior, exportaciones e importaciones de mercancías, modificar el 49 para otorgar al presidente el uso de facultades extraordinarias y la expedición de la Ley Reglamenta del párrafo segundo del 131 y de la Ley de Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica todas ellas con el propósito de depositar el control de la economía del país en manos del Poder Ejecutivo¹⁶⁴, a efecto de enfrentar las medidas restrictivas adoptadas por los Estados Unidos para reducir exportaciones y la producción de bienes de consumo general con destino a fines civiles, materias primas, equipos y maquinarias para la industria y en tanto era el principal abastecedor de la economía mexicana, se había presentado una elevación de precios a la que habría que imponer controles para mantenerlos en nivel razonable, presionados por la creciente escasez y dificultad para obtener su abastecimiento.

¹⁶³ CUADRA, Héctor, *op. cit.*, p. 128.

¹⁶⁴ Las reformas a la Constitución, así como la Ley de Atribuciones del Ejecutivo Federal en materia económica fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 30 de diciembre de 1950. La Ley Reglamentaria, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 5 de enero de 1961, abrogada por la publicada el 13 de enero de 1986.

Esas facultades extraordinarias, subsistieron hasta diciembre de 1992¹⁶⁵, en que se expidió la Ley Federal de Competencia Económica, reglamentaria del artículo 28 constitucional en materia de monopolios, con lo que el control de precios dio paso a la liberalización y competencia de los mercados en el contexto de la negociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, con lo que su vigencia y aplicación quedó superada.

3.4.3.3 El intervencionismo estatal en 2023.

Para concluir este apartado quisiera apuntar que la recuperación de la lógica implícita en las facultades otorgadas al gobierno, en general, y al Ejecutivo Federal, en particular, que tuvieron su justificación en los períodos en que era necesario responder a las condiciones creadas por un proceso revolucionario que afectó no solamente las estructuras del poder, sino también las relaciones sociales y las condiciones económicas del país, por una parte, y, por la otra, las condiciones de emergencia creadas por la economía norteamericana respecto de México para atender la inestabilidad creada por la conclusión de la II Guerra Mundial y orientarse a atender sus problemas internos, no son ni medianamente suficientes como para abandonar la disciplina del mercado para restituirle al Estado el poder de mercado basado en la dominancia de las entidades estatales en la cadena de valor de la energía, por más que parezca que en un ambiente de mercado la seguridad energética se compromete por los propósitos de rentabilidad de los participantes del mercado. El estado cuenta con las facultades regulatorias necesarias para evitar las fallas del mercado o para corregirlas sin necesidad de intervenir directamente sustituyendo la inversión privada.

Finalmente, desearía agregar que la sobrevaloración que se ha concedido al componente político de la soberanía e imponerla para funcionalizar a los otros

¹⁶⁵ La Ley Federal de Competencia Económica fue publicada el 24 de diciembre de 1992, abrogando las Leyes de Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica; la Orgánica del artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios; y, la de Industrias de Transformación, todas ellas de la época de la posguerra y del control de precios.

factores de la seguridad energética -económico, recursos naturales e ingeniería- ha comprometido la factibilidad de esta en nuestro país.

Al hablar del concepto soberanía Diego Valadés, miembro de El Colegio Nacional, dice:

En ese punto debe tenerse presente que la soberanía de los Estados no es, ni ha sido nunca, un atributo absoluto. Los condicionamientos que relativizan el poder del Estado mudan de intensidad según la posición constitucional sólo dispone del monopolio del poder coactivo, pero no monopoliza el poder total.

La soberanía es un constructo que permite identificar uno de los elementos del Estado. Con frecuencia se incide en el equívoco de entenderla como un poder único e ilimitado, pero en el universo de las instituciones jurídicas y políticas no existe la absolutidad, por eso los procesos legiferantes están sujetos a una gama de factores que incluye ideologías, intereses, corrientes de opinión, compromisos, acuerdos, inercias, exigencias y expectativas a los que obedecen quienes dictan cada regla por las vías legislativa, jurisprudencial o administrativa, en un lugar y en un momento determinados.¹⁶⁶

Concluiría señalando que la narrativa acerca del bagaje ideológico que ha buscado legitimar la política energética para que ésta se haya sustraído del cumplimiento efectivo del marco jurídico vigente, basado aún en la disciplina del mercado, no corresponde al Derecho Positivo, es decir, vigente, sino a un intento de aproximación para identificar la naturaleza de las normas que parecen regirla y que corresponden al Derecho Económico que en su momento regulaba la intervención del Estado en la economía, conforme a reglas de Derecho que subordinaban las actividades e inversiones privadas a la autorización previa del gobierno, en atención a su adecuación y correspondencia a la visión estatal y en tanto le reconocieran como rector supremo o palanca central de la producción.

Como en los 60, el Estado pretende reservarse el derecho de suplantar a la empresa privada en aquellas actividades vinculadas con el funcionamiento de la economía,

¹⁶⁶ VALADÉS, Diego. "Consideraciones en torno al pensamiento jurídico contemporáneo" en *Derecho y Economía*, Coordinador Jorge Witker, Coedición El Colegio Nacional y la Universidad Nacional Autónoma de México, Primera edición, México, 2021, p. X.

como la energía, y, señala los límites dentro de los cuales pueden moverse los agentes económicos privados.

En este punto, quisiera apartarme un tanto de la idea central de este aspecto de la investigación, a efecto de referirme a las facultades que el presidente tiene en materia de comercio exterior y en las Tarifas Generales de Importación y Exportación, en tanto que, sin significarse como un modo de intervención estatal directa, le conceden amplísimas facultades al titular del Ejecutivo Federal para regular, restringir e, incluso, prohibir legalmente el ingreso y circulación en el país de las mercancías que considere urgentes o bien riesgosas para la economía, seguridad o estabilidad económicas, conforme a lo cual puede disponer prácticamente de la disponibilidad de petrolíferos en el mercado mexicano.

Esa facultad proviene de la antigua modificación del párrafo segundo del artículo 131 constitucional que ya hemos explorado y que históricamente se ha venido conservando tanto en las Leyes Reglamentarias de dicho párrafo, como de las subsecuentes Leyes de Comercio Exterior y de los Impuestos Generales de Importación y Exportación, constituyendo un recurso institucional formidable para los propósitos de inhibir las posibilidades importadoras de petrolíferos o combustibles en todo el territorio nacional, a efecto de que PEMEX sea la única entidad con posibilidades constitucionales de hacerlo. Sobre ello, sólo quisiera añadir que dichas disposiciones vigentes son saldos que el derecho positivo ha conservado para otorgar al presidente de la república la flexibilidad extraordinaria con que debe contar para atender situaciones de emergencia, únicamente¹⁶⁷.

Para mejor referencia, deben consultarse la Ley de los Impuestos Generales de Importación y Exportación publicada en el Diario Oficial de la Federación del 7 de junio de 2022 y la Ley de Comercio Exterior, publicada el 27 de julio de 1993, así como sus antecedentes regulatorios, la Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la

¹⁶⁷ Para mejor referencia, deben consultarse la Ley de los Impuestos Generales de Importación y Exportación publicada en el Diario Oficial de la Federación del 7 de junio de 2022 y la Ley de Comercio Exterior publicada el 27 de julio de 1993, así como sus antecedentes de Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicadas el 13 de enero de 1986 y, previamente, la del 5 de enero de 1961.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada el 13 de enero de 1986 y, previamente, la del 5 de enero de 1961.

3.5 LA CONNOTACIÓN REGULATORIA. NOTAS PARA EXPLICAR EL CONFLICTO DE MODELOS JURÍDICOS.

Nuestro sistema jurídico no ofrece una definición explícita de la seguridad energética pero tampoco la ausencia de esta se considera como amenaza a la seguridad nacional, como debería ser por los posibles riesgos que podrían representar para el suministro energético la destrucción o inhabilitación de su infraestructura que considero estratégica e indispensable para la provisión de bienes o servicios públicos, según la fracción XII del artículo 5 de la Ley de Seguridad Nacional, por lo que este vacío se ha llenado con el concepto “soberanía” como una fórmula política cuyo soporte jurídico y legitimidad se han venido derivando de principios que corresponden a reglas de derecho ya abrogadas y que, para efectos administrativos, son las que se reconocen en la práctica.

Ha quedado explícito que a partir de la juridificación de fórmulas ideológicas concebidas y diseñadas para otros tiempos y circunstancias, se ha judicializado la gestión energética. La inconstitucionalidad que se ha planteado judicialmente contra las reformas de 2021 a las Leyes de la Industria Eléctrica y la de Hidrocarburos, que sin haber cambiado el marco constitucional de la reforma energética de 2013¹⁶⁸ obedecen a la pretensión de restituir el papel monopólico de las empresas Productivas del Estado y su poder de mercado, conforme a los principios de “Autoridad formal de la Ley” y de “Presunción de legitimidad”, para dejar a los agentes económicos afectados en la tesitura de recurrir o no a medios de defensa.

En nuestro sistema jurídico la ley, considerada como un cuerpo normativo producido por el órgano legislativo, previene que la regulación de las materias que son de tal manera relevantes que por su importancia deben quedar regulados por una ley que es preeminente sobre otras formas jurídicas, como los reglamentos, por ejemplo.

¹⁶⁸ Me permito insistir en revisar, con esta óptica, los Artículos Transitorios de la reforma energética publicada en el Diario Oficial de la Federación del 20 de diciembre de 2013.

Tiene presunción de legalidad, por lo que solo una resolución del órgano judicial puede desestimar su fuerza obligatoria.

Más allá de la lógica jurídica de las reformas y de sus intenciones, se ha provocado un conflicto de los modelos jurídicos que hoy coexisten en tanto la validez de las reformas a las Leyes de la Industria Eléctrica y la de Hidrocarburos se encuentran controvertidas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Estos son: el Derecho Económico, que estudia la intervención directa del estado en la Economía y el Análisis Económico del Derecho, que estudia las implicaciones que las normas jurídicas tienen sobre la conducta y preferencias de los agentes económicos¹⁶⁹.

En efecto, esa contradicción ha creado un entorno de incertidumbre para la inversión en la medida que coexisten normas con presunción de legitimidad contempladas en las reformas a dichas normas sustantivas, con otras normas energéticas que se encuentran vigentes y las de otras leyes generales y Tratados Internacionales cuyo incumplimiento es sistemático, como son las relacionadas con el medio ambiente y la conservación, el cambio climático y la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y la transición energética, así como el Acuerdo de París y el Tratado Comercial México, Estados Unidos y Canadá.

En la medida que el Derecho es una técnica social que persigue obtener una conducta socialmente esperada bajo la amenaza de la coerción, es decir, de su cumplimiento obligatorio, es indispensable que las normas jurídicas se construyan en función de la coherencia a efecto que el sujeto pasivo de la regla de Derecho esté en aptitud de conocer cuál es la conducta que se espera de él. Santi Romano, citado por Valadés concebía el ordenamiento como “un sistema de normas concatenadas entre sí lógicamente”, aunque estuviera formado por “trozos” y de manera imperfecta, por lo que se puede constatar que en cualquier que se analice son identificables los elementos dominantes, pero sin que en todos los casos exista una coherencia sistémica que lo ponga a salvo de antinomias y hasta de aporías.

¹⁶⁹ “Las relaciones entre la economía y el derecho se han conceptualizado en torno a dos enfoques teóricos: a) el análisis económico del derecho, y b) derecho económico, nacional e internacional. Estos marcos teóricos responden a dos instituciones que por largos siglos han acompañado la evolución histórica de la humanidad: el mercado y el Estado”. WITKER, Jorge. “Presentación” en *Derecho y Economía*, *op. cit.*, p. XV.

El ordenamiento, en un sentido descriptivo, es el conjunto de normas e instituciones vigentes y válidas en un Estado”¹⁷⁰.

Por tanto, la subsistencia de dos modelos jurídicos con diferentes principios y valores han creado condiciones de ineficacia del Derecho como técnica de organización institucional cuya eficacia ha sido sustituida por las prácticas aceptadas por los agentes económicos interesados como es la gestión directa ante las autoridades a efecto de hacer valer administrativamente sus derechos sin que la inaplicación de las normas por quienes se encargan de aplicarlas sea sometida al análisis de las responsabilidades que esas conductas significan.

Existe un tercer régimen -el autoabastecimiento contemplado en la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica- que se considera legado en tanto que, para evitar un debate sobre la inconstitucionalidad derivada de una posible retroactividad del nuevo marco jurídico, se optó por establecer un régimen de transición de esos permisos hacia el del Mercado Eléctrico Mayorista, una vez que vencieran los otorgados conforme al marco vigente anterior a la reforma energética, pero no considero necesario extenderme sobre su análisis en virtud que su juridicidad no se encuentra a debate, aunque no así su legitimidad que no le reconoce esta administración. Las restricciones impuestas para transitar de un régimen a otro son explicables por prejuicios ideológicos, ya que trastornan la dinámica del mercado.

3.6 LA INSTITUCIONALIZACIÓN.

3.6.1 Las buenas noticias.

La transición de un régimen centralizado a otro de mercado, exigía una instrumentalidad tejida alrededor de actores emergentes que no se conocían como tales antes de la reforma energética de 2013, así como de reguladores robustos que hicieran efectiva la política regulatoria que debía, por una parte, garantizar el “piso parejo” para aquellos y, por otra, dismantelar el modelo de dominancia de las entidades estatales que, hasta ese momento, habían tenido de manera exclusiva la gestión energética, en tanto “Áreas Estratégicas” que aún contemplaba para

¹⁷⁰ VALADÉS, Diego, *op. cit.*, p. XI

PEMEX y para CFE, el artículo 28 constitucional, como una referencia retórica a lo que en economía se entiende como monopolio.

Para ese efecto, se dispuso que el arreglo institucional descansara en medidas regulatorias cuya implementación requirió ajustar el marco jurídico a un régimen de mercado y, consecuentemente, a la competencia de los oferentes de energía para procurar que la racionalidad de la oferta y la demanda fijara los precios en función de los modelos de negocio, precio y condiciones tecnológicas, para lo que se requería facilitar la inversión privada y las garantías necesarias a ésta para ese efecto. Se reserva al Estado el monopolio natural de la transmisión y distribución - en el caso de la electricidad- y la exploración y extracción -en el caso de los hidrocarburos- pero deja a los privados la posibilidad de participar en aquellos segmentos de las cadenas de valor en que fuera conveniente o hasta insustituible, en atención a la desarrollo tecnológico, administración de riesgos, magnitud de la inversión, modelos de negocio, etc., donde el Estado recibiera una contribución subsidiaria por parte de estos.

Katz, afirma:

En el sistema de mercado la propiedad de los medios de producción es privada y son los propios agentes económicos quienes toman la decisión de cómo asignar los recursos, ya sean el capital físico, la tierra o el propio capital humano, siendo marginal la participación del gobierno en la economía, aunque como se señalará más adelante, el gobierno tiene un importante papel que jugar en este tipo de economía, principalmente en lo que se refiere a la provisión de bienes públicos y la corrección de las externalidades¹⁷¹

Para ese efecto, el marco jurídico de la Reforma Constitucional en Materia de Energía, se desplegó a fin de:

- i. Procurar la regulación asimétrica que emparejara el posicionamiento de la CFE y de PEMEX, en cuanto llevaban muchos años operando como monopolios de la energía;

¹⁷¹ Katz, Isaac M, *op. cit.*, p. 18.

- ii.** Separar legal, operativa, contable y funcionalmente a la CFE, a efecto que no hubiese ingresos cruzados que subsidiara la ineficiencia de las áreas que están sujetas a la competencia, de aquellas que obtienen ingresos monopólicos, como son las provenientes de transmisión y distribución;
- iii.** Facilitar a PEMEX el acceso a tecnologías de aguas profundas, realizar alianzas comerciales con empresas privadas en la exploración y extracción a efecto de mitigar o compartir el riesgo en estas actividades, reducir sus pasivos laborales contingentes y mejorar su calificación crediticia;
- iv.** Promover el desarrollo de la industria nacional a partir del Contenido Nacional Obligatorio en las industrias de hidrocarburos y eléctrica;
- v.** Obtener para la hacienda pública ingresos no tributarios provenientes de las actividades previas a la explotación comercial de los yacimientos;
- vi.** Migrar, con rentabilidad y eficiencia operativas, hacia la transición en energías y combustibles más limpios para descarbonizar la movilidad y la actividad manufacturera;
- vii.** Preparar a las entidades estatales del sector energético para participar en un régimen de competencia en los segmentos de la cadena de valor en que pueden generar mejores condiciones de precio y de acceso a los consumidores finales, transformándolas en Empresas Productivas con una orientación obligatoria a crear valor económico;
- viii.** Fortalecer jurídica y políticamente, así como establecer controles transparentes para ellos, a los órganos reguladores del sector energético;
- ix.** Facilitar la participación privada mediante regímenes de permisos cuyo otorgamiento estuviera reglado, y;
- x.** En general, promover un régimen mixto en el que algunas de las actividades de la cadena de valor quedaran reservadas de manera exclusiva para el estado, como Áreas Estratégicas y otras quedaran

sujetas al régimen de mercado que, a través de la desregulación, liberalización y en su caso privatización, permitiera pasar del poder de mercado detentado por los monopolios públicos, a la disciplina del mercado.

Para ese efecto, la instrumentación de la reforma energética no se limitó a construir un régimen jurídico consistente (leyes, reglamentos, Disposiciones Administrativas de Carácter General (DACG's), Bases del Mercado Eléctrico y Disposiciones Operativas del Mercado, Acuerdos, Normas Oficiales Mexicanas, etc.) y diversas resoluciones específicas dictadas por los reguladores Comisión Nacional de Hidrocarburos y Comisión Reguladora de Energía, sino también a dismantlar el régimen de monopolios públicos de la energía a través de medidas de regulación asimétrica que favorecieran la competencia, reformando todo el marco jurídico con el ánimo de institucionalizar el tránsito hacia la suficiencia y seguridad energéticas.

Las expectativas generadas alrededor de esa política energética permitieron que se celebraran 111 contratos de exploración y extracción ¹⁷², contemplando una inversión de 159,000 millones de dólares (de 2014), con empresas de diferentes nacionalidades, en el caso de la electricidad, las Subastas de Largo Plazo permitieron que se comprometieran inversiones para más de 5,000 MW/h, con energía limpia y asequible dados los costos tan bajos de producción.

3.6.2 Las malas noticias.

Esta administración cuestionó, desde su inicio en 2018, la racionalidad de la reforma energética en función de la preocupación que le generaba el uso del mercado como mecanismo de asignación de recursos por parte de los agentes económicos, por un lado, y, por el otro, por el papel marginal que el modelo tenía reservado para el Estado. Para los tomadores de decisiones gubernamentales, además, era evidente que ni la CFE ni PEMEX estaban en aptitud de competir porque, a pesar de su nueva naturaleza jurídica, históricamente habían funcionado como un sistema de

¹⁷² Como se menciona más adelante, hasta el momento, de los 111 contratos que originalmente se celebraron para exploración y extracción.

planeación centralizada conforme a la cual decidían qué cantidad de energéticos producir, a qué precio y con qué características, independientemente del cálculo económico. Su visión, a final de cuentas era la de agentes públicos que solo tenían la responsabilidad del abasto energético como servicio público (muy diferente que servicio al público), no de la racionalidad de la cadena de valor.

La política energética se volvió el espacio institucional en el que principalmente se producían las decisiones de política pública como resultado de una deliberación ideológica en torno a la dualidad de los espacios público-privados y sus contradicciones, respecto a lo cual al régimen le preocupaba que la propiedad privada de los medios de producción de electricidad pugnara con las metas de desarrollo económico y social a cuyo cargo se encuentra el Estado, según considera la óptica estatal, contrastándolo con los resultados obtenidos durante el período del “desarrollo estabilizador”, que permitió el crecimiento consistente de la economía, (en promedio, fue del 6.8% anual del país de 1954 a 1970), con una inflación promedio del 2.5%. en el período y conforme al modelo económico propuesto e impulsado por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), se consiguió debido a la decidida participación estatal en la economía

La dinámica que siguió esa reivindicación, no parece haber obedecido a una estrategia diseñada consistentemente para devolver la administración energética al control centralizado del gobierno, sino sugiere más bien una serie de medidas sucesivas que, con el propósito de eludir un esquema de competencia al que debería someterse la actuación de la CFE, se pueden identificar de la siguiente manera:

- i. **MEDIDAS Estrictamente Administrativas** que, como una aproximación inicial buscaban suspender la dinámica del sector y que en base de medidas sucesivas de la administración no buscaba modificar las leyes, sino solo utilizar las facultades que éstas concedían en términos discrecionales a las autoridades administrativas, en este caso, la Secretaría de Energía y el Centro Nacional de Control de Energía (CENACE), sin involucrar aún la participación de los órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética;

- ii. Así, podemos asociar a esas medidas, entre otras, la cancelación de las licitaciones de las líneas de transmisión Ixtepec-Yautepec y la de Hermosillo-Mexicali; la suspensión de las Rondas petroleras y las subastas de Largo Plazo de generación eléctrica; la suspensión de las Evaluaciones de Impacto Social; la reintegración de la estricta separación de la Comisión Federal de Electricidad así como la distribución de activos; la publicación del Programa Sectorial de Energía 2019-2024 y los diferentes Programas Especiales; la suspensión de las alianzas estratégicas de PEMEX con particulares y la emisión de diversos acuerdos por parte del CENACE, en el que mejor se recuerda es el del 29 de abril de 2020 que ordenaba la prohibición de pruebas operativas o preoperativas de energía limpia; el secretarial del 15 de mayo de 2020 sobre la confiabilidad de las energías limpias; el que autoriza 69 millones de Certificados de Energía Limpia para la CFE; acuerdo que establece el régimen de permiso previo de importación a los petrolíferos; y, así varios más sin que sea necesario agotar sus modalidades sino solo advertir el despliegue institucional de la medida;
- iii. **MEDIDAS CUASI-LEGISLATIVAS Y CUASI-JURISDICCIONALES**, que son las resoluciones, criterios e, incluso, omisiones que tienen como propósito afectar la competencia y que han sido dictadas por la Comisión reguladora de Energía y la Comisión Nacional de Hidrocarburos, para impedir las actividades privadas que pudieran significar competencia para las CFE y PEMEX. Desde luego, el régimen, sin haber variado las estrictas reglas de funcionamiento que imponen las leyes a estos Órganos Reguladores, ya los había capturado para que su funcionamiento se alineara a los principios de gestión energética propios de la contrarreforma;
- iv. **MEDIDAS LEGISLATIVAS**, que son las reformas a las Leyes de la Industria Eléctrica, de marzo y de mayo de 2021, respectivamente;

- v. **MEDIDAS CONSTITUCIONALES**, que fue el intento de reforma a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política federal, que ya hemos referido;
- vi. **MEDIDAS CUASI DE MERCADO**, que son aquellas adoptadas para conseguir incrementar la capacidad de influir el estado en la cadena de valor de la electricidad a partir de medidas de intervención basadas en la producción de bienes privados, como es la electricidad. Institucionalmente no es posible identificar medidas en las que el gobierno federal, en función de su política de centralización y control de la generación eléctrica hubiera recurrido a la adquisición de activos de agentes económicos particulares por la vía del derecho privado, la compraventa de activos ocurrió como una medida excepcional que permitiera a la CFE reposicionarse en cuanto al porcentaje de generación eléctrica que se esperaba (54%, al menos) como participación en el mercado de la Empresa Productiva del Estado y sus Subsidiarias de generación, como es el caso reciente de la adquisición de 13 centrales eléctricas a Iberdrola y que podrían observarse de esta manera:
- a) El pasado 4 de abril de 2023, a partir de un Memorándum de Entendimiento, Iberdrola formalizó una operación comercial con un vehículo de inversión nacional administrado por México Infrastructure Partners (fondo privado con alguna participación estatal) con el respaldo del Fondo Nacional de Infraestructura (FONADIN), en los términos de un Memorándum de Entendimiento¹⁷³ para obtener la propiedad de los activos de 13 centrales de generación eléctrica que

¹⁷³ Un Memorándum de Entendimiento o MOU, es un documento común en operaciones relacionadas con la energía. Aunque generalmente no es vinculante en la medida que establece intenciones futuras de llevar a cabo un proyecto, en la práctica no es inusual que contemple obligaciones de hacer y de no hacer, como parece tratarse en el caso concreto.

¹⁷⁹ Las fuentes de información disponibles respecto a los detalles de la celebración del MOU, han sido los comunicados institucionales emitidos separadamente por el gobierno mexicano y por Iberdrola (el número 21 de fecha 4 de abril de 2023 y del escrito de la misma fecha, titulado “Acuerdo de intenciones para la venta de activos de generación con una capacidad instalada de 8,539 MW en México”, dirigido a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, respectivamente, por lo que los detalles de la operación son los proporcionados en éstos.

representan 8,539 MW, por un monto de 5,943 millones de dólares que deberán ajustarse según los plazos, términos y condiciones fijados en un documento cuya versión no es pública aún.

Este administrador de fondos, conocido como MIP por sus siglas, fue fundado en 2012 y actualmente es el mayor gestor de activos de infraestructura y energía de México. Tiene experiencia en fondos de inversión y gestión de activos y, de formalizarse la adquisición, pasará a ser propietario de las centrales eléctricas

b) Por tanto, ni la generación eléctrica ni la propiedad de las centrales pueden considerarse institucionalmente de CFE, sino del vehículo que está llevando a cabo la adquisición que se espera concluya en un plazo relativamente corto. Desde luego, aunque propiamente los activos no fueron adquiridos ni por el vehículo de propósito especial ni por la CFE ni por el gobierno federal, es evidente que éste tendrá la facultad de decidir sobre el régimen, financiamiento y destino de las centrales cuyas acciones fueron adquiridas, lo que podría considerarse como un incremento de la capacidad de generación por parte del Estado.

En esas condiciones, resulta conveniente contextualizar dicha operación toda vez que los enfoques de una y de otra parte no coinciden esencialmente en las razones que, por separado, pudieron haberse tenido en consideración para celebrar un convenio de adquisición de acciones de cada una de las empresas constituidas como permisionarias para la generación de energía eléctrica, lo que hace suponer que, según el punto de vista que se adopte, la promesa de compraventa fue realizada en un marco de consideraciones legales y extralegales que respondieron a la coincidencia de perspectivas e intereses en la relación institucional del gobierno mexicano con Iberdrola y que de alguna manera determinaron la procedencia de una acuerdo, en atención a que la situación jurídica de Iberdrola ya se estaba ventilando ante

tribunales y existía el riesgo que algún juzgador severo, concediera la protección de la Justicia Federal a la empresa en consideración de algunas tesis y pronunciamientos que advertían la posible ilegalidad o inconstitucionalidad de las medidas sancionatorias de que se habían venido aplicando a la empresa¹⁷⁴.

De atención a que este modo de intervención en el Mercado Eléctrico Mayorista resulta tan especial, estimo conveniente formular las siguientes consideraciones:

vi.1 Contexto formal.

- a) Tanto la Comisión Reguladora de Energía como la Secretaría de Energía, desde el inicio de la administración, objetaron la legitimidad de las centrales legadas (es decir, instaladas conforme a la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, previa a la reforma energética pero cuya continuidad fue admitida en ésta), que, conforme a un permiso de autoabastecimiento permitían a Iberdrola, entre otros generadores privados, producir la energía para su consumo propio.

Las objeciones formuladas al efecto, se hacían consistir, en esencia, en las facilidades que la citada Ley, publicada en diciembre de 1975 y sus modificaciones de 1992¹⁷⁵, permitían a los titulares de esos permisos y que, a juicio de las autoridades del sector energético, consistían en ventajas indebidas en favor de sus titulares en detrimento de la competencia, tales como la tarifa de porteo y la obligación de la CFE de adquirir de éstos la electricidad generada en esas condiciones.

- b) Con la entrada en vigor de la Ley de la Industria Eléctrica, los permisionarios podían optar por mantenerse en el régimen al que ya se encontraban sujetos o bien optar por participar en el Mercado Eléctrico Mayorista como

¹⁷⁴ En mayo de 2022, IBERDROLA fue multada por un monto de 9,145 millones de pesos por presumiblemente simular un contrato de autoabastecimiento, en atención a que vendía electricidad a sus clientes a quienes formalmente tenía como socios.

La ejecución de esa sanción y de otras medidas restrictivas se encuentran suspendidas en atención a que fueron recurridas por la empresa.

¹⁷⁵ Publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 22 de diciembre de 1975 y del 23 de diciembre de 1992.

Participantes del Mercado, circunstancia que, en principio, Iberdrola mantuvo vigente, aunque luego intentó la migración de un régimen a otro.

Iberdrola es la segunda empresa de generación de electricidad en México, utilizando para ello diferentes tecnologías como ciclo combinado, fotovoltaicas y eólicas y tiene presencia en 15 entidades federativas con más de 11,197 MW, que en la actualidad representa 27 activos de generación, a los que habría que restar los que fueron objeto de la venta futura de las centrales eléctricas.

- c) De las plantas objeto de la compraventa, 12 de ellas son de ciclo combinado¹⁷⁶, es decir, utilizan gas natural o combustóleo, y una es eólica¹⁷⁷, es decir, energía renovable¹⁷⁸. Ello, representa el 80%, aproximadamente, del total de la capacidad de generación que Iberdrola.
- d) Por la ubicación geográfica de las centrales esa generación de electricidad permitirá en su oportunidad, según la versión oficial, una mayor presencia directa de la CFE en el noreste del país para pasar del 6.7% al 44.8 % en esa región (donde se espera la mayor parte de las empresas a relocalizar por el “nearshoring” y del 39 al 55.5% en todo el territorio nacional.

El “nearshoring” identifica el proceso de relocalización de empresas que operaban en China y cuyo traslado a la región de América del Norte es esperado por inversionistas, financieros y empresas de servicios y manufactureras, de lo que resulta que México es un territorio con atractiva cercanía regional al mercado de estadounidense con cuyo gobierno tiene celebrado un importante tratado comercial (TMEC, por sus siglas en

¹⁷⁶ Que alcanzan a generar 8,436 MW.

¹⁷⁷ Con los que se generan 103 MW

¹⁷⁸ Los activos que forman parte de la operación de compraventa son: i) Monterrey I y II; ii) Altamira III y IV; iii) Altamira V; iv) Escobedo; v) La Laguna; vi) Topolobampo II; vii) Topolobampo III; viii) Tamazunchale I; y, ix) Baja California (ciclo combinado) y x) La Venta III, (eólica) que, como Productores Independientes de Energía, ya vendían electricidad a la CFE, así como las centrales de xi) Monterrey III y IV; xii) Enertek; y, xiii) Tamazunchale II. Por tanto, aunque los comunicados oficiales de ambas partes refieren 13 centrales eléctricas, la realidad es que son 16.

español), con vías de comunicación aceptables, con estabilidad política y con un bono democrático atractivo¹⁷⁹.

vi.2 Contexto material.

- a) Durante las sesiones organizadas por el Congreso de la Unión con motivo del Parlamento Abierto que llevó a cabo para debatir sobre la iniciativa de reforma a los artículos 25, 27 y 28 constitucionales propuesta por el presidente de la república, los legisladores alegaron que tan sólo los subsidios a Productores Independientes de Energía (como los que ahora adquiere México Infrastructure Partners) ascienden a 249 mil 606 millones de pesos y de este monto 56 mil 175 millones corresponden exclusivamente a Iberdrola por la operación del parque eólico La Venta, en Oaxaca, considerando que la CFE está obligada a comprarles la electricidad y que ésta se transmite con precios subsidiados;
- b) El complejo de ciclo combinado “Dulces Nombres I y II” propiedad de Iberdrola, ubicado en la localidad de Pesquería, Nuevo León, fue desconectado en febrero de 2022 ante la negativa de la Comisión Reguladora de Energía de renovar el permiso de generación expirado en enero de ese año, con el propósito de fortalecer la posición de la CFE frente a los generadores privados;
- c) De los 8,359 MW objeto de la operación, 7,400 (87% del total) en un futuro próximo requieren la renovación gubernamental de los permisos de generación;
- d) De la capacidad de generación objeto de MOU, 1,400 MW están sujetos a litigio con la Comisión Reguladora de Energía;
- e) Iberdrola no abandonará el país: tan solo transferirá los activos de las más importantes plantas que utilizan gas natural para generar electricidad y que ya no corresponden a su estrategia de descarbonización actual e invertirá en

¹⁷⁹ Consúltese el “

nuevos activos para energías limpias. Actualmente, ya cuenta genera 2,400 MW.

3.7 UNAS REFLEXIONES PROVISIONALES.

Con estas reflexiones, he procurado organizar la comprensión de las diversas medidas con naturaleza y medos diferenciados pero orientados al propósito de restituir el modo de operación previo a la reforma Constitucional en Materia de Energía de 2013, con que esta administración procedió a desplegar su política energética basada en una perspectiva restitutoria con una clara vocación a mantener el uso y aprovechamiento de energías fósiles, como lo apunté al inicio, este Capítulo.

Subsiste una pugna dialéctica sostenida entre los postulados y principios basados en una parte, generación y comercialización, en la disciplina del mercado característicos de la Reforma en materia de energía y las visiones restitutorias a las que llamé “Contrarreforma”, basadas en la búsqueda y recuperación de una soberanía energética que no tiene soporte en nuestro derecho positivo, pero cuyos efectos se traducen en la capacidad de contar con recursos energéticos, como hemos descrito.

Provisionalmente, concluiría apuntando sobre la necesidad de explorar el otro ámbito donde se dará el análisis y consecuencias del incumplimiento de los postulados jurídicos vigentes -el internacional- para lo cual será necesario recurrir a la revisión de los Tratados suscritos por México a nivel comercial regional y que lo obligan más allá de la dinámica que ha adquirido hacia el interior, como lo hemos visto.

Finalmente, recurriría a Douglass C. North citado por Katz:

[...] la inhabilidad de las sociedades para desarrollar un sistema eficiente y de bajo costo para garantizar el cumplimiento de los contratos, es la fuente más importante tanto del estancamiento que históricamente ha afectado a los países del Tercer Mundo así como del actual subdesarrollo de estos países.¹⁸⁰

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 14.

El siguiente Capítulo, por tanto, se propone revisar el ámbito de validez de los Tratados comerciales internacionales suscritos por México con los países de América del Norte, en la tesitura que representan una serie de obligaciones cuyo incumplimiento obedece a consideraciones supranacionales y que obliga a todos los órganos estatales, especialmente a los que conforman los jurisdiccionales en sus diferentes ámbitos (federal y estatal) a revisar ex officio la jerarquía de las normas cuando existe pugna entre las internas y las contenidas en los Tratados o Acuerdos internacionales.

CAPÍTULO CUARTO

POLÍTICA ENERGÉTICA DE MÉXICO (2018-2023). SU INCIDENCIA EN LAS RELACIONES COMERCIALES CON AMÉRICA DEL NORTE.

4.1 UNA REFLEXIÓN GENERAL A MANERA DE INTRODUCCIÓN.

Un espacio de revisión que no se ha explorado por los analistas del alcance de las reformas a las leyes de la Industria Eléctrica y la de Hidrocarburos de 2021, es el impacto que éstas tuvieron sobre los compromisos comerciales internacionales adquiridos por México con otras naciones. Para nuestro trabajo, es especialmente importante revisar la “convencionalidad” con nuestros socios de la región toda vez que el principal de ellos , los Estados Unidos de América, ya ha planteado formalmente su incomodidad con diversas medidas de la política energética de México, entre las cuales, se encuentran las adoptadas en algunas disposiciones reformadas y respecto de lo cual pueden resultar medidas de carácter comercial que, a manera de sanción, son admitidas por el T-MEC y el TIPAT, como lo veremos a lo largo de este Capítulo.

No deja de ser importante destacar que las reclamaciones Inversionista contra Estado, contempladas en el Capítulo 14 del T-MEC y 9 del TIPAT no han sido hasta el momento parte de la agenda jurisdiccional del Poder Judicial mexicano, porque este se ha concentrado en la revisión de la “constitucionalidad” y no en una indispensable intervención *ex officio*, como veremos.

4.1.1 Política Energética. Legalidad, constitucionalidad y convencionalidad.

En ese sentido, conviene apuntar a la ruta que justamente corresponde a la manera que se intentó la contrarreforma energética: i) la publicación de los instrumentos

técnico-administrativos con que se inició en 2020 la búsqueda de ventajas competitivas para CFE y para PEMEX, fue controvertida por los permisionarios por sus connotaciones de falta de legalidad; ii) las reformas a las leyes se combatieron por la vía de los juicios de amparo y aún continúan sub-iudice; y la convencionalidad es aún la asignatura pendiente. Por eso este Capítulo final se propone abordarla.

4.1.1.1 El equilibrio paralizante.

A pesar de que con el intento de reformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que como iniciativa fue propuesto por el Ejecutivo Federal en octubre de 2021, concluyó formalmente el intento de modificar permanentemente los postulados de la reforma energética que este país inició con las reformas constitucionales de diciembre de 2013. Sin embargo, en esa línea las reformas a las leyes federales de 2021 han seguido cumpliendo con el propósito de restituir la gestión energética a un modelo de generación, transmisión distribución y comercialización centralizados, con agentes públicos dominantes que posean los medios de producción de electricidad, y en tanto esas reformas sigan formando parte de nuestro orden jurídico vigente, aunadas a la captura de los reguladores que operan en función de la dominancia de los mercados, la soberanía energética descansa en el control gubernamental centralizado, como lo pretendió la contrarreforma.

Ello, ha resultado parcialmente posible debido en la medida que ni la Acción de Inconstitucionalidad ni las Controversias Constitucionales interpuestas en contra de las reformas de 2021 tuvieron el resultado de expulsar de nuestro orden jurídico dichas previsiones y por lo cual siguen vigentes. Los particulares, por su parte, intentaron el juicio de amparo indirecto a efecto de evitar los perjuicios de la autoaplicación, pero la Corte hasta el momento está impedida de pronunciarse al respecto ¹⁸¹. En suma, siguen vigentes disposiciones contrarias no solo a la Constitución, sino a los Tratados comerciales de los que México forma parte.

¹⁸¹ Me refiero a la recusación de que fueron objeto dos Ministros integrantes de la Segunda Sala por parte de la Secretaría de Energía, lo cual es un impedimento para pronunciarse respecto del fondo.

Este Capítulo podría haberse orientado a deducir únicamente los puntos de coincidencia o de disidencia entre las leyes y disposiciones administrativas y legislativas generadas en México como producto de su política energética,

-básicamente centralizadora y restitutoria de productos energéticos basados en la recuperación de la autosuficiencia- como hemos venido apuntando. Sin duda, las implicaciones de esas formalizaciones regulatorias tuvieron y han tenido impacto en varios órdenes de interés para el país: desde las inversiones privadas que dejaron de realizarse, la suspensión de la construcción de centrales eléctricas y la caída del precio de los Certificados de Energía Limpia, entre otros, pero su incidencia no ha sido analizado con otra óptica que sugiera la restitución armónica de dos sistemas jurídicos diferentes provocados por la búsqueda de la soberanía energética como política pública.¹⁸².

Con esa intención citaré a algunas de estas medidas administrativas, iniciales que empezaron la ruta de esfuerzos derogatorios del marco jurídico de la Reforma en Materia de Energía de 2013 y a significarse como un esfuerzo meditado y sucesivo para desalentar la generación privada de energía y restituirle la dominancia a CFE. los primeros, que dan cuenta de esta iniciativa. Les siguieron muchos más: el silencio administrativo, la negativa de dar trámite a solicitudes de permisos, la renuencia o negativa a dar trámite a las solicitudes, la captura al regulador y la emisión de criterios disconformes, etc., los que para este análisis no son relevantes porque constituyeron iniciativas inconstitucionales que buscaban aprovechar solamente la exigibilidad de un acto de autoridad sin sustento constitucional, como lo hicieron saber varias veces los Jueces de Distrito¹⁸³.

Hay que destacar que el proyecto del Ministro Laynez, al resolver dos amparos en revisión, las consideraba inconstitucionales.

¹⁸²Lo hemos tratado en esta investigación pero conviene mencionarlo: la búsqueda institucional de la llamada “soberanía energética”, en su planteamiento y despliegue normativo, consideró que esta dependía de que México fuera autosuficiente en la disponibilidad de recursos fósiles y que la infraestructura de refinación fuera apta y suficientemente robusta para atenderla. Por lo que a electricidad se refiere, se concentró en imponer obstáculos logísticos y regulatorios a los propietarios de medios de producción de electricidad privados. Nos proponemos analizar la implicación de ello a la luz de los tratados de libre comercio regionales.

¹⁸³ Me refiero a los Jueces de Distrito en Materia Administrativa especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, quienes otorgaron suspensiones de manera general, cuyos razonamientos no son útiles para este trabajo.

Sin embargo, su utilidad para este trabajo es solo la de hacer evidente que, en cualquier caso, administrativo o legal, los particulares solo impugnaron la legalidad o la constitucionalidad, habiendo dejado hasta ahora los derechos que les asisten en función del Capítulo 14 del TMEC y los Anexos 14 del Tratado (Inversionista contra Estado), para formular las reclamaciones que procedan.

En esa tesitura, por supuesto que nos interesa el Capítulo 31 del propio TMEC en la medida que ha sido objeto de solicitud de Consulta por parte de los Estados Unidos y Canadá y que el procedimiento para solución de controversias obedece a otra lógica diferente a la del Capítulo 14, como veremos.

La dinámica que adquirió el componente sustantivo de esa política de energía se tradujo finalmente en reformas a las leyes de la Industria Eléctrica y la de Hidrocarburos, posteriores a la entrada en vigor tanto del Tratado México, Estados Unidos y Canadá (TMEC, en adelante¹⁸⁴) y del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT ¹⁸⁵), que como instrumentos de libre comercio vinieron a afectar el orden jurídico tanto en lo que se refiere a Inversión,(Trato Nacional, Nivel mínimo de trato, Expropiación Requisitos de desempeño); y, Medidas disconformes, esencialmente, lo que obligó s considerar la conveniencia de examinar no solo esas contradicciones sino a revisar cuál sería la norma jurídica que, conforma a nuestro derecho interno resolviera el tema de la jerarquía conforme a principios de convencionalidad.¹⁸⁶

Desde luego, no deja de ser relevante admitir que esta administración propuso desde la campaña presidencial, la conveniencia de revisar la política energética del país a partir de que la liberalización de la economía de la energía y su desregulación, así como la imposición de medidas de regulación asimétrica para favorecer la competencia entre oferentes de energía, hacía necesario transformar los

¹⁸⁴ Publicado en el Diario Oficial de la Federación del 29 de junio de 2020. Su Protocolo Modificatorio fue aprobado por el Senado Mexicano en diciembre de 2019, meses antes que aquel entrara en vigor y antes que los Estados Unidos y Canadá.

¹⁸⁵ Publicado en el Diario Oficial de la Federación del 29 de noviembre de 2018

¹⁸⁶ El Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea (TLCUEM), publicado en el Diario Oficial de la Federación del 29 de junio de 2006. no es relevante para el análisis que nos proponemos: en esencia recoge los elementos más significativos se contemplan en los principios de la Organización Mundial del Comercio (OMC), como casi todos los tratados de libre comercio suscritos por México.

monopolios estatales de energía en agentes económicos sujetos a la disciplina del mercado. El debate, sin embargo, en esta administración se ha venido sosteniendo que la política energética del país debe subordinar los medios e instrumentos a la búsqueda de la “soberanía energética”: sus adeptos sostienen que ésta -la “soberanía energética”- responde a un valor superior del quehacer público, de sus connotaciones políticas e incluso, del proyecto de Nación y aunque sin duda sus pretensiones son atendibles, la realidad es que la seguridad energética, es decir, la disponibilidad ininterrumpida de recursos energéticos, dependen de las fuentes de suministro extranjeras¹⁸⁷.

Con la intención de romper esa inercia (que en la perspectiva gubernamental era impropia), se consideró necesario restituir la centralización y el funcionamiento vertical de las cadenas de valor de los hidrocarburos y derivados y de la electricidad, para lo cual se desplegó una estrategia regulatoria un tanto pragmática, un tanto razonada, que consiguiera revertir al espacio del control estatal el segmento considerable en el que ya dominaba el suministro de los privados. Lamentablemente, al existir diferencias de enfoques sobre las instituciones formales y las informales que funcionan alrededor de la gestión energética se presentó una confrontación entre los Poderes Judicial y Ejecutivo, que hoy se mantiene y que hace difícil que la falta de definición sobre la constitucionalidad de las contrarreformas y su funcionamiento armónico basado en la disciplina del mercado y en la competencia, pueda ofrecer seguridad jurídica a los inversionistas privados y a los permisionarios que ya tienen derechos adquiridos.

De hecho, no hubiera sido razonable limitarse a debatir sobre la conformidad de las normas (leyes vs. Constitución), pero se presentó una medida planteada por el Ejecutivo respecto de la idoneidad de algunos Ministros de la Segunda Sala que, con visos de intromisión política en el trabajo jurisdiccional (la recusación) ha evitado resolver el debate: la pertinencia de las normas de la contrarreforma únicamente se han centrado en deliberar sobre sus alcances constitucionales con una visión poco informada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: la Corte debería aplicar ex

¹⁸⁷ Se sugiere revisar el apartado “Seguridad Energética” de este trabajo de investigación.

oficio los Tratados Internacionales suscritos por México, en uso de las facultades que le conceden los artículos 103, fracción I y 133 de la Constitución Política Federal, en relación, con el TMEC y el TIPAT y, principalmente, con los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁸⁸, que a la letra dicen:

ARTÍCULO 26

Pacta sunt servanda

Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

ARTÍCULO 27

El derecho interno y la observancia de los tratados

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46¹⁸⁹.

En efecto, este Capítulo podía haberse limitado a discutir, en general, la legalidad y constitucionalidad de las formas jurídicas y hacer una narrativa de la secuela y de sus momentos, pero en tanto las instituciones de justicia y las encargadas de proveer de bienes públicos no logren ponerse de acuerdo, en los términos del debate que se planteó -constitucionalidad e inconstitucionalidad no será posible avanzar y más ahora que la Corte quedará solo con 10 integrantes por lo que sus resoluciones se someterán a lógicas de votación con números pares¹⁹⁰.

Sin embargo, era necesario ampliar el análisis para evitar limitarlo a debatir la constitucionalidad de las normas de la contrarreforma (leyes vs. Constitución), en atención a que la actividad jurisdiccional se centró en deliberar únicamente sobre sus alcances constitucionales por lo que decidí recurrir al análisis de la convencionalidad ante la necesidad de entender jurídicamente cómo la fuerza

¹⁸⁸ Publicado en el Diario Oficial de la Federación del 14 de febrero de 1975.

¹⁸⁹ El artículo 46 se refiere a las disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados, no a su cumplimiento.

¹⁹⁰ Recientemente, se anunció la renuncia del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, por lo que el presidente deberá proponer una terna al Senado para integrar el Pleno. El o la nueva integrante estará influida, sin duda, en el pensamiento social del presidente

derogatoria de las reformas a las leyes respecto del modelo original de 2013, dejaba a éstas sin eficacia para procurar su propósito principal: integrar un arreglo institucional para transitar hacia el uso de energías limpias utilizando la lógica del mercado. De hecho, esa paradoja forma parte, además de la diferencia de visiones en ese sentido del Poder Judicial con el Ejecutivo, lo que denominé “equilibrio paralizante”.

Por tanto, era propicia la ocasión para recurrir al análisis de la convencionalidad como una estructura de pensamiento crítico diferente a la de la legalidad y de la constitucionalidad a efecto de encontrar una perspectiva que ofreciera restituirle la seguridad jurídica al entorno de la energía -especialmente la eléctrica- dado que el sistema jurídico del país no ha podido transitar a obtener conclusiones definitivas sobre la pertinencia legal de las reformas realizadas a la Ley de la Industria Eléctrica y el propio sistema de tutela de los derechos y garantías, sustantivas y/o difusas construido alrededor de nuestro derecho interno no ha sido capaz de resolverlo por la vía del análisis constitucional, por lo que se requiere revisar las reformas a las leyes federales a la luz de los compromisos internacionales contraídos por México, en materia de protección de la inversión y del comercio.

De otra manera, nuestro análisis se hubiera limitado a describir solo los términos de la diferencia de posturas de la administración y de los permisionarios e inversionistas, así como de la Corte y la Secretaría de Energía y los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética respecto del alcance jurídico y regulatorio de la reforma a las leyes federales sin considerar su abierta y evidente contradicción tanto con los artículos sustantivos de la CPEUM que fueron reformados (25, 27 y 28), como con varios de los artículos Transitorios del Decreto Promulgatorio de dichas reformas.

La certeza jurídica propia del Estado de Derecho, en general, y de las garantías a la inversión privada, en particular, está ausente en cuanto a la eficacia de las reformas de 2021, por lo que a contrapelo de la ruta elegida por los operadores jurídicos para hacer valer sus garantías se ha limitado al amparo, pero no parece que hayan volteado a revisar si los Tratados de libre comercio de los que México

forma parte ofrecen o no otra vía para proteger sus derechos de inversión, en tanto fuente de obligaciones supranacionales con incidencia en el orden jurídico interno.

Al respecto, desde este momento adelantaría que la reforma a la Ley de la Industria Eléctrica, además de inconstitucional, aunque aún no haya sido declarada así por la Corte, viola el Capítulo 14 y el 31 del TMTC, así como el 9 del TIPAT, como veremos,

En esa tesitura, será indispensable apelar a la convencionalidad para encontrar en esta una fuente de equidad que la dinámica interna que impuso el gobierno a las reformas a las leyes, dejaron inoperante el modelo liberal adoptado en 2013, sin haber hecho los ajustes que constitucionalmente eran necesarios, suponiendo que la seguridad energética puede obtenerse por Decreto y no atendiendo las reglas que rigen a la geoeconomía.

Como afirma David Cienfuegos Salgado:

El control de la convencionalidad surge como una consecuencia de la suscripción de un instrumento internacional, virtud por la cual el Estado adquiere una serie de obligaciones. Si bien es entendida la idea de que el contenido del instrumento internacional, especialmentecuando estamos en presencia de tratados se incorpora al derecho nacional (véase el artículo 133 CPEUM), pocas veces nos preguntamos sobre el alcance de tal prescripción. Como es fácil imaginar, la expresión “el Estado adquiere” se refiere a que las autoridades de ese Estado están obligadas a dar cumplimiento, en sus respectivos ámbitos competenciales, a tales obligaciones, ajustando su actuar y tomando sus determinaciones conforme con el contenido de tales normativas.¹⁹¹

Por otro lado, la Corte ha quedado impedida para analizar las connotaciones constitucionales de la contrarreforma: la Secretaría de Energía alegó un conflicto de intereses e hizo la recusación de 2 Ministros de la Segunda Sala¹⁹², en una evidente

¹⁹¹ CIENFUEGOS SALGADO, David. “Una historia de los derechos humanos en México. Reconocimiento constitucional y jurisdiccional”: Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México. Primera edición: septiembre 2017. p. 358

¹⁹² El pasado 18 de septiembre de 2023, la Secretaría de Energía recusó a los Ministros Alberto Pérez Dayán y Luis María Aguilar Morales de la Segunda Sala, para que se excusen de intervenir en el amparo en revisión 106/2023 derivado del juicio de amparo 156/2021, relativo a la constitucionalidad de la contrarreforma energética. Los argumentos de la recusación son pueriles, por decir lo menos.

manobra para evitar un pronunciamiento adverso al respecto. Por ello, decidí explorar la convencionalidad con la convicción que es necesario discutir la vulneración de derechos a inversionistas y países extranjeros, tutelados por los tratados, proponer los términos de lo que considero las transgresiones y revisar la jerarquía que nuestro derecho interno impone a los arreglos internacionales.

Con la certeza que la exploración propuesta es correcta, sin menoscabo de los temas de constitucionalidad involucrados, este Capítulo abordará esencialmente el asunto de la jerarquía entre el TMEC y, en lo conducente del TIPAT y nuestro derecho interno, en este caso frente a las Leyes de la Industria Eléctrica, esencialmente, porque de esta derivaré las violaciones a los tratados producidas por el modelo de regresión adoptado en ese cuerpo legal. En esa tesitura, me interesa destacar las violaciones y la preeminencia jerárquica del TMEC, especialmente¹⁹³ y abordar en lo general nuestra perspectiva constitucional al respecto.

También he optado por referirme, inicialmente y solo con el propósito de subrayar la improvisación y provisionalidad con que las autoridades del sector energético suponían que re-arreglar todo el sistema normativo podría hacerse a través de circulares, instrucciones o acuerdos administrativos, por lo que empezaron a formular aquellas normas de carácter administrativo que pretendían revertir algunas disposiciones sustantivas para la operación de un sistema jurídico basado en la competencia y en la desregulación, como era el vigente. Si bien no lo consiguió, marcó una ruta de adaptaciones administrativas que, a manera de criterios, prácticas, usos y omisiones, fueron marcando la distorsión del modelo jurídico basado en la productividad y en la competencia. Entenderlo así nos permite obtener la perspectiva para analizar la ordenación jurídica de la energía en México y sus vicisitudes para transitar a fuentes más limpias, como ocurre en todo el mundo¹⁹⁴.

¹⁹³ Como he mencionado todos los tratados de libre comercio suscritos por nuestro país se sujetan a las prescripciones de la Organización Mundial del Comercio y, en lo conducente, al Artículo XX del GATT de 1994 (Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio)

¹⁹⁴ En algún momento recurriré a explicar cómo el “nearshoring” o relocalización de las empresas en México, significa un momento de oportunidad para que varias regiones del país inicien un crecimiento como no se ha visto desde el “desarrollo estabilizador”, pero apuntaría: i) es un modelo manufacturero que se inscribe en la integración eléctrica con los Estados Unidos y en sus intereses;

Por tratarse del Capítulo final de este trabajo de investigación, para explicar con suficiencia la trayectoria de la política energética centrada en el período 2018-2023 (la parte previa correspondiente a la reforma de 2013 y sus antecedentes históricos, jurídicos, económicos y políticos quedaron suficientemente referidos en los Capítulos Primero y Segundo de este trabajo, mientras que el Tercero se limitó a describir la lógica regulatoria de la llamada “Contrarreforma”, pero no a su eficacia), quisiera recoger de la identificación de sus secuelas algunas de las consideraciones más útiles para entender dónde se detuvo el país en materia energética, en general, y, muy especialmente en materia eléctrica, en particular, porque debe quedar registro de cómo el proceso inminente de relocalización en México de las empresas norteamericanas que se instalaron en China a partir de la década de los 90, al que ahora se ha denominado “nearshoring”, carece de la suficiencia de energía eléctrica que demandará la producción de bienes manufacturados en México, en atención al rezago producido por la política energética reciente.

En perspectiva, la dinámica que el Ejecutivo impuso al escrutinio constitucional que se organizó respecto de las reformas, es posible identificar 3 postulados que, sucesivamente, se fueron agotando:

- i) El despliegue de una política energética centrada en la generación de la oferta, no en las características y modalidades de la demanda; desde simples medidas de carácter técnico-administrativo propuestas por el Centro Nacional de Control de Energía (CENACE) hasta el intento infructuoso de modificar diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para hacer valer un orden jurídico nuevo que, al contradecir el modelo liberal de la energía adoptado en 2013, con lo que se vulneraba el derecho de los usuarios a consumir la clase y calidad de la electricidad que querían consumir y que ha sido relatado en este trabajo¹⁹⁵;

ii) es un modelo impulsado por la geopolítica norteamericana para México, en cuanto pretende competir de otro modo con China.

¹⁹⁵ Esa dinámica se encuentra enunciada en el apartado 3.6.2 (Las malas noticias) de este trabajo. En este período (2018-2023) se desplegaron sucesivamente medidas de carácter formalmente

- ii) La captura a los reguladores para administrar la dinámica de los permisos, ya sea para negarlos o administrarlos en favor de PEMEX o de la CFE;
- iii) La construcción de un marco jurídico que, desde simples medidas de carácter técnico-administrativo propuestas por el Centro Nacional de Control de Energía (CENACE) hasta el intento infructuoso de modificar diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos procuraban la legalidad de un orden jurídico nuevo que legitimara a la administración para inhibir o impulsar la propiedad privada de los medios de producción de electricidad, según respondiera a la visión de la política energética; y,
- iv) La presión institucional a las instancias jurisdiccionales, incluyendo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para que sus resoluciones se ajustaran a las nuevas condiciones.

Con esa lógica, es necesario identificar los primeros esfuerzos que, en forma de medidas y regulación administrativas, empezaron la ruta de derogación del marco jurídico de la Reforma en Materia de Energía de 2013 e intentaron restituir dominancia de los agentes públicos. Sin embargo, ya que a partir de las formas jurídicas no pudieron concretar ese propósito recurrieron a otras prácticas: el silencio administrativo, la demora en el trámite de solicitudes de permisos, la renuencia o negativa a dar trámite a las solicitudes, la captura al regulador y la emisión de criterios disconformes, etc., y, aunque para los propósitos de esta investigación no es necesario abundar al respecto, habría que considerarlas como prácticas extralegales donde fue claro el ejercicio indebido del servicio público, como lo destacaron implícitamente varios Jueces de Distrito¹⁹⁶.

Sin embargo, su utilidad para este trabajo es la de hacer evidente que, en cualquier caso, ya se tratara de actos formalmente administrativos o legislativos, los particulares solo impugnaron la legalidad o la constitucionalidad, habiendo dejado

administrativo y materialmente legislativo que se fueron proponiendo para evitar la competencia de los agentes privados en la generación y en la comercialización.

¹⁹⁶ Me refiero a los Jueces de Distrito en Materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, quienes otorgaron suspensiones de manera general, cuyos razonamientos no son útiles para este trabajo.

de lado, hasta ahora, los derechos que les asisten en función del Capítulo 14 del TMEC y los Anexos 14 del Tratado (Inversionista contra Estado), para formular las reclamaciones que procedan.

En esa tesitura, por supuesto que también interesa el Capítulo 31 del propio TMEC en la medida que ha sido objeto de solicitud de Consulta por parte de los Estados Unidos y Canadá, cuyo procedimiento para solución de controversias aún no trasciende a la integración de un Panel Arbitral a solicitud de nuestros socios comerciales, como está previsto en dicho Capítulo 31 (Estado contra Estado)¹⁹⁷.

Hasta aquí he venido señalando las circunstancias jurídicas o de hecho que hacen que la dinámica jurídica que se impuso al análisis jurisdiccional de las reformas a las leyes energéticas resulte en un ejercicio fallido respecto del cual habrá que abandonar, por el momento, para esperar que los plazos de la Suprema Corte se dirijan en la dirección de declararlas inconstitucionales, como contemplaba el proyecto del Ministro Laynez que, a pesar de haberse conocido que proponía ese tratamiento -o quizás por eso- la Secretaría de Energía promovió la recusación por conflicto de intereses de 2 de los integrantes de la Segunda Sala, lo que impidió entrar en ese momento al análisis constitucional.

En ese contexto, este Capítulo busca esencialmente proponer que la aplicabilidad de las normas que efectivamente regulan la electricidad deben observarse y hacerse valer bajo la figura de la Convencionalidad: el debate sobre la constitucionalidad de las disposiciones administrativas y legislativas intentadas es una alternativa larga y compleja¹⁹⁸, en atención a que los Tratados Comerciales Internacionales tienen mayor jerarquía respecto de las leyes federales, según nuestro derecho interno y de que, por otra parte, dados los principios bajo los cuales opera la eficacia de nuestro sistema jurídico en cuanto a que atribuye algunas características de jerarquía y de orden jurídico que guardan entre sí relaciones de

¹⁹⁷ Véanse especialmente los apartados 31.4 (Consulta) y 31.6 (Establecimiento de un Panel).

¹⁹⁸ Al respecto, Cienfuegos afirma: “De ahí que resulta entendible la obligación de las autoridades de un país, y especialmente las de carácter jurisdiccional, no sólo para realizar un control de legalidad y constitucionalidad, atendiendo a sus competencias, sino que deben considerar también el control de la convencionalidad, so pena de ver cuestionada su actuación y mandatos ante órganos de naturaleza supranacional. CIENFUEGOS SALGADO, David. op.cit. p.359.

jerarquía y de derogación, una ley, como es el caso de las reformas ala LIE de 2021, debe ser obedecida aun cuando tenga visos claramente irregulares y contradictorios, hasta que el órgano jurisdiccional determine su pertinencia al sistema constitucional y a los tratados internacionales.

Cabría agregar que desde esa perspectiva una ley irregular -viciada de origen- puede surtir provisionalmente efectos jurídicos y que debe acatarse por parte de los operadores jurídicos en tanto no se determine su inconstitucionalidad, de acuerdo a los siguientes principios:

- a) **PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO**, según el cual, los Acuerdos, Circulares, Resoluciones o Disposiciones Administrativas de Carácter General y otros actos administrativos , expedidos por alguna autoridad administrativa en ejercicio de sus funciones, como son el CENACE, la Secretaría de Energía o la Comisión Reguladora de Energía, deben ser acatados por los sujetos obligados, en tanto los efectos de su emisión no fueran declarados ilegales o inconstitucionales por alguna autoridad jurisdiccional.
- b) **AUTORIDAD FORMAL Y PREEMINENCIA DE LA LEY**, en cuyos términos, en nuestro sistema legal se admite que la ley, como acto jurídico formalmente expedido por el órgano ordinariamente encargado de legislar y de contenido materialmente legislativo conforme al cual se crean, modifican o extinguen situaciones de carácter obligatorio, general y abstracto, supone que conforme a ésta deben desprenderse y ajustarse los instrumentos jurídicos de nivel inferior, como son los reglamentos, las Disposiciones Jurídicas de carácter General, las Normas Oficiales Mexicanas (que en materia energética se expidieron un sinnúmero de ellas, por parte de la, los planes y programas y, en general, todas las formas de regulación diferentes a la ley.¹⁹⁹

¹⁹⁹ Justamente, el período de derogaciones administrativas a que se refiere la nota anterior, transitó hacia las reformas a las leyes federales como una medida regulatoria que se consideró más robusta, dada la ineficacia de mantener la actividad derogatoria solo con normas estrictamente administrativas.

Esta estrategia probó su eficacia al mantener hasta la fecha en el orden jurídico las reformas a las Leyes de la Industria Eléctrica y de la de Hidrocarburos, toda vez que la Acción de

- c) **RESERVA DE LA LEY**, conforme al cual determinadas materias por su importancia son asignadas constitucionalmente al órgano legislativo para que las regule mediante actos formal y materialmente legislativos; y,
- d) **PRINCIPIOS GENERALES DE DEROGACIÓN**, en cuanto a que ley posterior deroga ley anterior.

Por tanto, y como ese es el caso de los 9 artículos de la Ley de la Industria Eléctrica modificados y adicionados en 2021, que no han sido declarados inconstitucionales por las razones que hemos venido mencionando, se requiere inferir que formaron parte de una estrategia intencional de derogación que no alcanzó a llegar al texto constitucional pero que sí trastornó el ordenamiento jurídico de la energía en México, sin que hasta la fecha su vigencia se haya analizado correctamente: el 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el 103, fracción I del mismo ordenamiento. Me parece que para las pretensiones académicas de este trabajo es tan importante demostrar que se fue construyendo sucesivamente una estrategia, como la necesidad de revisar las otras fórmulas jurídicas que no limitan a la Corte a participar en el restablecimiento de la regularidad y de la seguridad jurídica.

Con esa intención citaré a algunas de estas medidas administrativas, iniciales que se inscribieron como precursores de la ruta de esfuerzos derogatorios del marco jurídico de la Reforma en Materia de Energía de 2013 y restituirle la dominancia a CFE. Desde luego, se acompañaron de otras medidas informales que rayan en la ilegalidad por lo que su ejecución no forma parte de esta investigación: el silencio administrativo, la negativa de dar trámite a solicitudes de permisos, la renuencia o negativa a dar trámite a las solicitudes, la captura al regulador y la emisión de criterios disconformes, etc. Para este análisis no son relevantes porque constituyeron iniciativas inconstitucionales que buscaban aprovechar solamente la

Inconstitucionalidad promovida por el Senado, no obtuvo los 8 votos necesarios para expulsarla de nuestro orden jurídico y, consecuentemente, siguen vigentes.

exigibilidad de un acto de autoridad sin sustento constitucional, como lo apreciaron en su oportunidad los Jueces de Distrito²⁰⁰.

Sin embargo, su utilidad para este trabajo es solo la de hacer evidente que, en cualquier caso, administrativo o legal, los particulares solo impugnaron la legalidad o la constitucionalidad, habiendo dejado de lado hasta ahora la reclamación de los derechos que les asisten en función del Capítulo 14 del TMEC y los Anexos 14 del Tratado (Inversionista contra Estado), para formular las peticiones que procedan.

En esa tesitura, por supuesto que nos interesa el Capítulo 31 del propio TMEC en la medida que ha sido objeto de solicitud de Consulta por parte de los Estados Unidos y Canadá y que el procedimiento para solución de controversias obedece a otra lógica diferente a la del Capítulo 14, como veremos.

Hasta aquí he venido señalando las circunstancias jurídicas o de hecho que hacen que la dinámica jurídica que se impuso al análisis jurisdiccional de las reformas a las leyes energéticas resulte en un ejercicio fallido respecto del cual habrá que abandonar, por el momento, para esperar que los plazos de la Suprema Corte se dirijan en la dirección de declararlas inconstitucionales, como contemplaba el proyecto del Ministro Laynez que, a pesar de haberse conocido que proponía ese tratamiento -o quizás por eso- la Secretaría de Energía promovió la recusación por conflicto de intereses de 2 de los integrantes de la Segunda Sala, lo que impidió entrar en ese momento al análisis constitucional.

Me centraré, en su momento, en revisar los alcances de las reformas a la Ley de la Industria Eléctrica, esencialmente²⁰¹ para comparar su conflicto con los principios y prescripciones del TMEC y, en lo conducente en el TIPAT, ya que su “Capítulo 9. Inversión”, es esencialmente semejante al 14 del TMEC, bajo estas consideraciones sustantivas:

²⁰⁰ Me refiero a los Jueces de Distrito en Materia Administrativa especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, quienes otorgaron suspensiones de manera general, cuyos razonamientos no son útiles para este trabajo.

²⁰¹ Las reformas a la Ley de Hidrocarburos, revisadas en el Capítulo Tercero de este documento, no son relevantes para los fines de esta investigación, en tanto que las medidas tomadas para conceder a PEMEX ventajas comparativas, no son totalmente comparables con la confrontación atribuible a la Ley de la Industria Eléctrica con los tratados comerciales internacionales, por lo que no haré referencia a ellas.

- a) Las reformas a la Ley de la Industria Eléctrica establecieron medidas abiertamente contrarias al espíritu de competencia; han creado fallas de mercado en donde no las había; conceden indebidamente ventajas competitivas a un agente económico del mercado que por disposición constitucional debería estar en competencia por lo menos en cuanto a generación y comercialización se refiere, por lo que decidí explorar la ruta de la convencionalidad, sin dejar de mencionar hasta dónde han legado los esfuerzos de la Corte;
- b) Las reformas a las leyes relativas a energía, en especial la de la Industria Eléctrica, se efectuaron en un entorno que pretendía restituir el modelo de la cadena de valor previo a la reforma constitucional en materia de energía de 2013 y fueron la respuesta institucionalmente más viable ante la imposibilidad de conseguir los cambios de manera administrativa;
- c) Las reformas a las leyes relativas a energía, en especial la de la Industria Eléctrica, se efectuaron en un entorno que pretendía restituir el modelo de la cadena de valor previo a la reforma constitucional en materia de energía de 2013 y fueron la respuesta institucionalmente más viable ante la imposibilidad de conseguir los cambios de manera administrativa;

Para ello, se realizaron una serie sucesiva de medidas que tenían como propósito darle marco jurídico a las decisiones de política energética ya tomadas;

- d) Hasta el momento, las controversias planteadas tanto en contra de las medidas administrativas como las de las propias reformas legales, se han centrado en la discusión sobre su legalidad, en el caso de las primeras, y en su constitucionalidad en el caso de las leyes federales, sin que hasta el momento se hayan obtenido posturas de fondo al respecto, lo que es un problema para que la seguridad jurídica se convierta en un factor de inversión privada en energía, entre otras ramas de la economía;
- e) La dinámica regulatoria en materia de energía impulsada por esta administración, tratando de no tocar la Constitución en cuanto a que cuando lo intentó ya no tenía la mayoría calificada para conseguirlo y esperaba

devolver al sector público el control del suministro eléctrico recurriendo a otros recursos. La oposición jurisdiccional de los permisionarios y de aquellos que tenían interés jurídico y legítimo lo impidieron, por lo que finalmente envió una iniciativa preferente para hacer las modificaciones constitucionales que no prosperaron, como ya hemos analizado suficientemente²⁰²

- f) Por las diversas razones que veremos más adelante, las reformas de 2021 subsisten con plena vigencia en nuestro sistema jurídico, en la medida que las suspensiones definitivas con carácter general que fueron concedidas por los Jueces de Distrito, se fueron a Revisión ante los Tribunales Colegiados, a instancias del Ejecutivo, en atención a su ánimo de extender su validez conforme a los principios ontológicos que hemos comentado (presunción de legitimidad, autoridad formal de la ley, etc.) y la Segunda Sala no se ha podido pronunciar sobre el sentido de tales revisiones, por lo que subsiste un entono de incertidumbre jurídica que, de prolongarse indefinidamente, afectará las inversiones privadas y, en consecuencia, la atención de la demanda agregada que ya venía creciendo al 3% anual en atención únicamente al crecimiento poblacional. Con la relocalización de las empresas provenientes de China en nuestro país, el problema será inmanejable.
- g) A partir de ese “equilibrio paralizante” en que ha caído la pugna que sostienen el Ejecutivo y el Poder Judicial, está suspendida, si no es que bloqueada la sustanciación de los recursos constitucionales que puedan darle institucionalidad al orden jurídico y restablecerlo para normalizar la seguridad energética del país. El Poder Judicial no ha intervenido ex officio en los términos del 103, fracción en relación con el 133 de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos por tratarse de normas internas que violan las reglas de inversión, desde el punto de vista de la oferta en cuanto a las

²⁰² La actividad litigiosa en contra de las reformas administrativas y legales fue tal que esta Administración decidió finalmente modificar la Constitución, particularmente los mismos artículos 25, 27 y 28 de la reforma de 2013, con el propósito de transformar a la CFE en un organismo constitucionalmente autónomo, comprador monopsónico de la electricidad (solo ésta con la capacidad jurídica de comprar electricidad) y generador en exclusiva del 54% de ésta, entre otras medidas. Al respecto consúltese el Capítulo Tercero de este trabajo de investigación.

ventajas que ofrecen a la energía eléctrica generada por un generador y también el campo de los derechos humanos, por lo que se refiere a la demanda efectiva de electricidad limpia que garantice un medio ambiente sano.

En ese contexto, este Capítulo se propone esencialmente proponer que la aplicabilidad de las normas que efectivamente regulan la electricidad deben observarse y hacerse valer bajo la figura de la Convencionalidad: el debate sobre la constitucionalidad de las disposiciones administrativas y legislativas intentadas es una alternativa larga y compleja -y hasta este momento por las circunstancias que describimos, ha resultado inútil- en atención a que los Tratados Comerciales Internacionales tienen mayor jerarquía respecto de las leyes federales, según nuestro derecho interno.

Por tanto, he decidido separar la revisión de las normas contenido técnico, formalmente administrativo, de aquellas formal y materialmente legislativas con que se impulsó la reconfiguración del marco normativo de la reforma energética de 2013, a efecto de concluir con la revisión del impacto que las leyes federales tuvieron en las prescripciones de los Tratados Comerciales, con la consecuente contradicción que sostiene esta investigación.

En cuanto a la estructura analítica que permita el desarrollo de este Capítulo consideraré 4 apartados en los que desglose las categorías jurídicas que le dan sentido a la racionalidad de recurrir a la convencionalidad como la fórmula jurídica más pertinente, en cuanto a la Ley de la Industria Eléctrica en vigor se refiere, para restablecer la normalidad del orden jurídico y la eficiencia de las instituciones:

El **primero** de ellos referirá las principales medidas que este régimen propuso en el espacio estrictamente administrativo, como una medida que se proponía imponer nuevas reglas basadas en criterios básicamente técnicos, en función de que consideraba que la intermitencia de las fuentes de energía limpia (excluyendo al gas natural) tenían un factor de intermitencia contrario a la confiabilidad y calidad del suministro eléctrico.

Por supuesto, no es propósito de este apartado extender y repetir una narrativa que ha estado presente en los capítulos anteriores. La idea es subrayar que las primeras medidas carecían del soporte de legalidad que las hubiera hecho viables y pretendían constreñir todo el régimen de permisos a los principios de control logístico y operativo propio del modelo pre-moderno de 2013, por lo que las medidas regulatorias posteriores -reformar las leyes- representaban un paso adelante en el despliegue de la política energética basada en recuperar la soberanía energética restituyendo el carácter de dominancia a PEMEX y a CFE y limitar la competencia, a través de las resoluciones de los reguladores;

Desde luego, tampoco me propongo repetir los principios que sustentaron esas medidas, pero sí revelar su naturaleza secuencial y progresiva. El intento de reforma a la Constitución, no viene sino a convalidar esta perspectiva: era insuficiente la reforma a las leyes federales, debían recurrir a la reforma de la instancia superior en nuestro sistema jurídico. Al no conseguirlo, la administración obligó a los agentes económicos y a los operadores jurídicos a recurrir a la vía del amparo, donde aquélla todavía tenía recursos extrainstitucionales que hacer valer;²⁰³

En esta lógica, la reforma a las leyes de Hidrocarburos y de la Industria Eléctrica, de 2021, no es más que una medida más elaborada para conceder legalidad a las nuevas formas de gestión administrativa e inscribirlas dentro de un marco de jerarquía que implicara un contenido formal y materialmente legislativo que no pasara por la reforma a la Constitución Política federal, lo que ha paralizado la gestión energética en cuanto a participación privada se refiere. Buscaré contrastar la ineficacia de la legalidad y de la constitucionalidad para combatir con eficacia un marco regulatorio disfuncional a la Constitución federal, pero, especialmente, al derecho internacional consuetudinario;

En el **segundo** apartado me referiré a las consideraciones por las que creo que los tribunales de la Federación deben entrar al análisis de la Convencionalidad, no de la constitucionalidad como han venido actuando, Incluso habré de distinguir la

²⁰³ El papel que jugó el Ministro Zaldívar Lelo de Larrea fue fundamental para fragmentar el alcance de la atención de las medidas promovidas por entes públicos y privados, en contra de la reforma. Ello explica mejor su renuncia a la Corte y su integración a otras tareas.

diferencia entre cómo la reforma a las ley federal en materia de electricidad también viola los derechos humanos de los usuarios, es decir, si atendemos a la oferta de electricidad la ley viola el TMEC y si atendemos a cómo estructura y sujeta la generación de energía limpia, viola la Convención Interamericana de Derechos Humanos;

La Convencionalidad es la preocupación de este Capítulo pero por la naturaleza y alcance de los términos jurídicos en que voy a concentrar mi atención, no considero necesario describir exhaustivamente el contenido del Tratado México, Estado Unidos y Canadá (TMEC) admitiendo que sus observaciones y contradicciones con la reformas de 2021 practicadas en materia de energía a las leyes federales mexicanas son susceptibles de extenderse también al Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT) en la medida que tanto uno como otro obedecen a los principios de protección a la inversión de la Organización Mundial de Comercio y, en lo conducente, al propio Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) de 1994, sino revelar sus puntos de conflicto, especialmente en cuanto al Capítulo 14, “Inversión” (Expropiación, Trato Justo y Equitativo en cuanto a Nivel Mínimo; Trato; Nacional; y, Requisitos de Desempeño) y Anexo 14 “B”, y el Capítulo 31 “Solución de Controversias” y su vinculación a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²⁰⁴

Se refiere, para lo cual en el apartado **tercero** haré una descripción de su contenido, dejando para el siguiente apartado la comparación precisa que me interesa.

Una vez identificadas habría que revisar cuál es la fórmula que nuestro derecho adopta para resolver las contradicciones entre un Tratado y las leyes federales respecto de lo cual adelantaría: los Tratados comerciales internacionales tienen preeminencia respecto de las leyes federales y, en tratándose de derechos humanos, están al mismo nivel que nuestra Constitución;

Por tanto, en el apartado **cuarto**, procuraré detallar las implicaciones jurídicas que contienen las reformas a la Ley de la Industria Eléctrica en cuanto a cómo de su posible aplicación se depende una confrontación directa con los Tratados

²⁰⁴ Publicado en el Diario Oficial de la Federación del viernes 14 de febrero de 1975.

comerciales a que me he referido y que resulta de la racionalidad buscada por las reformas: eliminar la regulación asimétrica que daba ventajas competitivas a la CFE en el contexto del marco jurídico previo a la publicación de la Reforma constitucional en materia de energía de diciembre de 2013.

Busco subrayar y revisar aquellos puntos donde la ley federal entra en contradicción con el Tratado, haciendo énfasis en el contenido del Capítulo 14 del Tratado, sin perder de vista el 31, en tanto que el primero refiere la relación Inversionista-Estado (es decir, tiene una connotación económica) y el segundo es Estado-Estado, lo que sugiere una relación de geopolítica. en el subtema relativo a la comparación de lo prescrito por la contrarreforma en la Ley de la Industria Eléctrica con el TMEC

Sin duda, ese análisis hará necesario recurrir a precisiones técnicas que solo haré de resultar absolutamente necesario, dado que las pretensiones de este trabajo son las relativas al ordenamiento jurídico de la energía. Pero las contradicciones entre ambos regímenes normativos son observables en cuanto se hace evidente que las ventajas competitivas que indebidamente establece la ley para un agente económico que solo como CFE puede estar en los supuestos de esas normas, deja fuera de la competencia a los otros agentes económicos, permisionarios e inversionistas que calcularon su participación en el mercado en función del piso parejo, el que modifican las reformas de 2021.

4.1.2 Una estrategia administrativa. Connotaciones de legalidad.

Si bien para esta investigación no es estrictamente necesario subrayar detalladamente la naturaleza de las acciones que sucesivamente fue adoptando esta administración a partir de 2018, para restituir el modelo de suministro energético que regía desde 2013 y que volvía a Pemex y a CFE agentes económicos sujetos a la competencia y vicisitudes del mercado, comprendió en su inicio de restitución institucional meros Acuerdos o circulares administrativas que limitaban la competencia para las Empresas Productivas del Estado evitando con normas generales la operación adecuada de los agentes económicos que participaban en el mercado, hasta llegar al intento de modificar nuevamente los

artículos 25, 27 y 28 Constitucionales, pasando antes por la modificación a las leyes de la Industria Eléctrica y la de Hidrocarburos, que ya hemos venido caracterizando, una parte sustancial de nuestro análisis debe recurrir a revisar el espíritu y naturaleza de los cambios formal y materialmente legislativos en la materia porque su fuerza derogatoria es significativa para dejar sin efectos el régimen de competencia por las razones que veremos, en tanto siguen formando parte del orden jurídico interno.

Como se ha venido insistiendo, desde la campaña electoral el presidente López Obrador anunció su inconformidad con el giro que en materia de energía se había dado al modelo mexicano que, siendo fundamentalmente centralizador, proponía el rescate de los recursos naturales para la Nación, como la expresión más evidente del carácter del Estado como representante de ésta, dejando de lado la participación privada, particularmente la extranjera. Sin el ánimo de polemizar, lo cierto es que en todas las épocas previas y posteriores a la expropiación petrolera siempre ha habido participación de particulares, siendo diferente el caso de la electricidad, en la medida que no es un recurso natural susceptible de apropiación: se produce y se consume en tiempo real, a diferencia de los hidrocarburos.

Por eso, el énfasis en la restitución del control energético se dio en la electricidad en tanto los medios de producción de ésta fueron privados y, en el contexto de la reforma de 2013, competían con suficiencia en cuanto al precio: el costo nivelado de la energía volvía la energía proveniente de CFE un fluido que no podía competir con la proveniente de la solar o de la eólica. Las Empresas Productivas Subsidiarias de generación de CFE no pueden competir con las privadas en cuanto a precio, por lo que se decidió imponer barreras de entrada a las energías limpias, alegando su intermitencia como factor de inestabilidad que afectaba a la confiabilidad del Sistema.

Como afirma Jeremy Rifkin:

Según un estudio de noviembre de 2018, realizado por Lazard -uno de los mayores bancos de inversión independiente del mundo- el coste nivelado de la energía (LCOE) por sus siglas en inglés) de las grandes instalaciones solares ha caído hasta los 36

dólares/megavatio hora, mientras que la eólica se ha desplomado hasta los 29 dólares/megavatio hora, lo que las hace <<más baratas que las centrales de gas, de carbón y los reactores nucleares>>. <<El LCOE es un balance económico del coste medio total de construir y operar un activo de generación de energía durante su vida útil, dividido por la producción de energía total del activo durante ese período de vida útil>>. En los próximos ocho años, las energías solar y eólica serán mucho más baratas que las energías de los combustibles fósiles, lo que propiciará una confrontación con esta última industria²⁰⁵

En esas condiciones, la parte de la cadena de valor de la electricidad que estaba sujeta a la competencia (generación y comercialización) en los términos de la versión que originalmente fue publicada en la Constitución Política federal en 2013 y recogida por las leyes federales reglamentarias era una condición muy difícil de conseguir para la CFE dada su conformación orientada al régimen de servicio público y a la planeación centralizada y no a la competencia.

Desde luego, la perspectiva de abandonar la competencia como entorno de actuación de los agentes energéticos públicos, requería la adopción de medidas de regulación que sin incurrir en diseños institucionalmente complicados para implementarse -como podía ser el caso de modificar la ley o la propia Constitución- en un principio se consideró suficiente emitir o modificar una serie de ordenamientos que administrativamente pretendían ajustar el funcionamiento del Sistema Eléctrico Nacional (cuya planeación se considera Área Estratégica encomendada exclusivamente al Estado) para obligar a los permisionarios a plegarse a la condición de subsidiariedad de las Empresa Productivas del Estado, en detrimento de las condiciones que contenían los propios permisos.

Al respecto, podrían mencionarse:

- a) El **“Acuerdo para garantizar la eficiencia, calidad, confiabilidad, continuidad y seguridad del Sistema Eléctrico Nacional, con motivo del reconocimiento de la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV 2 (COVID 19)”**

²⁰⁵ RIFKIN, Jeremy. “El Green New Deal Global”. Primera edición. Ediciones Culturales Paidós, S.A. de C.V. México. 2020. p.18.

Según las consideraciones técnicas vertidas en el Acuerdo, la intermitencia característica de las energías renovables, como son esencialmente la fotovoltaica y la eólica, constituyen riesgos a la confiabilidad y calidad del Sistema, por lo que, ante una supuesta caída de la demanda de electricidad provocada por las circunstancias que conocemos que suspendieron prácticamente cualquier actividad productiva que requiriese la concentración de comunidades humanas, había que detener las pruebas pre-operativas y operativas de los permisos que estaban vigentes en condiciones de empezar a operar, es decir, de ingresar mayor oferta de electricidad al sistema.

Toda vez que fue una medida que, en su momento fue muy cuestionado en cuanto a su naturaleza técnica y cuya validez jurídica nunca fue realmente robusta (ni siquiera se publicó en el Diario Oficial de la Federación), considero innecesario hacer un análisis más detallado de sus imperfecciones jurídico-formales, pero no dejo de observar que fue la primera medida administrativa con la cual la administración adoptaba una postura formal para desalentar el desarrollo de los modelos de negocio basados en la propiedad privada de los medios de generación de electricidad.

En los términos de un comunicado interno difundido por el despacho jurídico Mijares, Angoitia, Cortés y Fuentes: dicho Acuerdo implicaba que:

El Anexo Único describe, como consideraciones para las medidas a aplicarse, una serie de fallas ocurridas en infraestructura eléctrica relacionadas con centrales eléctricas eólicas y fotovoltaicas. Dichas consideraciones incluyen, además, las siguientes afirmaciones respecto a las centrales eléctricas eólicas y fotovoltaicas: (i) que la generación intermitente de dichas centrales afecta la confiabilidad del Sistema Eléctrico Nacional (“SEN”), (ii) que no contribuyen a la regulación primaria del control de la calidad de la frecuencia, y (iii) que no contribuyen con inercia física para la estabilidad del SEN.

Lo anterior implica, entre otras cosas, que las centrales eléctricas eólicas y fotovoltaicas que se encuentren en etapa de pruebas preoperativas (o que planeaban entrar en dicha fase a partir del 3 de mayo de 2020) no podrán alcanzar

operación comercial sino hasta que CENACE determine la reanudación de las pruebas y éstas concluyan. Esto se traducirá en retrasos en los cronogramas de actividades de las centrales eólicas y fotovoltaicas.²⁰⁶.

Como es dable observar, al invocarse una razón técnica (La intermitencia) vinculada a una realidad sanitaria que afectaba o que podría afectar el consumo eléctrico, se pretendió detener el funcionamiento de la cadena de valor de las energías intermitentes para llegar al mercado mediante barreras de naturaleza proto-técnica.

- b) El **“Acuerdo por el que se emite la Política de confiabilidad, seguridad, continuidad y calidad en el Sistema Eléctrico Nacional”**, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 15 de mayo de 2021, que en su parte conducente dice:

Que el Aviso por el que se da a conocer la Política de Confiabilidad publicado el 28 de febrero de 2017 por la Secretaría de Energía, estuvo acotada sólo a (i) el límite superior aceptable de la probabilidad de que se presente energía no suministrada en el Sistema Eléctrico Nacional; (ii) el valor de la energía no suministrada; (iii) el valor eficiente de la probabilidad de que se presente energía no suministrada en el Sistema Eléctrico Nacional, tomando en cuenta el valor de la energía no suministrada y el costo de capacidad de la tecnología de generación en referencia; y (iv) valores indicativos de las reservas de planeación mínimas y valores indicativos de las reservas eficientes de planeación en cada sistema interconectado en cada año. Valores que fueron necesarios para satisfacer la demanda eléctrica de los Usuarios Finales bajo condiciones de suficiencia, el establecimiento del Mercado para el Balance de Potencia y de las Subastas de energía eléctrica desarrolladas por el Centro Nacional de Control de Energía, pero insuficientes para una adecuada política de Confiabilidad que esté relacionada con la Seguridad de Despacho, en términos de la Continuidad, Calidad y seguridad de la operación del Sistema Eléctrico Nacional o que esté relacionada con la Seguridad de Despacho, para satisfacer la demanda eléctrica bajo condiciones de Calidad y Continuidad,

²⁰⁶ MIJARES, ANGOITIA, CORTÉS Y FUENTES. “CENACE Acuerdo para garantizar confiabilidad de suministro eléctrico”, según comunicado de fecha 2 de mayo de 2020.

manteniendo las características y condiciones de las variables eléctricas que cumplan los requerimientos técnicos que aseguren el correcto desempeño e integridad de las instalaciones de los Usuarios Finales y satisfaciendo la demanda eléctrica, y en cualquier caso, cumpliendo los requerimientos de Calidad y seguridad óptimos para el correcto desempeño del Sistema Eléctrico Nacional establecidos en los artículos 12 fracción XXXVII y XLII, 28, 68 fracción VI, 132, segundo párrafo, de la Ley de la Industria Eléctrica²⁰⁷;

En los términos de este Acuerdo, es evidente que a la administración energética, según sus estándares de desempeño basados en la noción de servicio público, le parece impropia la intermitencia de los sistemas de producción de electricidad fotovoltaica o eólica, en la medida que, salvo que recurran a medios de almacenamiento todavía relativamente, costosos, la electricidad capturada durante el día, donde es barata y puede ser liberada en la noche cuando su tarifa es mayor, todavía les es ajena en la medida que el Sistema Eléctrico Nacional no contaba con el despliegue de infraestructura de transmisión y de distribución que se hubiera requerido para evacuar esa energía intermitente.

Por tanto, se opusieron barreras de entrada al mercado alegando razones técnicas.

- c) El **“Acuerdo por el que se modifican los Lineamientos que establecen los criterios para el otorgamiento de Certificados de Energías Limpias y los requisitos para su adquisición, publicados el 31 de octubre de 2014”**, contenido en el Diario Oficial de la Federación del 28 de octubre de 2019.

En los términos de este documento se reconocía para la CFE el valor financiero que la reforma energética de 2013 había considerado asignar a los nuevos oferentes de electricidad cuyas centrales hubiesen sido construidas y entrado en operación después de julio de 2014, dejando de lado todas aquellas que, como las de CFE ya habían amortizado sobradamente sus costos de inversión y, consecuentemente, aunque no estaban obligadas a invertir en su reconversión en centrales limpias, tampoco estaban en la tesitura de que su producción eléctrica tuviera contribuciones

²⁰⁷ Diario Oficial de la Federación del 15 de mayo de 2020

adicionales a la reducción de la línea base de emisiones de dióxido de carbono, necesarias para ofrecer incentivos a los nuevos participantes del mercado.

Así, el Acuerdo restitutorio que eliminaba la asimetría de la regulación que dejaba fuera del Mercado Eléctrico Mayorista a los Certificados de Energía Limpia con que se calculaba el valor de mercado de cada MW/h producido sin emisiones de gases de efecto invernadero y que podrían haber provenido de las centrales hidroeléctricas y geotérmicas de la CFE (no tiene otras que califiquen como limpias, para los efectos de los CEL's), preveía:

Que es necesario que entre los participantes de la industria eléctrica se dé un trato igualitario y equitativo para la obtención de Certificados de Energías Limpias, promoviendo así la generación de energía eléctrica a partir de fuentes de Energías Limpias, su diversificación y la seguridad energética.

Que un ajuste sobre el criterio para el otorgamiento de Certificados de Energías Limpias, no genera ningún impacto en el mercado de los Certificados de Energías Limpias ya que no reduce el número de generadores limpios, ya que por el contrario se considera que dicha medida favorece la competencia entre generadores tanto del sector público como del privado, incrementa la productividad con lo que se evita el desabasto y propicia mejores precios en beneficio de los usuarios finales, evitando la especulación y el aumento de tarifas;²⁰⁸

Para esta administración, esa diferencia era inadmisibles pues excluía a la CFE como probable beneficiario del acceso a valores económicos representados en los Certificados, por lo que se promovió la modificación a efecto de determinar que se incorporarían también los de las centrales eléctricas legadas, es decir, aquellas cuya existencia era previa a la publicación de la Ley de la Industria Eléctrica, como eran las de esa Empresa Productiva del Estado, sin distinción, quedando en estos términos:

ARTÍCULO PRIMERO. - Se modifican las fracciones I y II, del numeral 4, primer párrafo, de los Lineamientos que establecen los criterios para el otorgamiento de Certificados de Energías Limpias y los requisitos para su adquisición, publicados en el Diario Oficial

²⁰⁸ Diario Oficial del 28 de octubre de 2019.

de la Federación el 31 de octubre de 2014, para quedar como sigue:

4. Tendrán derecho a recibir CEL por un período de hasta porveinte años los Generadores Limpios que representan a:

- I. Las Centrales Eléctricas Limpias que hayan entrado en operación con posterioridad al 11 de agosto de 2014;
- II. Centrales Eléctricas Legadas, previstas en la Ley de la Industria Eléctrica que generen energía eléctrica a partir de fuentes de Energías Limpias;
- III. [...]

Con ello, se incorporaron al Mercado eléctrico Mayorista, 69 millones de CEL's, adicionales a los que ya estaban siendo objeto de transacciones y que, por su naturaleza, se derivaban de la decisión de los permisionarios de generar electricidad limpia, con el ánimo de acceder a esos valores.

Por supuesto, con esa medida, el Mercado Eléctrico Mayorista resintió la oferta de CEL's y su precio se desplomó, aunque hay todavía un sinnúmero de amparos pendientes de resolver al respecto.

La medida como tal, tuvo más un efecto emblemático que legal: para la administración era inaceptable el régimen de regulación asimétrica conforme al cual, consideraban, la CFE actuaba en desventaja con otros agentes económicos. Lo cierto es que los costos de producción y de operación de la CFE son los factores que impactan su productividad y competitividad, no la regulación asimétrica, que va dirigida a otro tipo de criterios.

- d) El "ACUERDO por el que se modifican los Términos para la estricta separación legal de la Comisión Federal de Electricidad, publicados el 11 de enero de 2016", publicado en el Diario Oficial de la Federación del 25 de marzo de 2019.

Este Acuerdo modifica el original que fue publicado en 2016, conforme al cual la Comisión Federal de Electricidad, para responder al entorno de competencia de mercado que le había reservado la reforma energética en los segmentos de generación y en la comercialización de electricidad, conservando, como hemos

visto, la Transmisión y la Distribución como servicios públicos cuya prestación le correspondía a aquélla en exclusiva, y que originalmente a la letra decía:

Que el Transitorio Cuarto de la LIE ordena a la CFE realizar la separación contable, operativa, funcional y legal que corresponda a cada una de las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización, y prevé que la Secretaría de Energía y la Comisión Reguladora de Energía, en el ámbito de sus atribuciones, establecerán los términos bajo los cuales la CFE llevará a cabo dicha separación, la cual será vertical entre las distintas líneas de negocio y horizontal entre una misma línea de negocio, conforme a lo siguiente: Las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización dentro de la CFE observarán una estricta separación vertical, que deberá ser legal;

Que el artículo 10 de la Ley de la CFE, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2014, establece que para salvaguardar el acceso abierto, la operación eficiente y la competencia en la industria eléctrica, la Comisión Federal de Electricidad (en adelante CFE) realizará las actividades de Generación, Transmisión, Distribución, Comercialización, Suministro Básico, Suministro Calificado, Suministro de Último Recurso, la Proveeduría de Insumos Primarios para la industria eléctrica, así como las actividades auxiliares y conexas de la misma, de manera estrictamente independiente entre ellas, para lo cual establecerá la separación contable, funcional y estructural que se requiera entre sus divisiones, regiones, empresas productivas subsidiarias (en adelante EPS) y empresas filiales (en adelante EF) de acuerdo con la LIE y en términos de la estricta separación legal que establezca la Secretaría de Energía, la normatividad en materia de competencia económica y la regulación que para el efecto establezca la Comisión Reguladora de Energía;

Por tanto, la separación implicaba un desmantelamiento de los recursos y activos que permitían y garantizaban el carácter de agente dominante de la CFE en un entorno que buscaba: i) favorecer la competencia de los agentes económicos; ii) desmantelar la estructura institucional que al estar integrada verticalmente permitía a la CFE subsidiar internamente las ineficiencias operativas de sus diferentes áreas -especialmente las de generación dada su obsolescencia tecnológica- iii) someterla

a un régimen de creación de valor económico que sustituyera al de servicio público, naturalmente deficitario y presupuestariamente elevado.

De esta manera:

- 1) La generación debería observar una separación legal, desde el punto de vista horizontal, en un número tal de unidades de negocio diferentes que fomente la operación eficiente del sector y se sujete a criterios de competencia y libre concurrencia en el mismo; y,
- 2) La distribución suponía una separación horizontal por regiones, de manera tal que permita fomentar la operación eficiente del sector y contar con información para realizar análisis comparativos de desempeño y eficiencia en las operaciones.

Esta medida comprendía el desmantelamiento vertical de la CFE en tanto agente dominante que no estaba sujeto a la competencia: esencialmente dividió la Cadena de Valor en diferentes segmentos a efecto de eliminar qué factores que incidían en las ventajas comparativas con que la CFE en su momento se diseñó y que ya era disfuncional al nuevo marco regulatorio, orientado a la liberalización, la competencia y a la operación de acuerdo a mercados regulados.

Con ello, se aplicaba la legislación de competencia económica que separaba funcional, contable, operativa y jurídicamente a la CFE en Empresas Productivas Subsidiarias y Empresas Filiales, con la intención no solamente de orientarlas a participar en el mercado sino también a contribuir a la formación de éste.

La estricta separación ordenada cumplía con la pretensión de evitar que la desregulación y la liberalización de la economía energética, operaran con un agente económico dominante en un entorno de falta de competencia durante los últimos 80 años y que desalentara la participación de nuevos competidores²⁰⁹.

²⁰⁹ De hecho, la Estricta separación de la CFE obedecía a lo ordenado por el artículo Cuarto Transitorio de la Ley de la Industria Eléctrica. No era una decisión caprichosa sino que obedecía a un mandato legal cuya racionalidad jurídica se proponía suprimir las ventajas competitivas con que contaban los monopolios naturales públicos.

Si bien técnicamente era una suerte de regulación asimétrica, en la práctica procuraba evitar ingresos y subsidios cruzados entre las diferentes gerencias y estructuras regionales de la CFE en el territorio mexicano, circunstancia que fue restituida con un nuevo Acuerdo que dejó sin efectos la estricta separación.

Sin embargo, en marzo de 2019 como veremos, se restituyeron los términos de la separación a efecto de reintegrarle a la CFE el manejo de una estructura en la que los ingresos y los gastos se cruzan de manera tal que en las actividades en las que tiene déficit financiero derivado de las pérdidas no técnicas y de los elevados subsidios, puede compensar con los ingresos provenientes de sus rentas monopólicas como son las que obtiene de la Transmisión y la Distribución en las que opera sin competencia por haberse definido como monopolio natural.

Así, con ese propósito se publicó el nuevo Acuerdo en cuyos razonamientos concluía que el ejercicio de separación de la CFE en varias entidades productivas, había sido inútil para permitirles operar de manera eficiente y, conforme a ello, le devolvía a ésta la administración centralizada y vertical característicos de la etapa previa a la reforma constitucional, en todos los segmentos de la cadena de valor²¹⁰, por lo que prescribía:

Que en el periodo de aplicación de los "Términos para la estricta separación legal de Comisión Federal de Electricidad" (TESL), no se ha cumplido con el propósito fundamental de "fomentar la operación eficiente del sector eléctrico", ni de participar "de forma competitiva en la industria energética", debido a que la reorganización llevada a cabo por la Comisión Federal de Electricidad (CFE) en Generación, con la creación de seis Empresas Productivas Subsidiarias (EPS) y una Empresa Filial (EF), se incrementaron costos y se redujo la eficiencia de gestión operativa y administrativa, debido a que la organización y distribución de activos fue inadecuada, lo que afecta a la viabilidad de las empresas.

Que la reorganización de los activos en cinco de las EPS se enfocó en que el grupo de centrales generadoras asignadas a cada una de ellas no tuviera preponderancia regional, y con ello alcanzar un equilibrio en resultados económicos conjuntos.

²¹⁰ Es recomendable leer el capítulo de Considerandos, del Acuerdo publicado en el Diario Oficial de la Federación del 25 de marzo de 2019.

Que, como ejemplo de dicha reorganización, se separaron centrales de generación termoeléctrica, que se encuentran dentro de un mismo espacio físico como la central de carbón de Río Escondido asignada a la EPS VI con sede en Veracruz y la central Carbón II asignada a la EPS II con sede en Guadalajara. Las centrales hidroeléctricas Angostura, Chicoasén, Malpaso y Peñitas, se encuentran instaladas sobre el cauce del río Grijalva, las dos primeras fueron asignadas a la EPS IV con sede en Monterrey y las restantes, a la EPS I con sede en Hermosillo, no obstante que la mejor práctica es operar las cuencas en su conjunto.

Con ello, restituyó en lo operativo el modelo dominante que el principio de “piso parejo” quiso ajustar para establecer igualdad de condiciones entre los Participantes del Mercado Eléctrico Mayorista ²¹¹, pero dado el nivel inferior de las normas estrictamente administrativas frente a los derechos de propiedad y de libertad de industria que quedaban comprometidos, era evidente que se hacía necesario a modificar el campo de las leyes reglamentarias, recurriendo a los principios de técnica jurídica propios de los procesos formal y materialmente legislativos ante la ineficacia de los instrumentos técnico-administrativos con que se pretendió revertir la dinámica del modelo jurídico de liberalización y de desregulación del sistema normativo que regía las cadenas de valor de la energía, conforme fue concebido en la Reforma de 2013.

Sin embargo, ante la ineficacia de las medidas e instrumentos administrativos desplegados para ello, como medida regulatoriamente más avanzada en tanto comprendía recurrir al proceso legislativo, se optó por modificar las leyes federales sustantivas en materia de hidrocarburos y de electricidad. Las relativas a la industria eléctrica, empero, fueron las más recurridas en atención a que hidrocarburos y electricidad no se pueden regular de igual manera, en tanto formas de energía de diferente naturaleza: mientras los primeros están en el subsuelo y su incorporación al mercado se hace a través de contratos, asignaciones o autorizaciones, la

²¹¹ Los TESL a que nos hemos referido fueron acompañados por otros instrumentos que tenían el propósito de separar también los activos de generación (centrales eléctricas) y contratos. El primero de ellos (“Términos para la asignación de activos y contratos para la Generación a las empresas productivas y empresas filiales de la Comisión Federal de Electricidad”), apareció publicado en el Diario Oficial de la Federación del 4 de noviembre de 2016. El otro, el que corresponde a la decisión de reestablecer la integración de la CFE, aparece publicado en el mismo medio el 25 de noviembre de 2019.

segunda se produce y se consume en tiempo real, por lo que no puede considerarse de un recurso natural susceptible de apropiación, en los términos que distingue el propio artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

4.1.3 Una estrategia legislativa. Connotaciones de constitucionalidad.

En la perspectiva de la política energética del régimen, las modificaciones legislativas relativas a la industria eléctrica fueron las de mayor trascendencia en atención a que en materia de hidrocarburos, PEMEX, es decir el Estado, no cuenta con la tecnología necesaria para explorar y extraerlos de manera comercialmente adecuada y a que, por otra parte, éstos y la electricidad no se pueden regular de igual manera en tanto formas de energía de diferente naturaleza: mientras los primeros están en el subsuelo y su incorporación al mercado se hace a través de contratos, asignaciones o autorizaciones, la segunda se produce y se consume en tiempo real por lo que el propietario de los medios de producción de electricidad puede ser público o privado ya que no puede considerarse como recurso natural susceptible de apropiación, en los términos que distingue el propio artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por tanto, aunque las modificaciones a la Ley de Hidrocarburos como de la Industria Eléctrica fueron cuantitativamente poco significativas, el impacto de la regulación eléctrica (9 artículos y varios transitorios) en la realidad jurídica tuvo un enorme impacto cualitativo en tanto suprimió los incentivos a utilizar mayor eficiencia tecnológica para reducir los costos de producción y los precios de transmisión y de distribución, afectando significativamente los principios básicos centrados en el suministro eléctrico implícito en el modelo jurídico de la energía basado en la competencia y en el derecho a un medio ambiente sano, por lo que en este apartado y en lo subsecuente nos referiremos a la eléctrica, salvo aclaración expresa en contrario²¹².

²¹² Consúltese el apartado 3.3.3.2 de esta investigación.

Las medidas tomadas como principios de la política energética en esta administración (2018-2023) propusieron restituir a los monopolios naturales de la energía (PEMEX y CFE) su carácter de agentes dominantes y, con ello, su capacidad de conducir el proceso de suministrar a los consumidores, los petrolíferos refinados por PEMEX y de electricidad a los usuarios finales de ésta, en la perspectiva de que, con esas medida, se garantizaría la llamada “soberanía energética” cuyos alcances y postulados hemos analizado en el Capítulo Tercero de esta investigación.

Esas reformas realizadas en marzo de 2021 han provocado un largo debate sobre diversas cuestiones, como son: **i)** la legalidad de sus precedentes administrativos y la constitucionalidad de esas modificaciones legislativas; **ii)** el impacto derogatorio de éstas en el marco jurídico que permanece aún como derecho positivo y respecto del cual pueden tener preeminencia formal; y, **iii)** su inserción en el marco jurídico interno y su relación jerárquica con las normas de Derecho Internacional Público contenidas en diversos instrumentos, esencialmente los relacionados con las relaciones comerciales con nuestros socios de la región de Norteamérica, a quienes exportamos más del 80% de nuestros productos y somos actualmente su principal socio comercial: me refiero a los estados Unidos de América y, marginalmente a Canadá. La referencia casi exclusiva a la reforma a la Ley de la Industria Eléctrica en cuanto a sus implicaciones y tratamiento contencioso no quitan relevancia a la de hidrocarburos, pero éstas por las razones que hayan sido, no fueron tan severamente cuestionadas jurisdiccionalmente como las de electricidad, lo que no significa que muchas de las consideraciones formales que sean hechas para la primera sean inaplicables o deleznable para los hidrocarburos y sus derivados.

En atención a la variación sustancial que dichas reformas (2021) provocaron al modelo de regulación hasta entonces adoptado (basado en la competencia, la tecnología y los modelos de negocio de comercialización, como hemos insistido) algunos Senadores de la República, el gobierno del estado de Colima y la Comisión Federal de Competencia Económica las recurrieron vía la Acción de Inconstitucionalidad -los primeros- y como Controversias Constitucionales -los demás- también lo hicieron algunos permisionarios que consideraban las nuevas

reglas como lesivas a sus derechos legítimos adquiridos, se plantearon diversas estrategias de defensa, cuya revisión será objeto muy general de este Capítulo, dadas sus pretensiones:

El tratamiento concedido institucionalmente al problema de la vigencia y eficacia de las reformas se ha constreñido a la constitucionalidad de éstas, quedando bajo el escrutinio del Poder Judicial únicamente en lo que se refiere a determinar qué tanto complacen el espíritu de las reformas a la Constitución en 2013, habiendo obtenido inicialmente suspensiones provisionales con efectos generales otorgadas por los Jueces de Distrito.

Sin embargo, a lo que parecía una cómoda estrategia litigiosa que se traduciría en el otorgamiento de las suspensiones definitivas, siguió una larga secuela de acontecimientos de carácter judicial que empezaron a decantar el optimismo que originalmente se había creado a partir de las suspensiones obtenidas: a las revisiones a éstas sustanciadas ante los Tribunales Colegiados, pasando por la suspensión del procedimiento de revisión de los amparos en revisión ordenadas por el Pleno en función de resolver previamente la Acción de Constitucionalidad y las Controversias Constitucionales ya aludidas, en estos términos, quedando suspendidas, hasta el momento las posibilidades de defensa jurídica de los particulares si la única alternativa fuese el juicio de amparo.

En este contexto, es difícil dejar de observar que la propia Corte soslayó los problemas de Convencionalidad que, al menos en lo posible, se veía necesario analizar. La propia Corte desestimó la fuerza jurídica de los Tratados Internacionales y dejó de pronunciarse ex officio al respecto, por lo que hace recomendable referir el trabajo de la Corte al respecto para que, en la última parte de este Capítulo tenga sentido detallar las cuestiones que la Corte dejó pasar inadvertidamente, por lo que se refiere a las prescripciones que Convencionalmente pueden hacerse valer en una controversia inversionista contra Estado como veremos al final, en este sentido:

Cuando la Suprema Corte revisó la procedencia de la Acción de Inconstitucionalidad de las reformas a la Ley de la Industria Eléctrica, en ejercicio de un mecanismo de

control propuesto por los Senadores para expulsar de nuestro orden jurídico las normas generales contrarias a la Constitución o a los Tratados Internacionales de los que nuestro país forma parte, no consiguió para ello los votos necesarios del Pleno. los 7 votos que optaron por declararla inconstitucional no fueron suficientes para la invalidación, pero sí para identificar los términos correctos de la discusión que probablemente ha servido como material litigioso: i) la afectación a las reglas de competencia reconocidas por nuestra Carta Magna; ii) la afectación de los derechos humanos relativos a la calidad del ambiente; iii) la afectación a la libertad de industria; iv) la afectación a las reglas de inversión previstas en algunos tratados internacionales (TMEC y TIPAT, esencialmente).

En el informe del 7 de abril de 2022, al dar cuenta del resultado de la votación relativa al pronunciamiento que el Pleno de la Corte debía hacer sobre la Acción de Inconstitucionalidad planteada y en la cual no pudieron reunirse de manera fehaciente los 8 votos requeridos para hacer la declaración correspondiente, se dijo:

En segundo lugar, se determinó que en acciones de inconstitucionalidad sólo se pueden hacer valer violaciones directas a la Constitución general y a derechos humanos reconocidos en tratados internacionales, por lo que las normas impugnadas no pueden ser analizadas a la luz del TIPAT o el TMEC, en tanto no contienen normas sobre derechos humanos.

En cuanto a la materia ambiental, una mayoría se pronunció por la validez de los artículos 3, fracciones V, XII, XII bis, XIV; 4, fracción I y 108, fracción V, pero mediante una interpretación conforme. Es decir, a la luz del derecho a un medio ambiente sano, reconocido en el artículo 4° constitucional y los compromisos internacionales del Estado Mexicano en la Convención Marco de la ONU sobre Cambio Climático y el Acuerdo de París, materializados en la Ley General de Cambio Climático, que lo vinculan a reducir la emisión de gases efecto invernadero, mediante la sustitución de energías de fuentes fósiles por renovables. Por lo demás, la acción se desestimó respecto del resto de los artículos en este tema²¹³.

Más allá de la importancia que tiene este pronunciamiento para las conclusiones de esta investigación, debe advertirse que no coinciden con las consideraciones que tuvo el Ministro Laynez en el proyecto de Sentencia que no pudo votar por la

²¹³ Nota de prensa del 7 de abril de 2023

recusación que mencionaremos, por lo que conviene una revisión de las efemérides sustantivas²¹⁴:

- i) El Pleno de la Corte, mediante Acuerdo General 3/2022, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 22 de febrero de 2022, determinó el aplazamiento del dictado de la resolución de amparos en revisión por parte de los Tribunales Colegiados en tanto subsistiera el problema de constitucionalidad de las reformas a la Ley de la Industria Eléctrica de marzo de 2021, reclamada en la Acción de Inconstitucionalidad 64/2021 promovida por Senadores y las Controversias Constitucionales 44/2021 y 45/2021 planteadas por la Comisión Federal de Competencia Económica y el gobierno del estado de Colima, respectivamente.

Dicho aplazamiento se levantó en cuanto se declaró improcedente la Acción de Inconstitucionalidad y se sobreseyeron las Controversias Constitucionales, en los términos del Acuerdo General 7/2022, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 17 de octubre de 2022, por lo que la vía judicial volvió a quedar abierta para quienes con motivo de un acto de autoaplicación determinado por alguno de los 9 artículos sustantivos y/o alguno de los Transitorios de la Ley de la Industria Eléctrica reformada estuvieran en la condición jurídica de recurrir al amparo o demandarlo, según hubiera o no medidas heteroaplicativas posteriormente.

- ii) En la dinámica ya aceptada para que los Tribunales Colegiados y las demás instancias inferiores del Poder Judicial reanudaran la admisión y trámite de los recursos de revisión interpuestos en contra de las suspensiones concedidas con efectos generales, en el proyecto de sentencia del recurso de revisión 106/2023 derivado, a su vez, del juicio de amparo 159/2021, promovido por filiales de la empresa francesa Engie²¹⁵ ante el Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa

²¹⁴ Aunque se abordará posteriormente, cabe anticipar que hasta ahora la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha podido pronunciarse sobre la constitucionalidad de esas reformas habiendo sido impedida para continuar con ese análisis, por una serie de recursos procesales que la han inhibido.

²¹⁵ Quejas y recurrentes adhesivas: Recursos Solares PV de México IV, S.A. de C.V.; Eólica Tres Mesas 4, S. de R.L. de C.V.; Tractebel Energía Monterrey S. de R.L.; Tractebel Energía de Pánuco, S.A. de C.V y otras.

Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, el Ministro Javier Laynez había elaborado un proyecto de sentencia en el que planteaba la inconstitucionalidad de las reformas a la Ley de la Industria Eléctrica.

Aunque dicho proyecto estaba listado para discutirse por la Segunda Sala el pasado 27 de septiembre de 2023, en atención a la recusación que la Secretaría de Energía hizo sobre el posible conflicto de interés de dos integrantes de esta Sala, como ya lo hemos referido, no fue posible entrar al análisis de los argumentos de inconstitucionalidad que proponía el proyecto por lo que, aunque se haya turnado a otro Ministro la formulación de otra propuesta, me parece indispensable conocer los términos del proyecto inicial porque la recusación, como lo he venido sosteniendo, es una estrategia dilatoria que ha impedido conocer formalmente la postura de la Suprema Corte al respecto.

En esencia, Laynez sostenía que la parte medular de la Revisión consistía en contestar la pregunta: **¿las reformas a la Ley de la Industria Eléctrica impugnadas son consistentes con el diseño que ordena la Constitución General para la industria eléctrica?** Para ello, razonó, en esencia en el “Apartado VI: Estudio de Fondo” del proyecto²¹⁶, lo siguiente:

- a) A diferencia de los hidrocarburos, la electricidad no era un recurso natural, por lo que el interés del Estado no era la propiedad sobre la energía, sino que ésta llegara en mejores condiciones a un mayor número de personas. Por tanto, **se propuso abrir el mercado de la generación eléctrica para abatir los costos de producción**, sin que el Estado perdiera rectoría en el control del sistema eléctrico nacional y la exclusividad de transmitir y distribuir la energía eléctrica como un servicio público indispensable;
- b) Sin embargo, las reformas impugnadas rompen toda lógica de competencia: se ordena despachar primero a las centrales que hayan celebrado un

²¹⁶ Todos los incisos subsecuentes son versiones tomadas literalmente del Proyecto de sentencia que se comenta. Dada la contundencia con que el Ministro Ponente aborda los detalles del espíritu del texto constitucional con las reformas de 2021, preferí transcribirlas. Cabe hacer notar que el propio Ponente admite que se ha basado en principios y criterios tomados al resolver la Controversia Constitucional 89/2020.

contrato de cobertura eléctrica con compromiso de entrega física, pero también dichos contratos se diseñaron de una manera tal que se excluye a ciertos generadores (las de energías intermitentes) pues no todos pueden celebrarlos. Por tal razón, queda claro que el despacho de las centrales eléctricas no será resultado de un proceso competitivo, pues invariablemente debe seguirse el orden de prelación ya definido por la LIE. En otras palabras, tal como lo identificó el juez de Distrito, las reformas impugnadas se constituyen en diversas barreras que impiden la competencia efectiva en el mercado de generación. Tan es así que por más que un grupo de empresas diversas resultaren más eficientes (esto es, produzcan energía a menores costos) o invirtieren en nueva tecnología más sustentable, sus esfuerzos serían en vano, puesto que la energía que produzcan únicamente será despachada hasta que finalice el suministro de las de las centrales que puedan celebrar los referidos contratos, y solo en caso de que el sistema requiera energía excedente. Esta situación claramente **vulnera el principio constitucional que ordenó que las actividades de generación y comercialización de energía eléctrica se sujetaran a las reglas del mercado, que por definición requiere una competencia;**

- c) Por otro lado, también se rompe el mandato que constitucionalmente se asignó al CENACE en su carácter de operador neutral del mercado eléctrico mayorista y del SEN: garantizar el acceso abierto y no discriminatorio para que los generadores puedan interconectarse y transmitir su energía por las redes referidas;
- d) Finalmente, y como consecuencia de que el sistema de prelación en el despacho de energía desplaza de forma directa y absoluta a un segundo plano a las energías limpias, también se vulnera el principio de desarrollo sustentable. Como se recordará, en el amparo en revisión 1426/2015 y en la controversia constitucional 89/2020 (...) identificó que uno de los pilares de la reforma constitucional de 2013 **era garantizar la sustentabilidad en el desarrollo de la industria** (ver, supra, párrafos 65 a 68). Para tal razón se mandató que el diseño del mercado eléctrico debía incentivar las inversiones

en fuentes de energías limpias, a fin de dar cumplimiento a la transición energética. Pues bien, en sincronía con lo dicho en los párrafos previos, este objetivo constitucional se vulnera si las reformas impugnadas establecen barreras o entorpecen la libre competencia al relegar a un segundo plano el despacho de energía proveniente de fuentes limpias.

Con lo que hasta aquí he expuesto, y que he tomado del proyecto Laynez cuyo sentido dudo que sea modificado sustancialmente en el otro proyecto que, según se anuncia, está en preparación, me parece que quedan claras dos cuestiones: i) los argumentos sobre la constitucionalidad de las reformas a la Ley de la Industria Eléctrica se centran en las ventajas indebidas en un mandato constitucional de competencia; ii) La Corte no ha sabido o no ha podido examinar con detalle el tema de Convencionalidad, a pesar de haber tocado los ángulos que lo hubieran permitido, como es el caso de la libertad de industria y el derecho a la sustentabilidad, es decir, a un medio ambiente sano.

Quisiera apuntar que lo que propone este apartado se puede resumir en lo siguiente:

- i. **Impugnaciones en Tribunales Mexicanos.** La reforma a la Ley de la Industria Eléctrica fue objeto de impugnaciones legales en tribunales mexicanos. Diversas empresas y organizaciones, tanto nacionales como extranjeras, presentaron demandas y recursos legales para impugnar aspectos de la reforma.
- ii. **Alegatos en Contra de la Constitucionalidad.** Uno de los principales argumentos en los litigios es que la reforma podría ser inconstitucional, ya que se argumenta que viola principios constitucionales como la libre competencia y la protección de inversiones.
- iii. **Recursos ante Organismos Internacionales.** Algunas empresas y organismos han recurrido a tribunales internacionales y mecanismos de arbitraje para proteger sus inversiones en México y cuestionar las políticas energéticas derivadas de la reforma. Esto ha generado tensiones diplomáticas y legales.

iv. Continuación de los Litigios. A lo largo del tiempo, se espera que los litigios continúen y evolucionen a medida que los tribunales emitan fallos y se tomen decisiones legales en relación con la reforma. El resultado de estos casos puede tener un impacto significativo en el sector energético mexicano y en las inversiones extranjeras en el país.

4.2 GENERALIDADES SOBRE LOS TRATADOS COMERCIALES INTERNACIONALES.

Los Tratados internacionales plantean a los estados firmantes, la necesidad de pronunciarse sobre su cumplimiento en función de lo que al respecto establezcan sus normas de derecho interno.

Para México, en tanto los reconoce como fuente de obligaciones al ser suscritos por el presidente de la República y ratificados por el Senado se convierten en normas de derecho interno cuya jerarquía queda contemplada por el artículo 133 de la Constitución Política Federal, en relación con el 1º. Y el 103, fracción I de dicho ordenamiento.

Por tanto, este apartado solo busca aportar un elemento de referencia en cuanto existe la posibilidad de sujetarse o no a lo ordenado por una instancia supranacional, en lo que en el caso de los derechos humanos se identifica como “Control difuso de la Convencionalidad²¹⁷” que, como concepto esencial en el contexto del derecho internacional se constituye en un instrumento mediante el cual los tribunales mexicanos están en aptitud jurídica e institucional para evaluar y aplicar las normas relativas a derechos humanos aunque estas no se hayan incorporado formalmente al orden jurídico mexicano, según esté contemplado por la Constitución Política.

En este sistema de interrelación de órdenes jurídicos diferentes y complementarios, en su caso, es necesario advertir que hay dos subclases de relaciones entre ellas, cuando menos: i) la que se presenta cuando lo que se dirime es un tema de derechos humanos o bien es de otra clase -relaciones comerciales, por ejemplo-,

²¹⁷ El Control difuso de la Convencionalidad, ha sido reconocido a partir de diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, particularmente en los expedientes 912/2010 (Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos) y 1396/2011 (Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú contra el Estado Mexicano), entre otros.

en la cual el cumplimiento de las obligaciones internacionales se presenta con características diferentes en tanto lo pueden considerar obligatorio o bien como una recomendación; ii) en la otra subclase el debate se presenta entre las características a que se somete la fuerza derogatoria determinada por la jerarquía de los instrumentos, adoptada por el derecho interno: Constitución, Tratados internacionales y leyes federales, en ese orden.

Para ese efecto, y en función que al analizar la naturaleza y alcance que tuvieron las reformas a la Ley de la Industria Eléctrica y su posible contradicción con el TMEC y, por añadidura, con el TIPAT, conviene enunciar los elementos que se deberán tener en consideración.

Uno de los problemas para que se dé cumplimiento a las prescripciones contenidas en los instrumentos internacionales, es el consistente en el régimen de derecho interno que se encuentre reconocido por cada Estado: Así, la posición que se otorgue a los instrumentos internacionales en el orden jurídico nacional, determinará el cumplimiento que se haga de los compromisos internacionales.

La jerarquía normativa es un elemento relevante para el control de convencionalidad. El orden jurídico mexicano ha planteado diversos modelos de jerarquía normativa²¹⁸

En esa tesitura, la Corte ha definido que cuando se trate de un tratado internacional frente a una ley federal, aquél tendrá mayor jerarquía. En caso, que se trate de un tema relativo a los derechos humanos, ambos ordenamientos tendrán la siguiente jerarquía, siempre y cuando se complazca el espíritu de la Constitución.

4.2.1 Derechos humanos de segunda generación: Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales.

Un aspecto que debe tenerse en consideración ante el contenido de los Tratado internacionales, incluyendo los que no están expresa y claramente dirigidos a la tutela de los derechos humanos, son aquellos que podríamos llamar DESCA

²¹⁸ CIENFUEGOS SALGADO, David, *op. cit.*, p. 358.

(Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales), que serían considerados como de segunda generación (posteriores a los Civiles y Políticos, (nacidos en el siglo XVIII), toda vez que, en cierto sentido, las reformas a la Ley de la Industria Eléctrica afectan el derecho económico a la libertad de industria -en cuanto a oferta y generación de electricidad se refiere- pero también a éstos si consideramos que, en cuanto a la demanda, los usuarios o consumidores podrían estar interesados en consumir electricidad generada por fuentes limpias, diferentes a las utilizadas por la CFE. Por supuesto, aunque es una tentación académicamente apetitosa, entrara a ese análisis desde el punto de vista de la Convencionalidad distraería los propósitos de la investigación que pretenden centrarse en dilucidar si las reformas afectaron las prescripciones de protección a la inversión del TMEC y del TIPAT.

Sin embargo, sin entrar al detalle de las reformas a la LIE, me parece interesante darle contexto a estos derechos en función de que la propia Constitución Política refiere que responden a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y, sobre todo, progresividad, por lo que una afectación provocada por una regla de derecho en contra de los derechos a la libertad de industria, podría considerarse como elemento de interés del Control Difuso de la Convencionalidad si, como en algún momento llegara a demostrarse que hay una afectación a los DESCAs desde el momento que un usuario comercial de energía no puede tener acceso asequible a la electricidad limpia aun cuando el mercado al que va dirigido es el que le requiere utilizar (por ejemplo, ya es frecuente que en los temas de Compliance corporativo, los inversionistas y accionistas exijan a sus empresas que solo utilicen electricidad limpia, por razones de mercado), por lo que aún sin ser un generador de electricidad, se ve impedido a usar la que sus clientes y planes de negocio le demanden.

Veamos, entonces, algunas referencias a estos derechos de segunda generación:

Los DESCAs están respaldados por instrumentos internacionales de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de las Naciones Unidas. Muchos países, incluido México, han

ratificado estos tratados y, por lo tanto, han asumido la obligación de respetarlos, protegerlos y cumplirlos

Dentro de esta generación de derechos, se encuentran varios que se consideran económicos, en tanto están diseñados para proteger aspectos relacionados con la economía y el bienestar de las personas. Algunos de los derechos económicos incluyen el Derecho al Trabajo, a un Nivel de Vida Adecuado, a la Protección Social y al Comercio y la Libertad Económica.

En ese contexto, está claro que los derechos humanos económicos pueden verse vulnerados a la luz de los tratados comerciales de diversas formas. Aunque los tratados comerciales están diseñados principalmente para promover el comercio internacional y la inversión, a veces pueden tener impactos negativos en los derechos económicos de las personas y las comunidades. Algunas de las maneras en que esto puede ocurrir incluyen:

- 1. Privatización y Desregulación:** Algunos tratados comerciales pueden exigir la privatización de servicios públicos esenciales, como la salud, la educación y el agua, como parte de las políticas de liberalización económica. Esto puede llevar a una disminución en la accesibilidad y asequibilidad de estos servicios, lo que a su vez afecta el derecho a la educación, la salud y un nivel de vida adecuado.
- 2. Impacto en el Empleo:** Las políticas de apertura económica y liberalización comercial pueden tener un impacto en el empleo local. Por ejemplo, la competencia de productos extranjeros a menudo puede llevar a la pérdida de empleos en ciertas industrias locales, lo que afecta el derecho al trabajo digno y a un nivel de vida adecuado.
- 3. Amenaza al Derecho a la Alimentación:** Los tratados comerciales que afectan la agricultura y la importación de alimentos pueden tener un impacto en la producción local de alimentos y la seguridad alimentaria. Esto puede amenazar el derecho a la alimentación adecuada de las personas.
- 4. Propiedad Intelectual y Acceso a Medicamentos:** Algunos acuerdos de propiedad intelectual en tratados comerciales pueden aumentar el costo de

medicamentos y productos farmacéuticos, lo que dificulta el acceso a tratamientos médicos asequibles y puede afectar el derecho a la salud.

5. Conflictos de Inversión: Los tratados de inversión a menudo contienen disposiciones que permiten a las corporaciones demandar a los gobiernos por medidas que consideran perjudiciales para sus inversiones. Esto puede tener un efecto disuasorio sobre la regulación gubernamental en áreas como el medio ambiente, la salud pública y los derechos laborales.

6. Desplazamiento de Comunidades: La inversión extranjera a menudo está relacionada con proyectos de desarrollo y extracción de recursos naturales que pueden resultar en el desplazamiento de comunidades locales, lo que afecta el derecho a la vivienda y al nivel de vida adecuado.

La interacción entre los tratados comerciales y los derechos humanos económicos es un tema complejo y puede variar según la naturaleza de los acuerdos y cómo se implementan en la práctica. Por lo tanto, es esencial que los Estados evalúen cuidadosamente el impacto de los tratados comerciales en los derechos humanos y tomen medidas para garantizar que éstos se respeten y protejan adecuadamente.

4.2.2 Algunos principios de derecho internacional consuetudinario de los acuerdos comerciales, en general.

El derecho internacional de los acuerdos comerciales se rige por varios principios fundamentales que guían la relación entre los Estados y las partes involucradas en estos instrumentos. Algunos de éstos son:

- 1. Principio de soberanía:** Este principio reconoce la soberanía de los Estados para tomar decisiones sobre su política comercial y económica. Los Estados tienen el derecho de decidir si desean unirse a acuerdos comerciales y en qué términos lo hacen.
- 2. Trato nacional:** El principio según el cual cada Estado concede a los nacionales o inversionistas de otros Estados parte, un trato equivalente a sus propios nacionales. Esto implica la eliminación de la discriminación contra productos y servicios extranjeros;
- 3. Trato de nación más favorecida (NMF):** Este principio estipula que cualquier ventaja concedida a un Estado miembro de un acuerdo comercial debe extenderse automáticamente a todos los demás miembros del acuerdo. Esto evita la discriminación entre los miembros del Tratado.
- 4. Transparencia:** La transparencia implica que los acuerdos comerciales y las regulaciones relacionadas deben ser claros y accesibles para todas las partes. La transparencia también se refiere a la obligación de notificar cualquier cambio en las políticas comerciales a otros miembros del acuerdo.
- 5. No discriminación:** Este principio prohíbe la discriminación arbitraria e injustificada en el comercio internacional. Los Estados deben tratar a todos los miembros del acuerdo de manera equitativa y no discriminatoria.
- 6. Protección de los derechos de propiedad intelectual:** Los acuerdos comerciales a menudo incluyen disposiciones para proteger los derechos de propiedad intelectual, como patentes, derechos de autor y marcas registradas, garantizando un ambiente propicio para la innovación y la inversión.

- 7. Solución de controversias:** Los acuerdos comerciales suelen establecer mecanismos para resolver disputas entre las partes. Esto puede incluir la creación de paneles de arbitraje o tribunales de resolución de disputas para garantizar que las diferencias se resuelvan de manera justa y equitativa.
- 8. Gradualismo y flexibilidad:** Los acuerdos comerciales a menudo permiten un período de transición durante el cual los Estados pueden ajustarse a las nuevas regulaciones. Esto reconoce que diferentes países pueden necesitar tiempos diferentes para adaptarse a las normas del acuerdo.
- 9. Promoción del desarrollo económico y el bienestar:** Los acuerdos comerciales suelen tener como objetivo promover el desarrollo económico y el bienestar de las partes involucradas, ya sea mediante la liberalización del comercio, la promoción de la inversión extranjera o la mejora de la cooperación económica.
- 10. Conservación del medio ambiente y los recursos naturales:** Algunos acuerdos comerciales incorporan disposiciones para garantizar la conservación del medio ambiente y de los recursos naturales, reconociendo la importancia de la sostenibilidad en el comercio internacional.

Estos son algunos de los principios clave que guían el derecho internacional de los acuerdos comerciales, aunque la naturaleza y el alcance de estos principios pueden variar según el acuerdo específico y las partes involucradas. Además, es importante tener en cuenta que el derecho internacional de los acuerdos comerciales es un campo en constante evolución, y los principios y normas pueden cambiar con el tiempo a medida que se negocian nuevos acuerdos y se adaptan a las necesidades cambiantes de los Estados y de la comunidad internacional.

Desde luego, este acercamiento dista de ser exhaustivo, pero su propósito no es desentrañar a detalle los principios y valores que rigen los instrumentos internacionales conforme a los cuales se formalizan las relaciones comerciales entre Estados, sino el de procurar una visión y un lenguaje que facilite el abordaje de los tópicos en los que a mi juicio las reformas a la Ley de la Industria Eléctrica están en pugna con los Tratados comerciales de la región de América del Norte.

4.3 GENERALIDADES SOBRE LOS TRATADOS QUE INTERESAN: TMEC Y TIPAT.

En el marco de la “convencionalidad”, como la hemos venido observando, solo el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC) y el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT) resultan útiles para mi análisis, por las siguientes razones: i) están celebrados con los otros dos países de la región comercial de Norteamérica y uno de los cuales (Estados Unidos) es nuestro principal socio comercial, además que entraremos con él, a través del nearshoring en una condición de relaciones económicas, financieras y de inversión que no se habían visto quizás ni desde el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN), porque las condiciones de inversión en México no respondían -como ahora- a la visión geopolítica de los estados Unidos de atraer toda la producción de conductores y de semiconductores que se manufacturaba en Taiwán; y, iii) la revisión (2.0) del Tratado comercial con la Unión Europea (TLCUEM) está suspendida debido a los desacuerdos que hay en materia de energía.

4.3.1 Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, Estados Unidos de América y Canadá.

El T-MEC, por sus siglas en español, es el acuerdo comercial que reemplazó al TLCAN. También se le conoce como USMCA en inglés (United States-Mexico-Canada Agreement) o CUSMA (en francés) (Accord Canada-États-Unis-Mexique) y se firmó el 30 de noviembre de 2018, habiéndose publicado en el Diario Oficial de la Federación del 29 de junio de 2020 y entró en vigor el 1 de julio de 2020.

Este acuerdo establece las reglas y principios que rigen el comercio y la inversión entre los países que componen la región de América del Norte y contiene disposiciones relacionadas con el comercio de bienes y servicios, propiedad intelectual, reglas de origen para productos manufacturados, resolución de disputas comerciales y asuntos laborales, ambientales y de energía, entre otros.

El objetivo principal del T-MEC es promover el comercio justo y equitativo entre los tres países y fomentar la cooperación económica en la región de América del Norte. El acuerdo busca modernizar y mejorar ciertos aspectos del TLCAN original y abordar nuevas preocupaciones y desafíos en el comercio internacional.

El instrumento contiene disposiciones relacionadas con el sector energético, pero es importante destacar que estas disposiciones no son tan detalladas o específicas como las relacionadas con otros aspectos del comercio y la inversión. Las disposiciones energéticas en el T-MEC se centran principalmente en la administración de los hidrocarburos, la promoción de la inversión y el acceso al mercado en el sector energético de los tres países (México, Estados Unidos y Canadá) y en la protección de los derechos de inversión.

Es importante tener en cuenta que el T-MEC no impone una liberalización completa del sector energético en los tres países ni establece reglas detalladas sobre la política energética interna. En su lugar, se enfoca en promover un acceso justo y no discriminatorio al mercado y en proteger las inversiones en el sector energético. Las políticas y regulaciones energéticas específicas de cada país siguen siendo responsabilidad de las autoridades nacionales.

4.3.1.1 Principales disposiciones genéricas.

Este Tratado contiene una serie de prescripciones que han venido formando parte de las relaciones comerciales de los tres países en la medida que recogen la dinámica que se había generado con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, al que sustituyó²¹⁹

- i. **Eficiencia Energética:** Los países se comprometen a promover la eficiencia energética en sus respectivos territorios y a fomentar la adopción de tecnologías y prácticas eficientes en el uso de la energía;

²¹⁹ El TMEC entró en vigor en los Estados Unidos de Norteamérica en los términos de la Ley Pública 116-113 que tuvo como propósito de implementarlo para cuyo efecto agregó como Anexo el Protocolo de Reemplazo del TLCAN y derogó la Ley de Implementación de ese acuerdo, bajo la Ley 103-182.

- ii. **Energías Limpias y Renovables:** Se alienta a los países a promover y facilitar la inversión en energías limpias y renovables, así como a eliminar obstáculos para el comercio y la inversión en este sector. También se reconoce la importancia de la diversificación de las fuentes de energía;
- iii. **Seguridad Energética:** Los países se comprometen a mantener y mejorar la seguridad energética en la región, lo que incluye garantizar un suministro de energía confiable y resiliente;
- iv. **Coordinación Regulatoria:** Se establece la necesidad de promover la coordinación y la cooperación entre las agencias reguladoras de energía de los tres países. Esto busca facilitar la integración de los mercados energéticos y garantizar un entorno regulatorio estable y transparente para las inversiones en el sector;
- v. **Medio Ambiente:** El Tratado reconoce la importancia de la protección del medio ambiente en la producción y el uso de la energía. Los países se comprometen a promover prácticas sostenibles y a considerar los objetivos ambientales al tomar decisiones relacionadas con la energía;

En su Capítulo 22, establece mecanismos de cooperación para promover los objetivos energéticos, como la creación de un Comité de Energía de alto nivel, el cual se encarga de supervisar la implementación del capítulo y promover la cooperación en cuestiones energéticas.

Este capítulo es importante porque reconoce la interconexión de las economías y los mercados energéticos de los tres países. Facilita la colaboración en cuestiones clave como la eficiencia energética y la promoción de fuentes de energía más limpias y renovables, lo que es relevante en un contexto de creciente conciencia sobre el cambio climático y la necesidad de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero.

4.3.1.2 Controversias.

El tema del manejo y administración de las posibles controversias que pudiesen generarse en torno a la interpretación y cumplimiento del Tratado reciben un trato

diferenciado, ya sea que se trate de aquéllas que sobre inversión se deriven de una relación entre Inversionista- Estado, en cuyo caso quedan sujetas a las prescripciones del “Anexo 14-D” y solo en el caso de inversionistas norteamericanos y las reglas previstas para aquellas Estado contra Estado, sujetas al Capítulo 31, de lo cual habría que agregar que tanto los Estados Unidos de América como Canadá, ya formularon una solicitud de Consulta, con la cual se da origen al tratamiento de éstas.

No es propósito de este trabajo realizar un análisis exhaustivo al respecto, pero sí el de dejar constancia de la responsabilidad que implica cambiar las reglas conforme a nuestro derecho interno, sin revisar su impacto en los acuerdos comerciales con otros países.

4.3.1.2.1 Resolución de controversias Inversionista contra Estado. (Capítulo 14).

En términos casi absolutos, todos los acuerdos comerciales contienen disposiciones relativas a diversas reglas sobre el tratamiento de conductas que, atribuidas a alguna de las partes, pueden provocar distorsiones, afectaciones o ineficiencias en los términos de las inversiones o del comercio objeto del acuerdo, como es el caso no solo de los tratados comerciales que tenemos con nuestros socios de América del Norte, sino hasta los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI's), de los que México también forma parte pero que no cuyo estudio no es materia de esta investigación.

Dichas controversias pueden involucrar reclamaciones de Inversionista contra Estado o bien, en otro apartado, Estado contra Estado, como es el caso que en estos momentos ocurre con México, Estados Unidos y Canadá, como veremos más adelante.

En esencia, estos son los mecanismos generales de Inversionista contra Estado:

- i. **Consultas:** Cuando un país cree que otro país no está cumpliendo con sus obligaciones bajo el T-MEC, puede solicitar consultas bilaterales. Esto significa que los dos países involucrados tratan de resolver la

controversia a través de conversaciones y negociaciones directas para llegar a un acuerdo.

- ii. **Panel de Expertos:** Si las consultas no logran resolver la disputa, la parte que presenta la queja puede solicitar la creación de un panel de expertos independientes. Este panel examinará el caso, escuchará a ambas partes y emitirá un informe con recomendaciones para resolver la controversia.
- iii. **Revisión y Cumplimiento:** Luego, los países en disputa revisarán el informe del panel de expertos. Si no están de acuerdo con las recomendaciones, pueden apelar la decisión o buscar una solución alternativa. En última instancia, si un país no cumple con las obligaciones recomendadas por el panel, el país demandante puede solicitar medidas de cumplimiento, como sanciones comerciales.

4.3.1.2.2. Resolución de controversias Estado contra Estado. (Capítulo 31)²²⁰

1. **Consultas:** Si una empresa o particular considera que un país no está cumpliendo con las obligaciones del T-MEC y esto afecta sus intereses, puede solicitar consultas con el gobierno del país en cuestión. Esto implica que la empresa y el gobierno intentan resolver la disputa a través de negociaciones.
2. **Mediación y Arbitraje:** Si las consultas no resuelven la controversia, el T-MEC proporciona procedimientos de mediación y arbitraje. La parte afectada puede solicitar la mediación de un tercero neutral para ayudar a resolver la disputa. Si la mediación no tiene éxito, la parte afectada puede iniciar un proceso de arbitraje, que es un procedimiento legal en el que un árbitro independiente decide sobre la controversia.

²²⁰ El 20 de julio de 2022, la Oficina de la Representante Comercial de Estados Unidos anunció la solicitud de consultas al gobierno mexicano, al amparo del Capítulo 31 del TMEC, con motivo de las políticas energética y regulatoria, especialmente las reformas a la Ley de la Industria Eléctrica, en que considera que, especialmente en acceso a mercado, inversión y competencia con empresas públicas se refiere, han afectado las inversiones norteamericanas del sector energético.

3. **Cumplimiento:** Si el arbitraje determina que el país no está cumpliendo con sus obligaciones, el país puede estar obligado a tomar medidas para cumplir con las recomendaciones del árbitro. Si no lo hace, la parte afectada puede buscar reparaciones, como sanciones comerciales o compensación financiera.
4. **Sanciones.** Como se ha mencionado, el T-MEC establece mecanismos de solución de controversias que pueden llevar a sanciones comerciales en caso de que un país no cumpla con las obligaciones recomendadas por un panel de expertos. Las sanciones comerciales que se pueden imponer incluyen:
 - i. **Aranceles de Represalia:** Uno de los tipos de sanciones comerciales más comunes es la imposición de aranceles adicionales a las importaciones del país infractor. Estos aranceles, también conocidos como aranceles de represalia, se aplican a los productos específicos que pueden tener un impacto económico significativo en el país infractor.
 - ii. **Cuotas de Importación:** Además de los aranceles, se pueden establecer cuotas de importación que limitan la cantidad de ciertos productos que el país infractor puede importar al país que busca sancionar.
 - iii. **Restricciones Comerciales:** También es posible que se impongan restricciones comerciales que dificulten o prohíban ciertas transacciones comerciales con el país infractor. Esto puede incluir la suspensión de acuerdos comerciales preferenciales.
 - iv. **Otras Medidas de Represalia:** Además de los aranceles y cuotas, las partes pueden tomar otras medidas de represalia, como la suspensión de beneficios comerciales, la imposición de sanciones financieras u otras restricciones comerciales específicas.

Es importante señalar que las sanciones comerciales se aplican como último recurso después de que se hayan agotado otros medios de solución de

controversias, como las consultas bilaterales y la revisión del informe del panel de expertos. Además, la implementación de sanciones comerciales generalmente sigue un proceso establecido en el T-MEC y está sujeta a las disposiciones específicas del tratado y las decisiones de los órganos de solución de controversias.

4.3.2 Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT)

El TIPAT, por sus siglas en español, que es la versión modificada del Tratado Transpacífico (TPP) que se celebró sin la participación de Estados Unidos de América después de su retiro en enero de 2017, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación del 20 de noviembre de 2018 y entró en vigor el 30 de diciembre del mismo año y fue celebrado por 11 países (Australia, Brunei, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam).

El instrumento conserva gran parte del texto original del TPP, pero algunas disposiciones fueron suspendidas o modificadas para acomodar las preocupaciones de los países miembros tras la retirada de Estados Unidos. El acuerdo se centra en la reducción o eliminación de barreras comerciales, como aranceles y cuotas, y en la promoción de la liberalización del comercio de bienes y servicios. Además, aborda cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual, los derechos laborales, el medio ambiente y la solución de controversias comerciales.

Contempla disposiciones relacionadas con la regulación del comercio y la inversión de la economía de varios de los países miembros y, aunque no se centra exclusivamente en la regulación de la industria energética, aborda cuestiones relacionadas indirectamente con ésta como son la inversión, el comercio de bienes y servicios, y la cooperación en áreas que pueden involucrarla.

Algunos de los aspectos relevantes consideran:

1. **Acceso a los mercados.** El TIPAT busca reducir las barreras comerciales, como aranceles y cuotas, en la importación y exportación de bienes, incluidos los relacionados con la energía. Esto puede facilitar el

comercio de productos energéticos, como petróleo, gas natural y productos relacionados.

2. **Inversión.** El acuerdo incluye disposiciones relacionadas con la protección de las inversiones extranjeras, lo que puede ser relevante para las inversiones en proyectos energéticos, como la exploración y producción de recursos energéticos.
3. **Servicios.** Aborda el comercio de servicios, lo que puede incluir los relacionados con la energía, como consultoría, ingeniería y otros servicios especializados en la industria energética.
4. **Cooperación.** Aunque el acuerdo no detalla la regulación interna de la industria energética en cada país miembro, promueve la cooperación y el diálogo entre los países en áreas de interés común, como la eficiencia energética, las energías renovables y la seguridad energética.

Es importante destacar que la regulación específica de la industria energética, incluyendo normativas y políticas nacionales, sigue siendo responsabilidad de cada país miembro del TIPAT, por lo que los detalles específicos sobre cómo se abordan las cuestiones energéticas pueden variar de un país a otro.

4.3.2.1 Controversias.

A continuación, se describen los principales mecanismos previstos para solución de controversias, en los términos de este Tratado:

1. **Consultas y Negociaciones.** El primer paso para resolver una disputa bajo el TIPAT es que las partes en conflicto intenten resolverla a través de consultas y negociaciones directas. Este proceso brinda a las partes la oportunidad de discutir y tratar de resolver la controversia de manera amistosa y mutuamente satisfactoria.
2. **Grupo Especial de Expertos.** Si las consultas y negociaciones no logran resolver la controversia, el TIPAT permite que las partes soliciten la creación de un Grupo Especial de Expertos para examinar el asunto en

cuestión. Este grupo está compuesto por expertos en el tema de la disputa y emite un informe con recomendaciones para resolver la controversia.

3. **Comisión del TIPAT.** Está formada por representantes de los países miembros, supervisa la implementación del acuerdo y puede recibir y revisar los informes emitidos por los Grupos Especiales de Expertos. La Comisión tiene la autoridad para adoptar medidas para garantizar el cumplimiento del acuerdo y la resolución de disputas.
4. **Árbitro único.** En ciertos casos, las partes en disputa pueden acordar utilizar un procedimiento de arbitraje único en lugar de un Grupo Especial de Expertos. Este mecanismo permite a las partes seleccionar un árbitro imparcial para resolver la controversia.
5. **Solución de controversias Estado-Estado:** El TIPAT también establece un mecanismo de solución de controversias Estado-Estado, que permite a un país miembro presentar una reclamación contra otro país miembro si considera que este último ha violado sus obligaciones bajo el acuerdo.
6. **Solución de controversias Inversionista-Estado:** El acuerdo incluye disposiciones de solución de controversias entre inversores y Estados, que permiten a los inversores privados presentar reclamaciones contra un Estado miembro si consideran que han sufrido daños debido a la violación de las protecciones de inversión proporcionadas por el TIPAT.

En cuanto a este tratado, no haremos más referencias que las estrictamente necesarias, porque de alguna manera su integración contiene un elemento relativamente ajeno a la óptica de Convencionalidad que hemos visto abordando en este Capítulo: por una parte, excluye a nuestro principal socio comercial, los Estados Unidos de América, y, por otra, su ámbito territorial de aplicación es la región del Pacífico. Además, como lo hemos reiterado en varias ocasiones, su contenido, en tanto Tratado comercial es muy semejante al del TMEC.

Como se advierte, por parte de algún tratadista:

Por lo general, los Capítulos de Inversiones negociados dentro de los TLC son bastante similares respecto al tipo de normas incluidas, a su contenido y alcance, y

llegan a definiciones entre unos y otros tendientes a clarificar conceptos, usualmente escritos en un lenguaje bastante técnico²²¹.

4.4 REFORMAS A LA LEY DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA Y SU IMPLICACIÓN CON LOS TRATADOS COMERCIALES REGIONALES (TMEC Y TIPAT).

Como he venido apuntando, las reformas a las leyes que se mencionan tienen una serie de implicaciones que conviene conocer a efecto de cuidar que su impacto regulatorio no afecte la relación comercial con otros países, de conformidad con los Tratados o Acuerdos suscritos con ellos.

Se trata, desde luego, de un acercamiento general que, sin embargo, sí permite obtener conclusiones al respecto y de éstas procurar una comprensión sobre las implicaciones que la “convencionalidad” representa en nuestro orden jurídico interno: si bien es la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos la que define la jerarquía conforme a la cual se aceptarán las relaciones de derogación o de pre-eminencia que puede tener nuestro derecho interno sobre otras fuentes jurídicas, la realidad es que hay una aceptación general que un Tratado internacional guarda preferencia sobre nuestras propias leyes federales, según apuntamos.

4.4.1 Algunas aristas del tema.

Desde luego, el tema nos obliga a definir en principio los ángulos del tema, a efecto de deducir cuáles pueden ser las circunstancias jurídicas que de ahí se deriven cuando puede presentarse una contradicción entre un ordenamiento y un tratado: i) habrá que definir si se trata de una pugna entre la Constitución o alguna ley reglamentaria de ésta con un Tratado; ii) habrá que comparar con exactitud los alcances de la contradicción, si esta llegara a ser cierta; iii) habrá que definir si se trata de un tema de derechos humanos o de otra naturaleza para decidir su relación

²²¹ CABALLERO HERNÁNDEZ, Pedro. “Análisis jurídico de tres tratados internacionales de libre comercio y su relación con la *materia* energética: T-MEC, TLCUEM, TIPAT”. EX LEGIBUS, Número 17, octubre de 2022. México. P.107

directamente con la Constitución; iv) habrá que identificar y aceptar si determinada resolución derivada de un Tratado es vinculante o no.

Dentro de ese espectro de definiciones, este Capítulo se ha propuesto revisar si el ángulo de la “convencionalidad” constituye una visión jurídicamente válida para observar las reformas a las leyes energéticas cuya validez constitucional aún subsiste, en tanto no han sido declaradas contrarias a ésta, por el momento.

4.4.1.1 La tensión entre el derecho interno y el derecho internacional.

Las repercusiones jurídicas, políticas y económicas que se han suscitado a partir de la puesta en marcha de la nueva política energética del gobierno federal, cuyo principal corolario es la reforma a la Ley de la Industria Eléctrica, dan cuenta no sólo de la alta complejidad que define a la situación que actualmente se vive en el país, sino, sobre todo, de los problemas más profundos que subyacen a ella. Uno de estos problemas, quizás el más relevante, es la relación fuertemente tirante entre el derecho mexicano y el derecho internacional, particularmente el comercial y el ambiental.

La razón es, en principio, simple. Ambos derechos convergen regulando las acciones, proyectos, estrategias y expectativas de los participantes, públicos y privados, de los mercados energéticos. No obstante, las complicaciones derivadas de tal convergencia no mantienen esa simpleza. Es relativamente común que las leyes ordinarias nacionales y los tratados internacionales entren en conflicto de maneras diferentes. La dinámica de modificación legislativa al interior de una nación suele ser mucho más activa que la transformación de tratados internacionales, ya que depende de la especial visión política e ideológica que tengan los gobiernos en turno.

Dentro de esa visión de los gobernantes está su forma de entender y aplicar el orden jurídico de su país, por un lado, y de asumir y respetar compromisos internacionales,

por el otro. Esta visión es la que motiva tanto el surgimiento de posiciones nacionalistas y regionalistas, como de apertura a la comunidad internacional.

El conflicto o la tensión entre derecho interno y derecho internacional remite a una discusión teórica de varias décadas atrás, pero que todavía se mantiene vigente. Se trata de si tales derechos forman parte de un solo orden jurídico o si integran órdenes jurídicos diferentes. La defensa de la primera tesis se ha hecho por el denominado monismo. La segunda tesis, en cambio, ha sido respaldada por lo que se conoce como dualismo.

A pesar de que el dualismo fue defendido fuertemente por algunos autores, el monismo ha sido la postura más aceptada por los juristas teóricos y prácticos. Casi es unánime el consenso de que el derecho internacional y el derecho nacional de los diversos países forman parte de un mismo sistema u orden normativo. Desde la perspectiva internacionalista como desde la constitucionalista este punto ha dejado de controvertirse. No obstante, los problemas no se han resuelto. El monismo exige, como discusión posterior, determinar tanto la forma en que ambos derechos se integran, como el lugar (o nivel) en que se colocan dentro del orden unitario.

El procedimiento de integración tiene que ver con la coherencia y la identidad que deben de prevalecer en el sistema. Y en torno a este procedimiento también existe una amplia aceptación de considerar que los derechos nacionales “reciben” al derecho internacional. Las constituciones modernas establecen procedimientos claros de recepción y aplicación del derecho internacional.

4.4.1.2 El concepto de “recepción” del derecho internacional en el derecho interno. La jerarquía normativa.

De acuerdo con la doctrina, la recepción del derecho internacional suele llevarse a cabo a través de dos sistemas distintos. El primero de ellos es la “transformación”. Este sistema implica la sustitución de las normas internacionales por normas nacionales, es decir, a partir del contenido del derecho internacional se modifican o transforman las normas nacionales, ya sea a nivel legislativo o a nivel constitucional. En este sistema, cuyos efectos son radicales, se desdibuja el propio derecho

internacional al dar origen a nuevas normas internas que, si bien regulan lo mismo que aquél, se consideran normas propiamente nacionales.

El segundo de los sistemas es el de la “incorporación”, según el cual las normas de derecho internacional entran en vigor al mismo tiempo al interior del Estado receptor y en su propio ámbito externo (internacional). En este caso, las normas internas que son incompatibles con las internacionales se reforman para hacerlas coincidentes.

El segundo problema mencionado, esto es, el del lugar que ocupan las normas internacionales y las nacionales en el mismo orden jurídico se vincula con el aspecto de la jerarquía. Y es justamente este aspecto el que ha provocado no pocas complicaciones en la aplicación y el cumplimiento de los tratados internacionales que ha suscrito México en materias energética, comercial y ambiental. Muchas de esas complicaciones, sus efectos y los procedimientos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales que se han instaurado ya han quedado señaladas arriba.

En concreto, el dilema radica en la posición jerárquica que adquieren los tratados internacionales dentro de los derechos internos, al momento de ser “repcionados” o incorporados por ellos. En el caso de la mayoría de países, el dilema desaparece cuando los tratados internacionales se refieren a derechos humanos. El cambio gestado en los últimos 20 años ha propiciado, incluso, que tales tratados se equiparen a normas constitucionales, gozando de la misma jerarquía en el derecho interno.

En México, el cambio fue iniciado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al dar cumplimiento a la resolución dictada el 23 de noviembre de 2009 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Rosendo Radilla vs. Estados Unidos Mexicanos”. La Corte Mexicana resolvió el expediente “Varios 912/2010” sobre la base de los criterios adoptados por la Corte Interamericana en dicho caso. El resultado fue la creación del control de convencionalidad, por el que las leyes ordinarias podrían ser impugnadas al ser contrarias a las convenciones internacionales en materia de derechos humanos.

Posteriormente, el 10 de junio de 2011, se reformó la Constitución Mexicana para incorporar a su artículo 1 los derechos humanos establecidos en los tratados

internacionales. De esta manera, se amplió el denominado “bloque de constitucionalidad”.

Sin embargo, con relación al resto de los tratados internacionales, es decir, a aquellos que no se refieren a derechos humanos, las dificultades permanecen.

4.4.1.3. Más allá del artículo 133 de la Constitución Federal.

A lo largo de las dos últimas décadas, la Suprema Corte de Justicia ha interpretado el artículo 133 de la Constitución Federal con el fin de determinar el lugar jerárquico que tienen los tratados internacionales y las leyes ordinarias. En principio, la interpretación de dicho precepto no generaba mayor problema porque el análisis lingüístico (gramatical semántico) del texto mostraba, a través del uso de ciertas expresiones, que los tratados internacionales y las leyes ordinarias estaban, ambos, jerárquicamente subordinados a la Constitución. La expresión “que emanen de ella” (en el caso de las leyes) y que “estén de acuerdo con la misma” (en el caso de los tratados) mostraban claramente la adecuación indispensable que leyes y tratados debía de tener con la norma fundamental.

La cuestión relevante aquí fue que el análisis textual no resolvía el problema de la relación jerárquica que guardaban las leyes ordinarias y los tratados internacionales. La Suprema Corte dio, de alguna manera, solución a esa cuestión al emitir en 2007 la tesis aislada **“TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES, INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”**.

No obstante, tal criterio, las dificultades continúan. Sobre todo, porque, aunque se trata de la opinión del máximo tribunal del país, no ha adquirido carácter obligatorio.

Además, aún no ha quedado claro si el control de convencionalidad de leyes, surgido como consecuencia del expediente “Varios 912/2019”, sólo debe aplicarse cuando se contradigan convenciones internacionales en materia de derechos humanos. Tampoco se ha discutido lo suficiente sobre la estrecha vinculación que

tienen diversos tratados con normas internacionales y nacionales de derechos humanos. Por ejemplo, en materia energética, la afectación que el incumplimiento a acuerdos y compromisos internacionales puede ocasionar a derechos humanos como el derecho a un medio ambiente sano o el derecho a la comunicación digital resulta evidente. Incluso la libertad de trabajo, como derecho humano constitucional e internacionalmente reconocido, puede verse (y se ha visto) claramente comprometido.

La situación es, sin duda, de una enorme complejidad. En ella convergen problemas jurídicos, políticos, sociales, culturales y ambientales. La posición del gobierno mexicano actual se encuentra completamente inclinada al nacionalismo y al proteccionismo. La justificación más robusta para mantener esta posición es la referencia a la soberanía del pueblo mexicano y a la supremacía de su constitución política. Aunque sin un rompimiento abierto a los compromisos internacionales, el gobierno de México parece empeñado a evadirlos, defendiéndose, con todos los recursos que posee (incluyendo el control de la narrativa mediática), de la judicialización de los conflictos tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Los resultados no pueden anticiparse, Sin embargo, hay una tendencia a alargar lo más que se pueda la problemática. Da ahí que un debate serio e informado sobre la política energética mexicana y sus efectos sea indispensable. Sirva este trabajo como primeras notas de ese debate.

4.4.2 Entrando en materia: un acto legislativo como violatorio de los acuerdos comerciales.

No es común que sea una medida formal y materialmente legislativa la que sea objeto de revisión sobre su pertinencia sobre la “convencionalidad”, sino más bien lo ordinario es que se hable de actos de autoridad cuyas consecuencias o efectos pueden constituir una violación a un tratado internacional, en este caso de naturaleza comercial.

Sin embargo, en el caso de la energía esta ha sido una circunstancia que merece dirimirse por lo excepcional de la medida: al modificar las leyes relativas a energía,

especialmente la electricidad, es muy probable que haya variaciones a las normas de un tratado que consideran horizontes de planeación a largo plazo para recuperar su retorno de inversión. Al haberse variado la preferencia en el despacho, se deja fuera de la competencia un sistema de provisión y de suministro basado jurídicamente en el piso parejo, como hemos dejado claro.

4.4.2.1 El acto legislativo.

Hemos venido sosteniendo que ante la ausencia de condiciones institucionales que hayan hecho posible el pronunciamiento definitivo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de la constitucionalidad de las reformas a la Ley de la Industria Eléctrica de 2021, se ha hecho necesario proponer que **ex officio** los tribunales de la Federación se pronuncien al respecto, en ejercicio de las facultades previstas por los artículos 103, fracción I en relación con el 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en atención a los principios que regulan la Convencionalidad, de manera subsidiaria a las impugnaciones constitucionales que, vía el juicio de amparo, se han venido formulando en contra de esta, sin dejar de reconocer que tanto la Acción de Inconstitucionalidad como las Controversias Constitucionales que, en su oportunidad se estudiaron, constituyeron esfuerzos valiosos de defensa jurídica que de alguna manera han aportado argumentos al respecto.

Por ello, el propósito de este apartado es adoptar un esquema de revisión que permita analizar los términos de la contravención de la reforma a la ley a los arreglos comerciales contenidos en los tratados internacionales de los que México forma parte. Es un análisis que no puede formarse alrededor de la literalidad de los 9 artículos objeto de la reforma, porque su impertinencia solo puede observarse a partir de una interpretación armónica de las disposiciones que contravienen el espíritu de competencia con que se concibió estructuralmente la Reforma constitucional de 2013: simplemente la preferencia en el despacho eléctrico de las centrales de CFE respecto de las privadas cuyos costos de operación son

notablemente más bajos que las de ésta, serían suficientes para considerarla contraria al espíritu con el que fue concebida.

Pero nuestro análisis es otro: la reforma, en cuanto a sus efectos, es contraria al régimen de protección de la inversión, como esta es definida tanto en el TMEC como en el TIPAT, por las razones que se verán. Por tanto, me propongo hacer este análisis a partir de enunciar los efectos de la reforma de 2021 y compararlos con la literalidad de las prescripciones del TMEC, en su Capítulo 14, para destacar su incongruencia.

Así, veamos este cuadro comparativo entre lo que originalmente preveía la Ley de la Industria Eléctrica y los términos en que fue modificada, en la publicación del Diario Oficial de la Federación del 9 de marzo de 2021. La idea es destacar que con la reforma se derogó la regulación asimétrica que hacía que la dominancia de CFE como agente dominante durante 50 años no representara tales ventajas competitivas que inhibieran la participación de otros agentes privados e inversionistas en la formación de un mercado regulado en cuanto a generación y comercialización se refiere. Destaca, sin duda, que las modificaciones eliminaban la necesidad de CFE de competir en la medida que no solamente tenía acceso preferente al despacho, sino que los operadores (CENACE) quedaban en condiciones jurídicas de concederle ventajas invocando razones técnicas que no derivaban de la productividad ni del precio de la electricidad o de la potencia.

SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA.

Artículo Único. - Se reforman los artículos 3, fracciones V, XII y XIV; 4, fracciones I y VI; 12, fracción I; 26; 35, párrafo primero; 53; 101; 108, fracciones V y VI, y 126, fracción II; y se adiciona una fracción XII Bis al artículo 3 de la Ley de la Industria Eléctrica, para quedar como sigue:

TEXTO ACTUAL REFORMA LIE 2021	TEXTO VIGENTE ANTES DE LA REFORMA LIE 2021
<p>Artículo 3.- ... I. a IV. ...</p>	<p>Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley, se entenderá por: V. Central Eléctrica Legada: Central Eléctrica que, a la entrada en vigor de la presente Ley, no se incluye</p>

<p>V. Central Eléctrica Legada: Central Eléctrica que no se incluye en un permiso para generar energía eléctrica bajo la modalidad de autoabastecimiento, cogeneración, pequeña producción, producción independiente o usos propios continuos, y:</p> <p>s propiedad de los organismos, entidades o empresas del Estado, y</p> <p>uya construcción y entrega sea con independencia de su modalidad de financiamiento;</p>	<p>en un permiso para generar energía eléctrica bajo la modalidad de autoabastecimiento, cogeneración, pequeña producción, producción independiente o usos propios continuos, y:</p> <p>a) Es propiedad de los organismos, entidades o empresas del Estado y se encuentra en condiciones de operación, e</p> <p>b) Cuya construcción y entrega se ha incluido en el Presupuesto de Egresos de la Federación en modalidad de inversión directa;</p>
<p>XII. Contrato de Cobertura Eléctrica: Acuerdo entre Participantes del Mercado mediante el cual se obligan a la compraventa de energía eléctrica o Productos Asociados en una hora o fecha futura y determinada, o a la realización de pagos basados en los precios de los mismos. Exclusivamente los Suministradores de Servicios Básicos podrán celebrar Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física;</p>	<p>XII. Contrato de Cobertura Eléctrica: Acuerdo entre Participantes del Mercado mediante el cual se obligan a la compraventa de energía eléctrica o Productos Asociados en una hora o fecha futura y determinada, o a la realización de pagos basados en los precios de los mismos;</p>
<p>XII Bis. Contrato de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física: Acuerdo entre un Suministrador de Servicios Básicos y un Generador mediante el cual se obligan a la compraventa de energía eléctrica o Productos Asociados en una hora o fecha futura y determinada, con el compromiso de realizar la entrega física de la energía, Servicios Conexos o Potencia establecidos, y para lo cual el Generador presentará al CENACE los programas de generación de las Centrales Eléctricas que formen parte del Contrato mediante ofertas de programa fijo en el Mercado Eléctrico Mayorista, conforme a las Reglas del Mercado;</p>	
<p>XIV. Contrato Legado para el Suministro Básico: Contrato de Cobertura Eléctrica que los Suministradores de Servicios Básicos tendrán la opción de celebrar, con precios basados en los costos y contratos respectivos, que abarcan la energía eléctrica y Productos Asociados de las Centrales Eléctricas Legadas y las Centrales Externas Legadas, con compromiso de entrega física;</p>	<p>XIV. Contrato Legado para el Suministro Básico: Contrato de Cobertura Eléctrica que los Suministradores de Servicios Básicos tendrán la opción de celebrar, con precios basados en los costos y contratos respectivos, que abarcan la energía eléctrica y Productos Asociados de las Centrales Eléctricas Legadas y las Centrales Externas Legadas;</p>
<p>Artículo 4.- ...</p> <p>...</p> <p>I. Otorgar acceso abierto a la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución en términos no indebidamente discriminatorios, cuando sea técnicamente factible;</p>	<p>Artículo 4.- El Suministro Eléctrico es un servicio de interés público. La generación y comercialización de energía eléctrica son servicios que se prestan en un régimen de libre competencia. Las actividades de generación, transmisión, distribución, comercialización y el Control Operativo del Sistema Eléctrico Nacional son de utilidad pública y se sujetarán a obligaciones de servicio público y universal en términos de esta Ley y de las disposiciones aplicables, a fin de lograr el cabal cumplimiento de los objetivos establecidos en este ordenamiento legal. Son consideradas obligaciones de servicio público y universal las siguientes:</p>

	I. Otorgar acceso abierto a la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución en términos no indebidamente discriminatorios;
VI. Ofrecer energía eléctrica, potencia y Servicios Conexos al Mercado Eléctrico Mayorista basado en los costos de producción unitarios conforme a las Reglas del Mercado, garantizando, en primera instancia, los Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física y, en segundo término, el suministro de energías limpias , entregando dichos productos al Sistema Eléctrico Nacional cuando sea técnicamente factible, sujeto a las instrucciones del CENACE	VI. Ofrecer energía eléctrica, potencia y Servicios Conexos al Mercado Eléctrico Mayorista basado en los costos de producción conforme a las Reglas del Mercado y entregar dichos productos al Sistema Eléctrico Nacional cuando sea técnicamente factible, sujeto a las instrucciones del CENACE.
Artículo 12.- ... I. Otorgar los permisos a que se refiere esta Ley, considerando los criterios de planeación del Sistema Eléctrico Nacional establecidos por la Secretaría , y resolver sobre su modificación, revocación, cesión, prórroga o terminación;	Artículo 12.- La CRE está facultada para: I. Otorgar los permisos a que se refiere esta Ley y resolver sobre su modificación, revocación, cesión, prórroga o terminación;
Artículo 26.- Los Transportistas y los Distribuidores son responsables de la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución y operarán sus redes conforme a las instrucciones del CENACE, quien considerará la prioridad en el uso de estas redes para el despacho de las Centrales Eléctricas Legadas y las Centrales Externas Legadas con compromiso de entrega física . Para el mantenimiento de la Red Nacional de Transmisión y de los elementos de las Redes Generales de Distribución que correspondan al Mercado Eléctrico Mayorista, los Transportistas y los Distribuidores se sujetarán a la coordinación y a las instrucciones del CENACE.	Artículo 26.- Los Transportistas y los Distribuidores son responsables de la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución y operarán sus redes conforme a las instrucciones del CENACE. Para el mantenimiento de la Red Nacional de Transmisión y de los elementos de las Redes Generales de Distribución que correspondan al Mercado Eléctrico Mayorista, los Transportistas y los Distribuidores se sujetarán a la coordinación y a las instrucciones del CENACE.
Artículo 35.- Cuando las obras, ampliaciones o modificaciones necesarias para la interconexión o conexión no se incluyan en los programas de ampliación y modernización de la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución, los Generadores, Generadores Exentos, Usuarios Finales y/o los solicitantes para la interconexión de las Centrales Eléctricas y la conexión de los Centros de Carga podrán optar por agruparse para realizarlas a su costa o hacer aportaciones a los Transportistas o a los Distribuidores para su realización y beneficiarse de las mismas, bajo los términos, condiciones y metodologías de cálculo que se establezcan en los Reglamentos, o bien, que fije la CRE mediante disposiciones administrativas de carácter general, conforme a las bases generales siguientes:	Artículo 35.- Cuando las obras, ampliaciones o modificaciones necesarias para la interconexión o conexión no se incluyan en los programas de ampliación y modernización de la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución, el Generador, Generador Exento o Usuario Final podrán optar por realizarlas a su costa o por hacer aportaciones a los Transportistas o a los Distribuidores para su realización y beneficiarse de las mismas, bajo los términos, condiciones y metodologías de cálculo que se establezcan en los Reglamentos, o bien, que fije la CRE mediante disposiciones administrativas de carácter general, conforme a las bases generales siguientes:
Artículo 53.- Los Suministradores de Servicios Básicos podrán celebrar Contratos de Cobertura Eléctrica a través de subastas que llevará a cabo el CENACE. Los términos para llevar a cabo dichas subastas y asignar los Contratos de Cobertura	Artículo 53.- Los Suministradores de Servicios Básicos celebrarán exclusivamente Contratos de Cobertura Eléctrica a través de subastas que llevará a cabo el CENACE. Los términos para llevar a cabo dichas subastas y asignar los Contratos de Cobertura

Eléctrica respectivos se dispondrán en las Reglas del Mercado.	Eléctrica respectivos se dispondrán en las Reglas del Mercado.
Artículo 101.- Con base en criterios de Seguridad de Despacho y eficiencia económica, el CENACE determinará la asignación y despacho de las Centrales Eléctricas, de la Demanda Controlable y de los programas de importación y exportación. Dicha asignación y despacho se ejecutará independientemente de la propiedad o representación de las Centrales Eléctricas, la Demanda Controlable u ofertas de importación y exportación. Lo anterior, considerando los Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física.	Artículo 101.- Con base en criterios de Seguridad de Despacho y eficiencia económica, el CENACE determinará la asignación y despacho de las Centrales Eléctricas, de la Demanda Controlable y de los programas de importación y exportación. Dicha asignación y despacho se ejecutará independientemente de la propiedad o representación de las Centrales Eléctricas, la Demanda Controlable u ofertas de importación y exportación.
Artículo 108.- ... I. a IV. ... V. Determinar la asignación y el despacho de las Centrales Eléctricas, de la Demanda Controlable y de los programas de importación y exportación, a fin de satisfacer la demanda de energía eléctrica en el Sistema Eléctrico Nacional, y mantener la Seguridad de Despacho, Confiabilidad, Calidad y Continuidad del Sistema Eléctrico Nacional; VI. Recibir las ofertas y calcular los precios de energía eléctrica y Productos Asociados que derivan del Mercado Eléctrico Mayorista, y recibir los programas de generación y consumo asociados a los Contratos de Cobertura con compromisos de entrega física, de conformidad con las Reglas del Mercado;	Artículo 108.- El CENACE está facultado para: V. Determinar la asignación y el despacho de las Centrales Eléctricas, de la Demanda Controlable y de los programas de importación y exportación, a fin de satisfacer la demanda de energía eléctrica en el Sistema Eléctrico Nacional; VI. Recibir las ofertas y calcular los precios de energía eléctrica y Productos Asociados que derivan del Mercado Eléctrico Mayorista, de conformidad con las Reglas del Mercado;
Artículo 126.- ... I. ... II. La Secretaría establecerá los criterios para su otorgamiento en favor de los Generadores y Generadores Exentos que produzcan energía eléctrica a partir de Energías Limpias. El otorgamiento de los Certificados de Energías Limpias a Centrales Eléctricas, no dependerá ni de la propiedad, ni de la fecha de inicio de operación comercial de las mismas;	Artículo 126.- Para efectos de las obligaciones de Certificados de Energías Limpias: II. La Secretaría establecerá los criterios para su otorgamiento en favor de los Generadores y Generadores Exentos que produzcan energía eléctrica a partir de Energías Limpias;

TRANSITORIOS

Primero. El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Segundo. Se derogan todas las disposiciones que se opongan a lo dispuesto en este Decreto.

Tercero. La Secretaría de Energía, la Comisión Reguladora de Energía y el Centro Nacional de Control de Energía, dentro del ámbito de su competencia, dispondrán de un plazo máximo de 180 días naturales, contados a partir de la entrada en vigor del presente Decreto, para realizar las modificaciones que sean necesarias a todos los acuerdos, resoluciones, lineamientos, políticas,

critérios, manuales y demás instrumentos regulatorios expedidos en materia de energía eléctrica, con el fin de alinearlos a lo previsto en el presente Decreto.

Cuarto. Los permisos de autoabastecimiento, con sus modificaciones respectivas, otorgados o tramitados al amparo de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, que continúen surtiendo sus efectos jurídicos, obtenidos en fraude a la ley, deberán ser revocados por la Comisión Reguladora de Energía mediante el procedimiento administrativo correspondiente. En su caso, los permisionarios podrán tramitar un permiso de generación, conforme a lo previsto en la Ley de la Industria Eléctrica.

Quinto. Los Contratos de Compromiso de Capacidad de Generación de Energía Eléctrica y Compraventa de Energía Eléctrica suscritos con productores independientes de energía al amparo de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, deberán ser revisados a fin de garantizar su legalidad y el cumplimiento del requisito de rentabilidad para el Gobierno Federal establecido en los artículos 74, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 32 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y 18 de la Ley Federal de Deuda Pública. En su caso, dichos contratos deberán ser renegociados o terminados en forma anticipada.

De lo anterior, se colige que las reformas adicionan o modifican diversos requisitos que no estaban contemplados originalmente por los operadores participantes del mercado en cuanto:

- a) Incorporan al mercado las centrales eléctricas pertenecientes a la CFE con ventajas competitivas que no se deben a la disciplina del mercado, sino a la regulación directa;
- b) Autorizan la captura al operador (CENACE) para que determine el despacho eléctrico considerando tecnologías de generación firmes que utilizan como energía primaria fuentes fósiles no renovables ni limpios;
- c) Privilegian la distribución de electricidad proveniente de fuentes estables, en detrimento de las intermitentes dada la naturaleza de la tecnología de generación que utilizan (Fotovoltaica y eólica, fundamentalmente);
- d) Modifican el horizonte de planeación financiera y de Retorno de las inversiones privadas que se incorporaron al mercado a partir de 2014, al impedir que sean la oferta y la demanda las que fijen el precio de los Certificados de Energía Limpia, así como la obligatoriedad de las subastas inversas, a largo plazo;
- e) Establecen requisitos de desempeño adicionales (entrega física de la electricidad) que no tienen capacidad de cumplir los generadores que operan con energía primaria intermitente; y,
- f) Modifican, con efectos retroactivos, derechos adquiridos mediante un régimen general (Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica) a cuyo

amparo se crearon situaciones jurídicas individualizadas (permisos de generación).

Al respecto, refiriéndose al alcance de las reformas, Joel Vázquez afirma:

Los cambios contenidos en la propuesta perjudican el esquema de libre competencia que introdujo la Reforma Energética del 2013 al sector eléctrico. De inicio, la iniciativa incluye la eliminación del enunciado que establece el régimen de libre competencia en la generación y comercialización de energía eléctrica y, en el enunciado donde se establece el acceso abierto a las RNT y RGD, añade la oración *cuando sea técnicamente factible*⁶.

La iniciativa introduce un nuevo esquema de contrato llamado *Contrato de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física*. Dicho contrato se caracteriza por incluir la compraventa de energía en una hora o fecha futura *determinada*. Debido a la intermitencia de las tecnologías eólica y solar, un generador con este tipo de tecnologías estaría imposibilitado para celebrar este tipo de contratos. Asimismo, la iniciativa modifica el criterio de despacho económico bajo el cual se rige el CENACE, indicando que, en el criterio de despacho, se deben considerar los contratos de energía física²²².

4.4.2.2 Los acuerdos comerciales.

Para los propósitos de nuestro análisis, los Tratados comerciales que me interesan en función de la relevancia de la naturaleza y alcance de las operaciones que tenemos con los Estados Unidos de América, contienen una serie de prescripciones en las que no todas son de utilidad para este análisis: hay capítulos que pueden ser de mucha importancia para los sectores relevantes de la industria exportadora, pero que para los efectos de la correlación con las reformas a las leyes energéticas no ofrecen agregar valor, por lo que lo aceptable sería hacer referencia a su contenido general, con el ánimo de acercar al lector a su contenido en tanto Tratado comercial, pero también un acercamiento a lo particular para hacer evidente que las posibles violaciones a éstos, se estarían dando en el ámbito de los Capítulos 14 y Anexos y 31 del TMEC y 9 del TIPAT. Veamos.

²²² VÁZQUEZ PÉREZ, Joel Tonatiuh, "Iniciativa de reforma a la Ley de la Industria Eléctrica: retroceso en materia energética". Centro de Investigación Económica y Presupuestaria A.C. México. Febrero 12, 2021.

4.4.2.2.1 Lo general.

El TMEC, propiamente observado, contempla las conductas que recíprocamente deben observar los tres países miembros para favorecer el comercio e inversiones en la región de Norteamérica, tomando en consideración sus diferencias, tamaño, asimetrías y desarrollo económico, por lo que se centra, en esencia, en desalentar las prácticas que puedan representar ventajas comerciales indebidas para cualquiera de los países miembros, en función de promover el libre intercambio de mercancías sin que haya obstáculos regulatorios, logísticos o institucionales que afecten sus propósitos comerciales y de inversión.

Por ello, para los efectos de esta investigación, los Capítulos 14 “Inversión” y sus Anexos 14-B y 14-D, así como el 31 “Solución de Controversias”, que en realidad se traducen en el trato de diferendos Inversionista-Estado y Estado-Estado, respectivamente, son de utilidad para el estudio que nos proponemos del que podemos adelantar la conclusión: la reforma de 2021 a las leyes de energía y, en especial, la de la Industria Eléctrica, pugnan con los principios contenidos en esos capítulos.

Una segunda reflexión sería que en la interpretación de esa pugna debe prevalecer la jerarquía de los Tratados (TMEC y TIPAT), y, en consecuencia, la aplicación de la reforma a la ley no puede extenderse a las empresas norteamericanas, en cuanto al TMEC, ni a las canadienses, en cuanto al TIPAT²²³.

4.4.2.2.2 Lo particular.

Sin duda, hay varias formas de abordar los detalles para destacar la impertinencia de la reforma a la Ley de la Industria Eléctrica con el TMEC, desde elaborar un cuadro comparativo hasta detallar conforme al texto del Tratado las disposiciones correlacionadas de la reforma. Sin embargo, ni una ni otra sirven eficientemente al propósito de mostrar la contradicción, por lo que optaré por reproducir la redacción

²²³ En el TIPAT, los Capítulos de “Inversión” y de “Solución de Controversias”, son el 9 y el 28, respectivamente. Cabe aclarar que el Capítulo 14 del TMEC no le es aplicable a Canadá, sino su correlativo del TIPAT.

del texto de los incisos y subincisos del Capítulo 14 acerca de los cuales comentaré mi interpretación, teniendo en cuenta paralelamente lo que se dijo acerca de las pretensiones e impacto de los 9 artículos reformados de la LIE, en cuanto a su naturaleza y alcance en la creación de ventajas indebidas para la CFE en las cadenas de valor de generación y comercialización eléctricas y así inferir **cómo** vulnera el régimen de protección a las inversiones que contempla el TMEC.

Las contradicciones de la ley al Capítulo 14 se inscriben básicamente en el Capítulo 14, particularmente porque la aplicación de la reforma afecta el régimen de seguridad jurídica de éstas, particularmente en lo relativo a Contenido Nacional, a Nivel Mínimo de Trato (Justo y equitativo); Requisitos de Desempeño y a Expropiación, como podemos apuntar desde ahora:

1. El artículo **14.1: Definiciones**, considera que **inversión** significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluidas características tales como el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades o la asunción de riesgo, en la inteligencia que se considera **cubierta** cuando existe a partir de la fecha de entrada en vigor del TMEC o que se haya establecido, adquirido o expandido posteriormente.

Una inversión podrá incluir:

- (g) licencias, autorizaciones, **permisos** y derechos similares otorgados de conformidad con el ordenamiento jurídico de una Parte.

De acuerdo con la Ley de la Industria Eléctrica mexicana, un oferente de electricidad con calidad de generador requiere de un permiso otorgado por la Comisión Reguladora de Energía o bien para participar como comercializador para usuarios finales del consumo eléctrico.

Para ejercer ese permiso, en consecuencia, en cualquiera de los dos segmentos de la Cadena de Valor de ésta que están sujetos a la competencia y a la disciplina del mercado (generación y comercialización), requieren realizar inversiones que garanticen la entrega de la energía adquirida por los

usuarios, para lo cual no solamente deben realizarlas de acuerdo con un escenario de planeación en el que amorticen su inversión, lleguen al punto de equilibrio y obtengan utilidades, sino también cumplir con los estándares de calidad propios del producto que suministran, lo cual lo pone en la necesidad de competir con otros Participantes del Mercado en cualquiera de las modalidades en que debe competir en la provisión y venta del producto²²⁴.

2. El artículo **14.4 Trato Nacional**, previene que cada Parte concederá a los inversionistas y a las inversiones cubiertas de otra Parte -en este caso de los Estados Unidos de América- un **trato no menos favorable** que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.

Es el caso que, en los términos que las reformas a la Ley de la Industria Eléctrica que se han descrito conceden a la CFE un trato más favorable que el concedido a cualquier otro Participante del Mercado, sea nacional o extranjero, desde el momento que previenen que la preferencia para ofrecer energía eléctrica, potencia y Servicios Conexos al Mercado Eléctrico Mayorista estará basada en los costos de producción unitarios y que esa preferencia se extenderá al despacho para los generadores con Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física y, en segundo término, el suministro de energías limpias.

Con esta regla, se eliminan los factores de competencia que originalmente determinaba la ley: el precio de la energía y su calidad ambiental en tanto proveniente de fuentes limpias, concediendo a otro agente económico -la CFE- ventajas indebidas frente a cualquier otro oferente en el mercado.

²²⁴ Cabe agregar que para el derecho mexicano, el otorgamiento de un permiso, de una licencia o de una autorización suponen -a diferencia de las concesiones- que el solicitante tiene derechos de libertad de industria y, en su caso, de propiedad pre-existentes, que le permiten optar por destinar su patrimonio a las actividades lícitas de su interés, siempre y cuando esté en la aptitud jurídica de ejercerlos mediante el cumplimiento previo de los requisitos o restricciones impuestas por ley para evitar perjuicios a terceros o al interés público.

En ese contexto, la CFE no puede ser considerada en el rango de Empresa del Estado, para los efectos contemplados en el propio TMEC, sino agente económico, ya que según su propio estatuto (artículos 4 y 8 de la Ley de la Comisión Federal de Electricidad), como oferente de energía tiene como fin desarrollar actividades empresariales, económicas, industriales y comerciales para generar valor económico y rentabilidad, para lo cual puede asociarse con particulares y celebrar contratos que generen mayor productividad y rentabilidad e, incluso, compartir gastos, costos y hasta riesgos, que son propios de la búsqueda de utilidades, no de la prestación de un servicio público.

Por tanto, la reforma a la ley no solamente permite ventajas indebidas a la CFE como agente del mercado, sino que también desnaturaliza el objeto que para ella le previene la propia ley que la regula, en detrimento de los inversionistas privados, ya sean nacionales de cualquiera de los países miembros.

3. El artículo **14.6: Nivel Mínimo de Trato**, establece que cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido trato justo y equitativo, y protección y seguridad plenas, para lo cual, considera que proporcionar:

- a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos judiciales, penales, civiles o contencioso administrativos de acuerdo con el principio del debido proceso.

En esta investigación hemos sostenido que la intervención de los tribunales federales ha sido ineficiente para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las reformas en tanto, en principio, fue interrumpida la revisión de las suspensiones definitivas concedidas por los Jueces de Distrito, hasta en tanto no se resolviera lo conducente respecto de la Acción de Constitucionalidad promovida por un grupo de Senadores y las Controversias Constitucionales promovidas por la COFECO y el gobierno el estado de Colima y, una vez levantada esa suspensión y existiendo un proyecto de sentencia resolviendo la inconstitucionalidad de diversos

artículos de la reforma, la Secretaría de Energía interpuso una Recusación que ha hecho imposible continuar con el trámite del amparo en revisión hasta que aquella se resuelva.

En esa tesitura, los inversionistas norteamericanos, más allá de intentar la defensa de sus intereses por la vía de la Convencionalidad, también están impedidos, por el momento, de hacerlo por la vía del juicio de amparo.

4. En cuanto al artículo **14.8: Expropiación y Compensación**, el TMEC distingue entre expropiación directa y la indirecta, previendo para la primera las condiciones que al respecto considera nuestra propia legislación sobre expropiación, pero en cuando a la segunda, que aparece como resultado o consecuencia lateral de una medida administrativa, habría que precisar que las reformas a la ley trajeron como resultado un acto análogo a la expropiación, aun cuando esta no haya sido determinada expresamente, para lo cual también habrá que estar para lo que al respecto establece el **“Anexo 14-B”** del TMEC.

El artículo establece que ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, ya sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (expropiación), pero en cuanto a la especie “indirecta” (donde un acto o serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente a la expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio), respecto de lo cual el “Anexo-B”, considera estas circunstancias:

- (i) El impacto económico del acto gubernamental;
- (ii) La medida en que el acto gubernamental interfiere con expectativas inequívocas y razonables respaldadas por la inversión; y,
- (iii) El carácter del acto gubernamental, incluidos su objeto, contexto e intención.

Desde luego, un acto legislativo debe definirse como un acto jurídico que emana del Poder Público -en este caso el Congreso de la Unión- con el propósito de producir consecuencias de derecho, de carácter obligatorio,

general y abstracto. Es decir, va dirigido para aquellos sujetos pasivos u obligados que se encuentran en los supuestos previstos por la norma.

Las reformas a la ley tienen como resultado que el escenario de planeación previsto por los permisionarios de la generación o de la comercialización. Al eliminarse la regulación asimétrica que le daba sentido a invertir en condiciones de prever el retorno de la inversión queda deflactado desde el momento que ya no se vuelven obligatorias las subastas eléctricas de largo plazo, sino discrecionales, a juicio de los reguladores, así como que el otorgamiento de Certificados de Energía Limpia se haga extensivo a centrales eléctricas que ya operaban previamente a la reforma de 2013, por lo que las inversiones ya estaban amortizadas y no tenían necesidad de recuperarlas, como es el caso de los inversionistas que ingresan al mercado a partir de 2014, en un contexto en el que la iniciativa de reformas a la Ley de la Industria Eléctrica tenía como finalidad la de restituirle a la CFE la calidad de agente económico dominante, sin incrementar ni sus inversiones, la adopción de nuevas tecnologías, la reducción de costos de producción o la racionalización de sus activos, para lo cual lo hicieron simplemente modificaron las reglas de derecho, en detrimento de los competidores y sin resarcirlos por la afectación indebida.

5. El artículo **14.10: Requisitos de Desempeño**, establece que:

1. Ninguna Parte podrá, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación o venta u otra forma de disposición de una inversión de un inversionista de una Parte o de una no Parte en su territorio, imponer o hacer cumplir cualquier requisito, o hacer cumplir cualquier obligación o compromiso.
 - (g) para proveer exclusivamente desde el territorio de la Parte una mercancía que la inversión produce o el servicio que suministra a un mercado regional específico o al mercado mundial;
 - (h) (i) para adquirir, utilizar u otorgar preferencias, en su territorio, a la tecnología de la Parte o de una persona de la Parte, 13 o (ii) que impida la adquisición o el uso de, o el otorgamiento de una preferencia para, en su territorio, una tecnología
2. Ninguna Parte condicionará la recepción de una ventaja o que se continúe recibiendo una ventaja, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación o

venta u otra forma de disposición de una inversión de un inversionista de una Parte o de una no Parte en su territorio, al cumplimiento de cualquier requisito:

- (i) adquirir, utilizar u otorgar preferencia a, en su territorio, tecnología de la Parte o de una persona de la Parte; o,
- (ii) que impida la adquisición o uso de, o el otorgamiento de una preferencia a, en su territorio, una tecnología.

Sin duda, las reformas a la ley, al privilegiar la condición institucional de la CFE como proveedor y comercializador de electricidad, para lo cual usa combustóleo, carbón y gas natural que, a diferencia de las energías limpias, son estables y firmes y no se encuentran sujetas a la intermitencia, establecieron requisitos de desempeño de carácter tecnológico a efecto de que la entrega física de la electricidad que consideraron las reformas, establecen condiciones que no solamente rehúsan la modernización tecnológica sino que afectan la sustentabilidad en tanto son energías que producen dióxido de carbono, gas de efecto invernadero derivado de la combustión de materiales fósiles, como son las centrales eléctricas de la CFE.

Sin el ánimo de revisar los aspectos propiamente ambientales de esa decisión regulatoria, debe decirse que desalienta la actualización tecnológica por sistemas que, en función del costo nivelado de la energía, generan electricidad de manera sustancialmente más barata que la proveniente de combustibles fósiles.

Tampoco es objeto de esta investigación detallara los aspectos financieros del desempeño energético per tanto la Corporación Financiera Internacional como hasta la propia Secretaría de Hacienda y Crédito Público de México, transitan hacia los fondos “verdes” ESG (Environmental, Social and Governance) y la Taxonomía Sostenible, respectivamente.

Por tanto, ya hay empresas que ni por razones financieras ni de Compliance²²⁵ corporativo están en la tesitura de adquirir la electricidad generada con material fósil, como es el caso de casi el 85% de la producción por la CFE.

Hasta aquí detendría la comparación de los modelos de generación y comercialización de la electricidad para el Mercado Eléctrico, modificados por las reformas de 2021, porque el análisis que me he propuesto realizar pretende comparara los medios de defensa utilizados para controvertir dichas reformas -el juicio de amparo- y su hasta ahora ineficacia, con la alternativa de la Convencionalidad que debe hacerse valer ex officio por todos los órganos del Estado Mexicano en todos sus ámbitos y que se contemplan en el Capítulo 14 del TMEC.

En cuanto se refiere al Capítulo 31, creo que en la medida que se trata de un recurso Estado-Estado obedece a otra lógica que se inscribe más en la política internacional que en lo jurídico, por lo que creo suficiente con destacarlo.

En esas condiciones, me parece necesario agregar una apartado de Conclusiones finales al presente trabajo, aunque de alguna manera se han venido adelantando provisionalmente en cada capítulo, según su propósito y contenidos, por lo que aspiro a haber ofrecido una visión general pero completa del tránsito del Ordenamiento jurídico del país, a través de la revisión de los diferentes momentos políticos, económicos y sociales que quedaron recogidos en el marco jurídico que fue modulando el aprovechamiento de la energía y, sobre todo, consolidando su propio marco jurídico.

²²⁵ Se denomina “COMPLIANCE” o cumplimiento a las directivas corporativas aprobadas por accionistas e inversionistas de las empresas y cuyo cumplimiento se asocia al desempeño socialmente responsable y a los mercados “verdes”. Es una tendencia irrefrenable a nivel mundial.

CONCLUSIONES

PRIMERA. A lo largo de esta investigación, se ha realizado un análisis exhaustivo del complejo panorama que rodea la actual política energética en México, considerando diversos aspectos fundamentales que abarcan desde el marco legal nacional e internacional hasta las implicaciones políticas que se desprenden de esta política. A continuación, se resumen las principales conclusiones de este estudio y se plantea una prospectiva sobre el futuro de este tema en base a los incumplimientos legales por parte de México.

SEGUNDA. Se ha evidenciado que el marco legal de la política energética en México es un terreno fértil para la controversia y el debate. Las reformas energéticas de años recientes han reconfigurado la relación entre el Estado y la iniciativa privada en el sector, generando un entorno normativo complejo que busca equilibrar la promoción de la inversión extranjera y la soberanía energética del país.

TERCERA. Se ha puesto de manifiesto la importancia de los tratados internacionales en este contexto, en particular el T-MEC y su influencia en la política energética mexicana. La obligación de México de reducir sus emisiones de carbono, en línea con los compromisos ambientales del acuerdo, ha generado tensiones entre los objetivos económicos y ambientales del país.

CUARTA. Se han identificado los incumplimientos por parte de México en relación con sus compromisos internacionales, especialmente en lo que respecta a la apertura del sector energético a la inversión extranjera y la reducción de emisiones de carbono. Estos incumplimientos han desencadenado litigios y disputas legales tanto a nivel nacional como internacional, lo que ha añadido una dimensión legal crucial a este tema.

QUINTA. Finalmente, en cuanto a la perspectiva futura, es evidente que el tema de la política energética en México continuará siendo objeto de atención y

debate. La resolución de las controversias legales en curso, así como la búsqueda de un equilibrio entre los intereses económicos y ambientales, seguirán siendo desafíos cruciales para el país. El rumbo que tome este tema dependerá en gran medida de la capacidad de México para cumplir sus compromisos internacionales y reconciliarlos con sus necesidades y prioridades nacionales.

En resumen, la actual política energética en México representa un complejo entramado de cuestiones legales, económicas y políticas que tienen un impacto significativo en el futuro del país. La resolución de estas cuestiones y la consecución de un equilibrio sostenible entre los intereses nacionales e internacionales en materia energética son desafíos cruciales que determinarán la dirección que tome este tema en los años venideros.

FUENTES DE CONSULTA

- ACUERDO POR EL QUE SE EMITE LA POLÍTICA DE CONFIABILIDAD, SEGURIDAD, CONTINUIDAD Y CALIDAD EN EL SISTEMA ELÉCTRICO NACIONAL,
https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5593425&fecha=15/05/2020#gsc.tab=0.
- AMPUDIA, Sergio. "Tercera Revolución Industrial e innovación: nuevos parámetros para una industria mexicana del siglo XXI", en *"México frente a la Tercera Revolución Industrial. Cómo relanzar el proyecto industrial de México en el siglo XXI"*. Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas. Primera edición. México. 2013
- AGUILAR M. Alonso "Nacionalización y capitalismo monopolista de Estado", en *Estrategia. Revista de análisis político*. Año 2, Vol. 2. Número 7. enero 25 de 1976. Talleres de imprenta Venecia, S.A. México. 1976.
- ANGLÉS HERNÁNDEZ, Marisol, *Fracturación Hidráulica y su impacto en los derechos humanos a un medioambiente sano, al agua y a la salud, en Fracking: ¿Qué es y cómo evitar que acabe con México?*, ACKERMAN, John M., Tirant Humanidades, México, 2016.
- ASHTON. T.S., *La Revolución Industrial*, Fondo de Cultura Económica, México, Sexta Reimpresión, 1975.
- AZQUETA, Diego, *Introducción a la economía ambiental*, véase el apartado 2.5 "El valor del medio ambiente en presencia de restricciones", del Capítulo 2. "El problema desde el punto de vista económico". McGraw Hill/Interamericana de España, S.A.U, España, 2002.
- BAYÓN, Juan Carlos. "Justicia y eficiencia", en DÍAZ, Elías y COLOMER, José Luis (eds), *Estado, justicia, derechos*, Alianza Editorial, Madrid, España, 2002.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, ÁVALOS VÁZQUEZ, Roxana, Derecho de los Tratados. Teoría y Práctica, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6167/8.pdf>.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, La recepción del derecho internacional en el derecho interno, México, UNAM, 2006.
- BOBBIO, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la Política*, Fondo de Cultura Económica, México, Séptima reimpresión, 1999.
- BRAÑES, Raúl, *Manual de derecho ambiental mexicano*, Fundación Mexicana para la Educación Ambiental, segunda edición, México, 2000.
- CARBONELL, Miguel, "Introducción General al Control de Convencionalidad", <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/11.pdf>.
- COLOMA, Germán. *Análisis Económico del Derecho. Privado y Regulatorio*. Ciudad Argentina, Editorial de Ciencia y Cultura, impreso en ABRN Producciones Gráficas SRL, Buenos Aires, Argentina, 2001.

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA COLOMBIANA.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CUADRA, Héctor, "Vicisitudes del Derecho Económico en México" en *Estudios de Derecho Económico II*, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera edición, México, 1977.

DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo, "Conceptos, contenidos y principios del Derecho de la Energía", en *Revista de Administración Pública* 212, Universidad de Almería, España, 2020.

Diario Oficial de la Federación del sábado, 9 de noviembre de 1940
https://dof.gob.mx/index_111.php?year=1940&month=11&day=09#gsc.tab=0

Diario Oficial de la Federación del viernes, 18 de julio de 1941
https://dof.gob.mx/index_111.php?year=1941&month=07&day=18#gsc.tab=0

Diario Oficial de la Federación del miércoles, 31 de diciembre de 1947
https://dof.gob.mx/index_111.php?year=1947&month=12&day=31#gsc.tab=0

Diario Oficial de la Federación del sábado, 30 de diciembre de 1950
https://dof.gob.mx/index_111.php?year=1950&month=12&day=30#gsc.tab=0

Diario Oficial de la Federación del martes, 4 de enero de 1955
https://dof.gob.mx/index_111.php?year=1955&month=01&day=04#gsc.tab=0

Diario Oficial de la Federación del sábado, 29 de noviembre de 1958
https://dof.gob.mx/index_111.php?year=1958&month=11&day=29#gsc.tab=0

Diario Oficial de la Federación del jueves, 29 de diciembre de 1960
https://dof.gob.mx/index_111.php?year=1960&month=12&day=29#gsc.tab=0

Diario Oficial de la Federación del jueves, 5 de enero de 1961
https://dof.gob.mx/index_111.php?year=1961&month=01&day=05#gsc.tab=0

Diario Oficial de la Federación del lunes, 22 de diciembre de 1975
https://dof.gob.mx/index_111.php?year=1975&month=12&day=22#gsc.tab=0

Diario Oficial de la Federación del lunes, 13 de enero de 1986
https://dof.gob.mx/index_111.php?year=1986&month=01&day=13#gsc.tab=0

Diario Oficial de la Federación del martes, 27 de julio de 1993
https://dof.gob.mx/index_111.php?year=1993&month=07&day=27#gsc.tab=0

Diario Oficial de la Federación del viernes, 28 de noviembre de 2008
https://dof.gob.mx/index_111.php?year=2008&month=11&day=28#gsc.tab=0

Diario Oficial de la Federación de fecha martes, 11 de junio de 2013
https://dof.gob.mx/index_111.php?year=2013&month=06&day=11#gsc.tab=0

Diario Oficial de la Federación del viernes, 20 de diciembre de 2013
https://dof.gob.mx/index_111.php?year=2013&month=12&day=20#gsc.tab=0

Diario Oficial de la Federación del lunes, 11 de agosto de 2014
https://dof.gob.mx/index_111.php?year=2014&month=08&day=11#gsc.tab=0

Diario Oficial de la Federación del viernes, 31 de octubre de 2014
https://dof.gob.mx/index_111.php?year=2014&month=10&day=31#gsc.tab=0

Diario Oficial de la Federación del lunes, 11 de enero de 2016
https://dof.gob.mx/index_111.php?year=2016&month=01&day=11

Diario Oficial de la Federación del lunes, 25 de marzo de 2019
https://dof.gob.mx/index_111.php?year=2019&month=03&day=25#gsc.tab=0

Diario Oficial de la Federación del viernes, 12 de julio de 2019
https://dof.gob.mx/index_111.php?year=2019&month=07&day=12#gsc.tab=0

Diario Oficial de la Federación del martes, 9 de marzo de 2021
https://dof.gob.mx/index_111.php?year=2021&month=03&day=09#gsc.tab=0

Diario Oficial de la Federación del martes, 4 de mayo de 2021
https://dof.gob.mx/index_111.php?year=2021&month=05&day=04#gsc.tab=0

Diario Oficial de la Federación del miércoles, 19 de mayo de 2021
https://dof.gob.mx/index_111.php?year=2021&month=05&day=19#gsc.tab=0

Diario Oficial de la Federación del martes, 7 de junio de 2022
https://dof.gob.mx/index_111.php?year=2022&month=06&day=07#gsc.tab=0

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA,
https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5613245&fecha=09/03/2021#gsc.tab=0

“DISPUTA ENERGÉTICA AMERITA PANEL FORMAL, AFIRMA KEN SALAZAR”,
https://www.reforma.com/disputa-energetica-amerita-panel-formal-afirma-ken-salazar/gr/ar2676109?md5=9e9e2f89b0b865a3d9c60fa79f426bc4&ta=0fdbac11765226904c16cb9ad1b2efe&utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=promocion_suscriptor

ENERGÍA DEBATE, SENER BUSCA ATRASAR REVISIÓN DE AMPAROS CONTRA LA LIE, <https://energiaadebate.com/sener-busca-atrasar-revision-de-amparos-contra-la-lie/>, 04/10/2023.

“EN PROCESO, 27 AMPAROS CONTRA POLÍTICAS ENERGÉTICAS DE LA 4T EN TODO EL PAÍS”, <https://www.eleconomista.com.mx/empresas/En-proceso-27-amparos-contra-politicas-energeticas-en-todo-el-pais--20200923-0049.html>, septiembre, 2020.

“ESTADOS UNIDOS PLANEA DAR UN ULTIMÁTUM A MÉXICO EN LA DISPUTA ENERGÉTICA”, <https://expansion.mx/empresas/2023/03/27/estados-unidos-ultimatum-mexico-disputa-energetica>.

ESTEFANÍA, Joaquín. “La nueva economía de la globalización”. Editorial Debate, S.A. Primera edición. España. 2001

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS PARA LA ADICIÓN DEL PÁRRAFO SEXTO DEL ARTÍCULO 27 CONSTITUCIONAL, que aparece en el Diario de los Debates del 25 de octubre de 1960.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN LOS ARTÍCULOS 27 Y 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, de fecha 12 de agosto de 2013, recibido por la Cámara de Senadores el 14 de agosto del mismo año.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN LOS ARTÍCULOS 25, 27 Y 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, en materia energética *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados. Anexo I. Número 5877-I. 1º, de octubre de 2021.*

FLORES QUIROGA, Aldo, *Reforma Energética, hidrocarburos*, Fondo de Cultura Económica, México.

“FRENAN CIUDADANÍA Y ONG POLÍTICA ENERGÉTICA DEL ACTUAL GOBIERNO”, <https://www.cemda.org.mx/wp-content/uploads/2020/09/Comunicado-Amparos-Energia.pdf>, septiembre, 2020.

GACETA DEL SEMINARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, en el Libro 26, enero de 2016, Tomo I.

“GOBIERNO DE EU PREPARA SOLICITUD DE PANEL POR DISPUTA ENERGÉTICA”, <https://www.jornada.com.mx/noticia/2023/09/06/economia/gobierno-de-eu-prepara-solicitud-de-panel-por-disputa-energetica-7639>.

GONZÁLEZ PEDRERO, Enrique, “La riqueza de la pobreza”, en *Lecturas Mexicanas*, segunda serie, número 17, editorial Joaquín Mortiz, Secretaría de Educación Pública, México, 1985.

“GREENPEACE OBTIENE SUSPENSIÓN DEFINITIVA CONTRA PROSENER, PLAN ENERGÉTICO DE LA 4T”, <https://www.proceso.com.mx/nacional/2020/9/24/greenpeace-obtiene-suspension-definitiva-contraproser-plan-energetico-de-la-4t-249868.html>, septiembre, 2020.

HAMILTON, Nora, “Los límites de la Autonomía Estatal”, *Revista Nueva Política*, Fondo de Cultura Económica, número 2, volumen 1, abril-junio 1976, México.

HEREDIA GARCÍA, Ana Eloísa *et al.*, *Estándares para la integración de los trabajos de investigación Ética académica y aparato crítico en el posgrado en Derecho*, División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho, UNAM, México, 2023 [en línea], http://www.posgrado.derecho.unam.mx/manual/EstandaresParaLaIntegracionDeLosTrabajosDeInvestigacion.EticaAcademicaYaparatoCriticoEnElPosgradoEnDerecho2023_07_06.pdf [consulta: 26 de noviembre de 2023].

HEREDIA GARCÍA, Ana Eloísa [Coord.], *Seminario de Tesis*, Tirant lo Blanch y Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 2023, 250 pp.

INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA,
https://archivos.diputados.gob.mx/portalHCD/archivo/INICIATIVA_PREFERENTE_01FEB21.pdf.

INICIATIVA DEL EJECUTIVO FEDERAL, con proyecto de decreto, por el que se reforman los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia energética, publicada en la Gaceta Parlamentaria del 1 de octubre de 2021.

JIMÉNEZ LÓPEZ, Manuel, “Reflexión en torno al concepto del Derecho Energético Mexicano”, en *Scientific International Journal*, volumen 10, número 3, septiembre-diciembre 2013, Universidad Juárez del Estado de Durango.

KATZ, Isaac. *¿Qué tan liberal es usted?*, Ediciones Coyoacán, S.A. de C.V. Primera reimpresión. México. 2010.

KELSEN HANS, *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1988.

LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Ediciones Coyoacán, Décima Segunda reimpresión, México, 1994.

LÁZARO SÁNCHEZ, Iván, *Los contratos petroleros. Un nuevo paradigma constitucional en México*, Tirant lo Blanch. Primera edición. México. p. 47

LEEMANS, Arne F. “Cómo reformar la administración pública”. Fondo de Cultura Económica. Primera reimpresión. México. 1982.

LEY DE HIDROCARBUROS

LEY DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA

LEY DE PLANEACIÓN

LEY DE TRANSICIÓN ENERGÉTICA

LEY GENERAL DEL EQUILIBRIO ECOLÓGICO Y LA PROTECCIÓN AL AMBIENTE

LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN,
<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOPJF.pdf>, 04/10/2023.

MEYER, Lorenzo, *Las raíces del nacionalismo petrolero en México*, Editorial Océano de México, México, 2009.

MEYER, Lorenzo, *Nuestra tragedia persistente. La democracia autoritaria en México*, Penguin Random House Grupo Editorial México. México. 2013.

MULLER, Richard A. *Física para futuros presidentes*. Publicado por Antoni Bosch, editor, S. A. España, 2009; MULLER, Richard A. “Energía para futuros

- presidentes. La ciencia detrás de lo que dicen las noticias". Libros Grano de Sal, México, 2019.
- NARKUS, Sarunas. Kondatrieff, N. and Schumpeter Joseph A. *long-waves theory. Analysis of long-cycle theory*. Universitetet i Oslo. May 2012.
- OCHOA REZA, Enrique, *Para entender la Reforma del Sector Eléctrico*, Producciones Sin Sentido Común, México, 2015.
- ORTEGA LOMELÍN, Roberto et. al., "Derecho de la Energía", *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, 1ª. Edición. Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Anuario, 2003. México.
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES
- ORTEGA LOMELÍN, Roberto. "La evolución constitucional de la energía a partir de 1917", *Primera edición. Secretaría de Energía*, México, 2016.
- PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2019-2024.
- PROGRAMA SECTORIAL DE ENERGÍA 2020 – 2024
- PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador".
- PROYECTO DE RESOLUCIÓN, AMPARO EN REVISIÓN 106/2023.
- RESOLUCIÓN ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 64/2021.
- "RESOLUCIÓN DE SCJN NO RESOLVIÓ AMPAROS SOBRE LEY ELÉCTRICA: ROBERTO GIL Y GERMÁN MARTÍNEZ", https://www.youtube.com/watch?v=CP5ziygrZpM&ab_channel=NM%C3%A1s, abril, 2021
- RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE "VARIOS 912/2010". https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado_electronico_notificaciones/documento/2018-08/SENTENCIA-EXP-VARIOS-912-2010-PLENO.pdf.
- RIFKIN, Jeremy. "El Green New Deal Global". Ediciones Culturales Paidós, S.A. de C.V. Primera edición impresa en México. 2020. P. 18
- RODRÍGUEZ PADILLA, Víctor, "Seguridad energética. Análisis y evaluación del caso de México", *Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Serie Estudios y Perspectivas*, Sede Subregional de la CEPAL en México, número 179, Naciones Unidas, diciembre de 2018, México.
- ROLDÁN XOPA, José, *Constitución y mercado*. Editorial Porrúa, S.A de C.V. México, 2004.
- ROLDÁN XOPA, José, *La ordenación constitucional de la economía. del Estado regulador al Estado garante*, Fondo de Cultura Económica, México, 2018.
- ROTH E. Alvin, BOLTON, Gary E. y KLEMPERER, Paul, *Diseño de mercados*, Fondo de Cultura Económica, Primera edición, México, 2014.

- SALA i MARTÍN, *Economía liberal para NO economistas y NO liberales*, Random House Mondadori, México, 2008.
- SENER, “Ronda Cero”, *Secretaría de Energía* [en línea], en <https://goo.gl/6eoYC6>.
- TORRES Jr., Ángel, *El petróleo y la sucesión presidencial*, Editores Asociados Mexicanos, México, 1981.
- TRÁPAGA DELFÍN, Yolanda. “La Nueva Ruta de la Seda y la seguridad alimentaria en China”, en MARTÍNEZ RIVERA, Sergio E. y TRÁPAGA DELFÍN, Yolanda. “Las economías emergentes en la globalización”. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera edición. México. 2019.
- TRATADO ENTRE MÉXICO, ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ (T-MEC), <https://centro gilbertobosques.senado.gob.mx/docs/T-MEC.pdf>.
- TRATADO DE ASOCIACIÓN TRANSPACÍFICO (TPP), https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/86770/Capitulado_completo_del_Tratado_de_Asociacion_Transpacifico_en_espa_ol.pdf.
- TRATADO INTEGRAL Y PROGRESISTA DE ASOCIACIÓN TRANSPACÍFICO (TIPAT), <https://portales.segob.gob.mx/work/models/PoliticaMigratoria/CPM/DRII/normateca/nacional/TIPAT.pdf>.
- VALADÉS, Diego, “Consideraciones en torno al pensamiento jurídico contemporáneo” en *Derecho y Economía*, Coordinador Jorge Witker. Coedición El Colegio Nacional y la Universidad Nacional Autónoma de México, Primera edición, México, 2021.